

Katowice, dnia 20 lutego 2019 roku

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

Wnioskodawca: Piotr Data
prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą DATA-COM Piotr Data
ul. Krzyżanowskiego 28/24, 35-329 Rzeszów
- dalej Operator
reprezentowany przez radcę prawnego Ewelinę Grabiec
z itB Legal Bazański, Grabiec Kancelaria Radców Prawnych sp. p.
ul. Graniczna 29/215, 40-017 Katowice

Uczestnik postępowania: Spółdzielnia Mieszkaniowa „Nowe Miasto” w Rzeszowie
ul. Podwisłocze 6, 35-309 Rzeszów
KRS: 0000150996
- dalej Udostępniający

Sygn. akt: DHRT.WWM.6171.44.2018.

Dotyczy: Projektu decyzji

**STANOWISKO KONSULTACYJNE WNIOSKODAWCY DOTYCZĄCE PROJEKTU DECYZJI
W SPRAWIE DHRT.WWM.6171.44.2018**

Działając w imieniu i na rzecz Operatora /pełnomocnictwo w aktach sprawy/, niniejszym przedstawiam stanowisko dotyczące projektu decyzji w sprawie zmiany umowy dostępowej z dnia 23 lutego 2017 roku łączącej Operatora i Udostępniającego (dalej Umowa) określającej warunki dostępu do nieruchomości położonych w Rzeszowie wskazanych w projekcie decyzji, zarządzanych przez Uczestnika (dalej również jako Spółdzielnia lub Udostępniający), zwanych dalej Nieruchomościami, w tym do posadowionych na Nieruchomościach budynków (dalej łącznie Budynki) w celu zapewnienia telekomunikacji w Budynkach.

Z uwagi na stosowaną przez Orange Polska S.A. (dalej OPL) metoda realizacji instalacji FTTH (budowa na zamówienie abonenta lub innego operatora), możliwe jest, że infrastruktura należąca do Orange Polska S.A., nie została w całości zrealizowana. W związku z powyższym, wnoszę również o przeprowadzenie oględzin w celu weryfikacji istnienia należących do OPL światłowodowych instalacji telekomunikacyjnych w Budynkach, spełniających wymogi art. 2 pkt 8a ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. *Prawo telekomunikacyjne* (dalej: PT).

Operator przedkłada także sporządzoną przez siebie kalkulację potwierdzającą, iż zatwierdzona przez Prezesa UKE oferta udostępnienia instalacji wewnątrzbudynkowej Orange Polska S.A. (Oferta SOR) nie zapewnia Wnioskodawcy możliwości świadczenia usług mieszkańcom Budynków w zasobach Uczestnika na konkurencyjnych warunkach. Wnoszę o zaliczenie kalkulacji wraz z załącznikami do materiału dowodowego i uwzględnienie wykazanych okoliczności w treści decyzji.

Z uwagi na poufny charakter kalkulacji Operator zastrzega, iż załączniki do pisma stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Operatora i nie powinny zostać opublikowane na stronie internetowej BIP UKE, a ich jawność powinna być wyłączona (zastrzegam objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa załączniki do niniejszego pisma).

I. Odmowa zmiany Umowy poprzez umożliwienie Operatorowi budowy instalacji światłowodowych w Budynkach z uwagi na rzekome podjęcie negocjacji przez OPL i możliwość wykorzystania istniejących instalacji FTTH

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że projekt decyzji w części, w jakiej Prezes UKE odmawia zmiany Umowy poprzez umożliwienie Operatorowi wykonania instalacji telekomunikacyjnej w Budynkach, narusza w sposób rażący przepis art. 30 ust. 1a pkt 1 w zw. z art. 30 ust. 1 pkt 3 lit b) ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (dalej Ustawa), a w tym zakresie Prezes UKE ocenił zebrany w sprawie materiał dowodowy w sposób wybiórczy.

Prezes UKE w ogóle nie wziął pod uwagę tego, iż OPL nie podjęła z Operatorem negocjacji, mimo że okoliczność ta była wielokrotnie podkreślana przez Operatora, a co więcej znajduje ona swoje potwierdzenie w zebranym materiale dowodowym.

