itB legal
BAZAŃSKI GRABIEC KANCELARIA
Radców Prawnych Spółka Partnerska

Katowice, *dnia 3 stycznia 2019 roku*

Do: **Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej**
Urząd Komunikacji Elektronicznej
ul. Kasprzaka 18/20, 01-211 Warszawa

Wnioskodawca: **Szczepan Grycko** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Sigma – Solution Szczepan Grycko,
ul. Jana III Sobieskiego 11/CD18, Katowice

Uczestnik postępowania: **ZAPNET Karol Zapart spółka jawna**
ul. J. Korczaka 31, 63-435 Sośnie

reprezentowana przez **radcę prawnego Łukasza Bazańskiego**

z itB Legal Bazański, Grabiec
Kancelaria Radców Prawnych sp. p.
ul. Graniczna 29/215, 40-005 Katowice

Sygn. akt: *DHRT.WPS.6080.1.2018.2*

STANOWISKO UCZESTNIKA POSTĘPOWANIA
DOTYCZĄCE PROJEKTU DECYZJI PREZESA URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ W SPRAWIE USTALENIA WARUNKÓW DOSTĘPU DO SIECI TELEKOMUNIKACYJNEJ ZREALIZOWANEJ Z WYKORZYSTANIEM ŚRODKÓW PUBLICZNYCH

Działając w imieniu i na rzecz Uczestnika, na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa */w aktach sprawy/*, przedstawiam stanowisko mojego mocodawcy dotyczące projektu Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej w sprawie ustalenia warunków dostępu do sieci telekomunikacyjnej mocodawcy (dalej OSD) zrealizowanej z wykorzystaniem środków publicznych w sprawie *DHRT.WPS.6080.1.2018.2*, które zostało opublikowane w BIP w dniu 6 grudnia 2018 roku.

Decyzja Prezesa UKE w sprawie ustalenia warunków dostępu dla Szczepana Grycko (dalej OK) do sieci telekomunikacyjnej OSD zrealizowanej z wykorzystaniem środków publicznych (dalej **Decyzja**) wydawana jest na podstawie przepisu art. 27 ust. 6 ustawy *o wspieraniu i rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych* (Dz. U. z 2016 r., poz. 1537 z późn. zm., dalej **Ustawa o Wspieraniu Rozwoju**) w związku z art. 206 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1954 z późn. zm., dalej **Pt**). W okolicznościach

sprawy Prezes UKE, wydając decyzję, naruszyłby przepisy, dlatego sprawa powinna zostać zakończona decyzją o umorzeniu postępowania, o co ponownie wnoszę.

I. ZASADNICZE UWAGI DO TREŚCI DECYZJI

1. Moment powstania obowiązku udostępnienia usługi BSA (w ogóle sieci POPC)

Zgodnie z treścią art. 27 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju *podmiot, który* ***wykorzystał*** *środki publiczne w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych do:*

a) budowy, przebudowy lub remontu infrastruktury lub sieci telekomunikacyjnej, lub

b) nabycia praw do infrastruktury lub sieci telekomunikacyjnej,

- zapewnia dostęp do takiej infrastruktury lub sieci przedsiębiorcom telekomunikacyjnym, jeżeli obowiązek ten wynika z przepisów prawa, decyzji, umów lub innych aktów, na podstawie których nastąpiło finansowanie ze środków publicznych tej budowy, przebudowy, tego remontu lub nabycia praw.

