



PREZES

URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ

Sileman sp z o.o

ul. Dąbrowskiego 35
41-710 Ruda Śląska

**Adrian Ludyga prowadzący działalność
gospodarczą pod firmą „Protonet” Adrian
Ludyga**

ul. Powstańców Śląskich 3
41-945 Piekary Śląskie

DECYZJA DHRT.WPS.6080.1.2016.92

Na podstawie art. 27 ust. 6 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 2062 z późn. zm., dalej „Ustawa o Wspieraniu Rozwoju”), art. 104 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1257 z późn. zm., dalej „kpa”) oraz art. 206 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1907 z późn. zm., dalej „Pt”), po rozpatrzeniu wniosku (dalej „Wniosek”) Sileman sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej (dalej „Operator” lub „Sileman”) z dnia 1 lipca 2016 r. w sprawie wydania decyzji zastępującej umowę o dostępie do infrastruktury telekomunikacyjnej oraz sieci telekomunikacyjnej Adriana Ludygi prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Protonet” z siedzibą w Piekarach Śląskich (dalej „Udostępniający” lub „Protonet”), wybudowanej z wykorzystaniem środków publicznych,

I. ustalám następujące warunki zapewnienia przez Protonet dostępu na rzecz Sileman do sieci i infrastruktury telekomunikacyjnej wybudowanej z wykorzystaniem środków publicznych:

§ 1. Definicje

Awaria – stan techniczny sieci telekomunikacyjnej lub jej elementów uniemożliwiający lub poważnie ograniczający świadczenie Usługi dostępu lub usługi detalicznej;

Infrastruktura Udostępniającego – elementy Sieci Udostępniającego takie jak: linie kablowe (również podwieszane na słupach składających się na napowietrzne linie elektroenergetyczne), wzmacniacze sygnału oraz kanalizacja kablowa jako zespół ułożonych jedna za drugą i połączonych ze sobą rur kanalizacyjnych tworzących kanały do ułożenia w nim kabli telekomunikacyjnych wraz ze studniami, to jest zarówno kanalizacji pierwotnej i wtórnej;

Sieć Udostępniającego – sieć systemów transmisyjnych oraz urządzeń komutacyjnych i przekierowujących, a także inne zasoby, które umożliwiają nadawanie, odbiór lub

transmisję sygnałów za pomocą przewodów, w tym Infrastruktura Udostępniającego, wybudowane w oparciu o:

- umowę z dnia 10 marca 2011 r. o nr POIG.08.04.00-24-223/10-00 o dofinansowanie projektu „Budowa infrastruktury teleinformatycznej na etapie ostatniej mili w wybranych miejscowościach województwa śląskiego”,
- umowę z dnia 20 lutego 2013 r. o nr POIG.08.04.00-16-156/12-00 o dofinansowanie projektu „Zapewnienie dostępu do szerokopasmowego Internetu w niektórych miejscowościach powiatu oleskiego i kluczborskiego”,
- umowę z dnia 5 czerwca 2013 r. o nr POIG.08.04.00-24-362/12-00 o dofinansowanie projektu „Zapewnienie dostępu do szerokopasmowego Internetu w niektórych miejscowościach powiatu kłobuckiego, tarnogórskiego i będzińskiego w technologii FTTH”,
- umowę z dnia 30 czerwca 2014 r. o nr POIG.08.04.00-24-073/13 o dofinansowanie projektu „Budowy sieci światłowodowej w technologii FTTH w powiecie częstochowskim, kłobuckim i będzińskim”;

Usługa dostępu – usługa dostępu telekomunikacyjnego w zakresie dostępu do fizycznych obwodów Sieci Udostępniającego łączących zakończenia sieci z punktem dostępu do stacjonarnej publicznej sieci telekomunikacyjnej, w szczególności z przełącznicą główną lub równoważnym urządzeniem. Usługa dostępu obejmuje:

- dostęp do lokalnych pętli światłowodowych rozumianych jako fragment połączenia światłowodowego, zrealizowanego w technologii FTTH¹, obejmującego segment od gniazdka abonenckiego do najbliższego punktu przełączania włókien optycznych, poprzedzającego urządzenie aktywne,
- dostęp do ciemnych włókien światłowodowych niewchodzących w skład lokalnych pętli światłowodowych obejmujących segment od punktu przełączania włókien optycznych, na którym zakończona jest lokalna pętla światłowodowa do przełącznicy głównej, za pośrednictwem tej przełącznicy głównej oraz na potrzeby skorzystania z tej lokalnej pętli światłowodowej,
- zrealizowanie punktu styku pomiędzy Siecią Udostępniającą a siecią Operatora;

Wolne zasoby – zasoby, które nie są całkowicie wykorzystywane na potrzeby działalności telekomunikacyjnej, ani nie są całkowicie objęte zatwierdzonym planem wykorzystania w okresie 18 miesięcy od zgłoszenia zapytania.

§ 2. Postanowienia ogólne

1. Udostępniający dysponuje Siecią Udostępniającą oraz Infrastrukturą Udostępniającą, które stanowią przedmiot dostępu, określonego w decyzji.
2. Na pisemny wniosek Operatora, prawidłowo doręczony Udostępniającemu, Udostępniający przedstawi Operatorowi nieodpłatnie i niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia prawidłowego doręczenia wniosku, wszelkie informacje stanowiące szczegółowy opis Sieci Udostępniającego i Infrastruktury Udostępniającego, które są niezbędne do zapewnienia dostępu do Sieci Udostępniającego oraz Infrastruktury Udostępniającego i złożenia zamówienia na Usługę dostępu, w tym szczegółowe warunki techniczne dotyczące punktu styku, niezbędne do połączenia Sieci Udostępniającego i sieci Operatora.

¹ FTTH – ang. fiber to the home – światłowód do domu

3. Do wniosku, o którym mowa w ust. 2 powyżej, Operator załącza podpisaną przez Operatora listę danych kontaktowych Operatora zawierającą imiona i nazwiska osób, numery telefoniczne lub adresy korespondencyjne, w tym adresy poczty elektronicznej oraz inne informacje niezbędne do zapewnienia prawidłowej komunikacji pomiędzy Operatorem a Udostępniającym we wszelkich sprawach uregulowanych niniejszą decyzją. Do odpowiedzi na wniosek, o którym mowa w ust. 2 powyżej, Udostępniający załącza podpisaną przez Udostępniającego listę danych kontaktowych Udostępniającego zawierającą imiona i nazwiska osób, numery telefoniczne lub adresy korespondencyjne, w tym adresy poczty elektronicznej oraz inne informacje niezbędne do zapewnienia prawidłowej komunikacji pomiędzy Operatorem a Udostępniającym we wszelkich sprawach uregulowanych niniejszą decyzją.
4. Składanie oświadczeń woli, przekazywanie informacji oraz wszelkie inne formy komunikacji pomiędzy Operatorem a Udostępniającym wywołują skutki, o których mowa w niniejszej decyzji, z chwilą prawidłowego doręczenia w myśl przepisów kpa, lub z chwilą dotarcia informacji do odbiorcy w taki sposób, że odbiorca mógł się z nią zapoznać.
5. Udostępniający jest zobowiązany niezwłocznie poinformować Operatora o wszelkich planowanych zmianach w Infrastrukturze Udostępniającego oraz Sieci Udostępniającego, istotnych dla jej wykorzystania przez Operatora do świadczenia publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych na bazie Usługi dostępu. Niedopuszczalne jest dokonywanie przez Udostępniającego zmian w Infrastrukturze Udostępniającego, które mogłyby uniemożliwić lub utrudnić Operatorowi świadczenie usług telekomunikacyjnych na podstawie zawartej z użytkownikiem umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych.

§ 3. Zakres przedmiotowy

1. Przedmiotem decyzji jest określenie warunków zapewnienia przez Udostępniającego dostępu na rzecz Operatora do Sieci Udostępniającego oraz Infrastruktury Udostępniającego w celu świadczenia przez Operatora publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych. Zapewnienie dostępu, o którym mowa powyżej, polega na świadczeniu Usługi dostępu.
2. Udostępniający jest zobowiązany do świadczenia Usługi dostępu również w przypadku, gdy zakończenia Sieci Udostępniającego będące przedmiotem dostępu zostały doprowadzone do budynku, ale nie zostały doprowadzone do lokali znajdujących się w tym budynku. W takim przypadku Udostępniający doprowadzi zakończenia Sieci Udostępniającego, z wykorzystaniem technologii światłowodowej (FTTH), do lokali znajdujących się w tym budynku i wskazanych przez Operatora w zamówieniu na Usługę dostępu.
3. Udostępniający świadczy na rzecz Operatora Usługę dostępu do Sieci Udostępniającego oraz Infrastruktury Udostępniającego wyłącznie w zakresie Wolnych zasobów oraz możliwości technicznych.
4. Parametry techniczne i jakościowe Usługi dostępu w szczególności będą umożliwiały świadczenie przez Operatora publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych o jakości nie gorszej niż usługi świadczone przez Udostępniającego własnym użytkownikom. Szczegółowe warunki jakości Usługi dostępu oraz odpowiedzialności za niedochowanie tych parametrów określa § 9 decyzji.

5. Szczegółową procedurę zamawiania Usługi dostępu określa § 6 decyzji.
6. Lokalizacja punktu styku Sieci Udostępniającego i sieci Operatora znajduje się w miejscowości Piekary Śląskie w miejscu, w którym Udostępniający posiada zainstalowaną przełącznicę główną, obsługującą ruch telekomunikacyjny do użytkowników końcowych podłączonych do Sieci Udostępniającego. Połączenie sieci jest realizowane w ten sposób, że Operator zapewnia całą infrastrukturę telekomunikacyjną pomiędzy własną siecią a wskazaną przełącznicą główną w Sieci Udostępniającego. W razie braku możliwości technicznych połączenia sieci we wskazanym miejscu, Udostępniający niezwłocznie wskazuje alternatywne miejsca, w których jest taka możliwość, a Operator dokonuje wyboru spośród wskazanych alternatywnych miejsc.
7. Realizacja fizycznego połączenia sieci na bazie łączy dzierżawionych od innego operatora wymaga doręczenia do Udostępniającego pisemnej zgody tego operatora wraz z dokładnym określeniem lokalizacji tych łączy na przełącznicy Udostępniającego.

§ 4. Prawa i obowiązki Udostępniającego i Operatora

1. Udostępniający i Operator są zobowiązani do współdziałania w zakresie niezbędnym do prawidłowego wykonania decyzji.
2. Udostępniający zapewnia utrzymanie Infrastruktury Udostępniającego oraz Sieci Udostępniającego w należyтым stanie, w zakresie niezbędnym do świadczenia przez Operatora publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych zgodnie z § 3 ust. 4, w szczególności poprzez usuwanie Awarii Infrastruktury Udostępniającego oraz Sieci Udostępniającego.
3. Udostępniający i Operator są zobowiązani do realizacji obowiązków na rzecz obronności, bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego oraz obowiązków nałożonych zgodnie z przepisami na operatora publicznej sieci telekomunikacyjnej.
4. W przypadku przeniesienia praw do Infrastruktury Udostępniającego lub Sieci Udostępniającego bądź ich części na rzecz innego podmiotu, Udostępniający przekaze informację o prawach Operatora wynikających z decyzji i jest zobowiązany do zawarcia w umowie z tym podmiotem klauzuli, na mocy której warunki dostępu telekomunikacyjnego określone w decyzji będą obowiązywały w stosunkach tego podmiotu z Operatorem oraz klauzuli, na mocy której Udostępniający i podmiot, który nabył prawa do Infrastruktury Udostępniającego lub Sieci Udostępniającego bądź ich części będą odpowiadać solidarnie za zobowiązania względem Operatora wynikające z postanowień decyzji.

§ 5. Opłaty

1. Z tytułu świadczenia Usługi dostępu, w zakresie dostępu do lokalnych pętli światłowodowych Operator uiszcza na rzecz Udostępniającego miesięczną opłatę w wysokości stanowiącej iloczyn:
 - a. wysokości najniższej, średniomiesięcznej detalicznej opłaty (netto) abonamentowej za dostęp szerokopasmowy oferowanej przez Udostępniającego użytkownikom będącym w zasięgu Sieci Udostępniającego pomniejszonej o opust

hurtowy wynoszący 55,30% (słownie: pięćdziesiąt pięć i trzy dziesiąte punktu procentowego), oraz

b. liczby lokalnych pętli światłowodowych wchodzących w skład Sieci Udostępniającego, wykorzystywanych przez Operatora.

2. Operator uiszcza na rzecz Udostępniającego opłatę jednorazową z tytułu uruchomienia Usługi dostępu w wysokości 236,94 zł (słownie: dwieście trzydzieści sześć złotych i dziewięćdziesiąt cztery grosze) za każdą lokalną pętlę światłowodową.
3. Operator z tytułu korzystania z Usługi dostępu w zakresie dostępu do ciemnych włókien światłowodowych niewchodzących w skład lokalnych pętli światłowodowych obejmujących segment od punktu zakończenia lokalnej pętli światłowodowej do przełącznicy głównej, za pośrednictwem tej przełącznicy głównej oraz na potrzeby skorzystania z tej lokalnej pętli światłowodowej, uiszcza na rzecz Udostępniającego miesięczną opłatę w wysokości 64,38 zł (słownie: sześćdziesiąt cztery złote i trzydzieści osiem groszy) za kilometr użytkowanego włókna światłowodowego.
4. Operator uiszcza na rzecz Udostępniającego opłatę jednorazową z tytułu uruchomienia usługi dostępu w wysokości 1101,13 zł (słownie: tysiąc sto jeden złotych i 13 groszy) za każde ciemne włókno światłowodowe niewchodzące w skład lokalnej pętli światłowodowej.
5. W przypadku korzystania z Usługi dostępu przez niepełny okres rozliczeniowy, miesięczna opłata za dostęp do lokalnej pętli światłowodowej lub ciemnego włókna światłowodowego ustalana jest proporcjonalnie do liczby dni w miesiącu, w ciągu których usługa była świadczona.
6. W przypadku, o którym mowa w § 3 ust. 2 zdanie drugie, Operator uiszcza na rzecz Udostępniającego opłatę jednorazową w wysokości określonej przez Udostępniającego. Jednak w żadnym wypadku nie może być ona wyższa niż stosowana przez Udostępniającego w stosunku do innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych lub w ramach własnego przedsiębiorstwa w porównywalnych okolicznościach.
7. Opłaty, o których mowa w ust. 1-6 powyżej, będą powiększane o należny podatek od towarów i usług.
8. Wysokość detalicznej opłaty abonamentowej oferowanej przez Udostępniającego własnym użytkownikom wpływającej (zgodnie z ust. 1 lit. a.) na wynagrodzenie należne Udostępniającemu jest wyliczana według zasad określonych w załączniku do decyzji – Sposób ustalania opłaty za Usługę dostępu, stanowiącym jej integralną część.
9. Opłaty będą należne w terminie 14 dni od doręczenia faktury VAT, nie wcześniej niż w terminie 10 dni od wykonania Usługi dostępu stanowiącej podstawę do wystawienia faktury.

§ 6. Zamówienie na Usługę dostępu

1. Zamówienie na Usługę dostępu dotyczy uruchomienia, modyfikacji lub rezygnacji z Usługi dostępu.
2. Rezygnacja z Usługi dostępu może nastąpić nie wcześniej niż z upływem 1 roku od dnia uruchomienia tej usługi z zastrzeżeniem ust. 3.

3. W przypadku zakończenia świadczenia przez Operatora usług z wykorzystaniem zasobów Sieci Udostępniającego, Operator niezwłocznie rezygnuje z Usługi dostępu lub ją modyfikuje w celu zwolnienia niewykorzystywanych zasobów Sieci Udostępniającego.
4. W zamówieniu na Usługę dostępu Operator wskazuje jej zakres (dostęp do lokalnych pętli światłowodowych lub ciemnych włókien światłowodowych), zakończenie Sieci Udostępniającego lub lokal, do którego Udostępniający doprowadza zakończenie Sieci Udostępniającego oraz punkt dostępu do usługi, w którym Operator uzyskuje dostęp. Zgodnie z § 2 ust. 2, Udostępniający przedstawia Operatorowi wszelkie informacje na temat Sieci Udostępniającego, niezbędne do przygotowania przez Operatora zamówienia.
5. Udostępniający, w terminie 3 dni roboczych od dnia otrzymania zamówienia na Usługę dostępu, szczegółowo wskazuje braki lub nieprawidłowości w tym zamówieniu oraz sposób ich uzupełnienia lub poprawienia i wzywa Operatora do takiego uzupełnienia lub poprawienia, stosownie do wymogów, o których mowa w ust. 4 powyżej. Zamówienie uznaje się za wolne od braków formalnych, gdy Udostępniający, w terminie, o którym mowa powyżej, nie zgłosi braków lub nieprawidłowości zamówienia na Usługę dostępu.
6. Operator uzupełnia braki wskazane przez Udostępniającego lub poprawia zamówienie na Usługę dostępu w terminie 5 dni roboczych od dnia otrzymania od Udostępniającego informacji o brakach lub nieprawidłowościach zamówienia, pod rygorem pozostawienia przez Udostępniającego zamówienia bez rozpoznania.
7. W terminie 3 dni roboczych od dnia otrzymania przez Udostępniającego zamówienia na Usługę dostępu wolnego od braków lub nieprawidłowości Udostępniający informuje Operatora o przystąpieniu do realizacji zamówienia.
8. Udostępniający realizuje zamówienie na Usługę dostępu w terminie 14 dni roboczych, licząc od dnia otrzymania przez Udostępniającego zamówienia wolnego od braków lub nieprawidłowości albo w terminie dłuższym, wskazanym w tym zamówieniu. Termin realizacji zamówienia na Usługę dostępu ulega wydłużeniu o okres niezbędny do doprowadzenia zakończeń Sieci Udostępniającego do lokali. Jednak w żadnym wypadku nie może być on dłuższy niż stosowany przez Udostępniającego w stosunku do innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych lub w ramach własnego przedsiębiorstwa w porównywalnych okolicznościach.
9. Udostępniający może odmówić realizacji zamówienia na Usługę dostępu, dotyczącego uruchomienia lub modyfikacji usługi, jeżeli:
 - a. realizacja zamówienia jest niemożliwa z powodu siły wyższej,
 - b. Operator rażąco naruszył postanowienia decyzji i skutki takiego naruszenia nie zostały usunięte do chwili udzielenia odpowiedzi odmawiającej realizacji zamówienia na Usługę dostępu,
 - c. Operator zalega z płatnościami na rzecz Udostępniającego z tytułu świadczonej Usługi dostępu, za co najmniej 2 okresy rozliczeniowe,
 - d. zamówienie nie dotyczy Usługi dostępu,
 - e. nie ma obiektywnych możliwości technicznych świadczenia danej Usługi dostępu, a brak możliwości jest niezależny od Udostępniającego.

10. Udostępniający nie może odmówić realizacji Usługi dostępu w zakresie dostępu do lokalnej pętli światłowodowej z powodu braku Wolnych zasobów, jeżeli użytkownik korzystający z publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych wyraził na piśmie chęć zawarcia umowy z Operatorem o świadczenie tych usług.
11. W przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w ust. 9 powyżej, Udostępniający przekaze Operatorowi w terminie 3 dni od złożenia wniosku lub weryfikacji możliwości technicznych informację o odmowie realizacji zamówienia.
12. Odmowa realizacji zamówienia na Usługę dostępu wymaga szczegółowego uzasadnienia na piśmie, a jeżeli istnieje możliwość zastosowania rozwiązań alternatywnych względem usług wskazanych w zamówieniu na Usługę dostępu, Udostępniający wskazuje takie rozwiązania alternatywne. Operator może weryfikować okoliczności podane w odmowie realizacji zamówienia. W tym przypadku stosuje się odpowiednio § 8 poniżej, przy czym Operator nie ponosi opłat z tym związanych, jeżeli weryfikacja nie potwierdzi okoliczności podanych w odmowie.
13. W przypadku odmowy realizacji niektórych usług wskazanych w zamówieniu na Usługę dostępu Operator, w terminie 3 dni roboczych od dnia otrzymania informacji o odmowie realizacji zamówienia, może je anulować.