Zaznaczam, że OPL nie odpowiedziała na skierowany do niej w dniu 1 sierpnia 2017 roku wniosek o zapewnienie dostępu do infrastruktury technicznej, **co uprawniało Operatora do uznania, że OPL nie podjęła z nim negocjacji (należało uznać, że sieć Orange Polska S.A. nie jest dostępna dla Operatora)**. Mimo to Wnioskodawca ponowił wniosek do Orange Polska S.A. w dniu 11 października 2017 roku, a na skutek braku dalszej reakcji, wysłał kolejne pismo w dniu 10 stycznia 2018 roku. Co więcej, w styczniu 2018 roku skontaktował się z przedstawicielem Orange Polska S.A. – p. Anną Żerdzicką – telefonicznie oraz e-mailowo. Wnioskodawca kontaktował się nie tylko z centralą Orange Polska S.A., ale również poszczególnymi jej przedstawicielami.

Wobec dalszej bierności Orange Polska S.A. oraz odmowy dostępu do Budynków przez Udostępniającego, skierowanie wniosku o zmianę zawartej Umowy było zasadne i konieczne (Udostępniający twierdził, że w świetle postanowień zawartej Umowy realizacja infrastruktury wewnątrzbudynkowej jest niemożliwa).

Podkreślić przy tym trzeba, że sieć Orange Polska S.A., znajdująca się w Budynkach, została zrealizowana już po wszczęciu postępowania o zmianę Umowy przed Prezesem UKE.

Orange Polska S.A. odpowiedziała jedynie pismem z dnia 14 września 2018 roku na skierowane do niej wezwanie przez Prezesa UKE, wystosowane już w toku prowadzonego postępowania administracyjnego. **Oznacza to, że ww. pismo Orange Polska S.A. nie można uznać za pismo związane z wnioskiem Operatora o zapewnienie dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej należącej do Orange Polska S.A., lecz za pismo skierowane wyłącznie do Prezesa UKE! Nie stanowiło ono odpowiedzi na wniosek Operatora o współkorzystanie z sieci ani skierowane w nawiązaniu do niego w późniejszym czasie pisma Wnioskodawcy!**

Prezes UKE nie wyjaśnił ponadto, z jakich względów uznał, że wskazane przez Orange Polska S.A. w piśmie z dnia 14 września 2018 roku twierdzenia są prawdziwe, mimo że co innego wynika z wniosku o zmianę Umowy z dnia 20 lutego 2018 roku oraz załączonych do niego pism. W szczególności nie można przyjąć, że stanowisko Orange Polska S.A., zgodnie z którym *operator nie zwracał się z wnioskiem o podpisanie umowy dostępu a jedynie o przekazanie informacji w sprawie technicznych możliwości wykorzystania infrastruktury telekomunikacyjnej OPL*, jest prawidłowe, skoro z treści wniosku z dnia 1 sierpnia 2017 roku oraz dalszych pism Wnioskodawcy kierowanych do Orange Polska S.A. jednoznacznie wynikał zamiar podpisania stosownej umowy o współkorzystanie z infrastruktury, o ile taka istnieje.

Oznacza to, że Prezes UKE przyjął za prawdziwe wyjaśnienia, które są niezgodne z przedstawionym materiałem dowodowym!

Dowód: *wniosek Operatora z dnia 1 sierpnia 2017 roku /w aktach sprawy/,
pismo Operatora z dnia 11 października 2017 roku /w aktach sprawy/,
pismo Operatora z dnia 10 stycznia 2018 roku /w aktach sprawy/,
wniosek o wydanie decyzji z dnia 20 lutego 2018 roku /w aktach sprawy/,
pismo Wnioskodawcy z dnia 12 października 2018 roku /w aktach sprawy/.*

Prezes UKE opracował projekt decyzji nie na podstawie całokształtu przedstawionych okoliczności, lecz traktując materiał dowodowy zgromadzony w sprawie wybiórczo, w nieuzasadniony sposób pomijając niektóre okoliczności, nie wskazując podstaw takiego działania (w uzasadnieniu decyzji brak jest argumentów przemawiających za słusznością któregośkolwiek ze stanowisk). Na stronach 8-9 uzasadnienia projektu decyzji przytoczona została jedynie treść przepisów i ogólna ich wykładania, bez odniesienia do zaistniałego w sprawie stanu faktycznego. Oprócz tego przedstawiono jedynie stanowiska Operatora i Orange Polska S.A., przy czym przy przytoczeniu stanowiska Operatora wskazano jedynie, że w jego ocenie nie zostały wszczęte negocjacje. Prezes UKE w żaden sposób nie wyjaśnił, z jakich powodów przyjął, że doszło do prowadzenia negocjacji między Operatorem, a Orange Polska S.A.