Ponadto, zgodnie z pkt 2.1.6 ppkt 7) *Wymagań dla sieci NGA – POPC, OSD* ***udostępnia*** *informacje* dotyczące Infrastruktury Sieci POPC, ***najpóźniej w terminie 30 dni kalendarzowych*** *przed rozpoczęciem świadczenia w Sieci POPC Usług lub usług telekomunikacyjnych świadczonych na rzecz Abonentów objętych zasięgiem Sieci POPC*

Analiza logiczna powołanych przepisów prowadzi do wniosku, że ZAPNET zobowiązany jest udostępnić sieć POPC tylko wtedy, gdy wykorzystał środki publiczne na budowę sieci POPC, a zobowiązanie do udostępnienia wynika z umowy (tu umowy o dofinansowanie) czy przepisów prawa (do których, co w orzecznictwie WSA/NSA jest już niekwestionowane, zalicza się także szeroko rozumiane przepisy konkursowe, w tym regulaminy, wytyczne, załączniki do umowy itp.), tak krajowych jak i unijnych.

W momencie złożenia przez SIGMA wniosku o negocjacje:

1) uczestnik nie wydatkował (nie wykorzystał jeszcze) środków z UE,
2) zobowiązujące go do udostępniania infrastruktury przepisy, w tym Wymagania dla Sieci POPC wyraźnie wskazują moment, kiedy ofertę na korzystanie z sieci ma przygotować beneficjent, i bynajmniej nie jest to moment zawarcia umowy o dofinansowanie czy trwającej budowy, o ile nie rozpoczęto świadczenia usług detalicznych,
3) nie było czego negocjować, tzn. nie można było prowadzić rokowań co do *essentialia negotii* umowy o dostępie, skoro nie było przedmiotu negocjacji, a nie znając kosztów budowy sieci nie można było skonstruować oferty detalicznej, w konsekwencji hurtowej,

4) ZAPNET nie świadczył usług detalicznych w momencie otrzymania maila od SIGMA (rzekomo inicjującego rokowania) ani nawet w momencie złożenia wniosku o wydanie decyzji do Prezesa UKE, nie przygotował też wtedy (bo nie miał obowiązku) oferty hurtowej.

Co do zasady, na OSD spoczywa obowiązek zapewnienia dostępu do infrastruktury na rzecz OK od momentu rozpoczęcia świadczenia przez OSD usług z wykorzystaniem Sieci POPC. W myśl powołanych przepisów, jedynie stosowne informacje mają być udostępnione na 30 dni przed uruchomieniem usług detalicznych tzn. OSD jest obowiązany do udostępnienia informacji o infrastrukturze dopiero w terminie 30 dni przed rozpoczęciem świadczenia usług z wykorzystaniem sieci POPC, co potwierdza, że założeniem prawodawcy było zapewnienie dostępu do infrastruktury od momentu oddania jej do użytku (i wykorzystania środków) i tylko wtedy, gdy zdatna jest ona do świadczenia usług detalicznych. Inaczej mówiąc, musi to być infrastruktura istniejąca, a nie powstająca!

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Prezesa UKE, że dopuszczalne jest (w kontekście skuteczności następczego złożenia wniosku do Prezesa UKE) prowadzenie negocjacji co do infrastruktury, która jeszcze nie istnieje, czy też hipotetycznie istnieć będzie. Można pokusić się o zadanie Prezesowi UKE pytania, w którym momencie – jeśli nie we wskazanym w art. 27 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju - pojawia się obowiązek udostępniania sieci POPC? Czy wystarczające w tym zakresie jest samo ogłoszenie o przyznaniu środków beneficjentowi[1], czy rozpoczęcie budowy, czy może inny jeszcze moment. Zdaniem uczestnika, moment ten jest wystarczająco dostatecznie sprecyzowany przez ustawodawcę, wydając decyzję w niniejszej sprawie organ wykroczyłby poza materialnoprawną podstawę upoważniającą go do wydania decyzji – rozstrzygałby co do infrastruktury, której nie było w czasie negocjacji (zresztą zdaniem uczestnika fikcyjnych) ani nawet w momencie złożenia wniosku o wydanie decyzji. Skoro nie było przedmiotu negocjacji w momencie ich wszczęcia, co więcej, negocjacje były fikcyjne (o czym niżej), bo wnioskodawca poza lakonicznym mailem na etapie, gdy ledwo co zakończono dopiero etap projektowy, nie wysłał do uczestnika ani jednego pisma czy nawet maila w momencie, gdy sieć POPC już powstała, to w sprawie nie może być wydana decyzja ustalająca warunki dostępu do takiej sieci.