§ 7 Awarie

1. Udostępniający oraz Operator współpracują przy lokalizacji i usuwaniu Awarii.
2. Udostępniający odpowiada za usunięcie Awarii w zakresie Infrastruktury Udostępniającego oraz Sieci Udostępniającego. Udostępniający ponosi koszty usunięcia Awarii w tym zakresie, chyba że zdarzenie będące przyczyną Awarii było następstwem okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Operator.
3. W przypadku wykrycia Awarii przez którąkolwiek ze stron niniejszej decyzji, strona ta jest zobowiązana do natychmiastowego zgłoszenia tego faktu drugiej stronie niniejszej decyzji.
4. Po otrzymaniu zgłoszenia Awarii od Operatora, Udostępniający niezwłocznie informuje Operatora o prawidłowym dokonaniu zgłoszenia Awarii.
5. Zgłoszenie Awarii powinno zawierać:
 - a. informacje identyfikujące podmiot zgłaszający Awarię,
 - b. informacje pozwalające jednoznacznie zidentyfikować Usługę,
 - c. opis problemu,
 - d. szczegółowe dane kontaktowe na wypadek potrzeby współpracy w zakresie usunięcia Awarii.
6. Czas usunięcia Awarii jest liczony od momentu zgłoszenia Awarii do momentu usunięcia Awarii i przekazania informacji o usunięciu Awarii.
7. Udostępniający niezwłocznie podejmuje działania mające na celu usunięcie Awarii.
8. Po dokonaniu wstępnej analizy przyczyny Awarii, Udostępniający niezwłocznie przekaze Operatorowi przewidywaną datę i godzinę rozpoczęcia oraz zakończenia naprawy.

9. Udostępniający informuje Operatora o usunięciu Awarii. Po otrzymaniu informacji o usunięciu Awarii Operator niezwłocznie informuje Udostępniającego, czy Awaria została usunięta.
10. Operator może nadać Awarii status priorytetowy wyłącznie w sytuacji, gdy Awaria dotyczy użytkowników będących organami administracji publicznej bądź jednostkami świadczącymi usługi w zakresie ochrony zdrowia i życia, bezpieczeństwa państwa i porządku publicznego, obronności, szkolnictwa lub sądownictwa.
11. Opłata z tytułu interwencji w przypadku Awarii o statusie priorytetowym wynosi maksymalnie 150% opłaty za nadzór Udostępniającego.

§ 8. Nadzór

1. Wszelkie prace wykonywane przez Operatora w związku z korzystaniem z Usługi dostępu, które dotyczą Sieci Udostępniającego oraz Infrastruktury Udostępniającego, prowadzone są pod nadzorem Udostępniającego.
2. Z zastrzeżeniem ust. 3 poniżej, Operator deklaruje sposób sprawowania nadzoru Udostępniającego:
 - a. ciągły/gwarantowany – zapewnienie obecności Udostępniającego przez cały czas trwania prac, w którym to czasie Udostępniający na bieżąco weryfikuje poprawność wykonania prac, o których mowa w ust. 1,
 - b. nieciągły – zapewnienie obecności Udostępniającego co najmniej na początku i na końcu prac, o których mowa w ust. 1, łącznie przez co najmniej 1 godzinę. W tym przypadku celem nadzoru Udostępniającego jest weryfikacja poprawności wykonanych prac. Udostępniający zobowiązany jest umożliwić Operatorowi kontakt z osobą odpowiedzialną za przeprowadzenie nadzoru, w ciągu całego czasu trwania prac. Nadzór powinien być rozpoczęty w miejscu prac w czasie nie dłuższym niż 4 godziny (w godzinach sprawowania nadzoru Udostępniającego) od momentu wezwania Operatora.
3. Operator informuje Udostępniającego o planowanym terminie prac, o których mowa w ust. 1, na 7 dni roboczych przed planowaną datą ich rozpoczęcia. Informacja powinna zawierać przewidywany zakresu czynności tych prac oraz szacowany okres ich prowadzenia.
4. W przypadku pilnej potrzeby wykonania przez Operatora prac, o których mowa w ust. 1 powyżej związanych z usunięciem Awarii, obowiązuje sprawowanie nadzoru Udostępniającego w sposób ciągły (gwarantowany). Operator informuje Udostępniającego o planowanym terminie takich prac nie później niż:
 - a. w dni robocze oraz w soboty (8.00 – 16.00) – 4 godziny przed rozpoczęciem prac,
 - b. w dni robocze oraz w soboty (16.00 – 22.00 i 6.00 – 8.00) – 6 godzin przed rozpoczęciem prac,
 - c. w nocy (22.00 – 6.00), niedziele i dni ustawowo wolne od pracy – 8 godzin przed rozpoczęciem prac.
5. Po zakończeniu prac osoba odpowiedzialna za przeprowadzenie nadzoru spisuje protokół odbioru wykonanych prac i podpisuje go dwustronnie z przedstawicielem Operatora. Protokół odbioru wykonanych prac powinien zawierać krótki opis wykonanych prac z wyszczególnieniem m.in.: elementów Infrastruktury

Udostępniającego oraz Sieci Udostępniającego, na jakich prace były wykonane, zakresu prac, sposobu sprawowania nadzoru (ciągły, nieciągły) oraz ilości godzin sprawowania nadzoru. Odmowa podpisania protokołu odbioru wykonanych prac przez którąkolwiek ze stron zostanie opisana w ww. protokole wraz z podaniem przyczyn tej odmowy.

6. Za sprawowanie nadzoru Operator uiszcza na rzecz Udostępniającego opłatę w wysokości uzależnionej od długości trwania nadzoru i czasu, w którym się odbywa:
 - a. w dni robocze (8.00 – 16.00) – 80,29 zł za każdą rozpoczętą godzinę,
 - b. w dni robocze (16.00 – 22.00 i 6.00 – 8.00) oraz w soboty – 109,34 zł za każdą rozpoczętą godzinę,
 - c. w nocy (22.00 – 6.00), niedziele i dni ustawowo wolne od pracy – 138,40 zł za każdą rozpoczętą godzinę.

§ 9. Parametry jakościowe i odpowiedzialność za ich niedochowanie

1. W ramach gwarantowanych parametrów jakościowych Usługi dostępu Udostępniający zapewnia następujące parametry:
 - a. CUA (czas usuwania awarii) – 24 godziny (8 godzin dla Awarii, której Operator nadał status priorytetowy),
 - b. RDU (roczna dostępność usługi) – 99%, parametr RDU obliczany jest zgodnie z poniższym wzorem:
$$\text{RDU [\%]} = 100 [\%] * (\text{czas całkowity} - \sum \text{czas awarii}) / (\text{czas całkowity})$$
2. Bonifikaty przysługują Operatorowi za każdy rozpoczęty dzień, w którym Usługa dostępu będąca przedmiotem zamówienia była niedostępna po przekroczeniu parametru RDU określonego w ust. 1. Bonifikaty nie przysługują Operatorowi, jeżeli podstawą do ich przyznania są zdarzenia, za które odpowiedzialność ponosi Operator.
3. Wysokość bonifikaty, o której mowa w ust. 2, ustala się na poziomie 1/30 opłat abonamentowych za daną usługę świadczoną w ramach Usługi dostępu, której dotyczy Awaria za każdy rozpoczęty dzień, w którym dana usługa była niedostępna z powodu Awarii po przekroczeniu parametru RDU.
4. Jako dzień, w którym nastąpiła w sposób ciągły lub przerywany niedostępność Usługi dostępu będącej przedmiotem zamówienia, strony przyjmują każdy dzień liczony jako kolejne 24 godziny po przekroczeniu parametru RDU, określonego w ust. 1.
5. Udostępniający uwzględnia bonifikaty bez potrzeby zgłaszania stosownego żądania przez Operatora, odejmując wysokość bonifikaty od sumy opłat abonamentowych za okres rozliczeniowy następujący po okresie rozliczeniowym, w którym nastąpiło zdarzenie związane z bonifikatą.
6. Udostępniający jest zobowiązany powiadamiać Operatora o planowanej rozbudowie, okresowych przeglądach i modernizacji Sieci Udostępniającego oraz Infrastruktury Udostępniającego, nie później niż na 10 dni roboczych przed planowanym dniem rozpoczęcia prac, jeżeli zdarzenia te będą miały wpływ na prawidłowe świadczenie usług na rzecz Operatora i jego abonentów.

7. Informacja o pracach planowych, określonych w ust. 6, będzie określać przedmiot prac oraz:
 - a. datę i godzinę rozpoczęcia i zakończenia prac planowych,
 - b. charakter i krótki opis prac planowanych,
 - c. możliwy wpływ na świadczone usługi,
 - d. numery kontaktowe do osób przeprowadzających prace planowane, z którymi należy kontaktować się w razie potrzeby.
8. Udostępniający przeprowadzając prace planowe zapewni utrzymanie ruchu telekomunikacyjnego, rozumianego jako zapewnienie ciągłości świadczenia Usług dostępu. W przypadku, gdy nie ma możliwości zapewnienia ciągłości świadczenia Usług dostępu, a planowane zawieszenie ruchu jest nieuniknione, prace planowe powinny być wykonane w porze najmniejszego ruchu międzysieciowego.
9. Prace planowe będą wykonywane w godzinach 22.00 – 06.00, zaś łączny czas prowadzenia prac planowych dla danej usługi świadczonej w ramach Usługi dostępu nie może przekroczyć 72 godzin w ciągu roku.
10. Do czasu prowadzenia prac planowych nie wlicza się czasu potrzebnego do usunięcia Awarii. Skutki prowadzenia prac planowych w czasie prowadzenia tych prac nie podlegają zgłoszeniu jako Awaria.
11. Czas trwania prac planowych nie wlicza się do wskaźnika RDU, przy czym czas trwania prac planowych przekraczający wymogi wskazane w ust. 9 powyżej jest wliczany do tego wskaźnika.
12. Operator nie ponosi opłat z tytułu świadczenia Usługi dostępu za okres trwania prac planowych mających wpływ na prawidłowe ich świadczenie.

§ 10. Poufność

1. Operator oraz Udostępniający są zobowiązani do zachowania w tajemnicy i niewykorzystywania w inny sposób niż do celów współpracy na podstawie decyzji, jakichkolwiek informacji uzyskanych w związku z wykonywaniem tej współpracy.
2. Strony w szczególności zobowiązują się nie wykorzystywać uzyskanych informacji o lokalizacji usług świadczonych przez drugą stronę, w związku z prowadzoną działalnością detaliczną.
3. Obowiązek zachowania tajemnicy obowiązuje także po zakończeniu współpracy na podstawie decyzji.
4. W przypadku naruszenia obowiązku opisanego w ust. 1-2, strona, która dopuściła się takiego naruszenia, będzie zobowiązana do zapłaty na rzecz drugiej strony kary umownej w wysokości 10.000,00 zł za każdy przypadek stwierdzonego naruszenia (niezależnie od ilości informacji, których poufność uległa naruszeniu w danym przypadku).

II. Załącznik do Decyzji – Sposób ustalania opłaty za Usługę dostępu, stanowi jej integralną część.

III. Na podstawie art. 206 ust. 2aa w związku z art. 206 ust. 2 pkt 6 Pt, decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu.

UZASADNIENIE

Na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej „Prezes UKE”) ustalił następujący stan faktyczny.

Pismem z dnia 1 lipca 2016 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej, dalej „UKE”, dnia 4 lipca 2016 r.) Sileman złożył wniosek do Prezesa UKE o wydanie decyzji w zakresie dostępu do Sieci Protonet. Wniosek dotyczył sieci telekomunikacyjnych zrealizowanych w ramach działania 8.4 Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka (dalej „POIG 8.4”), które Protonet wybudował w oparciu o umowę z dnia 10 marca 2011 r. o nr POIG.08.04.00-24-223/10-00 o dofinansowanie projektu „Budowa infrastruktury teleinformatycznej na etapie ostatniej mili w wybranych miejscowościach województwa śląskiego”, umowę z dnia 20 lutego 2013 r. o nr POIG.08.04.00-16-156/12-00 o dofinansowanie projektu „Zapewnienie dostępu do szerokopasmowego Internetu w niektórych miejscowościach powiatu oleskiego i kluczborskiego”, umowę z dnia 5 czerwca 2013 r. o nr POIG.08.04.00-24-362/12-00 o dofinansowanie projektu „Zapewnienie dostępu do szerokopasmowego Internetu w niektórych miejscowościach powiatu kłobuckiego, tarnogórskiego i będzińskiego w technologii FTTH”, umowę z dnia 30 czerwca 2014 r. o nr POIG.08.04.00-24-073/13 o dofinansowanie projektu „Budowy sieci światłowodowej w technologii FTTH w powiecie częstochowskim, kłobuckim i będzińskim” (dalej „Umowy o Dofinansowanie”). W uzasadnieniu wniosku Sileman powołał się na podstawę prawną wynikającą z art. 27 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju oraz przytoczył przebieg nieskutecznych negocjacji warunków dostępu z Protonet i wskazał na domniemane spełnienie kryteriów uzasadniających podjęcie decyzji o dostępie telekomunikacyjnym. Do wniosku Sileman załączył projekt umowy o dostępie telekomunikacyjnym z połączeniem sieci (dalej „Projekt Umowy”) oraz kopię korespondencji prowadzonej w ramach negocjacji z Protonet.

Pismem z dnia 13 lipca 2016 r. Prezes UKE, na podstawie art. 61 § 4 kpa, zawiadomił strony, iż w dniu 4 lipca 2016 r. zostało wszczęte na wniosek Sileman postępowanie administracyjne w sprawie wydania decyzji zastępującej umowę o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia sieci Sileman oraz sieci telekomunikacyjnej Protonet. Jednocześnie Prezes UKE wezwał Protonet, jako stronę postępowania, do przedstawienia stanowiska w sprawie wniosku Sileman, wszelkich dokumentów niezbędnych do jego rozpatrzenia oraz wszelkich decyzji, umów lub innych aktów, w tym w szczególności umowy o dofinansowanie, na podstawie których nastąpiło finansowanie ze środków publicznych budowy, przebudowy, remontu lub nabycia praw do infrastruktury lub sieci telekomunikacyjnej, o której udostępnienie ubiega się Sileman.

Wobec braku przedstawienia stanowiska Protonet, pismem z dnia 23 sierpnia 2016 r. Prezes UKE ponownie wezwał Protonet do przedstawienia informacji analogicznych jak w wezwaniu z dnia 13 lipca 2016 r.

Pismem z dnia 8 września 2016 r. (data wpływu do UKE dnia 12 września 2016 r.) Protonet przesłał stanowisko spółki w sprawie wraz z załączonymi umowami o dofinansowanie, decyzjami administracyjnymi zezwalającymi na zajęcie pasa ruchu drogowego oraz umowami o najem słupów telekomunikacyjnych. Protonet zawarł również wniosek o rozstrzygnięcie kwestii spornych oraz uzgodnienie warunków współpracy międzyoperatorskiej przy uwzględnieniu stanowiska i zaproponowanych w nim postanowień; wezwanie Spółki Elsat sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej (dalej „Elsat”) do udziału w postępowaniu jako osoby zainteresowanej w sprawie na prawach strony, której interesu prawnego dotyczy postępowanie oraz o wezwanie Sileman i Elsat do przedstawienia oferty oraz cenników świadczonych przez nich wspólnie usług telekomunikacyjnych. Protonet przedstawił

uzasadnienie wniosku o wezwanie Elsat do udziału w postępowaniu wskazując na powiązania pomiędzy Sileman i Elsat. Protonet dodatkowo wskazał na brak istnienia obowiązku udzielenia dostępu, o którym mowa w art. 27 ust. 1 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju, wskazując, że zarówno umowy o dofinansowanie zawarte przez Protonet, jak i decyzja notyfikacyjna Komisji Europejskiej (dalej „KE”), nie wyrażały obowiązku udzielenia dostępu, o którym mowa w art. 27 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju. Dodatkowo Protonet wskazał podstawę dofinansowania budowy sieci będącej przedmiotem postępowania oraz alternatywną podstawę prawną dla wniosku o wydanie decyzji zastępującej umowę o dostępie telekomunikacyjnym. Protonet wskazał na niezasadność stosowania wytycznych określonych przez Prezesa UKE dla Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa 2014-2020, tj. „Wymagania dla sieci NGA – POPC” (dalej „Wymagania POPC”) w zakresie określenia wysokości wynagrodzenia dla Protonet i zaproponował alternatywne zapisy i tryb rozliczeń zawarte w negocjowanej umowie o dostępie z Sileman.

Pismem z dnia 23 września 2016 r. Prezes UKE wezwał Protonet, jako stronę postępowania, do przedstawienia wniosków o dofinansowanie stanowiących załączniki nr 2 do umów o dofinansowanie nr POIG.08.04.00-16-156-12/00 z dnia 20 lutego 2013 r., POIG.08.04.00-24-362-12/00 z dnia 5 czerwca 2013 r., POIG.08.04.00-24-233-10/00 z dnia 10 marca 2011 r., POIG.08.04.00-24-073/13 z dnia 30 czerwca 2014 r. ze wszystkimi ich istotnymi z punktu widzenia postępowania załącznikami.

Pismem z dnia 5 października 2016 r. (data wpływu do UKE dnia 10 października 2016 r.) Protonet przedstawił załączniki nr 2 do umów o dofinansowanie nr POIG.08.04.00-16-156-12/00 z dnia 20 lutego 2013 r., POIG.08.04.00-24-362-12/00 z dnia 5 czerwca 2013 r. oraz POIG.08.04.00-24-073/13 z dnia 30 czerwca 2014 r.

Pismem z dnia 24 października 2016 r. Prezes UKE zwrócił się do Centrum Projektów Polska Cyfrowa (dalej „CPPC”) jako następcy prawnego Władzy Wdrażającej Programy Europejskie będącej stroną umów o dofinansowanie sieci Protonet z prośbą o wskazanie przepisów prawa, decyzji, umów lub innych aktów, na podstawie których nastąpiło finansowanie ze środków publicznych budowy Sieci Udostępniającego, które były lub mogły być źródłem obowiązku dostępu telekomunikacyjnego nałożonego na beneficjenta POIG 8.4.; wskazanie konkretnych dat zakończenia okresu trwałości poszczególnych czterech projektów realizowanych przez Protonet w ramach POIG 8.4. oraz przedstawienie stanowiska CPPC jako Instytucji Wdrażającej POIG 8.4 w sprawie sporu międzyoperatorskiego toczącego się przed Prezesem UKE, którego jedną ze stron jest Protonet będący beneficjentem ww. programu i stanowiska CPPC w zakresie obowiązku otwartości sieci i zapewnienia dostępu hurtowego ciężącego na beneficjentach POIG 8.4. Prezes UKE wskazał, że informacje przekazane przez CPPC oraz stanowisko w sprawie pomoże Prezesowi UKE w rzetelnej analizie stanu faktycznego prowadzonego postępowania i może być punktem odniesienia w ewentualnych przyszłych postępowaniach, których stroną będą beneficjenci programu.

Pismem z dnia 20 października 2016 r. (data wpływu do UKE dnia 26 października 2016 r.) Protonet przedstawił załącznik nr 2 do umowy o dofinansowanie nr POIG.08.04.00-24-233-10/00 z dnia 10 marca 2011 r.

Pismem z dnia 3 listopada 2016 r. CPPC przedstawiło stanowisko w sprawie dostępu hurtowego do sieci wybudowanej przez beneficjenta POIG 8.4. Z pisma CPPC nie wynika jednoznacznie, czy w przedmiotowej sprawie na Protonet spoczywa obowiązek zapewnienia dostępu na podstawie art. 27 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju. CPPC w piśmie wskazało okres realizacji projektu jak również datę złożenia wniosków o płatność w odniesieniu do poszczególnych Sieci Udostępniającego.

Pismem z dnia 2 grudnia 2016 r. (data wpływu do UKE dnia 8 grudnia 2016 r.) Sileman ustosunkował się do stanowiska Protonet z dnia 8 września 2016 r. W zakresie obowiązku zapewnienia dostępu do sieci wybudowanych ze środków publicznych, w opinii Sileman, nie ma wątpliwości, że KE wprowadziła zasadę realizacji „otwartych sieci” przy wykorzystaniu środków publicznych i w związku z powyższym art. 27 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju znajduje zastosowanie w postępowaniu. Sileman podtrzymał swój wniosek dotyczący sposobu ustalania opłat hurtowych i wskazał brak zasadności dla wprowadzania opłaty proponowanej przez Protonet. Sileman wskazał również, że w miejscowości Piekary Śląskie nie posiada sieci telekomunikacyjnej, w związku z czym zaproponował umiejscowienie połączenia sieci w Radzionkowie lub Bytomiu. Dodatkowo Sileman uzasadnił brak podstaw do uznania, że Elsat powinna być stroną postępowania.

Pismem z dnia 15 lutego 2017 r. Prezes UKE wezwał Sileman do złożenia wyjaśnień w zakresie następujących pytań:

- Czy treść załączników do projektu umowy załączonego do wniosku Sileman została przygotowana przez Sileman lub Protonet na którymkolwiek etapie negocjacji lub postępowania administracyjnego?
- Czy treść załączników do projektu umowy załączonego do wniosku Sileman była przedmiotem negocjacji pomiędzy stronami?
- Czy w zakresie treści załączników do projektu umowy załączonego do wniosku Sileman, strony postępowania doszły do porozumienia lub czy pojawiły się na etapie negocjacji kwestie sporne?
- Jeżeli załączniki do projektu umowy załączonego do wniosku Sileman nie zostały ustalone przez strony na żadnym z etapów negocjacji lub postępowania administracyjnego, czy Sileman planuje ich przedstawienie w toku postępowania lub oczekuje określenia ich treści w ramach decyzji rozstrzygającej w sprawie?