Zaznaczam, że Orange Polska S.A. wyraziła gotowość na wyrażenie zgody na współkorzystanie z sieci dopiero w trakcie trwającego postępowania, nie kierując jednak pisma bezpośrednio do Operatora.

Co więcej, w nawiązaniu do stanowiska zajętego przez Operatora w piśmie z dnia 12 października 2018 roku, w dniu 6 grudnia 2018 roku Orange Polska S.A. skierowała do Wnioskodawcy pierwsze pismo, w którym poinformowała go o możliwości współkorzystania z sieci. Oznacza to, że odpowiedź Orange Polska S.A. została skierowana do Operatora dopiero półtora roku po skierowaniu stosownego wniosku. Co więcej, w piśmie powołano się na pismo Operatora z dnia 10 stycznia 2018 roku, a nie na wniosek Operatora z dnia 1 sierpnia 2017 roku.

Takie działanie powinno zostać uznane za pozorne i niezmiernie w istocie do nawiązania współpracy z Operatorem, a także jako związane z blokowaniem konkurenta i wykorzystywaniem swojej pozycji na rynku telekomunikacyjnym. Brak wystosowania pisma przez Orange Polska S.A. do dnia złożenia wniosku o zmianę Umowy do Prezesa UKE należy więc uznać za równoznaczne z brakiem podjęcia negocjacji przez OPL, szczególnie, że termin zawarcia umowy współkorzystania z instalacji FTTH wynosi 30 dni.

W razie przyjęcia innej interpretacji, w każdym przypadku, w którym adresat wniosku zignorowałby wniosek o współkorzystanie z infrastruktury telekomunikacyjnej, mógłby on już później, na etapie prowadzenia postępowania przez Prezesa UKE, skutecznie uniemożliwić wydanie decyzji przez Prezesa UKE. Byłoby to absurdalne nie tylko z punktu widzenia wykładni przepisów prawa, ale również sprzeczne z zasadami logiki.

Zapatrywanie przyjęte przez Prezesa UKE, zgodnie z którym podjęcie negocjacji przez innego operatora telekomunikacyjnego, do którego zwrócono się z wnioskiem o współkorzystanie z infrastruktury telekomunikacyjnej, może nastąpić w każdym czasie, nawet w trakcie prowadzenia postępowania przed Prezesem UKE może doprowadzić do daleko idących negatywnych konsekwencji. Zapewne nastąpi przyjęcie praktyki, zgodnie z którą operatorzy telekomunikacyjni nie będą odpowiadać na wnioski o współkorzystanie z ich sieci przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, niwecząc możliwość uzyskania przez niego decyzji dopiero na etapie wszczętego postępowania administracyjnego, nawet jeśli odpowiedź zostanie skierowana do wnioskodawcy po kilku latach, co byłoby sprzeczne z celem Ustawy! Ograniczałoby to bowiem możliwość świadczenia usług telekomunikacyjnych przez konkurentów w jednym budynku. Termin 30 dni nie jest terminem instrukcyjnym, lecz terminem bezwzględnie wiążącym przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

Co więcej, przedstawiciel Orange Polska S.A. próbował wymóc na Wnioskodawcy złożenie niezgodnego z prawdą oświadczenia, zgodnie z którym Wnioskodawca nie chciał współkorzystać z sieci wewnątrzbudynkowej Orange Polska S.A., co miałyby stanowić

potwierdzenie stanowiska OPL. Oznacza to, że nawet w jej ocenie, żadne negocjacje nie były prowadzone z Wnioskodawcą.