Logicznie rzecz biorąc, skoro nie istniał przedmiot negocjacji, a ustawodawca przewidział inną niż w projekcie decyzji cezurę czasową dla skutecznego ubiegania się o dostęp do sieci POPC (brak podstawy w art. 27 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju dla negocjacji dostępowych do sieci

[1] Przyjmując argumentację Prezesa UKE, prawnie dopuszczalne byłoby prowadzenie skutecznych negocjacji (upoważniających do wystąpienia z wnioskiem o wydanie decyzji) z wszystkimi beneficjentami nawet zaraz po publikacji o wyborze ich w konkursie i przyznaniu im dofinansowania;

powstającej[2]) to przyjąć trzeba, że negocjacji tych nie było. Zwracam uwagę, że w sytuacji, gdy ustawodawca zakłada możliwość uzyskania dostępu w okresie poprzedzającym oddanie obiektu do użytku, tworzy w tym celu odpowiedni przepis. Przykład stanowi art. 30 ust. 1b Ustawy o Wspieraniu Rozwoju, który wprowadza wyjątek od reguły stanowiącej, że możliwe jest uzyskanie dostępu w tym przypadku do budynku, przed oddaniem tego obiektu do użytku.

Dlatego też, OSD nie zgadza się ze stanowiskiem Prezesa UKE wyrażonym w projekcie Umowy, że OSD był zobowiązany do prowadzenia negocjacji w zakresie świadczenia usług hurtowych. OSD nie był w stanie prowadzić rzeczowych rokowań, skoro nie znał ani ostatecznej topologii jego sieci, ani nawet ostatecznych kosztów budowy, które przecież wpływają na koszty świadczenia usług detalicznych, w konsekwencji też na koszty usług hurtowych.

2. Przedwczesność wniosku OK do Prezesa UKE

Zgodnie z art. 27 ust. 5 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju, *każda ze Stron może zwrócić się do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji w sprawie Dostępu w przypadku:*

1. niepodjęcia negocjacji w sprawie zawarcia umowy o Dostępie,

2. odmowy udzielenia Dostępu,

3. niezawarcia umowy o Dostępie pomimo upływu 60 dni od dnia złożenia wniosku o Dostęp.

Przepis ten dotyczy sytuacji, w której OSD, wykorzystał środki publiczne na budowę infrastruktury telekomunikacyjnej (szerzej w pkt 1 pisma). Oznacza to, że obowiązek, o którym mowa w art. 27 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju powstaje dopiero wtedy, gdy wykorzystano środki publiczne. Mając powyższe na uwadze, art. 27 ust. 5 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju powinien mieć zastosowanie wyłącznie w takiej sytuacji, w której zobowiązany do udostępnienia OSD, nie podjął negocjacji, odmówił udostępnienia sieci lub nie zawarł umowy w terminie 60 dni.

Na etapie złożenia przez OK zapytania, jak i na etapie złożenia przez OK wniosku do UKE, OSD nie był zobowiązany do prowadzenia negocjacji, dlatego też wniosek do UKE był przedwczesny i na tym etapie został złożony bez podstawy prawnej.

Mając na uwadze fakt, że po opublikowaniu oferty hurtowej OK nie zgłosił się do OSD z wnioskiem o zawarcie umowy, nie jest możliwa konwalidacja przesłanek uprawniających OK do złożenia wniosku do UKE.

---

[2] Czemu trudno się dziwić, bo nielogiczne, czy wręcz niemożliwe byłoby ustalanie warunków dostępu do sieci, która powstaje, warunków których znać nie może nawet inwestor, który nie zna ostatecznego kształtu jego sieci, ostatecznych kosztów jej budowy, co z kolei wpływać ma na koszty świadczenia usług itp.