Sileman został wezwany do przedstawienia wyjaśnień w powyższym zakresie, ponieważ do Wniosku został załączony projekt umowy o dostępie telekomunikacyjnym z połączeniem sieci wraz z listą załączników do umowy jednak bez ich treści. W toku postępowania administracyjnego żadna ze stron nie przedstawiła projektów treści załączników, a Sileman nie złożył wyjaśnień dotyczących treści załączników.

Pismem z dnia 3 marca 2017 r. (data wpływu do UKE dnia 9 marca 2017 r.) Sileman wskazał, że treść załączników do projektu umowy załączonego do Wniosku nie została przygotowana na którymkolwiek etapie negocjacji lub postępowania administracyjnego. Operator nie złożył załączników do projektu umowy z uwagi na fakt, że miały one być przygotowane wspólnie przez obie strony w toku negocjacji. Sileman powołując się na korespondencję z Protonet wskazał, że w toku negocjacji, z uwagi na brak informacji dotyczących elementów technicznych Sieci Udostępniającego, nie miał możliwości przygotowania treści załączników. Co więcej, Sileman wskazał, że Protonet nie ustosunkował się w toku negocjacji do kwestii, które miały być ujęte w załącznikach, nie sposób zatem uznać, że strony prowadziły obustronne negocjacje w zakresie treści załączników i nie można również wywnioskować, że na etapie negocjacji pojawiły się kwestie sporne dot. treści załączników. Sileman w piśmie wskazał również, że oczekuje uregulowania kwestii, które miały być określone pomiędzy stronami w załącznikach do umowy w treści decyzji Prezesa UKE rozstrzygającej w sprawie.

Pismem z dnia 4 sierpnia 2017 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej w dniu 9 sierpnia 2017 r.), Protonet przedstawił stanowisko w sprawie. Protonet wskazał, iż na dzień złożenia stanowiska nie jest możliwa kolokacja urządzeń Sileman w miejscu lokalizacji punktu styku sieci z uwagi na likwidację serwerowni będącej wcześniej własnością Protonet.

W związku z powyższym nie ma możliwości połączenia sieci Protonet oraz Sileman z wykorzystaniem przestrzeni kolokacyjnej udostępnianej przez Protonet. Tym samym Protonet nie mógłby zrealizować (ze względów technicznych) jednego z głównych zobowiązań wynikających z projektu umowy, która była wcześniej negocjowana pomiędzy Protonet a Sileman. W związku z powyższym, w opinii Protonet, wydanie decyzji stało się bezprzedmiotowe. Protonet zwrócił się o umorzenie postępowania.

Pismem z dnia 16 sierpnia 2017 r. Prezes UKE wezwał Sileman do złożenia wyjaśnień w zakresie aktualnego stanowiska w sprawie, w związku z okolicznością przedstawienia przez Protonet stanowiska z dnia 4 sierpnia 2017 r.

Pismem z dnia 4 września 2017 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej w dniu 7 września 2017 r.), Sileman w odpowiedzi na wezwanie Prezesa UKE z dnia 16 sierpnia 2017 r. przedstawił stanowisko w sprawie. Sileman wniósł aby wydana przez Prezesa UKE decyzja przewidywała że:

„1) punkt połączenia sieci Protonet oraz Sileman zostanie umiejscowiony w miejscu, w którym Protonet posiada zainstalowaną przez siebie przełącznicę główną, za pomocą której jest kierowany ruch telekomunikacyjny do użytkowników końcowych podłączonych do sieci telekomunikacyjnej Protonet objętej wnioskiem Sileman z dnia 1 lipca 2016 r., pod warunkiem uzyskania przez Sileman, od właściwego podmiotu, uprawnienia do kolokowania własnych urządzeń telekomunikacyjnych w tym miejscu, jeżeli taka kolokacja urządzeń będzie konieczna do połączenia sieci Protonet oraz Sileman, lub

2) punkt połączenia sieci Protonet oraz Sileman zostanie umiejscowiony w innym miejscu określonym przez Sileman w oparciu o przekazane mu przez Protonet informacje techniczne dot. architektury sieci telekomunikacyjnej Protonet, w którym będzie możliwe fizyczne umiejscowienie takiego punktu połączenia sieci.”.

Dzięki takiemu zapisowi, w opinii Sileman, będzie istniała faktyczna możliwość połączenia sieci Sileman oraz Protonet.

Sileman podkreślił, iż: *„Aby móc określić dogodne miejsce do wykonania tego rodzaju połączenia sieci, Protonet powinien być zobowiązany do przekazania Sileman stosownych informacji dot. przebiegu oraz szczegółów technicznych ich sieci telekomunikacyjnej”.* Nie jest możliwe, w opinii Sileman, uznanie że fizyczne połączenie sieci Protonet oraz Sileman byłoby możliwe jedynie poprzez kolokację urządzeń Sileman w serwerowni przełącznicy głównej Protonet, która to serwerownia byłaby własnością Protonet.

Sileman wskazał, iż podtrzymuje Wniosek, przewidujący połączenie sieci w sposób wskazany powyżej.

W dniach 7 grudnia 2017 r. – 8 stycznia 2018 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej przeprowadził postępowanie konsultacyjne dotyczące projektu decyzji kończącej przedmiotowe postępowanie. W ramach przeprowadzonego postępowania konsultacyjnego do Prezesa UKE:

1. w dniu 2 stycznia 2018 r. wpłynęło stanowisko Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej „Prezes UOKiK”) z dnia 28 grudnia 2017 r.,
2. w dniu 8 stycznia 2018 r. wpłynęło stanowisko Sileman z dnia 5 stycznia 2018 r.,
3. w dniu 12 stycznia 2018 r. wpłynęło stanowisko Protonet z dnia 8 stycznia 2018 r.

Prezes UOKiK nie zgłosił uwag do projektu decyzji. W uzasadnieniu stanowiska Prezes UOKiK stwierdził, iż „Protonet spełnia przesłanki o jakich mowa w art. 27 ust. 1 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju”.

Sileman poruszył w stanowisku następujące kwestie:

1. ryzyko blokowania dostępu przez Protonet poprzez rezerwację zasobów lub ich udostępnienie podmiotom powiązanim z Protonet. Sileman zaproponował zobowiązanie Protonet do przekazywania planów wykorzystania zasobów;
2. postulat skrócenia okresu realizacji zamówienia na Usługę dostępu do 5 dni roboczych oraz określenia sztywnego terminu (maksymalnie 5 dni roboczych) na wybudowanie przez Protonet brakującego zakończenia sieci;
3. postulat, by to Sileman określał punkt styku w przypadku trudności z dostępem do lokalizacji przełącznicy głównej Protonet;
4. postulat, by nałożyć obowiązek szczegółowego wskazania, jakie braki zawiera zamówienie;
5. postulat, by odmowa realizacji zamówienia była możliwa wyłącznie w przypadku uprzedniego pisemnego poinformowania Sileman o rażącym naruszeniu wraz z uzasadnieniem dlaczego Protonet uważa, że naruszenie ma charakter rażący;
6. postulat, by doprecyzować, na czym polega brak możliwości technicznych, w szczególności dopisanie, że nie może chodzić o brak możliwości spowodowanych nieutrzymywaniem Sieci w należytym stanie;
7. postulat nałożenia terminu 3 dni roboczych na przekazanie Sileman informacji o odmowie realizacji zamówienia;
8. postulat, by zakres nadzoru Protonet nad Sileman dotyczył wyłącznie prac związanych z usuwaniem Awarii w punkcie styku obu sieci.

Protonet poruszył w swoim stanowisku następujące kwestie:

1. niemożność zastosowania w sprawie art. 27 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju, gdyż Komunikaty KE nie są źródłem prawa unijnego i nie mogą być źródłem obowiązku;
2. zdaniem Protonet, decyzja dostępowa nie może być przyznana na czas nieokreślony. Decyzja może zostać wydana na czas maksymalnie 7 lat od dnia złożenia wniosku o płatność końcową;
3. decyzja nie uwzględnia kosztu utrzymania słupów i sieci, ceny powinny być ustalane na zasadach rynkowych w oparciu o konkretny stan faktyczny;
4. jeden punkt styku sieci może utrudnić dostęp do niektórych zakończeń;
5. potencjalny brak możliwości technicznej świadczenia usług w razie wyczerpania zasobów na poziomie urządzenia OLT;
6. postulat, by Protonet odpowiadał za usuwanie tylko tych awarii, za których przyczyny odpowiedzialność ponosi Protonet, a czas usunięcia awarii był liczony od momentu stwierdzenia tej awarii z winy Protonet.

W dniu 29 stycznia 2018 r. Prezes UKE wezwał Sileman do odniesienia się do stanowiska konsultacyjnego Protonet oraz rozważenie kwestii związanych z technicznymi możliwościami korzystania z usługi dostępu do lokalnej pętli abonenckiej, w tym zwłaszcza w aspekcie punktu dostępu do usługi i wykorzystania ciemnych włókien światłowodowych jako backhaul.

Pismem z dnia 8 lutego 2018 r. (data wpływu do UKE w dniu 13 lutego 2018 r.), Sileman poruszył kwestie:

1. aprobatą wobec art. 27 ust. 6 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju jako podstawę prawną do wydania decyzji oraz stanowisko Prezesa UKE, że obowiązek zapewnienia dostępu hurtowego wynika z art. 107 i 108 TFUE oraz z Decyzji KE K(2007) 4562 z dnia 1 października 2007 r. w zw. z treścią Wytycznych KE zawartych w Komunikacie KE 2009/C 235/04;

2. postulat, by opłata za jeden kilometr udostępnianego ciemnego włókna światłowodowego wynosiła 9,66 zł, ponieważ udział własny Protonet w budowę przedmiotowej sieci wyniósł 15% kosztów jej budowy, a opłata w wysokości 64,38 zł za jeden kilometr udostępnianego ciemnego włókna światłowodowego stanowi zwrot kosztów jego budowy;
3. postulat, by nałożyć na Protonet obowiązek jednoznacznego wykazania ograniczeń w zakresie warunków technicznych sieci telekomunikacyjnej, dzięki czemu ewentualnie podnoszone przez Protonet ograniczenia techniczne sieci telekomunikacyjnej będą mogły być weryfikowane pod kątem odmowy realizacji postanowień decyzji administracyjnej;
4. sprzeciw wobec postulatu Protonet w zakresie czasu usuwania awarii, podtrzymanie wcześniejszego postulatu Sileman w tym zakresie.

Pismem z dnia 26 lutego 2018 r. Prezes UKE zawiadomił strony postępowania, iż ze względu na znaczenie dla sprawy do materiału dowodowego w przedmiotowej sprawie dołączona została kopia Decyzji Komisji Europejskiej K(2007) 4562 z dnia 1 października 2007 r. w sprawie przyjęcia Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka w ramach pomocy wspólnotowej z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego i Funduszu Spójności objętego celem „konwergencja” w Polsce (CCI 2007 PL 16 1 PO 001). Prezes UKE poinformował strony, iż zgodnie z art. 10 § 1 kpa mogą zapoznać się z materiałem zgromadzonym w sprawie, a także wypowiedzieć się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań.

Pismem z dnia 12 marca 2018 r. (data wpływu do UKE w dniu 15 marca 2018 r.), Protonet poruszył następujące kwestie:

1. W stanowisku z dnia 3 listopada 2016 r. CPPC nie wskazało art. 27 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju jako podstawy obowiązku zapewnienia dostępu, natomiast odniosło się do art. 139 Pt. Wobec tego Udostępniający powinien był przedstawić indywidualną ofertę, w której określi minimalne warunki dostępu do swojej infrastruktury.
2. Włączona do akt decyzja KE nie zawiera obowiązku zapewnienia dostępu, a z polityk wspólnotowych nie można domniemywać tego, co nie zostało stwierdzone w powszechnie obowiązującym przepisie prawa unijnego oraz prawa krajowego;
3. Prezes UKE nie uwzględnił okresu, na jaki umowa miałaby być zawarta i nie zasięgnął w tej kwestii rzetelnej opinii odpowiednich instytucji oraz organów.

W dniach 10 maja – 8 czerwca 2018 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej przeprowadził ponowne postępowanie konsultacyjne dotyczące projektu decyzji kończącej postępowanie. W ramach przeprowadzonego postępowania konsultacyjnego do Prezesa UKE:

1. w dniu 5 czerwca 2018 r. wpłynęło stanowisko Prezesa UOKiK z dnia 29 maja 2018 r.,
2. w dniu 14 czerwca 2018 r. wpłynęło stanowisko Sileman z dnia 8 czerwca 2018 r.,
3. w dniu 15 czerwca 2018 r. wpłynęło stanowisko Protonet z dnia 7 czerwca 2018 r.

Prezes UOKiK nie zgłosił uwag do projektu decyzji.

Sileman poruszył w stanowisku następujące kwestie:

1. podtrzymanie wcześniejszych postulatów w zakresie zwiększenia restrykcyjności definicji wolnych zasobów ze względu na możliwość objęcia zasobów planem wykorzystywania lub ich udostępnienia na korzyść podmiotów zależnych od Udostępniającego. Ponadto Sileman wyraża zaniepokojenie usunięciem z definicji

wolnych zasobów stwierdzenia, że są to zasoby, które nie są całkowicie wykorzystywane przez inne podmioty na potrzeby prowadzonej przez nie działalności telekomunikacyjnej;

2. postulat, aby wprowadzić do decyzji jednoznacznie wskazaną opłatę oraz termin (maksymalnie 5 dni roboczych), w jakim Udostępniający będzie miał obowiązek wybudować zakończenie sieci. Zastrzeżenie, że wysokość opłaty oraz termin powinien mieć charakter niedyskryminacyjny względem innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, na których rzecz Protonet świadczy usługi nie jest wystarczające, gdyż według informacji posiadanych przez Sileman, Protonet nie świadczy podobnych usług na rzecz innych podmiotów;
3. postulat, aby wprowadzić do decyzji termin (maksymalnie 3 dni robocze), w jakim Udostępniający ma wskazać alternatywne punkty styku sieci;
4. postulat, aby w przypadku braku możliwości technicznych połączenia sieci w pierwotnie wskazanym miejscu nałożyć na Protonet niezwłoczne przekazania informacji technicznych dotyczących architektury sieci telekomunikacyjnej Protonet;
5. sprzeciw wobec wyznaczenia opłat jednorazowych (w szczególności za usługę dostępu do ciemnych włókien) na poziomie wskazanym w aktualnie obowiązującej i zatwierdzonej przez Prezesa UKE Ofercie SOR² w sytuacji, gdy 85% kosztów budowy udostępnianych przez Protonet linii światłowodowych nie stanowi kosztu poniesionego bezpośrednio przez Udostępniającego;
6. postulat, aby odmowa realizacji zamówienia z powodu rażącego naruszenia postanowienia decyzji była możliwa wyłącznie w przypadku uprzedniego pisemnego poinformowania Operatora o wystąpieniu naruszenia wraz z uzasadnieniem jego rażącego charakteru;
7. ponowny postulat skrócenia okresu realizacji zamówienia na Usługę dostępu do 5 dni roboczych;
8. postulat, aby przeredagować § 8 ust. 4 decyzji w sposób niebudzący wątpliwości, że jego zakres dotyczy wyłącznie prac związanych z usuwaniem Awarii sieci i infrastruktury Operatora usytuowanych w punkcie styku sieci obu Stron.

Protonet podtrzymał dotychczasowe stanowisko, a także poruszył następujące kwestie:

1. brak możliwości odpowiedniego stosowania postanowień dotyczących nadzoru do weryfikacji przyczyn odmowy realizacji zamówienia;
2. postulat, aby wydłużyć termin na rozpatrzenie zamówienia oraz poinformowanie Operatora o przystąpieniu do realizacji zamówienia;
3. konieczność doprecyzowania, w jakim trybie Udostępniający będzie miał prawo „wypowiedzieć umowę”, skoro prawa i obowiązki są uregulowane w decyzji. Decyzja powinna określać lub co najmniej wskazywać na kryteria wygaśnięcia decyzji;

Pismem z dnia 13 czerwca 2018 r. Prezes UKE poinformował strony, iż zgodnie z art. 10 § 1 kpa mogą zapoznać się z materiałem zgromadzonym w sprawie, a także wypowiedzieć się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań.

W związku z powyższym, Prezes UKE zważył, co następuje.

² „Oferta ramowa określająca ramowe warunki dostępu telekomunikacyjnego w zakresie rozpoczynania i zakańczania połączeń, hurtowego dostępu do sieci Orange Polska S.A., 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”
<http://bip.uke.gov.pl/decyzje/oferty-ramowe/oferta-ramowa-sor,16.html>

Stosownie do art. 206 ust. 1 Pt, postępowanie przed Prezesem UKE prowadzone jest na podstawie przepisów kpa ze zmianami wynikającymi z Pt oraz Ustawy o Wspieraniu Rozwoju.

Prezes UKE, w oparciu o treść Wniosku, ustalił, że przedmiotem żądania Sileman jest uzyskanie dostępu fizycznego do lokalnych pętli abonenckich wchodzących w skład Sieci Udostępniającego, polegającego na przyłączeniu sieci operatora korzystającego bezpośrednio do pętli obsługujących użytkowników korzystających z Sieci Udostępniającego (dowód: Wniosek jednoznacznie wskazał na usługę LLU³).

Przez lokalną pętlę abonencką rozumieć należy stosownie do postanowienia art. 2 pkt 19 Pt „(...) fizyczny obwód łączący zakończenie sieci z punktem dostępu do stacjonarnej publicznej sieci telekomunikacyjnej, w szczególności z przetwornicą główną lub równoważnym urządzeniem”.

Przystępując do rozpoznania sprawy, Prezes UKE wskazuje, że podstawę prawną do rozpoznania Wniosku stanowi art. 27 ust. 6 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju.

Obie strony postępowania administracyjnego, zarówno strona udostępniająca jak i podmiot ubiegający się o dostęp posiadają status przedsiębiorcy telekomunikacyjnego (dowód: wpisy do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych: Sileman numer 326, Protonet numer 1173). Powyższa okoliczność nie była w toku postępowania administracyjnego kwestionowana przez żadną ze stron i jest znana Prezesowi UKE z urzędu, bowiem jest zobowiązany prowadzić rejestr przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

Zgodnie z art. 27 ust. 6 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju „Prezes UKE wydaje decyzję w sprawie dostępu, o którym mowa w ust. 1 (...) biorąc pod uwagę w szczególności:

- 1) konieczność zapewnienia niedyskryminacyjnych i proporcjonalnych warunków dostępu;
- 2) zasady zapewnienia dostępu określone w przepisach prawa, decyzjach, umowach lub innych aktach, na podstawie których nastąpiło finansowanie ze środków publicznych budowy, przebudowy lub remontu infrastruktury lub sieci telekomunikacyjnej, lub nabycia praw do nich.”

W myśl art. 27 ust. 2 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju „Warunki dostępu, o którym mowa w ust. 1, w tym techniczne, eksploatacyjne i finansowe warunki współpracy, strony ustalają w umowie o dostępie do infrastruktury lub sieci telekomunikacyjnej, zawartej na piśmie pod rygorem nieważności.

3. Podmiot, o którym mowa w ust. 1, jest obowiązany prowadzić negocjacje w sprawie zawarcia umowy o dostępie do infrastruktury lub sieci telekomunikacyjnej, na wniosek przedsiębiorcy telekomunikacyjnego.(...)

5. W przypadku niepodjęcia negocjacji w sprawie zawarcia umowy o dostępie, o którym mowa w ust. 1, odmowy udzielenia tego dostępu lub niezawarcia umowy o dostępie w terminie 60 dni od dnia złożenia wniosku w tej sprawie każda ze stron może zwrócić się do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji w sprawie dostępu do infrastruktury lub sieci telekomunikacyjnej.”.

W dniu 18 września 2015 r. Sileman wystąpił do Protonet z wnioskiem o zapewnienie dostępu telekomunikacyjnego z połączeniem sieci. Wniosek Sileman został doręczony Protonet w dniu 24 września 2015 r. Jak wynika z art. 27 ust. 5 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju uprawnienie operatora wnioskującego o zapewnienie dostępu do wystąpienia do Prezesa UKE o wydanie decyzji w sprawie tego dostępu aktualizuje się m.in. w przypadku

³ LLU – ang. Local Loop Unbundling – uwolnienie pętli abonenckiej

niezawarcia umowy o dostępie w terminie 60 dni licząc od dnia wystąpienia z wnioskiem o zawarcie umowy o dostępie. Wskazany termin upłynął z dniem 25 listopada 2015 r. Oznacza to, że złożenie przez Sileman Wniosku skutecznie zainicjowało postępowanie przed Prezesem UKE.