Dowód: *pismo Orange Polska S.A. z dnia 6 grudnia 2018 roku /w załączeniu/,
pismo Wnioskodawcy z dnia 18 stycznia 2018 roku /w załączeniu/
korespondencja e-mail z dnia 27 sierpnia 2018 r.*

Podkreślam, że przyczyna niepodjęcia negocjacji jest nieistotna z punktu widzenia przepisu art. 30 ust. 1a pkt 1 Ustawy. 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**. Brak podjęcia negocjacji do czasu wszczęcia postępowania przed Prezesem UKE nie może zostać w żaden sposób naprawiony, co oznacza, że właściciel infrastruktury nie podejmował i nie podjął negocjacji. Nawet jeśli Orange Polska S.A. w chwili skierowania wniosku nie posiadała w Budynkach infrastruktury telekomunikacyjnej, nie zmienia to faktu, iż w chwili wszczęcia postępowania przed UKE, przesłanka braku dostępu do sieci była spełniona.

Z ogłoszonego projektu decyzji wynika, że Prezes UKE pomija całkowicie treść przepisu art. 30 ust. 1a Ustawy, który jasno określa przypadki, kiedy możliwa jest budowa równoległej instalacji wewnątrzbudynkowej, pomimo istnienia infrastruktury innego przedsiębiorcy. Dodatkowo Prezes UKE przyjął, że Orange Polska S.A. podjęła negocjacje, mimo że wyraziła ona chęć na udostępnienie infrastruktury znajdującej się w Budynkach dopiero w czasie trwania niniejszego postępowania o wydanie decyzji określającej warunki dostępu do Nieruchomości i Budynków i to w piśmie skierowanym wyłącznie do Prezesa UKE, co jest naruszeniem przepisu art. 7 i art. 80 KPA (dowolna ocena zebranych dowodów). Podkreślić trzeba, że odpowiedź OPL do Operatora została wysłana po ponad 12 miesiącach od złożenia stosownego wniosku. Z tego względu wnoszę o ponowną, wnikliwą analizę stanu faktycznego, tj. uwzględnienie następujących okoliczności:

- pismem z dnia 1 sierpnia 2017 roku, Operator zwrócili się do Orange Polska S.A. z wnioskiem o możliwość współkorzystania z sieci istniejącej w Budynkach, o ile sieć taka istnieje,
- wobec braku odpowiedzi na ww. wniosek, Operator ponowił wniosek w dniu 11 października 2017 roku oraz w dniu 10 stycznia 2018 roku oraz kontaktował się w tej sprawie telefonicznie i e-mailowo z Orange Polska S.A.,
- na ww. wniosek Orange Polska S.A. nie udzieliła żadnej odpowiedzi do dnia złożenia wniosku do Prezesa UKE – Orange Polska S.A. wyraziła zainteresowanie możliwością udostępnienia infrastruktury telekomunikacyjnej znajdującej się w Budynkach dopiero po wszczęciu niniejszego postępowania przed Prezesem UKE i to na skutek

- skierowanego do niej przez Prezesa UKE wezwania, po upływie prawie 11 miesięcy od otrzymania wniosku od Operatora,
- stosownie do powyższych okoliczności, nie można uznać, by Orange Polska S.A. podjęła jakiegokolwiek negocjacje z Operatorem,
 - Orange Polska S.A. usiłowała wymusić na Wnioskodawcy złożenie nieprawdziwego oświadczenia, że Operator nie chciał współkorzystać z infrastruktury Orange Polska S.A., co miało potwierdzić rzekomy brak wystosowania wniosku o współkorzystanie z sieci Orange Polska S.A. Jednocześnie OPL pozornie podjęła negocjacje po upływie ponad 12 miesięcy od złożenia przez Operatora stosownego wniosku do OPL.

Operator dostarczył organowi w toku postępowania jednoznaczne dowody na ziszczenie się przesłanki z art. 30 ust. 1a pkt 1 Ustawy, tj. niepodjęcie negocjacji przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego Mimo to Prezes UKE pomija, że w zaistniałym stanie faktycznym przesłanka możliwości wybudowania kolejnej infrastruktury telekomunikacyjnej została spełniona.

Ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że Orange Polska S.A. nie podjęła negocjacji w sprawie udostępnienia infrastruktury FTTH, przed wszczęciem niniejszego postępowania, zatem nie powinno być najmniejszych wątpliwości Prezesa UKE, co do konieczności zmiany Umowy poprzez umożliwienie Operatorowi zrealizowania w Budynkach sieci FTTH.