Zwracam uwagę, że na etapie złożenia przez OK wniosku, nie było jeszcze wiadome, czy projekt zostanie przez OSD wykonany i czy nie zostaną mu odebrane środki publiczne. Gdyby takie zdarzenie miało miejsce obowiązek określony w art. 27 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju nigdy by nie powstał.

3. Brak negocjacji

Nie można również zgodzić się ze stanowiskiem Prezesa UKE, że w niniejszej sprawie były prowadzone negocjacje. Po pierwsze, zgodnie z powszechnym stanowiskiem Prezesa UKE wyrażonym w dotychczasowych decyzjach do wszczęcia negocjacji niezbędne jest dołączenie projektu umowy, na którym strony mogą pracować.

W niniejszej sprawie zasady udostępniania usług BSA były dla OK znane. W związku z tym, że sieć była realizowana w ramach POPC, zasady te zostały wskazane w *Wymaganiach dla sieci NGA – POPC*. Ponadto, OK mógł przewidzieć kiedy oferta hurtowa zostanie udostępniona, gdyż ostateczny termin zakończenia projektu był znany.

Projektem decyzji, Prezes UKE *de facto* narzucił na OSD obowiązek przygotowania oferty hurtowej w okresie, w którym nie był on do tego prawnie zobowiązany.

Zwracam uwagę, czego w projekcie decyzji nie poruszono, że projekt był realizowany przez 2 lata i wskutek działań generalnego wykonawcy sieci doznał znacznych opóźnień (5 miesięcy), OK zgłosił się do OSD we wrześniu 2017 r., tj. w pierwszym roku realizacji projektu. OSD nie był w stanie określić, jak ostatecznie jego infrastruktura będzie wyglądała, jakie będą koszty jej budowy, w konsekwencji koszty udostępnienia. Nie miał też wtedy prawnie/umownie nałożonego obowiązku posiadania oferty hurtowej.

Sięgając na grunt umów o dostępie regulowanych przepisami ustawy *Prawo telekomunikacyjne* (biorąc pod uwagę usługę BSA, jaka jest przedmiotem projektu decyzji) można powołać się na stanowisko zaprezentowane w komentarzu do art. 26a tej ustawy[3], zgodnie z którym oferta udostępniającego sieć operatora powinna „(...) *jednak odpowiadać przedmiotowi żądanego dostępu i zawierać co najmniej ustalenia konieczne do wykonywania świadczeń dostępowych. Z celu negocjacji można także wyprowadzić wnioski dotyczące granic obowiązku ustanowionego w art. 26a. Nie ma obowiązku prowadzenia negocjacji, jeżeli cel dostępu telekomunikacyjnego nie mieści się w ramach wyznaczonych tym przepisem. W szczególności nie ma takiego obowiązku, jeżeli żądanie dostępu pochodzi od dysponenta sieci niepublicznej*".

Przenosząc to na grunt sprawy niniejszej, skoro nie istniał przedmiot udostępniania, a przepisy, na podstawie których nastąpiło dofinansowanie projektu przewidywały inny

[3] Zob. Komentarz do art. 26a ustawy Prawo telekomunikacyjne pod red. S. Piątka. [W] Legalis.

moment przygotowania oferty hurtowej i udostępniania sieci, nie można mówić o obowiązku prowadzenia negocjacji. Negocjacji tych nie było, a ewentualne wydanie decyzji nastąpiłoby z naruszeniem przepisu art. 27 ust. 2 i ust. 3 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju.

Jedocześnie zaznaczam, że w dotychczasowej praktyce Prezes UKE wielokrotnie zwracał uwagę na konieczność istnienia przedmiotu negocjacji w momencie złożenia wniosku przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego oraz dopełnienia wszelkich niezbędnych warunków formalnych dla skutecznego wszczęcia rokowań. Przykładowo wskazać należy, że w postępowaniu prowadzonym przez Prezesa UKE pod sygn. akt: DHRT.WWM.6171.337.2017, Prezes UKE uznał, że jednokrotne zwrócenie się do przedsiębiorcy telekomunikacyjne i brak odpowiedzi nie świadczy o braku podjęcia negocjacji.