Przedmiot dostępu i podmiot odpowiedzialny za jego zapewnienie, do których odnosi się podstawa prawna postępowania administracyjnego, zostały określone w art. 27 ust. 1 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju, zgodnie z którym „*Podmiot, który:*

1) 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,*

2) nabył prawa do infrastruktury lub sieci telekomunikacyjnej, o których mowa w pkt 1 lit. a – 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.”

Należy podkreślić, że Protonet spełnia pierwszą przesłankę wskazaną w ww. przepisie ponieważ jest podmiotem, który wykorzystał środki publiczne do budowy Sieci Udostępniającego poprzez wykonanie Umów o Dofinansowanie zawartych w ramach POIG 8.4. Powyższe zostało potwierdzone w piśmie z dnia 3 listopada 2016 r., w którym CPPC wskazało, że Protonet jest beneficjentem POIG 8.4 i zawarł z CPPC Umowy o Dofinansowanie oraz uszczegółowiło, że:

- dla projektu POIG.08.04.00-24-223/10 wkład publiczny został wypłacony dnia 29 kwietnia 2016 r., okres realizacji projektu został ustalony od 1 stycznia 2011 r. do 31 lipca 2015 r., a złożenie wniosku o płatność końcową nastąpiło 31 lipca 2015 r.;
- dla projektu POIG.08.04.00-16-156/12 wkład publiczny został wypłacony dnia 29 kwietnia 2016 r., okres realizacji projektu został ustalony od 1 kwietnia 2013 r. do 31 lipca 2015 r., a złożenie wniosku o płatność końcową nastąpiło 31 lipca 2015 r.;
- dla projektu POIG.08.04.00-24-362/12 wkład publiczny został wypłacony dnia 29 kwietnia 2016 r., okres realizacji projektu został ustalony od 1 lipca 2013 r. do 31 lipca 2015 r., a złożenie wniosku o płatność końcową nastąpiło 31 lipca 2015 r.;
- dla projektu POIG.08.04.00-24-073/13 z uwagi na fakt, iż beneficjent nie dokonał zwrotu środków uznanych za niekwalifikowane w ramach wniosku końcowego nie ma możliwości ustalenia daty zakończenia trwałości, okres realizacji projektu został ustalony od 1 lipca 2014 r. do 30 września 2015 r., a złożenie wniosku o płatność końcową nastąpiło 30 września 2015 r.

Powyższe wskazuje, iż Protonet w zakresie posiadanej Sieci Udostępniającego wpisuje się w zakres podmiotowy art. 27 ust. 1 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju, natomiast kwestią dalszej analizy pozostaje weryfikacja, czy na podmiocie ciąży obowiązek zapewnienia dostępu na rzecz innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

W celu weryfikacji występowania obowiązku zapewnienia dostępu, Prezes UKE przeanalizował przepisy prawa, decyzje, umowy i inne akty, na podstawie których nastąpiło finansowanie ze środków publicznych budowy Sieci Udostępniającego.

Zasady POIG 8.4 oraz Umowy o Dofinansowanie nie wyrażają wprost obowiązku zapewnienia dostępu na rzecz innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Postanowienia Umów

o Dofinansowanie (§ 2 ust. 2), zobowiązują Beneficjenta do realizacji projektów w sposób zgodny z „obowiązującymi przepisami prawa krajowego i wspólnotowego, w szczególności zasadami polityk wspólnotowych, które są dla niego wiążące, w tym przepisami dotyczącymi konkurencji, udzielania zamówień publicznych, pomocy publicznej”. W związku z powyższym Prezes UKE przystąpił do analizy przepisów prawa i innych dokumentów regulujących zasady realizacji sieci telekomunikacyjnych finansowanych ze środków publicznych.

Zgodnie z art. 107 ust. 1 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej „TFUE”)⁴:
„Z zastrzeżeniem innych postanowień przewidzianych w Traktatach, wszelka pomoc przyznawana przez Państwo Członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiegokolwiek formie, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów, jest niezgodna z rynkiem wewnętrznym w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi.”

Jednocześnie w art. 107 ust. 2 i 3 TFUE przewidziano szereg wyjątków od tej zasady tzn. przypadków, w których przyznanie pomocy państwa jest zgodne z rynkiem wewnętrznym lub może zostać uznane za zgodne z rynkiem wewnętrznym. Z kolei art. 108 TFUE określa sposób weryfikowania tej zgodności.

Zgodnie z postanowieniami TFUE, POIG 8.4 został przyjęty (jako zgodny z rynkiem wewnętrznym) decyzją Komisji Europejskiej K(2007) 4562 z dnia 1 października 2007 r. (dalej „Decyzja KE”). Zgodnie z art. 4 Decyzji KE: *„Wszelka pomoc publiczna udzielana w ramach programu operacyjnego musi być zgodna z przepisami proceduralnymi i merytorycznymi dotyczącymi pomocy państwa i obowiązującymi w momencie jej przyznania.”*

Jak wynika z powyższej analizy, najważniejsze dokumenty będące podstawą do przyznania dofinansowania w ramach POIG 8.4 nie określają wprost szczegółowych warunków, takich jak obowiązek zapewnienia dostępu do wybudowanej infrastruktury i odsyłają w tym zakresie do innych dokumentów. Odesłanie obejmuje nie tylko przepisy prawa krajowego i wspólnotowego ale również zasady polityk wspólnotowych, a więc dokumenty spoza tradycyjnych źródeł prawa. Zgodnie z art. 27 ust. 1 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju obowiązek ten może wynikać „z przepisów prawa, decyzji, umów lub **innych aktów**, na podstawie których nastąpiło finansowanie ze środków publicznych”. Oznacza to, że ustawodawca przewidział sytuację, w której przesłanka do spełnienia obowiązku zapewnienia dostępu zawarta jest w akcie spoza tradycyjnych źródeł prawa, takim jak właśnie zasady polityk wspólnotowych.

W odniesieniu do sieci szerokopasmowych wybudowanych z wykorzystaniem pomocy państwa w ramach POIG 8.4, dokumentem określającym zasady polityki wspólnotowej są „Wytyczne wspólnotowe w sprawie stosowania przepisów dotyczących pomocy państwa w odniesieniu do szybkiego wdrażania sieci szerokopasmowych” zawarte w Komunikacie KE 2009/C 235/04⁵ (dalej „Wytyczne KE”). Wytyczne KE nie są co do zasady aktem wiążącym, jednak będąc polityką wspólnotową dotyczącą konkurencji i pomocy publicznej są wiążące dla Udostępniającego, gdyż zobowiązał się do ich przestrzegania w § 2 ust. 2 Umów o Dofinansowanie.

⁴ (wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012, str. 47-390) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=PL>

⁵ (Dz. Urz. UE C 235 z 30.09.2009, str. 7-25) [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0930\(02\)&qid=1516710511800&from=PL](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0930(02)&qid=1516710511800&from=PL)

Jak wynika z pkt 51 lit f Wytycznych KE: „*Hurtowy dostęp: umożliwienie osobom trzecim efektywnego hurtowego dostępu do subsydiowanej infrastruktury szerokopasmowej jest niezbędnym elementem każdego środka pomocy państwa finansującego budowę nowej infrastruktury tego rodzaju. Dostęp hurtowy umożliwi w szczególności operatorom będącym osobami trzecimi konkutowanie z wybranym oferentem (kiedy ten jest obecny również na poziomie detalicznym), co wzmacnia konkurencję i możliwość wyboru na obszarach, których dotyczy środki, a jednocześnie pozwala uniknąć utworzenia regionalnych monopolii usług [...].*” Z pkt 51 Wytycznych KE wynika również, że brak realizacji warunku zapewnienia dostępu hurtowego zazwyczaj oznacza brak zgodności pomocy ze wspólnym rynkiem.

Należy zwrócić uwagę, że takie podejście znajduje potwierdzenie w praktyce, albowiem regulacja w zakresie usług hurtowego dostępu telekomunikacyjnego jest podstawowym narzędziem wykorzystywanym przez właściwe organy administracyjne we wszystkich państwach członkowskich do zapewnienia skutecznej konkurencji na rynku telekomunikacyjnym, który jest szczególnie podatny na występowanie monopolu ze względu na wysokie koszty budowy niezbędnej infrastruktury. Zgodnie z poglądami prezentowanymi w doktrynie „*W kontekście realizowanych w Polsce Projektów budowy infrastruktury i sieci szerokopasmowych, finansowanych ze środków publicznych, co do zasady mamy do czynienia z nałożeniem obowiązku zapewnienia dostępu i współkorzystania (tzw. otwarty dostęp). Obowiązek otwartego dostępu jest bowiem jednym z kluczowych warunków zapewniających zgodność udzielenia pomocy publicznej z art. 107 ust. 3 lub art. 106 ust. 2 TFUE.*”⁶

Warto również zauważyć, że obecnie warunek zapewnienia dostępu hurtowego do sieci szerokopasmowych wybudowanych z wykorzystaniem pomocy publicznej został potwierdzony zarówno na gruncie aktualnych wytycznych⁷, jak również na gruncie przepisów powszechnie obowiązujących i bezpośrednio stosowanych w polskim porządku prawnym tj. w Rozporządzeniu KE nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznającym niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu⁸ (dalej „GBER”). Zgodnie z art. 2 pkt 139 GBER pomoc przyznawana na rozwój sieci szerokopasmowych jest zgodna z rynkiem wewnętrznym m.in. wtedy, gdy operator sieci oferuje możliwie najszerszy dostęp do hurtowych usług aktywnych i pasywnych, na równych i niedyskryminujących warunkach, w tym fizyczne uwolnienie pętli w przypadku sieci NGA (art. 52 ust. 1 oraz ust. 5). Choć GBER weszło w życie dopiero w 2014 r. to jak wynika z art. 58 ust. 1, jego postanowienia należy stosować również do pomocy indywidualnej przyznanej przed jego wejściem w życie.

⁶ Red. T. Grossman, Ustawa o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych. Komentarz, SIP 2013

⁷ Wytyczne Unii Europejskiej w sprawie stosowania reguł pomocy państwa w odniesieniu do szybkiej budowy/rozbudowy sieci szerokopasmowych (2013/C 25/01) z dnia 26 stycznia 2013 r. (Dz. Urz. UE C 25 z 26.01.2013, str. 1-26), Motyw 80 „(...) ze względu na właściwości ekonomiczne sieci NGA ogromne znaczenie ma zapewnienie skutecznego dostępu hurtowego innym operatorom. (...) Dostęp w ramach dotowanej sieci musi być w związku z tym oferowany na uczciwych i niedyskryminacyjnych warunkach wszystkim operatorom ubiegającym się o dostęp; powinni mieć oni również możliwość skutecznego i pełnego uwolnienia. Ponadto operatorzy będący osobami trzecimi muszą mieć dostęp do pasywnej, a nie tylko aktywnej infrastruktury sieciowej. Zobowiązanie do zapewnienia dostępu powinno zatem obejmować – oprócz dostępu do strumienia bitów oraz uwolnionego dostępu do pętli i lokalnej – także prawo do wykorzystywania kanałów i słupów, światłowodów ciemnych lub szafek ulicznych. Skuteczny dostęp hurtowy powinien być przyznawany na co najmniej siedem lat, zaś prawo dostępu do kanałów lub słupów nie powinno być ograniczone czasowo.”

⁸ (Dz. Urz. UE L 187 z 26.06.2014, str. 1-78 z późn. zm.) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0651&from=PL>

KE aprobując możliwość wdrożenia POIG 8.4 uznała, że pomoc publiczna będzie zgodna z rynkiem wewnętrznym dlatego, iż będzie ona zapewniała wsparcie finansowe dla budowy sieci zgodnie z Wytycznymi KE, a więc pod warunkiem zapewnienia dostępu hurtowego. W związku z powyższym, na podstawie art. 107 i 108 TFUE oraz na podstawie Decyzji KE w związku ze szczegółowymi zasadami określonymi w Wytycznych KE, należy stwierdzić, że z dokumentów, o których mowa w art. 27 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju wynika obowiązek zapewnienia dostępu do infrastruktury lub sieci zrealizowanej z wykorzystaniem środków publicznych. Oznacza to, że beneficjenci POIG 8.4, w tym Protonet, są zobowiązani do zapewnienia dostępu hurtowego, o którym mowa w art. 27 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju, a Prezes UKE jest uprawniony do wydania decyzji w przedmiotowej sprawie na podstawie art. 27 ust. 6 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju. Prezes UOKiK w stanowisku z dnia 28 grudnia 2017 r. oraz Sileman w stanowisku z dnia 8 lutego 2018 r. zgodzili się z powyższym rozumowaniem. Protonet zaś w stanowiskach z dnia 8 stycznia 2018 r. oraz z dnia 12 marca 2018 r. zaprzeczał jego słuszności, podnosząc brak mocy wiążącej Wytycznych KE oraz brak obowiązku zapewnienia dostępu wyrażonego wprost w wiążących aktach prawnych, w tym w Decyzji KE w sprawie przyjęcia Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka.

W piśmie z dnia 12 marca 2018 r. Protonet zwrócił uwagę, że w stanowisku z dnia 3 listopada 2016 r. CPPC nie potwierdziło, że art. 27 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju znajduje zastosowanie w przedmiotowej sprawie. W stanowisku tym CPPC odniosło się do art. 139 Pt. Prezes UKE zauważa, że z pisma CPPC nie wynika jednoznacznie, czy na Protonet spoczywa obowiązek zapewnienia dostępu na podstawie art. 27 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju. Zdaniem Prezesa UKE, art. 139 Pt stanowi *lex generalis*, natomiast do beneficjentów pomocy publicznej, takich jak Protonet zastosowanie ma art. 27 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju jako *lex specialis*. Ponieważ norma szczególna uchyla normę ogólną, art. 139 Pt nie ma zastosowania w sprawie.

Zdaniem Prezesa UKE źródłem spoczywającego na Protonet obowiązku jest art. 27 ust. 1 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju („zapewnia dostęp do (...) infrastruktury lub sieci przedsiębiorcom telekomunikacyjnym”), natomiast sformułowanie „jeżeli obowiązek ten wynika z przepisów prawa, decyzji, umów lub innych aktów” mówi o przesłance warunkującej zmaterializowanie się obowiązku w konkretnym stanie faktycznym. Jak zostało już wskazane, przesłanka ta ma zastosowanie w przypadku Protonet, który w § 2 ust. 2 Umów o Dofinansowanie zobowiązał się do przestrzegania m.in. Wytycznych KE, z których wynika obowiązek zapewnienia dostępu.

Zgodnie z poglądami prezentowanymi w doktrynie „normatywne znaczenie art. 27 ust. 1 polega na nadaniu skuteczności *erga omnes* zasadom współkorzystania lub dostępu telekomunikacyjnego określonym w aktach, na podstawie których nastąpiło dofinansowanie. Dzięki temu każdy podmiot uprawniony może się powołać na art. 27 ust. 1, żądając współkorzystania lub dostępu telekomunikacyjnego na zasadach wynikających z przepisów o pomocy publicznej, decyzji, umów lub innych aktów, jeżeli wynika z nich taki obowiązek”⁹.

Prezes UKE, po ustaleniu adekwatności podstawy prawnej wydawanej decyzji przeszedł do rozstrzygnięcia kwestii spornych negocjowanego Projektu Umowy o dostępie Sileman do Sieci Udostępniającego. Zgodnie z informacjami przekazanymi przez Sileman w piśmie z dnia 1 lipca 2016 r., na skutek wniosku do Protonet z dnia 18 września 2015 r. o zapewnienie dostępu telekomunikacyjnego z połączeniem sieci, rozpoczęte negocjacje w zakresie warunków dostępu telekomunikacyjnego nie doprowadziły do osiągnięcia

⁹ Red. T. Grossman, Ustawa o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych. Komentarz, SIP 2013

porozumienia w zakresie wielu postanowień negocjowanego postanowienia umowy. We Wniosku Sileman przedstawił Projekt Umowy zarówno w zakresie, w którym strony osiągnęły porozumienie jak i również w zakresie, w którym strony nie doszły do porozumienia. Ustalając sentencję decyzji, Prezes UKE w szczególności skupił się na rozstrzygnięciu kwestii spornych pomiędzy Sileman i Protonet ale również innych kwestii istotnych z punktu widzenia spójności i celowości wydawanej decyzji.

Analizując materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, Prezes UKE stwierdził, że kwestiami spornymi, co do których strony nie doszły do porozumienia są następujące zagadnienia.

Zakres Usługi dostępu

Pierwszy zapis negocjowanego projektu umowy o dostępie, w stosunku do którego Sileman i Protonet nie doszły do porozumienia dotyczył postanowień odnośnie strony odpowiedzialnej za zapewnienie urządzeń końcowych zawartych w § 2 ust. 4 Projektu Umowy. Zaproponowany przez Sileman zapis w tym zakresie stanowił, iż:

„Celem uniknięcia wątpliwości wyłącznie zobowiązany do zapewnienia użytkownikom urządzeń końcowych, na potrzeby świadczenia przez Operatora usług przy pomocy Infrastruktury telekomunikacyjnej jest Udostępniający, o ile Operator nie wskaże odmiennie. Listę modeli urządzeń końcowych, wykorzystywanych przez Udostępniającego określa Załącznik nr ___ do Umowy. Operator będzie uprawniony do żądania świadczenia usług na rzecz użytkowników Operatora przy pomocy nowych modeli urządzeń końcowych, wprowadzonych w terminie późniejszym przez Udostępniającego. Wybór nowych urządzeń końcowych będzie dokonany przez Udostępniającego bez dyskryminacji Operatora. Udostępnienie przez Operatora własnych urządzeń końcowych użytkownikom, uprawnia Operatora do świadczenia wszelkich usług możliwych do świadczenia przy pomocy tych urządzeń końcowych, o ile pozwalają na to możliwości Sieci telekomunikacyjnej. Cena nabycia uprawnienia do korzystania z urządzeń końcowych wskazana jest w Cenniku.”

Sileman uzasadnił, że w toku negocjacji Protonet wskazał, że nie wyraża zgody na proponowaną przez Sileman treść § 2 ust. 4 Projektu Umowy podnosząc, że z tego zapisu ma wynikać rzekoma „odpowiedzialność Udostępniającego za zapewnienie użytkownikom końcowym usług świadczonych przez Operatora”. Sileman wyszedł z propozycją, by to Protonet przedstawił własną wersję tego postanowienia, czego Protonet nie uczynił. Nie dostrzegając powodu, dla którego postanowienie to miałyby nie obowiązywać pomiędzy stronami, Sileman wniósł o jego zamieszczenie w treści decyzji.

W piśmie z dnia 8 września 2016 r. Protonet odniósł się do ww. stanowiska Sileman wskazując, że „(...) w dalszym ciągu nie wyraża zgody na brzmienie § 2 ust. 4 Projektu Umowy w zakresie nałożenia na OU obowiązku zapewnienia użytkownikom urządzeń końcowych dla zapewnienia możliwości świadczenia usług przez OK. W tym zakresie OU przedstawia projekt postanowienia § 2 ust. 4 Projektu Umowy: »Udostępniający nie jest zobowiązany do zapewnienia własnych urządzeń końcowych użytkownikom, a podmiotem jedynie zobowiązany do zapewnienia ww. urządzeń jest Operator. Urządzenia końcowe służące zapewnieniu możliwości świadczenia usług przez Operatora z wykorzystaniem sieci Udostępniającego powinny odpowiadać możliwościom technicznym sieci Udostępniającego.«”

Jak wynika z Wniosku oraz zaproponowanego przez Sileman Projektu Umowy, zakres współpracy stron obejmuje przede wszystkim usługę LLU, czyli dostęp do lokalnej pętli abonenckiej, co można wywnioskować ze stanowiska Sileman wyrażonego we Wniosku:

- *„(...) dostęp, którego zapewnienia domaga się Operator polega na świadczeniu przez Udostępniającego usługi LLU. Usługa LLU stanowi zapewnienie dostępu fizycznego do lokalnej pętli abonenckiej, polegającego na przyłączeniu sieci operatora korzystającego bezpośrednio do pętli obsługujących użytkowników końcowych. Aby powyższe mogło być zrealizowane, operator korzystający przyłącza się w lokalizacji przełącznicy głównej do sieci udostępniającego. Przy tego rodzaju dostępie to operator korzystający umieszcza w przełącznicy głównej swoje urządzenia aktywne natomiast udostępniający umożliwia korzystanie z jego kabli czy to miedzianych czy światłowodowych, na których operator korzystający sam może realizować transmisję danych przy użyciu własnych urządzeń aktywnych. Zatem to operator korzystający realizuje transmisję danych za pomocą własnych urządzeń aktywnych przy wykorzystaniu linii telekomunikacyjnych udostępniającego. Co istotne, przy tego rodzaju dostępie operator korzystający ma możliwość kreowania własnych usług na tej infrastrukturze.”*
- *„Powyższe jednoznacznie dowodzi, że Sileman domaga się zapewnienia dostępu na zasadzie LLU. Gdyby chodziło o zapewnienie dostępu na zasadzie BSA nie byłoby potrzeby zawierania w Projekcie Umowy tego rodzaju postanowień. Potwierdzeniem, że dostęp przewidziany w projekcie negocjowanej umowy polega na świadczeniu usługi LLU jest również zawarte w par. 2 ust. 2 pkt d zastrzeżenie, iż »zapewnienie przesyłu obejmuje w szczególności zapewnienie instalacji lub wybudowania, kolokacji, zasilania oraz odpowiedniej konfiguracji urządzeń aktywnych Infrastruktury telekomunikacyjnej«.”*
- *„Fakt, że to Wnioskodawca będzie odpowiedzialny za instalację urządzeń aktywnych umożliwiających świadczenie usług telekomunikacyjnych na rzecz użytkowników końcowych za pomocą kabli Udostępniającego, implikuje uznanie dostępu telekomunikacyjnego pomiędzy Protonet a Sileman jako dostępu opartego o usługę LLU.”*

Zgodnie z definicją zawartą w Pt (art. 2 pkt 5), dostęp do lokalnej pętli abonenckiej polega na korzystaniu z lokalnej pętli abonenckiej pozwalającym na pełne wykorzystanie możliwości lokalnej pętli abonenckiej (pełny dostęp do lokalnej pętli abonenckiej) lub wykorzystanie części możliwości lokalnej pętli abonenckiej przy zachowaniu możliwości korzystania z lokalnej pętli abonenckiej przez innego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego (współdzielony dostęp do lokalnej pętli abonenckiej). Natomiast lokalna pętla abonencka została zdefiniowana w Pt (art. 2 pkt 19) jako fizyczny obwód łączący zakończenie sieci z punktem dostępu do stacjonarnej publicznej sieci telekomunikacyjnej, w szczególności z przełącznicą główną lub równoważnym urządzeniem. Zgodnie z powyższym, usługa hurtowa, o którą wnioskuje Sileman, polega na korzystaniu z fizycznego medium (włókien światłowodowych) łączącego zakończenia znajdujące się w lokalizacjach użytkowników przyłączonych do Sieci Protonet oraz punkt dostępu do stacjonarnej publicznej sieci telekomunikacyjnej (znajdujący się w lokalizacji węzła dostępowego Protonet).