Abstrahując od powyższego, zdaniem Wnioskodawczyń, pismo Orange Polska S.A. skierowane do Prezesa UKE, miało na celu wyłącznie zapewnienie sobie pozycji monopolisty w zakresie świadczenia usług w zasobach spółdzielczych, biorąc pod uwagę brak udzielenia odpowiedzi na wniosek Operatora z dnia 1 sierpnia 2017 r. przez ponad rok!

Prezes UKE w uzasadnieniu projektu decyzji poddanej konsultacjom słusznie zauważa, że treść art. 30 ust. 1 pkt 3 lit. a i b oraz ust. 1a ustawy o wspieraniu rozwoju jednoznacznie wskazuje, 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. Tym bardziej niezrozumiałe jest przyjęcie przez Prezesa UKE, iż warunki zmiany Umowy poprzez umożliwienie Operatorowi realizacji własnej infrastruktury telekomunikacyjnej nie zostały spełnione.

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 budowy sieci równoległej nie jest wyłączona, a powielanie sieci uzależnione jest od spełnienia enumeratywnie wymienionych przesłanek, z których spełnieniem mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

II. Dyskryminujące warunki dostępu (ekonomiczna nieopłacalność współkorzystania z infrastruktury Orange Polska S.A.)

Również w przypadku, w którym oferowane warunki dostępu do instalacji są dyskryminujące lub uniemożliwiają przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu oferowanie użytkownikom końcowym konkurencyjnych warunków świadczenia usług, w tym cenowych i jakościowych (art. 30 ust. 1a pkt 3), sieć określonego przedsiębiorcy nie jest dostępna lub nie odpowiada zapotrzebowaniu przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. Oznacza to, że w takiej sytuacji, możliwe jest wybudowanie własnej sieci wewnątrzbudynkowej.

Z uwagi na to, że w uzasadnieniu projektu decyzji Prezes UKE nieustannie uznał, że instalacje OPL spełniają zapotrzebowanie Operatora także ze względów ekonomicznych. OPL ma obowiązek umożliwienia innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym świadczenia usług przy pomocy instalacji na zasadach określonych w „Ofercie ramowej określającej ramowe warunki dostępu telekomunikacyjnego w zakresie rozpoczynania i zakańczania połączeń, hurtowego dostępu do sieci TP, dostępu do łączy abonenckich w sposób zapewniający dostęp pełny lub współdzielony, dostępu do łączy abonenckich poprzez węzły sieci telekomunikacyjnej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych” (dalej „Oferta SOR”), zatwierdzonej decyzją Prezesa UKE z dnia 29 września 2010 r., zmienioną następnie późniejszymi decyzjami Prezesa UKE urzeczywistnia cele Pt (art. 1 ust. 2 Pt). Związanie OPL Ofertą SOR oznacza, że warunki, na jakich Operator może wykorzystać instalacje telekomunikacyjne OPL nie mogą być dyskryminujące i powinny umożliwiać mu oferowanie

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

użytkownikom końcowym konkurencyjne warunki świadczenia usług, w tym cenowe i jakościowe. Prezes UKE nie wskazał bowiem żadnych obliczeń, które potwierdzałyby słuszność powyższego zapatrywania ani nie wskazał konkretnych postanowień Oferty SOR, które przemawiałyby za przyjęciem takie stanowiska.

Z tego względu Wnioskodawca sporządził stosowną kalkulację, którą przedkłada wraz z załącznikami, potwierdzającą, że korzystając z infrastruktury Orange Polska S.A., na warunkach określonych w Ofercie SOR, Operator nie byłoby w stanie zaoferować usług telekomunikacyjnych na konkurencyjnych warunkach. Dodatkowo, korzystanie z infrastruktury Orange Polska S.A. jest kosztowniejsze niż budowa własnej infrastruktury przez Operatora, co potwierdza, iż ekonomicznie nieuzasadnione jest współkorzystanie z instalacji Orange Polska S.A. Warto już w tym miejscu podkreślić, że Operator będzie obowiązany do pokrycia opłaty jednorazowej oraz stałych opłat miesięcznych, a także do pokrycia innych opłat, jak choćby związanych z korzystaniem z energii elektrycznej, co również potwierdza, że współkorzystanie z sieci OPL jest nieopłacalne.