Natomiast w stanowisku konsultacyjnym w sprawie DHRT.WWM.6171.111.2016 (dostępnym na stronie internetowej: https://archiwum.uke.gov.pl/files/?id_plik=27778) Prezes UKE uznał nawet, że precyzyjne wskazanie przedmiotu rokowań w piśmie nie jest wystarczające dla wszczęcia negocjacji. Konieczne jest przedłożenie projektu umowy, który będzie dokładnie odpowiadał treści wniosku (Prezes UKE wskazał, iż w toku postępowania wnioskodawca nie przedłożył projektu umowy dotyczącego legalizacji sieci, zatem nie było przedmiotu negocjacji).

Z tych względów wadliwe jest określenie warunków dostępu w przypadku braku dopełnienia warunków formalnych i wszczęcia negocjacji.

4. Fikcyjne negocjacje

Zwracam również uwagę na fikcyjność prowadzonych przez OK negocjacji. Wszystkie wiadomości mailowe zostały wysłane przez OK we wrześniu 2017 (dotyczy to zarówno OSD, jak i wniosków do Enformatic sp. z o.o.[4], Profilink sp. z o.o.[5]). W żadnej OK nie wskazał warunków dostępu i nie ustosunkował się do stanowiska poszczególnych operatorów. Następnie, po pięciomiesięcznej przerwie, skierował sprawy do Prezesa UKE wskazując, że żaden z operatorów nie udzielił mu dostępu i nie prowadził z nim negocjacji.

Takie działanie OK wobec ZAPNET, w kontekście również innych postępowań wskazuje na postępowanie, którego celem było uzyskanie decyzji Prezesa UKE bez konieczności prowadzenia negocjacji z OSD, czyli z naruszeniem art. 27 ust. 2 i ust. 3 Ustawy o Wspieraniu

[4] https://bip.uke.gov.pl/konsultacje-i-wyniki-konsultacji/konsultacje-projektu-decyzji-dla-sigma-solution-do-infrastruktury-telekomunikacyjnej-oraz-sieci-telekomunikacyjnej-enformatic,602.html

[5] https://bip.uke.gov.pl/konsultacje-i-wyniki-konsultacji/konsultacje-projektu-decyzji-prezesa-uke-dla-sigma-solution-oraz-proflink,618.html

Rozwoju. Wydając ewentualną decyzję, Prezes UKE takie fikcyjne negocjacje by „zalegalizował", naruszając tym samym ww. przepisy.

II. SZCZEGÓŁOWE PROPOZYCJE ZMIAN

Dla uniknięcia wszelkich wątpliwości uczestnik podkreśla, że jego intencją nie jest utrudnianie komukolwiek dostępu do budowanej przez niego sieci POPC, nie uchyla się też od spełniania nałożonego na niego obowiązku udostępniania sieci POPC jaki wynika z dokumentów konkursowych, z którym liczył się podpisując umowę dofinansowanie. Zaznacza jednak, że obowiązek ten i wzajemne uprawniania i zobowiązania stron powinny być proporcjonalne i ekwiwalentne. Oznacza to, że skoro przepisy i podpisana umowa o dofinansowanie wymagają od beneficjenta podjęcia określonych czynności w określonym czasie, wykonanych w określonym standardzie technicznym, prawnym jak i finansowym (patrz załącznik do umowy o dofinansowanie - Wymagania dla Sieci NGA), to tak przyjęty harmonogram, dla tak dużego przedsięwzięcia nie powinien być zakłócany tolerowanymi przez Prezesa UKE (przy założeniu, że decyzja zostanie jednak wydana) fikcyjnymi negocjacjami odnośnie do przedmiotu, który nie istnieje. Gdyby jednak Prezes UKE nie podzielił argumentacji uczestnika i wydał decyzję ustalającą warunki dostępu, w ostatecznej decyzji powinien uwzględnić poniższe uwagi.