Usługa LLU jest zatem typowo pasywną, dostępową usługą hurtową, w której cała część aktywna sieci jest realizowana przez stronę korzystającą z usługi. Powyższe potwierdza również stanowisko Sileman, który sam wskazał, że operator korzystający sam może realizować transmisję danych przy użyciu własnych urządzeń aktywnych, zatem to operator korzystający realizuje transmisję danych za pomocą własnych urządzeń aktywnych przy wykorzystaniu linii telekomunikacyjnych udostępniającego.

Niezależnie od powyższego należy stwierdzić, że zgodnie z postanowieniami Projektu Umowy Sileman oczekuje, że Protonet będzie również odpowiedzialny za zapewnienie końcowych urządzeń aktywnych (§ 2 ust. 4 Projektu Umowy).

Odnosząc się do powyższego należy stwierdzić, że dostęp do lokalnej pętli abonenckiej jest jedną z podstawowych usług hurtowego dostępu telekomunikacyjnemu pozwalającą na wykorzystanie przez operatora trzeciego istniejących łączy na ostatnim odcinku sieci doprowadzonym do lokalu użytkownika. Dzięki tej usłudze Sileman może doprowadzić swoją sieć do punktu dostępu do stacjonarnej publicznej sieci telekomunikacyjnej, w szczególności przełącznicy głównej lub równoważnego urządzenia, a następnie skorzystać z sieci Protonet doprowadzonej od tego miejsca do wielu użytkowników, bez konieczności wybudowania własnej infrastruktury na tym odcinku. Wybudowanie własnej infrastruktury na tym odcinku jest istotną przeszkodą ograniczającą skuteczną konkurencję, ponieważ wiąże się z koniecznością znacznych nakładów inwestycyjnych, jak również może napotkać na utrudnienia administracyjnoprawne (np. wymaga uzyskania trudnych do zdobycia zgód i pozwoleń na posadowienie infrastruktury na powierzchni prywatnych nieruchomości). Jednocześnie powielenie infrastruktury na odcinku, na którym łącze telekomunikacyjne jest dedykowane konkretnemu użytkownikowi, nie znajduje uzasadnienia ekonomicznego, albowiem rzadko zdarza się, że jeden użytkownik wykorzystuje na własne potrzeby więcej niż jedno takie łącze. Nałożenie obowiązku zapewniania dostępu do lokalnej pętli abonenckiej jest zasadne z punktu widzenia wspierania rozwoju skutecznej konkurencji. Biorąc pod uwagę, że obowiązek zapewnienia dostępu do lokalnej pętli abonenckiej nie nakłada na operatora zapewniającego taki dostęp żadnych dodatkowych obowiązków, należy uznać, że jest to środek proporcjonalny w stosunku do założonego celu, a zatem zgodny z art. 27 ust. 6 pkt 1 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju. W związku z powyższym zapewnienie dostępu do lokalnej pętli abonenckiej znajduje uzasadnienie w przedmiotowej sprawie. Zapewnienie końcowych urządzeń aktywnych nie znajduje takiego uzasadnienia. Urządzenia tego typu są łatwo dostępne na rynku i nie są kosztowne. Sileman może bez przeszkód wyposażyć swoich użytkowników w takie urządzenia na własny koszt. Ponadto, Sileman ma możliwość wystąpienia do Protonet z wnioskiem o zapewnienie hurtowej usługi polegającej na dostępie do kompletnej usługi obejmującej zarówno łącza, jak i urządzenia aktywne, w tym końcowe urządzenie aktywne zapewniające transmisję danych pomiędzy punktem połączenia sieci a tym urządzeniem, w ramach hurtowej usługi BSA¹⁰. Jednak sam Sileman wyraźnie zaprzeczył chęci korzystania z tego typu usługi wprost wskazując w piśmie z dnia 15 lutego 2016 r., że *„gdyby chodziło o zapewnienie dostępu na zasadzie BSA nie byłoby potrzeby zawierania w Projekcie Umowy tego rodzaju postanowień”*. Zdaniem Prezesa UKE zobowiązanie Protonet do zapewnienia końcowych urządzeń aktywnych byłoby nieuzasadnionym obciążeniem dla Protonet, sprzecznym z zasadą proporcjonalności, dlatego też rozwiązanie zaproponowane przez Sileman w tym zakresie nie znajduje uzasadnienia w przedmiotowej sprawie.

W związku z powyższym Prezes UKE postanowił odrzucić propozycję Sileman w zakresie § 2 ust. 4 Projektu Umowy. Prezes UKE postanowił wykreślić postanowienie dotyczące zapewnienia końcowych urządzeń aktywnych i nie wprowadził również postanowienia zaproponowanego przez Protonet, ponieważ zdaniem Prezesa UKE nie ulega wątpliwości, że zakres dostępu hurtowego określony w niniejszej decyzji nie obejmuje zapewnienia końcowych urządzeń aktywnych. Usunięcie załącznika stanowiącego listę modeli urządzeń końcowych, wykorzystywanych przez Udostępniającego jest konsekwencją usunięcia

¹⁰ BSA – ang. Bit Stream Access – dostęp do strumienia bitów

postanowienia dotyczącego zapewnienia końcowych urządzeń aktywnych, którym znajdowało się jedyne odniesienie do tego załącznika.

Zgodnie z art. 27 ust. 6 pkt 1 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju, Prezes UKE rozstrzygając powyższą kwestię wziął pod uwagę w szczególności konieczność zapewnienia niedyskryminacyjnych i proporcjonalnych warunków dostępu. Należy zwrócić uwagę, że zobowiązanie operatora udostępniającego do zapewnienia urządzeń aktywnych wykraczałoby poza zakres przedmiotowy usługi LLU i byłoby nieproporcjonalnym obciążeniem dla Udostępniającego (Protonet). Operator korzystający (Sileman) może korzystać z urządzeń aktywnych operatora udostępniającego w ramach usługi BSA. Rozróżnienie usługi BSA i LLU jest powszechną praktyką we współpracy międzyoperatorskiej stosowaną również w regulacjach Prezesa UKE. Przyjęte rozwiązanie jest zatem zgodne z zasadą niedyskryminacji.

Odnosząc się do zakresu przedmiotowego Usługi dostępu, należy zauważyć, że zgodnie z postanowieniami § 3. ust. 2 w sentencji niniejszej decyzji, Udostępniający jest zobowiązany do świadczenia Usługi dostępu również w przypadku, gdy świadczenie Usługi dostępu wymaga dobudowania brakującego odcinka sieci, do lokali znajdujących się w budynku, do którego doprowadzona jest Sieć Udostępniającego. Co do zasady taki obowiązek wykracza poza zakres przedmiotowy hurtowych usług dostępu telekomunikacyjnego regulowanych przez Prezesa UKE. Jednak w tym przypadku obowiązek dobudowania brakującego odcinka sieci przez Udostępniającego przewidziano w projekcie umowy zaproponowanym przez Wnioskodawcę a Udostępniający nie zgłosił żadnych zastrzeżeń w tym zakresie. Zmiany wprowadzone przez Prezesa UKE do tego zapisu w sentencji decyzji mają wyłącznie charakter redakcyjny w celu zapewnienia prawidłowego rozumienia tego postanowienia przez strony. Zgodne ustalenia stron, które nie są sprzeczne z obowiązującymi przepisami prawa mają pierwszeństwo przed władczym rozstrzygnięciem Prezesa UKE, dlatego też zaproponowane przez Wnioskodawcę postanowienia zostały utrzymane w sentencji niniejszej decyzji i w swej istocie pozostały bez zmian.

Poziom opłat

Kolejnym obszarem spornym była kwestia dotycząca opłat abonamentowych pobieranych od Sileman przez Protonet zawarta w § 5 Projektu Umowy. Sileman zaproponował, aby sposób wyznaczania poziomu opłat za dostęp hurtowy do Sieci Udostępniającego oprzeć na zasadach zdefiniowanych dla pierwszego naboru wniosków w trybie konkursowym o dofinansowanie realizacji projektów ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach I Osi priorytetowej Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa na lata 2014-2020 – „Powszechny dostęp do szybkiego Internetu” działania 1.1 „Wyeliminowanie terytorialnych różnic w możliwości dostępu do szerokopasmowego Internetu o wysokich przepustowościach” (dalej „POPC”). W ramach dokumentacji konkursowej I-go konkursu działania 1.1 POPC zostały opublikowane Wymagania POPC¹¹, które m.in. zdefiniowały zasady dostępu hurtowego, tj. warunki współpracy międzyoperatorskiej w zakresie świadczenia usług hurtowego dostępu do sieci zrealizowanych w ramach POPC, w tym warunki udostępniania elementów infrastruktury pasywnej oraz usługi szerokopasmowego dostępu do lokalnej pętli abonenckiej poprzez dostęp do węzłów sieci telekomunikacyjnej.

Sileman uzasadnił swoją propozycję podejścia do wyznaczenia poziomu opłat określonego w Projekcie Umowy wyjaśniając, że od początku prowadzenia negocjacji wskazywał, że miesięczna opłata netto na rzecz Protonet z tytułu udzielenia dostępu do Sieci Protonet

¹¹ <https://cppc.gov.pl/wp-content/uploads/Za%C5%82%C4%85cznik-8-Wymagania-dla-sieci-NGA-POPC1.pdf>

powinna stanowić iloczyn wysokości średniej detalicznej opłaty abonamentowej oferowanej przez Protonet użytkownikom, pomniejszonej o opust hurtowy wynoszący 55,30% oraz liczby użytkowników korzystających z usług Sileman za pośrednictwem Sieci Protonet, na podstawie zawartej z Sileman umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych. Przy określaniu tego rodzaju podejścia Sileman posłużył się Wymaganiami POPC. W treści wskazanego dokumentu określono metodę wyznaczania opłaty hurtowej za dostęp do sieci telekomunikacyjnej wybudowanej ze środków POPC. Posłużenie się określoną w Wymaganiach POPC metodą prowadzi, w ocenie Sileman, do konkluzji, że wysokość średniej detalicznej opłaty abonamentowej oferowanej przez Protonet użytkownikom powinna zostać wyznaczona w oparciu o następujące dane: cenę jednorazową związaną z aktywacją usługi (kwota brutto 1 zł, netto 0,81 zł) rozłożoną równomiernie na czas trwania umowy terminowej (zatem 1/24 z 0,81 zł, co daje wynik 0,03 zł) i cenę abonamentową (w kwocie brutto 39,80 zł, netto 32,36 zł). W związku z powyższym, średnia detaliczna opłata abonamentowa oferowana przez Sileman użytkownikom w chwili rozpoczęcia negocjacji dotyczących dostępu telekomunikacyjnego wynosiła 32,39 zł, co zostało dodatkowo potwierdzone przez Protonet w toku negocjacji.

Sileman wyjaśnił, że rozbieżności pomiędzy stronami powstały m.in. na tle tego, ile wynosić ma opust hurtowy, o którym mowa w Projekcie Umowy. Zdaniem Sileman, charakterystyka poszczególnych usług dostępowych (takich jak np. BSA lub LLU) oraz postanowień projektu umowy przedłożonego Protonet przez Sileman jednoznacznie wskazują, że dostęp, którego zapewnienia domaga się Sileman, polega na świadczeniu przez Protonet usługi LLU. Analiza Projektu Umowy przesłanego do negocjacji Protonet jednoznacznie wskazuje, że dostęp, o jaki ubiega się Sileman, to dostęp fizyczny do pętli abonenckiej, zmierzający do przyłączenia sieci Sileman bezpośrednio do pętli obsługujących użytkowników. Stąd też Sileman wniósł, by Prezes UKE przy rozstrzygnięciu kwestii spornej dotyczącej wysokości opłaty należnej Protonet z tytułu zapewnienia dostępu do Sieci Protonet, uwzględniał opust przewidziany w Wymaganiach POPC dla usługi LLU, którego wysokość została określona na poziomie 55,30%. Ponadto Sileman wniósł, by analogicznie do zasad przewidzianych w tym dokumencie, zostały określone szczegółowe zasady obliczania opłat hurtowych.

Protonet w piśmie z dnia 8 września 2016 r. ustosunkował się do propozycji Sileman wskazując na niezasadność stosowania Wymagań POPC w zakresie określenia wysokości swego wynagrodzenia. Następnie w stanowisku konsultacyjnym z dnia 8 stycznia 2018 r. Protonet ponownie odniósł się do tej kwestii. W ocenie Protonet, wobec okoliczności, iż dofinansowanie Sieci Udostępniającego nastąpiło w ramach POIG 8.4, całkowicie niezasadnym jest zastosowanie Wymagań POPC w rozstrzygnięciu postępowania. Protonet wskazał również, że w trakcie prowadzonych negocjacji przyznał, iż możliwym byłoby stosowanie pomocniczo Wymagań POPC, ale przy wzięciu pod uwagę wszystkich wymienionych w tym dokumencie warunków przewidzianych dla negocjowanego Projektu Umowy. W ocenie Protonet, postulat ten nie został spełniony przez Sileman i w związku z tym określenie zasad dostępu powinno się odbyć na warunkach rynkowych. Zastosowanie warunków wskazanych w Wymaganiach POPC według Protonet może naruszyć zasady istniejącej konkurencji, ponieważ zasady finansowania i poziom wsparcia POIG 8.4 były inne niż zasady wynikające z POPC i w efekcie nie można od Protonet wymagać, aby obecnie gwarantował innym operatorom dostęp do swojej sieci na zasadach takich samych jak podmioty, które skorzystały z POPC.

Protonet w stanowisku zawartym w piśmie z dnia 8 września 2016 r. zaproponował alternatywny sposób rozliczeń bazujący na wzorze uzależnionym od:

- kosztów utrzymania słupa telekomunikacyjnego,

- średniej odległości słupa telekomunikacyjnego od puszki rozdzielczej do klienta,
- opłaty za umieszczenie przewodu w pasie drogowym,
- kosztów utrzymania sieci i serwerowni,

który skutkowało wyznaczeniem wysokości wynagrodzenia za dostęp do Sieci Protonet na szacowanym przez Protonet poziomie od 35 do 40 zł od gniazda abonenckiego.

Protonet przy ustaleniu wynagrodzenia za dostęp do sieci sugeruje, by wziąć pod uwagę koszty utrzymania sieci, które uwzględniają stawkę amortyzacyjną. W ocenie Protonet, zużycie sieci przy jej dwu-, a nawet trzykrotnie silniejszej eksploatacji będzie wymagać stałego pokrywania kosztów z tego tytułu, które powinny być pokrywane przez Sileman. Protonet podkreślił, że dość duża część Sieci Udostępniającego jest siecią napowietrzną, co generuje wysokie koszty eksploatacji w postaci kosztów korzystania ze słupów telekomunikacyjnych oraz pasów drogowych.

Sileman, w piśmie z dnia 2 grudnia 2016 r., odniósł się do stanowiska Protonet, podkreślając, że warunki dostępu ustalone w decyzji nie mogą prowadzić do zakłócenia konkurencji, a zatem ustalenie opłat powinno zostać dokonane w taki sposób, aby zarówno podmiot udostępniający wybudowaną ze środków publicznych sieć, jak i podmiot uzyskujący dostęp do tej sieci mogły w dalszym ciągu ze sobą konkurować. Sileman w Projekcie Umowy zaproponował obliczanie opłaty analogiczne do sposobu wskazanego w Wymaganiach POPC. Biorąc pod uwagę kompetencje Prezesa UKE do wspierania konkurencji, Sileman założył, że warunki te prowadzą do rozwoju konkurencyjnego rynku usług telekomunikacyjnych. Ponadto zdaniem Sileman za zasadnością stosowania Wymagań POPC przemawia fakt, że Prezes UKE uregulował w nim warunki cenowe dostępu do sieci, które w znacznej mierze zostały wybudowane ze środków publicznych oraz że uregulował w nim warunki dostępu do sieci mających być z założenia sieciami otwartymi. Brak jest zatem, w ocenie Sileman, jakichkolwiek podstaw, dla których rozwiązania zaproponowane w Wymaganiach POPC nie miały być pomocniczo stosowane w postępowaniu. Dlatego też Sileman podtrzymał swój wniosek, by opłata hurtowa za dostęp telekomunikacyjny określona w decyzji Prezesa UKE wydanej na podstawie Wniosku Sileman była uregulowana w sposób analogiczny do opłaty określonej w pkt. 2.2.2 Wymagań POPC, tj. z uwzględnieniem opustu hurtowego wynoszącego 55,30%.

Jednocześnie Sileman wskazał na brak zasadności dla wprowadzenia opłaty proponowanej przez Protonet z uwagi na to, że zakłada obliczanie opłaty m.in. w oparciu o koszt utrzymania słupa, podczas gdy Sieć Udostępniającego częściowo jest wybudowana w sposób doziemny. Co więcej, uwzględniając poziom cen detalicznych Protonet, przy tak ustalonej opłacie hurtowej Sileman nie będzie miał możliwości stworzenia konkurencyjnych warunków świadczenia usług, ponieważ opłata za dostęp do Sieci Udostępniającego nie jest jedynym kosztem, którego poniesienie jest konieczne dla możliwości świadczenia usługi dostępu do Internetu użytkownikom.

W piśmie z dnia 8 stycznia 2018 r. Protonet podtrzymał swoje stanowisko w zakresie opłat wyrażone też w piśmie z dnia 8 września 2016 r. Protonet stwierdził, że sposób określenia opłaty hurtowej nie uwzględnia ponoszonych kosztów. Odnosząc się do tego stanowiska, Prezes UKE zauważa, że opłata detaliczna pokrywa wszelkie koszty świadczenia usług, a opłata hurtowa jest pomniejszona tylko o koszty obsługi klienta i transmisji danych w wyższych warstwach sieci. W związku z tym pozostałe koszty (w tym koszty utrzymania słupów elektroenergetycznych) mieszczą się również w opłacie hurtowej.