Jak wskazano w początkowej części pisma, kalkulacja wraz z załącznikami została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, w związku z czym nie jest możliwe jej udostępnienie na stronie BIP UKE wraz z treścią niniejszego stanowiska (jawność kalkulacji wraz z załącznikami została wyłączona).

Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa znajduje się w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 419 z późn. zm., dalej: ZNK). Zgodnie z przywołanym przepisem, *przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.* Wszelkie dane znajdujące się w kalkulacji sporządzonej przez Operatora i w załączonych do niej dokumentach, takich jak umowy, faktury, rachunki etc., spełniają powyższe wymagania.

Powszechnie przyjmuje się, że określenia *"informacje techniczne, technologiczne lub organizacyjne przedsiębiorstwa"* należy interpretować szeroko (zob. S. Sołtysiński, Sz. Gogulski, *Komentarz do art. 11 ZNK* (w:) J. Szwaja (red.) *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Legalis).

Bez wątpienia sporządzona przez Operatora kalkulacja i załączone do niej załączniki posiadają **wartość gospodarczą – zawierają one informacje techniczne i organizacyjne przedsiębiorstwa, związane z jego funkcjonowaniem. Są one ściśle związane z działalnością gospodarczą prowadzoną przez Wnioskodawcę, związaną ze świadczeniem usług**

telekomunikacyjnych oraz realizacją infrastruktury potrzebnej do świadczenia tych usług. Dotyczy to m.in. informacji dotyczących kosztów budowy infrastruktury wewnątrzbudynkowej ponoszonych przez Operatora, kosztów przyłączenia jednego abonenta. Co więcej, do kalkulacji zostały załączone stosowne dokumenty, takie jak m.in. umowy, rachunki czy faktury VAT.

Mimo zachowania najwyższych standardów związanych z ochroną danych osobowych, umowy mogą zawierać dane pozwalające na zidentyfikowanie kręgu klientów korzystających z usług Operatora. Oznacza to, że ujawnienie treści umów może narazić Operatora na zarzut naruszenia przepisów dotyczących ochrony danych osobowych. Mogą one także wskazywać w jakich miejscach Wnioskodawca posiada już własną infrastrukturę.

Natomiast załączone do kalkulacji rachunki czy faktury VAT określają koszty budowy wewnątrzbudynkowej infrastruktury telekomunikacyjnej czy koszty przyłączenia jednego abonenta. Na fakturach i rachunkach znajdują się nazwy i poszczególne typy (rodzaje) elementów infrastruktury telekomunikacyjnej, w tym udostępnianych abonentom urządzeń końcowych. Co więcej, zawierają one dane dostawców Operatora, co pozwoliłoby poznać źródła zaopatrzenia Wnioskodawcy.

Powyższe świadczy o tym, że kalkulacja i załączone do niej dokumenty zawierają dane, które nie powinny być powszechnie znane, gdyż zagrażałoby to interesom Wnioskodawcy. W szczególności, dostępu do tych informacji nie powinni mieć konkurenci na rynku.

Zgodnie z wyrokiem z dnia 15 marca 2012 r. Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, sygn. akt: II SA/Wa 128/12, *informacja techniczna obejmuje całokształt wiadomości dotyczących urządzeń eksploatowanych przez przedsiębiorcę.* Oznacza to, że tajemnicą przedsiębiorstwa objęte są w szczególności dane dotyczące infrastruktury telekomunikacyjnej, która jest budowana, a następnie eksploatowana przez przedsiębiorcę. Dotyczy to także poszczególnych jej elementów.