W opłacie miesięcznej związanej z usługą BSA usunięto opłaty związane ze „Zmianą opcji Usługi", „Dezaktywacji usługi" oraz „Uruchomieniem usługi w technologii xPON".

W uzasadnieniu do decyzji wskazano, że *Opłaty związane z Łączem Abonenckim dla Usługi BSA zawarte w Cenniku OSD zostały ujęte w Decyzji w części dotyczącej utrzymania ONT. Pozostałe opłaty za Łącze Abonenckie tj. opłaty związane z uruchomieniem, dezaktywacją lub zmianą opcji usługi zostały zawarte w Opłacie Abonamentowej. Wynika to wprost z zastosowania metodologii wyliczania opłaty hurtowej za Usługę BSA z pkt 2.2.1 Wymagań POPC, zgodnie z którą suma Opłat Abonamentowych oraz opłat dotyczących Łącza Abonenckiego służy wyliczeniu opłaty hurtowej za Usługę BSA*[6].

OSD zwraca uwagę, że wyżej wymienione opłaty jednorazowe stanowią realny koszt ponoszony przez OSD, a nie zostały uwzględnione w żadnej pozycji Cennika zaproponowanego przez Prezesa UKE. Oznacza to, że OSD jest zobowiązany do ponoszenia kosztów, które powstały wyłącznie w wyniku działań OK.

Zdaniem OSD w cenniku powinna pojawić się pozycja dotycząca opłat jednorazowych

W cenniku hurtowym (i detalicznym OSD) powinny się zatem pojawić następujące usługi:

1. Ponowna Aktywacja usługi – 19,97 zł netto

[6] Str. 41 uzasadnienia Decyzji

2. Dezaktywacja usługi – 19,97 zł netto

3. Zmiana opcji usługi – 19,97 zł netto

4. Uruchomienie Usługi w technologii xPON (FTTH) 156,10 zł

Opłata instalacyjna za uruchomienie usługi – kwota 156,10 zł jest nie tylko odzwierciedleniem oferty SOR, ale jest też stosowana przez OSD w jego ofercie hurtowej w sytuacji, gdy ONT jest własnością OK i zleca on OSD wykonanie instalacji. Podobnie jak wyżej, są to pozycje powodujące koszty dla OSD, a dotyczą usług uruchamianych dla OK.

Dodatkowo OSD wprowadził zmiany do cennika usług hurtowych odnośnie do dzierżawy ONT, obowiązujące w tym zakresie ceny przedstawiają się obecnie następująco:

1. Utrzymanie ONT H665 - 5,99 zł netto
2. Utrzymanie ONT H660GW - 9,99 zł netto
3. Utrzymanie ONT H660GM 10,99 zł netto

Informacja o zmianie cennika znajduje się na stronie internetowej uczestnika: http://www.zapnet.pl/projekt/projekty-ue/projekt_popc1-1/oferta-hurtowa/OSD, wnosi on o uwzględnienie zmian w powyższym zakresie, zwłaszcza, że OK sam może zadecydować, czy urządzenia te kupuje sam, czy dzierżawi je od OSD.

PODSUMOWANIE

Mając na uwadze powyższe, zdaniem OSD, w niniejszej sprawie nie istnieje podstawa do wydania decyzji przez Prezesa UKE. Do momentu oddania infrastruktury do użytku, OSD nie miał obowiązku prowadzenia negocjacji i udostępniania infrastruktury telekomunikacyjnej. W związku z tym, wniosek OK był przedwczesny i nie powinien zostać przez Prezesa UKE rozpatrzony merytorycznie.

Z poważaniem,

/Łukasz Bazański/

Łukasz Bazański
RADCA PRAWNY

Otrzymują:
1) Organ,
2) a/a.