Zdaniem Prezesa UKE, wyrażony w stanowisku z dnia 8 lutego 2018 r. postulat Sileman dotyczący zmniejszenia opłaty za kilometr ciemnego włókna do 9,66 zł nie zasługuje na uwzględnienie. To samo dotyczy wyrażonego w stanowisku z dnia 8 czerwca 2018 r. sprzeciwu Sileman wobec określenia w decyzji opłat jednorazowych w wysokości analogicznej do zawartych w Ofercie SOR. Istotą POIG 8.4 jest zachęta do budowy sieci telekomunikacyjnych na obszarach, gdzie bez pomocy publicznej byłoby to nierentowne ze względu na niewielką liczbę ludności, a tym samym niewielki przychód uzyskiwany przez przedsiębiorcę budującego tam sieć. Pomoc publiczna stanowi uzupełnienie przychodu uzyskiwanego przez beneficjentów, dzięki czemu ich działalność staje się rentowna. Obniżenie opłat stosownie do poziomu dofinansowania byłoby zaprzeczeniem tej idei i doprowadziłoby z powrotem do nierentowności. Zatem uwzględnienie postulatu Sileman byłoby niezgodne z wyrażoną w art. 27 ust. 6 pkt 1 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju zasadą proporcjonalności, jako rozwiązanie idące zbyt daleko w stosunku do okoliczności (warunków rynkowych). Gdyby przyjąć tok rozumowania Sileman, ceny detaliczne płacone przez abonentów obu stron postępowania również powinny zostać pomniejszone o 85%, co prawdopodobnie uczyniłoby działalność obu stron nieopłacalną. Ponadto odesłanie do stosowania w zakresie opłat jednorazowych określonych w Ofercie SOR znalazło się również w części 2.2.6 Wymagań POPC.

Prezes UKE przystępując do rozstrzygnięcia sporu w kwestii poziomu opłat pobieranych przez Protonet za dostęp hurtowy zweryfikował informacje przedstawione przez strony w toku postępowania. Sileman we wniosku z dnia 1 lipca 2016 r. wskazał, „*że średnia detaliczna opłata abonamentowa oferowana przez Udostępniającego abonentom w chwili rozpoczęcia negocjacji dot. dostępu telekomunikacyjnego wynosi 32,39 zł, co zostało dodatkowo potwierdzone przez Udostępniającego w jego piśmie z dnia 14 grudnia 2015 r.*”. Prezes UKE w toku postępowania sprawdził dostępne oferty detaliczne Protonet zgodnie z informacjami przedstawionymi na stronie internetowej przedsiębiorstwa¹², które wskazały, że na początku 2017 roku ceny dostępu do Internetu Protonet zaczynały się już od około 40 zł netto.

Biorąc pod uwagę metodę ustalania opłat za usługi hurtowe zaproponowaną przez Protonet, zgodnie z którą opłata hurtowa miałaby się kształtować na poziomie 35-40 zł netto, Prezes UKE stwierdził, że zaproponowana metoda nie spełnia przesłanki niedyskryminacji wskazanej w art. 27 ust. 6 pkt 1 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju. Należy bowiem podkreślić, że tak nieznacząca różnica pomiędzy poziomem cen detalicznych Protonet (obejmujących wszelkie koszty prowadzenia działalności) a poziomem zaproponowanej stawki za hurtową usługę LLU (pod względem kosztowym obejmującej tylko część infrastruktury ostatniej mili Sieci Udostępniającego) może wskazywać na próbę dyskryminacji operatorów korzystających (w niniejszej sprawie – Sileman) względem preferowanej, własnej gałęzi detalicznej, która przejawia znamiona występowania zjawiska zawężenia marży.

Zjawisko zawężenia marży jest przykładem działania dyskryminującego na hurtowym rynku telekomunikacyjnym, które może zaistnieć w przypadku operatorów zintegrowanych wertykalnie, tj. takich którzy prowadzą działalność zarówno na rynku detalicznym, jak i hurtowym rynku międzyoperatorskim. Polega ono na jednoczesnym lub niejednoczesnym zawyżeniu opłat za usługi hurtowe lub zniżeniu cen detalicznych w celu uprzywilejowania własnej działalności detalicznej i uniemożliwienia skutecznej konkurencji usługowej konkurencyjnym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym. Prezes UKE wyjaśnia, że operator korzystający (Sileman) z dostępowych usług hurtowych (w niniejszej sprawie – LLU), poza samymi kosztami usługi hurtowej ponosi jeszcze szereg kosztów dodatkowych, takich jak:

¹² <http://www.protonet.pl/>

- koszty sieciowe – zapewnienie urządzeń transmisji danych i sieci dystrybucyjno-szkieletowej dochodzącej do punktu styku sieci z Protonet, koszty tranzytu ruchu IP i/lub peeringu międzyoperatorskiego,
- koszty detaliczne – związane z pozyskaniem klientów, marketingiem i reklamą, kontaktami z klientami, przyjmowaniem zgłoszeń, reklamacjami i obsługą należności,

a co więcej powinien oczekiwać uzyskania rozsądnej marży obejmującej co najmniej zwrot z zaangażowanego kapitału.

Doświadczenie regulacyjne Prezesa UKE wskazuje, że wymienione koszty sięgają kilkudziesięciu procent łącznych kosztów świadczenia usługi dostępu do Internetu. Zjawisko zawężenia marży może mieć miejsce, kiedy przestrzeń ekonomiczna pomiędzy poziomem cen detalicznych a poziomem opłat hurtowych nie pozwala operatorowi alternatywnemu na odzyskanie całości lub części ww. kosztów i w konsekwencji prowadzi do braku możliwości efektywnego konkutowania usługowego z operatorem udostępniającym (dostawcą usług). W ocenie Prezesa UKE, przestrzeń ekonomiczna pozostawiona przez Protonet na poziomie kilku procent prowadzi do ewidentnego wystąpienia zjawiska zawężenia marży i jest rażąco niewystarczająca do spełnienia zasady niedyskryminacji wymaganej zapisami Ustawy o Wspieraniu Rozwoju. W związku z powyższym, pomimo nieustalenia, czy to opłata hurtowa jest zawyżona, czy też poziom cen detalicznych stosowanych przez Protonet jest zaniżony, Prezes UKE postanowił w dalszym toku postępowania nie brać pod uwagę możliwości wykorzystania metody ustalania opłat hurtowych zaproponowanej przez Protonet. W ocenie Prezesa UKE, metoda ta ewidentnie i w sposób rażący prowadzi do dyskryminacji, co jest sprzeczne z postanowieniem art. 27 ust. 6 pkt 1 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju.

Zgodnie z 51 lit. g Wytycznych KE: *„Ceny hurtowego dostępu do sieci powinny być oparte na przeciętnych publikowanych (regulowanych) cenach hurtowych obowiązujących na innych porównywalnych, bardziej otwartych na konkurencję obszarach danego kraju lub Wspólnoty lub, z braku takich opublikowanych cen, na cenach już określonych lub zatwierdzonych przez krajowy organ regulacyjny w odniesieniu do przedmiotowych rynków i usług. [...] Analiza porównawcza jest ważną gwarancją, ponieważ pozwala państwom członkowskim uniknąć ustalania z góry konkretnych detalicznych lub hurtowych cen dostępu oraz zapewnić wykorzystanie przyznanej pomocy do stworzenia warunków podobnych do tych na innych konkurencyjnych rynkach łączności szerokopasmowej.”*

Przeprowadzona przez Prezesa UKE analiza porównawcza w zakresie stosowanych na rynku hurtowym opłat za usługę LLU wykazała, że jednym z podmiotów zobowiązanych do świadczenia usługi LLU, dla którego została określona obowiązująca opłata za usługę LLU, jest operator zasiedziały o znaczącej pozycji rynkowej Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „OPL”). Opłaty za dostęp do lokalnych pętli abonenckich i światłowodowych OPL zostały określone jako wartości nominalne, jednolite w skali kraju i niezależne od długości pętli abonenckiej. Opłaty te są więc dostosowane do skali działalności OPL obejmującej obszar całego kraju oraz do topologii sieci OPL wybudowanej przede wszystkim w obszarach o wysokim zagęszczeniu ludności. Powyższe okoliczności mają istotny wpływ na koszty świadczenia usług dostępu do lokalnej pętli abonenckiej i światłowodowej będące podstawą do wyznaczenia wysokości opłat hurtowych OPL. Okoliczności te nie znajdują zastosowania w przypadku operatorów lokalnych wykonujących działalność na obszarach o niskiej gęstości zaludnienia. Protonet jest operatorem wykonującym działalność na obszarze kilku powiatów w województwie śląskim, łódzkim i opolskim. Infrastruktura wybudowana przez Protonet w ramach POIG 8.4 znajduje się

na obszarach o niskiej gęstości zaludnienia. W związku z powyższym Prezes UKE stwierdził, że stosowane przez OPL opłaty hurtowe za usługę LLU nie są właściwym punktem odniesienia dla analogicznych usług świadczonych przez Protonet, ponieważ mogłyby okazać się niedostosowane do specyficznych warunków wykonywania działalności przez Protonet.

Obowiązek zapewnienia dostępu do lokalnej pętli abonenckiej został nałożony na beneficjentów realizujących projekty w ramach POPC. Warunki zapewnienia takiego dostępu zostały określone w Wymaganiach POPC. Należy zauważyć, że zarówno projekty realizowane w ramach POIG 8.4, jak i te planowane do realizacji w ramach POPC dotyczą budowy sieci dostępowych zapewniających szerokopasmowy dostęp do Internetu na terenach dotychczas stanowiących lokalizacje cyfrowo wykluczone. W przypadku obu tych programów maksymalny udział środków Unii Europejskiej wynosi 85% i oba te programy były skierowane do przedsiębiorców telekomunikacyjnych. POIG 8.4 był realizowany w perspektywie finansowej Unii Europejskiej 2007-2013, natomiast POPC jest realizowany w perspektywie finansowej 2014-2020. Zarówno beneficjenci POPC, jak i beneficjenci POIG 8.4 są zobowiązani do zapewnienia dostępu hurtowego do sieci zrealizowanych z wykorzystaniem dofinansowania, przy czym szczegółowe warunki w tym zakresie zostały doprecyzowane w Wymaganiach POPC w odniesieniu do POPC. Zgodnie z Wymaganiami POPC, opłata za dostęp do lokalnej pętli abonenckiej stanowi odpowiednią część detalicznej opłaty abonamentowej za dostęp szerokopasmowy stosowanej przez operatora udostępniającego. Zdaniem Prezesa UKE zastosowanie takiej metody w przedmiotowej sprawie jest zgodne z zasadą proporcjonalności, o której mowa w art. 27 ust. 6 pkt 1 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju ponieważ pozwala na elastyczne dostosowanie opłaty do warunków rynkowych wykonywania działalności przez operatora udostępniającego (Protonet) oraz zapewnia niedyskryminujące warunki współpracy, ponieważ umożliwia operatorowi korzystającemu (Sileman) podjęcie działalności konkurencyjnej względem Protonet i innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych na równych warunkach. Przyjęta metoda nie polega na określeniu obowiązującej opłaty hurtowej za dostęp do lokalnej pętli abonenckiej jako wartości nominalnej, dlatego w przedmiotowej sprawie wysokość tej opłaty nie została określona w oparciu o porównanie względem wysokości opłat rynkowych lub określonych przez Prezesa UKE. Jednak zastosowanie analogicznej metody ustalania wysokości opłat, właściwej dla usług świadczonych w podobnych okolicznościach, zapewnia wykorzystanie przyznanej pomocy do stworzenia warunków podobnych do tych na innych konkurencyjnych rynkach łączności szerokopasmowej, zgodnie z pkt 51 lit. g Wytycznych KE.

Jak już zostało wyjaśnione, usługą hurtową, którą jest zainteresowany Sileman jest LLU, natomiast w celu określenia sposobu realizacji usługi LLU niezbędne jest wyjaśnienie, w jakiej technologii dostępowej zrealizowana jest Sieć Protonet. Zgodnie z informacjami zawartymi w załącznikach nr 2 do Umów o Dofinansowanie przedstawionych w piśmie Protonet z dnia 5 października 2016 r., Sieć Protonet jest zrealizowana jako pasywna sieć optyczna P2MP FTTH: *„Czynnikiem warunkującym wybór technologii była awaryjność sieci i koszt wykonania. Na dzień dzisiejszy można wymienić 2 rodzaje podłączeń klientów końcowych światłowodem. Jest to aktywny FTTH oraz pasywny FTTH w technologii PON. Nasz wybór padł na technologię PON, gdyż jest tańsza we wdrożeniu, wygląda bardziej estetycznie na słupach niskiego napięcia, oraz jest znacznie mniej awaryjna niżeli aktywny FTTH, który jest już przestarzały. Dzięki technologii PON będzie można łatwiej zaprojektować sieć i wykorzystać kable o mniejszej ilości włókien, niżeli przy aktywnym FTTH.”*

Usługa LLU polega na udostępnieniu do wyłącznej dyspozycji operatora korzystającego (w tym przypadku Sileman), włókna światłowodowego celem umożliwienia świadczenia usług. W sieciach P2MP udostępnienie może nastąpić w każdym punkcie komutacji włókien

światłowodowych od CPE użytkownika do pierwszego splittera optycznego. Udostępnienie nie może być realizowane na wykorzystanych włóknach światłowodowych zasilających splitter pierwszego i drugiego stopnia kaskady. Należy zauważyć, że Sileman we Wniosku jasno wskazał, że punktem dostępu do usługi LLU ma być jedna lokalizacja stanowiąca odpowiednik przełącznicy głównej w Sieci Protonet. W takim przypadku opisane powyżej punkty dostępu znajdujące się na odcinku pomiędzy CPE użytkowników a splitterami optycznymi nie stanowią punktu styku, którym zainteresowany jest Sileman, w związku z czym wymagane jest również zapewnienie dostępu do ciemnych włókien światłowodowych na odcinku pomiędzy poszczególnymi punktami dostępu do lokalnych pętli światłowodowych a obiektem centralowym Protonet zawierającym węzeł aktywny i stanowiącym punkt styku. Prezes UKE wyjaśnia, że w sieciach FTTH P2MP nie jest możliwe uwolnienie pełnych pętli abonenckich przebiegających pomiędzy zakończeniami łączą a obiektem centralowym, ponieważ ciągłość włókien światłowodowych jest rozdzielona splitterami optycznymi, a odcinki dosyłowe zakładają współdzielenie włókien dochodzących do obiektu centralowego przez sygnał pochodzący i dochodzący do wybranych użytkowników.

W związku z powyższym, Prezes UKE postanowił również uregulować dostęp do ciemnych włókien światłowodowych Protonet znajdujących się powyżej splitterów optycznych i poniżej punktu dostępu do usługi znajdującym się w odpowiedniku przełącznicy głównej Protonet. W ten sposób uwolnienie pełnej pętli abonenckiej Protonet jest możliwe dzięki dostępowi do lokalnych pętli światłowodowych dochodzących do splitterów optycznych oraz ciemnych włókien światłowodowych przebiegających pomiędzy splitterami a dostępowym węzłem aktywnym (stanowiącym punkt styku).

W związku z koniecznością umożliwienia Sileman korzystania z ciemnych włókien światłowodowych Protonet przebiegających pomiędzy splitterami optycznymi a punktem styku sieci, Prezes UKE postanowił niniejszą decyzją zobowiązać Protonet do udostępnienia Sileman ciemnych włókien światłowodowych poprzez wydzierżawienie jednego lub więcej ciemnych włókien światłowodowych na ciągłym odcinku o określonej długości. Stosownie do pkt 51 lit. g Wytycznych KE, wysokość opłaty z tytułu wydzierżawienia ciemnych włókien światłowodowych została określona w oparciu o wysokość regulowanych opłat hurtowych określonych przez Prezesa UKE za analogiczne usługi. W związku z powyższym, wysokość opłaty miesięcznej za dzierżawę jednego kilometra ciemnego włókna światłowodowego jest zgodna z wskazaną w Ofercie SOR opłatą, która na dzień wydawania decyzji wynosi 64,38 zł za kilometr za miesiąc netto. Podobne odesłanie do stosowania w tym zakresie opłaty określonej w Ofercie SOR znalazło się również w Wymaganiach POPC. W przeciwieństwie do opłaty za udostępnienie lokalnej pętli abonenckiej, opłata za dzierżawę ciemnego włókna światłowodowego jest uzależniona od długości dzierżawionego odcinka. Takie rozwiązanie jest zgodne z zasadą proporcjonalności, o której mowa w art. 27 ust. 6 pkt 1 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju ponieważ zapewnia dostosowanie wysokości tej opłaty do topologii sieci Protonet. W sentencji niniejszej decyzji Prezes UKE wprowadził stosowne definicje oraz warunki rozliczeń za dostęp do ciemnych włókien światłowodowych Protonet wykraczających poza zasięg lokalnych pętli światłowodowych. Zapisy te znalazły swoje odzwierciedlenie w § 5 ust. 3 i 4 decyzji. Podobne odesłanie do stosowania w tym zakresie opłat określonych w Ofercie SOR znalazło się również w Wymaganiach POPC.

Dodatkowo, w związku z koniecznością umożliwienia Sileman korzystania z nadzoru Protonet zgodnie z postanowieniami § 8 decyzji, Prezes UKE uregulował warunki współpracy stron w tym zakresie. Wysokość opłat z tytułu sprawowania nadzoru przez Protonet została uregulowana stosownie do pkt 51 lit. g Wytycznych KE, tzn. w oparciu o wysokość

regulowanych opłat hurtowych określonych przez Prezesa UKE za analogiczne usługi wskazane w Ofercie SOR, które na dzień wydawania decyzji wynoszą w dni robocze (8.00 – 16.00) – 80,29 zł za każdą rozpoczętą godzinę, w dni robocze (16.00 – 22.00 i 6.00 – 8.00) oraz w soboty – 109,34 zł za każdą rozpoczętą godzinę, a w nocy (22.00 – 6.00), niedziele i dni ustawowo wolne od pracy – 138,40 zł za każdą rozpoczętą godzinę. Podobne odesłanie do stosowania w tym zakresie opłat określonych w Ofercie SOR znalazło się również w Wymaganiach POPC.

W ocenie Prezesa UKE warunki współpracy określone w sentencji decyzji, obejmujące uszczegółowienie zakresu przedmiotowego dostępu i definiujące warunki rozliczeń w zakresie Usługi dostępu i nadzoru spełniają przesłanki wskazane w art. 27 ust. 6 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju. Wprowadzony tryb rozliczeń uzależniający opłaty hurtowe od aktualnie obowiązujących ofert detalicznych Protonet zapewnia niedyskryminacyjne i proporcjonalne warunki dostępu poprzez minimalizowanie ryzyka zawyżenia opłat i pojawienia się zjawiska zawężenia marży. Przyjęte w rozstrzygnięciu regulacje są zgodne z pkt 51 lit. g Wytycznych KE, ponieważ sposób określenia wysokości opłat został określony w odniesieniu do rozwiązań przyjętych przez Prezesa UKE w przypadku analogicznych usług.

Wysokość kary umownej z tytułu niezachowania tajemnicy

Wnioskodawca wskazał, że Protonet w toku negocjacji nie wyraził zgody na zastrzeżenie kary umownej z tytułu naruszenia obowiązku zachowania poufności za każdy przypadek stwierdzonego naruszenia w wysokości 50.000,00 zł, ponieważ, zdaniem Protonet, jest to kwota rażąco wygórowana. Protonet nie wskazał jednak w toku negocjacji własnej propozycji wysokości kary umownej, w związku z czym Sileman zaproponował, aby kwota taka została określona na poziomie 10.000,00 zł.

Protonet w piśmie z dnia 8 września 2016 r. potwierdził, że zaproponowana kara umowna za naruszenie obowiązku poufności wskazana pierwotnie w wysokości 50.000,00 zł za każdy przypadek naruszenia, była rażąco wygórowana. Natomiast, w ocenie Protonet, zaproponowana we Wniosku Sileman nowa wysokość kary umownej (10.000,00 zł) jest adekwatna dla obecnie obowiązujących cen rynkowych, w związku z czym Protonet przychylił się do propozycji przedstawionej we Wniosku.

W związku z porozumieniem osiągniętym przez strony w toku postępowania w zakresie wysokości kary umownej z tytułu niezachowania tajemnicy, Prezes UKE postanowił zaakceptować jej wysokość w sentencji decyzji na poziomie zgodnym z porozumieniem stron, co znajduje odzwierciedlenie w § 9 ust. 4 decyzji.

Połączenie sieci

Sileman wskazał, że w toku negocjacji, nie znając szczegółów technicznych dotyczących przebiegu Sieci Udostępniającego, wniósł o wskazanie miejsca połączenia sieci przez Protonet z zaznaczeniem, aby lokalizacja ta znajdowała się bezpośrednio w miejscowości Radzionków. Protonet nie wskazał miejsca w toku negocjacji, a ponadto nie wyraził zgody na spotkanie, na którym możliwe byłoby ustalenie tego miejsca. Dlatego też Sileman wniósł, by Prezes UKE rozpoznając sprawę ustalił miejsce połączenia sieci po uprzednim zebraniu odpowiednich informacji od Sileman i Protonet, koniecznych do jego wyznaczenia.