Podkreślam, że zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 23 marca 2016 r., sygn. akt: II GSK 2499/14, ***nie ulega wątpliwości, że informacje zawarte w uzasadnieniu kosztowym opłat za usługę dostępu do Internetu rodzajowo mieszczą się w pojęciu informacji, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.*** Są to bowiem m.in. *informacje dotyczące podstaw i sposobów wyliczania kosztów działalności przedsiębiorstwa, w oparciu o które buduje się ofertę dostępu do świadczonych przez niego usług. Poza sporem jest również, że te informacje mają charakter poufny. Nie są udostępnione do wiadomości powszechnej.*

Jednocześnie podkreślam, że z uwagi na fakt, że cała kalkulacja wraz z załącznikami objęta została tajemnicą przedsiębiorstwa, nie jest możliwe przygotowanie wersji jawnej kalkulacji – wszystkie zawarte w niej dane zostały utajnione.

III. Przyczyny techniczne świadczące o tym, że brak jest istniejącej instalacji telekomunikacyjnej światłowodowej w Budynkach.

Biorąc pod uwagę technologię realizacji sieci stosowaną przez OPL (budowa instalacji na wniosek abonenta lub innego operatora) prawdopodobnie nie cała znajdująca się w Budynkach infrastruktura telekomunikacyjna jest instalacją telekomunikacyjną światłowodową spełniającą wymogi prawa. W związku z powyższym, projekt decyzji może być sprzeczny z art. 2 pkt 8a PT w zw. z art. 30 ust. 1 pkt 3 lit. b i a w zw. z art. 30 ust. 1a pkt 4 Ustawy, z uwagi na to, iż posiadana przez Orange Polska S.A. infrastruktura w Budynkach nie stanowi instalacji telekomunikacyjnej w rozumieniu obecnie obowiązujących regulacji prawnych.

Zgodnie z przepisem art. 2 pkt 8a PT, instalacja telekomunikacyjna budynku to *elementy infrastruktury telekomunikacyjnej, w szczególności kable i przewody wraz z osprzętem instalacyjnym i urządzeniami telekomunikacyjnymi, począwszy od punktu połączenia z publiczną siecią telekomunikacyjną (przetącznica kablowa) lub od urządzenia systemu radiowego do gniazda abonenckiego.*

Natomiast w myśl art. 30 ust. 1 pkt 3 lit. b Ustawy, możliwość budowy instalacji wewnątrzbudynkowej została uzależniona od tego, czy istniejąca instalacja nie jest dostępna lub nie odpowiada zapotrzebowaniu przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. Z art. 30 ust. 1a pkt 4 Ustawy wynika natomiast, że warunek jest spełniony szczególnie gdy przedsiębiorca telekomunikacyjny świadczy usługi w innej technologii niż **instalacja telekomunikacyjna w Budynkach.**

Z informacji posiadanych przez Wnioskodawcę wynika, że obecnie Orange Polska S.A. może nie dysponować zrealizowaną infrastrukturą światłowodową, która spełnia wymogi z art. 2 pkt 8a PT (czego Prezes UKE nie weryfikował) – najprawdopodobniej końcowy odcinek sieci, zakończony gniazdem abonenckim, jest wykonywany dopiero przy przyłączaniu nowego abonenta. Oznacza to, że OPL prawdopodobnie nie posiada infrastruktury od punktu połączenia z publiczną siecią telekomunikacyjną (przetącznica kablowa) lub od urządzenia systemu radiowego do gniazda abonenckiego.

W celu potwierdzenia powyższych okoliczności, Wnioskodawca wnosi o przeprowadzenie dowodu z oględzin Budynków.

Dowód: *oględziny Budynków,*

Katalog określony w art. 30 ust. 1a Ustawy jest otwarty, zatem uznać należy (szczególnie mając na uwadze treść ust. 4 tego przepisu), że brak pełnej instalacji wewnątrzbudynkowej w technologii za pomocą której świadczy usługi Wnioskodawca potwierdza brak możliwości wykorzystania istniejącej instalacji wewnątrzbudynkowej. Oznacza to, że Prezes UKE powinien

zweryfikować stan faktyczny i zmienić projekt decyzji tak, aby umożliwić Wnioskodawcy wybudowanie własnej infrastruktury telekomunikacyjnej w Budynkach.