Sileman z uwagi na brak wiedzy technicznej dotyczącej Sieci Udostępniającego, nie był w stanie w toku negocjacji przedstawić propozycji kwestii technologii połączenia sieci i okresu wykonania prac w zakresie połączenia sieci, a Protonet również nie wskazał konkretnych propozycji w tym zakresie. Sileman nie był też w stanie wskazać konkretnych propozycji dotyczących zabezpieczenia należytego prac w zakresie połączenia sieci, co jest

związane z brakiem możliwości oszacowania ewentualnego ryzyka z tym związanego. Z tych samych względów, tj. z uwagi na brak wiedzy technicznej na temat Sieci Udostępniającego, nie było możliwe określenie treści części załączników do Projektu Umowy. Sileman zawniósł tym samym, by Prezes UKE, ustalając warunki dostępu telekomunikacyjnego określił:

- technologię połączenia sieci, biorąc pod uwagę technologię sieci obu operatorów,
- okres wykonywania prac w zakresie połączenia sieci nie krótszy niż 1 miesiąc.

Protonet, w piśmie z dnia 8 września 2016 r., ustosunkował się do ww. kwestii wnosząc, aby miejscem połączenia sieci była miejscowość Piekary Śląskie z uwagi na lokalizację urządzenia OLT¹³ obsługującego sieć w Radzionkowie, dla której Sileman wyznaczył we Wniosku miejsce połączenia sieci.

Sileman, w stanowisku z dnia 2 grudnia 2016 r. wskazał, że w miejscowości Piekary Śląskie nie posiada sieci telekomunikacyjnej, w związku z czym proponuje umiejscowienie połączenia sieci w miejscowości Radzionków lub Bytom.

W piśmie z dnia 4 sierpnia 2017 r., Protonet poinformował, że połączenie sieci w miejscowości Piekary Śląskie nie jest już możliwe, ponieważ Protonet utracił możliwość dysponowania zasobami pozwalającymi na kolokację urządzeń Sileman w celu połączenia sieci. W związku z tym Protonet wniósł o umorzenie postępowania z uwagi na jego bezprzedmiotowość.

Sileman w piśmie z dnia 4 września 2017 r. wskazał, że w przypadku braku możliwości kolokacji w Piekarach Śląskich należy umożliwić stronom realizację połączenia sieci w inny sposób, w miejscu, w którym istnieje techniczna możliwość połączenia sieci.

Prezes UKE, rozstrzygając w powyższej kwestii, wziął pod uwagę w szczególności konieczność zapewnienia niedyskryminacyjnych i proporcjonalnych warunków dostępu, zgodnie z postanowieniem art. 27 ust. 6 pkt 1 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju. Obowiązki ciężące na podmiocie, który wykorzystał środki publiczne do budowy sieci telekomunikacyjnej dotyczą zapewnienia dostępu do takiej sieci. Zasady zapewnienia dostępu określone w przepisach prawa, decyzjach, umowach lub innych aktach, na podstawie których nastąpiło finansowanie ze środków publicznych budowy, przebudowy lub remontu infrastruktury lub sieci telekomunikacyjnej nie wskazują jednakże żadnych obowiązków rozbudowy sieci poprzez doprowadzenie jej do potencjalnych operatorów korzystających. Prezes UKE zauważa, że argumentacja Sileman wskazująca, że to Protonet jest zobowiązany do doprowadzenia infrastruktury do węzła Sileman jest nieuzasadniona i mogłaby prowadzić do nieproporcjonalnego obciążenia Protonet, poprzez zobowiązanie do oferowania usług w punkcie uprzywilejowanym tylko jednego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, co byłoby sprzeczne z zasadą niedyskryminacji, o której mowa w art. 27 ust. 6 pkt 1 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju. Co więcej, propozycja Sileman, aby to Protonet dostosował się do jego sieci, nie przystaje do istoty usługi LLU, w przypadku której operator udostępniający jest odpowiedzialny za zapewnienie funkcjonalności pętli abonenckich, a nie sieci dystrybucyjnej łączącej węzły poszczególnych stron. W związku z powyższym, Prezes UKE, w zakresie miejsca połączenia sieci postanowił przychylić się do wniosku Protonet, i określił punkt połączenia sieci w miejscowości Piekary Śląskie, co znalazło swoje odzwierciedlenie w § 3 ust. 6 decyzji. Należy dodać, że miejscowość Radzionków, którą rekomendował Sileman, bezpośrednio sąsiaduje z miejscowością Piekary Śląskie, zatem wymóg połączenia sieci przez

¹³ OLT – ang. Optical Line Termination – zakończenie linii optycznej. Urządzenie aktywne zapewniające połączenie systemów dostępowych aktywnych (ONU) i pasywnych z publiczną siecią telekomunikacyjną.

Operatora nie powinien być postrzegany jako brak możliwości skorzystania z usług hurtowych Udostępniającego.

Obowiązki związane z zapewnieniem dostępu do pasywnych elementów infrastruktury telekomunikacyjnej są co do zasady uzależnione od dostępnych zasobów, jakimi dysponuje operator udostępniający. Protonet pismem z dnia 4 sierpnia 2017 r. poinformował, że w miejscowości Piekary Śląskie nie dysponuje powierzchnią kolokacyjną w miejscu dogodnym do połączenia sieci Protonet z siecią Sileman. W związku z tym należy stwierdzić, że brak wolnych zasobów w tym zakresie stanowi obiektywną przeszkodę do zrealizowania połączenia sieci w trybie kolokacji w miejscowości Piekary Śląskie. Protonet nie może być skutecznie zobowiązany do zapewnienia powierzchni kolokacyjnej w miejscu połączenia sieci. Nie oznacza to jednak, że połączenie sieci nie może być realizowane w inny sposób, np. w trybie połączenia liniowego tj. poprzez doprowadzenie przewodów Sileman do przełącznicy głównej w sieci Protonet. W piśmie z dnia 4 września 2017 r., Sileman stwierdził, że w związku z brakiem dostępnej powierzchni kolokacyjnej, połączenie sieci należy zrealizować w inny sposób dogodny dla obu stron w miejscu gdzie istnieją ku temu warunki techniczne. Biorąc pod uwagę przedstawione powyżej okoliczności faktyczne oraz stanowiska stron, Prezes UKE stwierdził, że właściwym miejscem do połączenia sieci jest przełącznica główna zlokalizowana w sieci Protonet, w miejscowości Piekary Śląskie. Doprowadzenie sieci Sileman do tego miejsca oraz posadowienie niezbędnych urządzeń telekomunikacyjnych, Sileman zrealizuje we własnym zakresie.

Jak wynika z powyższych rozważań, brak dostępnej powierzchni kolokacyjnej nie stanowi przeszkody uniemożliwiającej rozstrzygnięcie niniejszej sprawy i nie powoduje bezprzedmiotowości postępowania. W związku z tym nie jest zasadny wniosek o umorzenie postępowania, który został zgłoszony przez Protonet w piśmie z dnia 4 sierpnia 2017 r.

W związku z brakiem zobowiązania Protonet do rozbudowy sieci w celu realizacji punktu styku, w ocenie Prezesa UKE, nie zasługuje na uwzględnienie wniosku Sileman o określenie minimalnego okresu wykonywania prac w zakresie połączenia sieci.

W § 2 ust. 2 pkt c Projektu Umowy zawartego we Wniosku Sileman nawiązał do załącznika określającego lokalizację oraz szczegółowe warunki techniczne realizacji oraz funkcjonowania punktu styku Sieci Udostępniającego oraz sieci Sileman. Należy zwrócić uwagę, że treść załącznika nie została przygotowana przez strony w toku negocjacji i nie została zaproponowana przez żadną ze stron w toku postępowania administracyjnego. Zgodnie z informacjami zawartymi we Wniosku, szczegółowe uzgodnienia dotyczące połączenia sieci wymagają przekazania informacji na temat sieci Protonet. Prezes UKE uznał, że strony nie doszły do porozumienia w zakresie treści załączników i nie zaproponowały ich treści w zakresie warunków połączenia sieci. Wnioskodawca, w piśmie z dnia 3 marca 2017 r. wskazał, że oczekuje uregulowania pozostałych kwestii w niniejszej decyzji. W związku z powyższym, Prezes UKE w niniejszej decyzji, w § 2 ust. 2, zobowiązał Protonet do przekazania wszelkich informacji o Sieci Udostępniającego (w tym informacji o punkcie styku sieci), które są niezbędne do efektywnego złożenia zamówienia na usługi przez Sileman i zapewnienia na jej rzecz dostępu hurtowego. Zobowiązanie operatora dysponującego otwartą siecią do udostępnienia informacji ogólnych o sieci telekomunikacyjnej i infrastrukturze stanowi warunek zapewnienia efektywnego dostępu i otwartości sieci. Szczegóły dotyczące punktu styku zostały określone w § 3 ust. 6 i 7 w sentencji decyzji.

W związku z wątpliwościami dotyczącymi punktu styku sieci wyrażonymi zarówno przez Sileman w stanowisku z dnia 5 stycznia 2018 r., jak i przez Protonet w stanowisku z dnia 8 stycznia 2018 r., Prezes UKE postanowił dodać w § 3 ust. 6 sentencji decyzji postanowienie,

zgodnie z którym w razie braku możliwości technicznych połączenia sieci w Piekarach Śląskich, Udostępniający niezwłocznie wskazuje alternatywne miejsca, w których jest taka możliwość, a Operator dokonuje wyboru spośród wskazanych alternatywnych miejsc. Sileman zaproponował, by to Operator określał punkt styku sieci w oparciu o przekazane mu informacje dotyczące architektury sieci Protonet. Jednak zdaniem Prezesa UKE, nałożenie na Udostępniającego obowiązku dostosowania swojej sieci do wymagań Operatora byłoby zbyt daleko posuniętą ingerencją, niezgodną z zasadą proporcjonalności, o której mowa w art. 27 ust. 6 pkt 1 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju. Natomiast odnosząc się do wyrażonego w stanowisku Sileman z dnia 8 czerwca 2018 r. postulatu, aby w przypadku braku możliwości technicznych połączenia sieci w pierwotnie wskazanym miejscu nałożyć na Protonet niezwłoczne przekazanie informacji technicznych dotyczących architektury sieci telekomunikacyjnej Protonet, Prezes UKE ponownie przywołuje § 2 ust. 2 sentencji decyzji. Postanowienie to oznacza, że Sileman ma prawo uzyskać od Protonet wszelkie informacje, które będą potrzebne w procesie zamawiania usług, w tym również informacji na temat możliwości technicznych połączenia sieci.

Prezes UKE nie uwzględnił wyrażonego w stanowisku Sileman z dnia 8 czerwca 2018 r. postulatu, aby wprowadzić do decyzji termin (maksymalnie 3 dni robocze), w jakim Udostępniający ma wskazać alternatywne punkty styku sieci. Okoliczności faktyczne (np. konieczność dokonania przez Protonet dogłębnej analizy swojej infrastruktury w celu wskazania alternatywnych miejsc) mogą być na tyle różne, że ustalenie z góry sztywnego i w dodatku bardzo krótkiego terminu dla wszystkich przypadków byłoby regulacją idącą zbyt daleko i niezgodną z zasadą proporcjonalności, o której mowa w art. 27 ust. 6 pkt 1 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju. Jeśli Sileman będzie w stanie wykazać ewentualną zawinioną zwłokę w postępowaniu Protonet, może dochodzić odszkodowania za wynikłą stąd szkodę na zasadach ogólnych.

Ze względu na brak określenia przez strony szczegółowych kwestii dotyczących połączenia sieci i co za tym idzie brak porozumienia pomiędzy Protonet i Sileman, obowiązek przekazania informacji technicznych o Sieci Udostępniającego jest niezbędny do zagwarantowania efektywnego dostępu hurtowego na rzecz Sileman i tym samym przyczyni się do zapewnienia niedyskryminacyjnych i proporcjonalnych warunków dostępu na rzecz Sileman zgodnie z art. 27 ust. 6 pkt 1 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju.

Przesył

We Wniosku Sileman przedstawił Projekt Umowy, który w § 2 ust 2 pkt d wprowadził zapisy dotyczące zobowiązań zapewnienia przesyłu sygnału telekomunikacyjnego wraz z odniesieniem do załącznika do Projektu Umowy w zakresie szczegółowych warunków zapewnienia przesyłu. Sileman nie określił natomiast we Wniosku treści ww. załącznika. Treść załącznika nie została również przygotowana przez strony w toku negocjacji i nie została zaproponowana przez żadną ze stron w toku postępowania administracyjnego. Prezes UKE uznał, że strony nie doszły do porozumienia w ww. zakresie i nie zaproponowały ich treści w związku z czym, Prezes UKE rozstrzygnął w niniejszej decyzji kwestię zapewnienia przesyłu. Należy zauważyć, że takie działanie znajduje odzwierciedlenie w oczekiwaniach Wnioskodawcy, który w piśmie z dnia 3 marca 2017 r. wskazał, że oczekuje uregulowania kwestii, które miały być określone pomiędzy stronami w załącznikach do umowy w treści decyzji Prezesa UKE rozstrzygającej w sprawie. W pierwszej kolejności, Prezes UKE przeanalizował czy zobowiązania dotyczące zapewnienia przesyłu są adekwatne względem przedmiotu niniejszego postępowania administracyjnego (zakresu usługowego, który jest w nim określony).

Należy zwrócić uwagę, że usługą hurtową, o którą wnioskował Sileman, jest LLU, czyli pasywna usługa hurtowa, w której cała część aktywna sieci jest realizowana przez stronę korzystającą. Powyższe potwierdza również stanowisko Sileman, który wskazał, że operator korzystający sam może realizować transmisję danych przy użyciu własnych urządzeń aktywnych, zatem to operator korzystający realizuje transmisję danych przy wykorzystaniu linii telekomunikacyjnych Udostępniającego. W świetle powyższych rozważań i stanowiska Sileman, niezasadne jest żądanie Sileman, aby to Protonet był odpowiedzialny za zapewnienie zasilania oraz odpowiedniej konfiguracji urządzeń aktywnych Infrastruktury telekomunikacyjnej i zrealizowanie przesyłu w warstwie 2 Ethernet sieci telekomunikacyjnej. Tego typu praktyka jest powszechnie stosowana w przypadku oferowania usług aktywnych, jednak sam Sileman zaprzeczył chęci korzystania z tego typu usługi w swych stanowiskach przedstawianych w toku postępowania administracyjnego. W związku z powyższym Prezes UKE uznał, że w związku z przedmiotem niniejszego postępowania, uregulowanie w niniejszej decyzji kwestii przesyłu nie znajduje uzasadnienia. Jednocześnie należy zauważyć, że Sileman ma możliwość skorzystania z wolnych włókien światłowodowych na odcinkach wykraczających poza lokalne pętle światłowodowe stanowiące przedmiot usługi LLU, co w ocenie Prezesa UKE, jest funkcjonalnym substytutem aktywnej usługi zapewnienia przesyłu, dostosowanym do pasywnej natury dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej.

Prezes UKE, rozstrzygając powyższą kwestię, wziął pod uwagę w szczególności konieczność zapewnienia niedyskryminacyjnych i proporcjonalnych warunków dostępu stosownie do art. 27 ust. 6 pkt 1 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju. Należy zwrócić uwagę, że dostęp LLU może, a wręcz powinien być oferowany w wariantcie stricte pasywnym obejmującym zapewnienie urządzeń aktywnych przez operatora korzystającego (Sileman), co zapewni zachowanie zasady niedyskryminacji rozumianej jako analogiczne warunki dla wszystkich innych operatorów korzystających i własnej działalności detalicznej Protonet. Takie obowiązki dostępu są również proporcjonalne i nie nakładają nieuzasadnionych z punktu widzenia efektywności zapewnienia dostępu obciążeń na operatorze udostępniającym (Protonet).

Istotną kwestią poruszaną w toku postępowania jest ryzyko ograniczenia dostępu do ciemnych włókien ze względu na brak wolnych zasobów. W stanowisku z dnia 5 stycznia 2018 r. Sileman wskazał ryzyko blokowania dostępu przez Protonet poprzez rezerwację zasobów lub ich udostępnienie podmiotom powiązanim z Protonet. W tym kontekście Sileman zaproponował zobowiązanie Protonet do: 1) przekazywania planów wykorzystania zasobów do Sileman i Prezesa UKE wraz ze szczegółowym uzasadnieniem braku możliwości ich współdzielenia, 2) ujmowania w planach wykorzystania tylko tych zasobów, co do których istnieje realna możliwość ich wykorzystania w ciągu 18 miesięcy 3) niezwłocznej aktualizacji planów w przypadku rezygnacji z wykorzystania określonych zasobów, 4) przekazywania informacji o wykonaniu planów wraz z uzasadnieniem dlaczego plan w danym zakresie nie został wykonany. W stanowisku z dnia 8 czerwca 2018 r. Sileman ponowił te postulaty oraz wyraził zaniepokojenie usunięciem z definicji wolnych zasobów stwierdzenia, że są to zasoby, które nie są całkowicie wykorzystywane przez inne podmioty na potrzeby prowadzonej przez nie działalności telekomunikacyjnej.

Odnosząc się do powyższych postulatów Sileman, Prezes UKE wskazuje, że scenariusz opisany przez Sileman byłby równoznaczny z dążeniem Protonet do obejścia decyzji. Prezes UKE nie może stosować domniemania działania w złej wierze przez którąkolwiek ze stron postępowania. Nie ma również możliwości kontrolowania przez Prezesa UKE bieżącego sposobu wykorzystania zasobów – czy też szerzej, bieżącego stanu współpracy między

Stronami każdej umowy o dostęp hurtowy. Nie można oczekiwać, że na żądanie Sileman Protonet wypowie umowy wiążące go z abonentami lub innymi przedsiębiorcami i udostępni Sileman zasoby, z których uprzednio sam korzystał lub udostępnił na użytek innych podmiotów. Takie założenie czyniłoby z Sileman podmiot nadzwyczajnie uprzywilejowany względem innych kontrahentów Protonet i byłoby sprzeczne z zasadą niedyskryminacji. Dodatkowo należy zauważyć, że na podstawie art. 27 ust. 1 pkt 2 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju, podmiot który nabyłby prawa do infrastruktury lub sieci Protonet objętej obowiązkiem zapewniania dostępu hurtowego, również byłby zobowiązany do zapewniania takiego dostępu Sileman jak również innym operatorom korzystającym.

Zamiast rozwiązania zaproponowanego przez Sileman, Prezes UKE zdecydował się dodać w § 6 pkt 12 sentencji decyzji postanowienie, zgodnie z którym Operator może weryfikować okoliczności podane w odmowie realizacji zamówienia (w tym brak wolnych zasobów) w trybie przewidzianym dla nadzoru Udostępniającego, przy czym Operator nie ponosi opłat z tym związanych, jeżeli weryfikacja nie potwierdzi okoliczności podanych w odmowie. Zdaniem Prezesa UKE, takie rozwiązanie jest również zgodne z zasadą proporcjonalności, o której mowa w art. 27 ust. 6 pkt 1 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju ponieważ chroni słuszne interesy obu Stron – Operatora przed nieuzasadnionymi odmowami Udostępniającego, a Udostępniającego przed bezzasadnymi i uciążliwymi weryfikacjami Operatora.

Poza tym należy zwrócić uwagę, że problem braku wolnych zasobów może dotyczyć wyłącznie ciemnego włókna „backhaul”, natomiast stosownie do postanowienia § 6 ust. 10 sentencji decyzji w przypadku LLU brak wolnych zasobów nie może być podstawą do odmowy realizacji zamówienia.

Natomiast odnosząc się do budzącej niepokój Sileman zmiany definicji wolnych zasobów, Prezes UKE wskazuje, że jest to zmiana o charakterze czysto redakcyjnym. Sformułowanie „zasoby, które nie są całkowicie wykorzystywane na potrzeby działalności telekomunikacyjnej” obejmuje zarówno Udostępniającego, jak i inne podmioty, zatem zakres przedmiotowy definicji nie uległ zmianie.

Realizacja zamówień

W stanowisku z dnia 5 stycznia 2018 r. Sileman zawarł postulat skrócenia okresu realizacji zamówienia na Usługę dostępu do 5 dni roboczych oraz określenia sztywnego terminu (maksymalnie 5 dni roboczych) na wybudowanie przez Protonet brakującego zakończenia sieci. W stanowisku z dnia 8 czerwca 2018 r. Sileman powtórzył te postulaty, a także wyraził potrzebę określenia sztywnej wysokości opłaty za wybudowanie brakującego zakończenia sieci. Zdaniem Sileman zastrzeżenie, że wysokość opłaty oraz termin powinny mieć charakter niedyskryminacyjny względem innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, na których rzecz Protonet świadczy usługi nie jest wystarczające, gdyż według informacji posiadanych przez Sileman, Protonet nie świadczy podobnych usług na rzecz innych podmiotów. Postulaty te nie zostały uwzględnione, gdyż okoliczności faktyczne mogą być na tyle różne, że ustalenie z góry jednego terminu i jednej opłaty dla wszystkich przypadków byłoby regulacją idącą zbyt daleko i niezgodną z zasadą proporcjonalności, o której mowa w art. 27 ust. 6 pkt 1 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju. Poza tym zgodnie z pkt 2.1.7. ppkt 8 Wymagań POPC „OSD realizuje Zamówienie na Usługę w terminie wskazanym w tym Zamówieniu na Usługę, nie wcześniej niż 7 DR od dnia otrzymania przez OSD tego Zamówienia na Usługę wolnego od braków lub nieprawidłowości, chyba że realizacja Zamówienia na Usługę wymaga przeprowadzenia wywiadu technicznego, przekazania lub zwrotu elementów Infrastruktury”, zatem termin 5-dniowy byłby stanowczo za krótki. Ponadto Prezes UKE wskazuje, że nawet jeśli Protonet nie świadczy podobnych usług na rzecz innych podmiotów

to świadczy je na rzecz własnych abonentów, co wystarczy do określenia niedyskryminacyjnej opłaty i terminu. Jeżeli Protonet nie pobiera żadnych opłat od abonentów za wybudowanie zakończenia sieci, nie powinien ich pobierać również od Sileman.