IV. Pozostałe zastrzeżenia dotyczące projektu decyzji.

Z uwagi na wskazane powyżej okoliczności, projekt decyzji, w zakresie, w jakim nie przewiduje on zmiany Umowy poprzez bezwarunkowe umożliwienie Operatorowi budowy instalacji telekomunikacyjnej w Budynkach, powinien być zmieniony. Oznacza to, że § 1 ust. 2, § 1 ust. 3 Umowy powinny otrzymać takie brzmienie, jakie zostało zaproponowane w załączonym do wniosku z dnia 20 lutego 2018 roku projekcie aneksu do Umowy, a § 1 ust. 8 lit. e Umowy powinien zostać uchylony jako bezprzedmiotowy w związku z wprowadzeniem pozostałych zmian.

W ocenie Wnioskodawców niezrozumiałe jest nieuwzględnienie przez Prezesa UKE wniosku o uchylenie § 8 ust. 6 Umowy, zgodnie z którym *w przypadku, gdy Operatornie odinstaluje elementów swojej sieci w terminie, o którym mowa w ust. 6, Udostępniający ma prawo dokonania tej deinstalacji na koszt i ryzyko Operatora.*

Uchylenie tego postanowienia Umownego miało na celu zabezpieczenie Operatora i abonentów na wypadek nieuzasadnionego rozwiązania Umowy przez Udostępniającego – obecne brzmienie postanowień Umowy umożliwia Udostępniającemu demontaż instalacji Operatora nawet w przypadku, w którym brak było podstaw do rozwiązania Umowy. Należy pamiętać, że obowiązkiem Operatora wobec jego abonentów jest zachowanie ciągłości świadczenia usług – Wnioskodawca będzie odpowiadał wobec abonentów za naruszenie tego obowiązku. Nie ma więc wątpliwości, że uprawnienie Udostępniającego do bezwarunkowego demontażu instalacji należącej do Operatora po 30 dniach od rozwiązania Umowy, jest zbyt daleko idące

W uzasadnieniu projektu decyzji Prezes UKE nieustannie stwierdził, że *w przypadku niewykonania tego obowiązku przez Operatora, jednym ze standardowych postanowień funkcjonujących w ramach zobowiązań cywilnych jest prawo zdemontowania infrastruktury przez Udostępniającego na koszt Operatora* (strona 10 uzasadnienia projektu decyzji).

Podkreślam, że postanowienia Umowy nie przewidują chociażby obowiązku wyznaczenia przez Udostępniającego dodatkowego terminu dla Operatora, jeśli nie dokona on demontażu sieci w terminie 30 dni od dnia rozwiązania Umowy – w stosunkach cywilnoprawnych zwyczajowo zastrzega się obowiązek wyznaczenia takiegoż dodatkowego terminu. Nawet jeśli w tym czasie nie udałoby się rozwiązać problemu związanego z nieuzasadnionym rozwiązaniem Umowy, to Wnioskodawca miałby więcej czasu na rozwiązanie zawartych z abonentami umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych. Operator miałby także więcej czasu, aby wyjaśnić z Udostępniającym zaistniałą sytuację.

V. Podsumowanie.

Z uwagi na powyższe, Prezes UKE powinien ponownie przeanalizować zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz wydać decyzję uwzględniającą przepis art. 30 ust. 1a pkt 1-4 i art. 22 ust. 1 Ustawy, a tym samym zmienić postanowienia Umowy poprzez bezwarunkowe umożliwienie Operatorowi budowy instalacji telekomunikacyjnej w Budynkach.

Jednocześnie Prezes UKE powinien przeprowadzić oględziny Budynków, co jest niezbędne do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego i weryfikacji czy Orange Polska S.A. posiada infrastrukturę spełniającą wymogi światłowodowej instalacji telekomunikacyjnej budynku w rozumieniu przepisów PT, zatem czy budowa sieci Operatora jest dublowaniem istniejącej infrastruktury FTTH czy pierwszym wykonaniem takiej instalacji.

Z poważaniem



Ewelina Grabiec

RADCA PRAWNY

Załączniki:

1. pismo Orange Polska S.A. z dnia 6 grudnia 2018 roku,
2. pismo Wnioskodawcy z dnia 18 stycznia 2019 roku,
3. wydruk korespondencji e-mail z dnia 27 sierpnia 2018 r.
4. kalkulacja wraz z załącznikami /z uwagi na poufny charakter Wnioskodawca zastrzega, iż kalkulacja wraz z załącznikami stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wnioskodawcy/.