W stanowisku z dnia 5 stycznia 2018 r. Sileman wskazał na potrzebę rozszerzenia § 6 ust. 5 sentencji decyzji o obowiązek szczegółowego wskazania, jakie braki lub nieprawidłowości zawiera złożone przez Sileman zamówienie wraz ze wskazaniem o jakie dane powinno być ono uzupełnione w celu uniknięcia otrzymania w odpowiedzi na złożone zamówienie wyłącznie informacji, iż zamówienie to zawiera braki lub nieprawidłowości bez jakichkolwiek dodatkowych wyjaśnień. Postulat ten został uwzględniony.

Prezes UKE uwzględnił również postulaty Sileman, by odmowa realizacji zamówienia była przedstawiana na piśmie w terminie 3 dni i zawierała szczegółowe uzasadnienie (odpowiednie zmiany § 6 ust. 9-12, w tym wskazanie, że brak możliwości technicznych musi mieć charakter obiektywny). Dodatkowo nadał Operatorowi uprawnienie do weryfikacji twierdzeń zawartych w odmowie realizacji zamówienia pod odpłatnym nadzorem Udostępniającego. Postanowienia te chronią Operatora przed nieuzasadnionymi odmowami, a odpłatny nadzór chroni Udostępniającego przed nadużywaniem tego uprawnienia przez Operatora. Zdaniem Prezesa UKE rozwiązanie to jest zgodne z wyrażoną w art. 27 ust. 6 pkt 1 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju zasadą proporcjonalności, ponieważ równoważy interesy obu stron.

W stanowisku z dnia 7 czerwca 2018 r. Protonet wskazał na brak możliwości odpowiedniego stosowania postanowień dotyczących nadzoru do weryfikacji przyczyn odmowy realizacji zamówienia i postulował usunięcie tego rozwiązania, względnie jego uregulowania jako oddzielnej kategorii niż nadzór określony w § 8 sentencji decyzji. Zdaniem Prezesa UKE Protonet nie uzasadnił wystarczająco braku możliwości odpowiedniego stosowania § 8, zatem postulat ten nie zasługuje na uwzględnienie. Weryfikacja przyczyn odmowy wiąże się z ingerencją Operatora w sieć Udostępniającego (wstęp do pomieszczeń, oględziny itp.). Wobec tego nadzór Udostępniającego i pobieranie z tego tytułu opłat to zasadne rozwiązanie. Weryfikacja odmowy jest uprawnieniem Operatora, z którym jest związany obowiązek Udostępniającego polegający na wykazaniu prawdziwości okoliczności odmowy realizacji zamówienia.

W stanowisku z dnia 7 czerwca 2018 r. Protonet zgłosił również postulat wydłużenia określonego w § 6 ust. 5 sentencji decyzji terminu na wskazanie braków lub nieprawidłowości w zamówieniu na Usługę dostępu ze względu na konieczność dokładnego rozpatrzenia zamówienia w kontekście udostępnienia zasobów kilku podmiotom naraz oraz rozdysponowania zasobów w sposób prawidłowy. Zdaniem Prezesa UKE postulat ten nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż wskazany termin dotyczy jedynie weryfikacji formalnej zamówienia, a szczegóły techniczne rozpatrywane są już na etapie realizacji zamówienia objętej znacznie dłuższym terminem.

Prezes UKE nie uwzględnił wyrażonego w stanowiskach Sileman z dnia 5 stycznia 2018 r. i 8 czerwca 2018 r. postulatu, aby odmowa realizacji zamówienia z powodu rażącego naruszenia postanowienia decyzji była możliwa wyłącznie w przypadku uprzedniego pisemnego poinformowania Operatora o wystąpieniu naruszenia wraz z uzasadnieniem jego rażącego charakteru. Zdaniem Prezesa UKE byłoby to rozwiązanie sprzeczne z zasadą proporcjonalności, gdyż ograniczałoby możliwość Protonet do reagowania na ewentualne rażące naruszenia ze strony Sileman. Ostateczna ocena czy dane naruszenie ma charakter rażący należy do sądu, co z kolei chroni Sileman przed arbitralnością ze strony Protonet.

Procedura realizacji zamówień nie może naruszać zasady niedyskryminacji wskazanej w art. 27 ust. 6 pkt 1 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju. Oznacza to, że warunki realizacji zamówień (w tym terminy) stosowane wobec Operatora nie mogą być mniej korzystne niż stosowane przez Udostępniającego w stosunku do innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych lub w ramach własnego przedsiębiorstwa w porównywalnych okolicznościach. W związku z tym Prezes UKE zastosował tę formułę do przypadków konieczności wydłużenia terminu realizacji zamówień w sytuacjach wymagających przeprowadzenia dodatkowych prac.

Usuwanie Awarii

W stanowiskach z dnia 5 stycznia 2018 r. i 8 czerwca 2018 r. Sileman zgłosił postulat, by § 8 ust. 4 sentencji decyzji był tak zredagowany, aby nie budziło żadnych wątpliwości, że jego zakres dotyczy wyłącznie prac związanych z usuwaniem awarii sieci i infrastruktury telekomunikacyjnej Operatora usytuowanych w punkcie styku sieci telekomunikacyjnej Operatora oraz sieci telekomunikacyjnej Udostępniającego. Uwzględnienie postulatu Sileman w całości byłoby sprzeczne z wyrażoną w art. 27 ust. 6 pkt 1 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju zasadą proporcjonalności, gdyż nie można wykluczyć sytuacji, w których zasadne byłoby wykonanie takich prac przez Operatora również w miejscu innym niż punkt styku sieci. Z drugiej strony, odrzucenie postulatu również mogłoby prowadzić do bezzasadnego i tym samym niezgodnego z zasadą proporcjonalności nadzoru Udostępniającego nad pracami prowadzonymi przez Operatora. W tej sytuacji Prezes UKE zdecydował się dodać w § 8 ust. 4 odniesienie do ust. 1, zawężając tym samym zakres ust. 4 do prac wykonywanych przez Sileman w związku z korzystaniem z Usługi dostępu, dotyczących Sieci Udostępniającego oraz Infrastruktury Udostępniającego. Zdaniem Prezesa UKE, takie sformułowanie nie budzi wątpliwości, iż prace wykonywane przez Operatora w zakresie własnej sieci nie wymagają nadzoru Udostępniającego.

W piśmie z dnia 8 stycznia 2018 r. Protonet zgłosił postulat, by czas usunięcia awarii był liczony od momentu stwierdzenia tej awarii z winy Udostępniającego, gdyż Udostępniający ma odpowiadać za usunięcie awarii w zakresie własnej infrastruktury i sieci, ale nie może ponosić przy tym negatywnych konsekwencji wynikających z decyzji co do czasu usunięcia awarii, w przypadku gdy przyczyną awarii będą okoliczności, za które odpowiedzialność będzie ponosił Operator.

W piśmie z dnia 8 lutego 2018 r. Sileman stanowczo sprzeciwił się powyższemu postulatowi, podnosząc, że celem regulacji odnoszących się do czasu, w którym powinny być usunięte awarie sieci telekomunikacyjnej jest wprowadzenie mechanizmów, które spowodują, że w możliwie najkrótszym czasie dostęp użytkowników końcowych do usług telekomunikacyjnych będzie przywrócony. W związku z tym niepożądanym byłoby wprowadzenie regulacji, wskutek których Operator oraz Udostępniający w pierwszej kolejności będą ustalać, który z nich jest odpowiedzialny za powstałą awarię, a czas na usunięcie awarii będzie biec dopiero od momentu dokonania tych ustaleń. Prezes UKE podziela tę argumentację, więc nie uznał za zasadne uwzględnić postulatu Protonet z dnia 8 stycznia 2018 r. jako rozwiązania nieproporcjonalnego w stosunku do założonego celu postanowień dotyczących usuwania awarii, a zatem niezgodnego z art. 27 ust. 6 pkt 1 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju. Niezależnie od określenia rozpoczęcia biegu czasu usunięcia awarii, Protonet nie ponosi odpowiedzialności za nieusunięcie awarii w terminie w przypadku gdy jej zgłoszenie było bezzasadne.

Pozostałe kwestie współpracy międzyoperatorskiej

Prezes UKE, ustalając warunki dostępu, musi uwzględnić słuszny interes obu stron postępowania, a nie wyłącznie jednej z nich. Nawet, gdy określone warunki współpracy w zakresie dostępu byłyby ustalone przez strony, to również w takiej sytuacji, Prezes UKE jest uprawniony, także w aktualnym stanie prawnym, do zastosowania rozwiązania alternatywnego wobec uzgodnionej propozycji stron. Zgodnie bowiem z art. 27 ust. 5 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju, wniosek strony składany do Prezesa UKE na podstawie tego przepisu jest wnioskiem o wydanie decyzji w sprawie dostępu do infrastruktury lub sieci telekomunikacyjnej, a nie wyłącznie wnioskiem o rozstrzygnięcie kwestii spornych. Natomiast zgodnie z art. 27 ust. 6 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju, Prezes UKE wydaje decyzję w sprawie dostępu, a nie wyłącznie w sprawie rozstrzygnięcia kwestii spornych. Na podstawie przepisów Ustawy o Wspieraniu Rozwoju Prezes UKE jest zatem uprawniony do ustalenia warunków dostępu w sposób całościowy, a nie wyłącznie ograniczając się do wskazanych przez strony postępowania kwestii spornych.

We Wniosku Sileman przedstawił Projekt Umowy odwołujący się również do załączników:

- podstawowe zasady Komunikacji pomiędzy stronami;
- procedura zamawiania poszczególnych usług, w ramach Umowy;
- szczegółowe warunki jakości świadczonych usług (rekompensaty z tytułu niedotrzymania ich parametrów, procedura określania czasu ewentualnych przerw w świadczeniu usług);
- współpraca stron w zakresie usuwania Awarii;
- sposoby określania wysokości średniej detalicznej opłaty abonamentowej oraz wysokość wynagrodzenia należnego Udostępniającemu z tytułu świadczeń dodatkowych (przyłączenia lokalu użytkownika do Sieci telekomunikacyjnej).

Sileman nie określił we Wniosku treści załączników i nie została ona również przygotowana przez strony w toku negocjacji i w toku postępowania administracyjnego. Prezes UKE uznał, że strony nie doszły do porozumienia w zakresie treści załączników do Projektu Umowy, tym samym postanowił ustanowić w decyzji ich treść, która jest niezbędna do zapewnienia efektywnej współpracy międzyoperatorskiej i zapewnienia dostępu hurtowego i uznał za zasadne rozstrzygnięcie tej kwestii we własnym zakresie. Należy zauważyć, że takie działanie znajduje odzwierciedlenie w oczekiwaniach Wnioskodawcy, który w piśmie z dnia 3 marca 2017 r. wskazał, że oczekuje uregulowania kwestii, które miały być określone pomiędzy stronami w załącznikach do umowy w treści decyzji Prezesa UKE rozstrzygającej w sprawie. Co więcej, Prezes UKE uznał, iż Projekt Umowy nie zawiera innych istotnych z punktu widzenia zasad współpracy międzyoperatorskiej postanowień, np. w zakresie definicji i nadzoru i uznał za zasadne rozstrzygnięcie tych kwestii w niniejszej decyzji.

W ocenie Prezesa UKE, zapisy Wymagań POPC są odpowiednim punktem odniesienia przy określeniu treści brakujących warunków współpracy w decyzji dotyczącej zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego do infrastruktury i sieci telekomunikacyjnej wybudowanej z wykorzystaniem środków publicznych. Dlatego też Prezes UKE rozstrzygając przedmiotową sprawę, w szczególności w zakresie przedmiotu brakujących postanowień umownych dotyczących zamówień, poziomu jakości, Awarii, kar umownych, bonifikat, nadzoru i opłat abonamentowych, postanowił posłużyć się referencyjnymi warunkami dostępu hurtowego określonymi w Wymaganiach POPC.

W ocenie Prezesa UKE, warunki współpracy określone w niniejszej decyzji obejmujące uszczegółwienie kwestii, w odniesieniu do których strony nie doszły na etapie negocjacji

do porozumienia, spełniają przesłanki wskazane w art. 27 ust. 6 pkt 1 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju. Wprowadzone procedury współpracy międzyoperatorskiej pomiędzy Protonet i Sileman zapewniają niedyskryminacyjne i proporcjonalne warunki dostępu poprzez minimalizowanie ryzyka wystąpienia asymetrii w prawach i obowiązkach stron, jak również ryzyka pojawienia się uprzywilejowanej pozycji operatora zobowiązanego do zapewnienia otwartości sieci i dostępu hurtowego. Co więcej, takie podejście jest spójne z dotychczasową polityką regulacyjną Prezesa UKE w odniesieniu do projektów realizowanych ze wsparciem środków publicznych. Należy zauważyć, że przejrzyste i symetryczne dla obu stron zasady procedury zamówień Usług dostępu wpisują się w spełnienie przesłanki niedyskryminacji, ponieważ po pierwsze zrównują pozycję operatora korzystającego oraz własnej gałęzi detalicznej Protonet, a co więcej zapewnią brak dyskryminacji potencjalnych operatorów korzystających pozostających w konkurencji do Sileman. W ocenie Prezesa UKE, wyznaczenie minimalnych wymogów jakościowych Usług dostępu oraz jasnej procedury ustalania cen gwarantuje równe traktowanie własnych użytkowników Protonet oraz klienta hurtowego, jakim jest Sileman.

W projekcie umowy dostarczonym przez Sileman nie zostały określone opłaty jednorazowe z tytułu uruchomienia usługi dostępu w zakresie lokalnej pętli światłowodowej oraz z tytułu uruchomienia usługi dostępu w zakresie ciemnego włókna światłowodowego niewchodzącego w skład lokalnej pętli światłowodowej. Wobec tego Prezes UKE zdecydował się uregulować tę kwestię w decyzji, zgodnie z wnioskiem Sileman z 3 marca 2017 r. Zgodnie z pkt 2.2.6 „Wymagań POPC”, takie opłaty powinny się opierać na SOR. Stosowanie takich opłat jednorazowych łącznie z abonamentowymi jest przyjętą praktyką, co wpływa na wysokość rynkowych opłat abonamentowych. Zastosowanie opłat abonamentowych zawartych w SOR z jednoczesnym pominięciem opłat jednorazowych oznaczałoby zatem niezgodne z wyrażoną w art. 27 ust. 6 pkt 1 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju zasadą proporcjonalności zniekształcenie wysokości opłat abonamentowych. Byłoby też odejściem od konsekwentnego stosowania „Wymagań POPC” jako punktu odniesienia przy określeniu treści brakujących warunków współpracy w decyzji. Ponadto inni operatorzy są uprawnieni do pobierania takich opłat, dlatego uprawnienie Protonet do ich pobierania jest zgodne z zasadą niedyskryminacji, o której mowa w art. 27 ust. 6 pkt 1 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju. Kolejną kwestią nieuregulowaną w załącznikach było wynagrodzenie należne Udostępniającemu z tytułu przyłączenia lokalu do Sieci Udostępniającego. Okoliczności faktyczne mogą być na tyle różne, że ustalenie z góry sztywnej opłaty z tego tytułu dla wszystkich przypadków byłoby nieuzasadnione i niezgodne z zasadą proporcjonalności. Opłata ta nie została wskazana, gdyż brakuje punktu odniesienia dla jej prawidłowej wysokości. Znajduje zastosowanie zasada niedyskryminacji, zgodnie z którą w żadnym wypadku opłata ta nie może być wyższa niż stosowana przez Udostępniającego w stosunku do innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych lub w ramach własnego przedsiębiorstwa w porównywalnych okolicznościach. Dzięki temu koszty takiego przyłączenia nie będą zawyżane.

Brak określenia warunków dostępu hurtowego oraz szczegółów rozliczeń w decyzji prowadziłby do ryzyka stosowania podwójnych standardów w odniesieniu do różnych użytkowników korzystających z Sieci Udostępniającego. Tym bardziej określenie tego obszaru współpracy międzyoperatorskiej jest nieuniknione w celu spełnienia przesłanek wskazanych w art. 27 ust. 6 Ustawy o Wspieraniu Rozwoju.

Warunki współpracy nieuwzględnione w niniejszej decyzji

Rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy przez Prezesa UKE oznacza, że warunki współpracy Protonet i Sileman zostały określone w decyzji administracyjnej wydanej na podstawie

przepisów kpa. Tym samym prawa i obowiązki stron wynikające z takiej decyzji podlegają przepisom kpa ze zmianami wynikającymi z Pt oraz Ustawy o Wspieraniu Rozwoju. Przepisy te nie przewidują możliwości dokonania cesji ani innych form przenoszenia na rzecz osób trzecich praw i obowiązków wynikających z decyzji administracyjnej. Decyzja administracyjna obowiązuje z chwilą jej wydania, zaś jej zmiana, uchylenie lub stwierdzenie nieważności lub wygaśnięcia odbywa się na zasadach ściśle określonych w przepisach prawa. Prezes UKE nie może w treści decyzji administracyjnej określić innych zasad obowiązywania warunków współpracy określonych taką decyzją, niż to wynika z przepisów prawa. Postanowienia Projektu Umowy dołączonego do Wniosku (dotyczące cesji, czasu obowiązywania umowy oraz postanowienia końcowe) są typowymi postanowieniami stosowanymi w stosunkach cywilnoprawnych i miałyby jedynie zastosowanie w przypadku zawarcia umowy międzyoperatorskiej bez ingerencji organu publicznego, nie mogą natomiast być przeniesione na grunt decyzji administracyjnej z przyczyn, o których mowa powyżej. Z tego powodu nie mogły zostać uwzględnione postulaty Protonet odnoszące się do określenia czasu obowiązywania decyzji, wyrażone w stanowiskach z dnia 8 stycznia 2018 r., 12 marca 2018 r. oraz z 7 czerwca 2018 r.

Nie oznacza to jednak, że obowiązek zapewnienia dostępu będzie trwał nadal po upływie okresu, w jakim Udostępniający jest zobowiązany do zapewnienia dostępu hurtowego. Zastosowanie może znaleźć instytucja stwierdzenia wygaśnięcia decyzji określona w art. 162 § 1 pkt 1 kpa. Po wygaśnięciu obowiązku zapewniania dostępu decyzja stanie się bezprzedmiotowa. Jak stwierdził Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 30 stycznia 2008 r. (sygn. akt I OSK 4/07) *„Zgodnie z art. 162 § 1 pkt 1 k.p.a. przesłanką wygaśnięcia decyzji jest jej bezprzedmiotowość, rozumiana jako ustanie prawnego bytu stosunku materialnoprawnego nawiązanego na jej podstawie. Bezprzedmiotowość zachodzi wówczas, gdy nierealne okaże się osiągnięcie celu, ze względu na który decyzja została wydana, wskutek tego, że **przestanie istnieć (...) przedmiot rozstrzygnięcia (prawo lub obowiązek strony)**”*¹⁴.

Podobne stanowiska prezentuje doktryna: *„bezprzedmiotowość decyzji oznacza jej nierealność z punktu widzenia możliwości osiągnięcia celu i wiąże się ze zmianą stanu faktycznego, gdyż każda decyzja wiąże tak długo, jak długo istnieją stosunki faktyczne stanowiące podstawę jej wydania (...) z istoty decyzji wynika, że konieczną przesłanką obowiązywania w czasie decyzji musi być istnienie takiego samego stosunku prawnego, jaki został skonkretyzowany w decyzji. W rezultacie więc decyzja administracyjna wiąże tak długo, jak długo mamy do czynienia z elementami decydującymi o istnieniu danego, skonkretyzowanego w decyzji stosunku prawnego”*¹⁵.

Właściwym organem do stwierdzenia wygaśnięcia decyzji jest Prezes UKE. Postępowanie wszczęte może być z urzędu, jak i na żądanie strony¹⁶.

Jak wynika z pkt 51 lit f Wytycznych KE: *„Efektywny hurtowy dostęp do subsydiowanej infrastruktury powinien być oferowany na okres co najmniej siedmiu lat. Warunek ten nie jest zależny od jakiegokolwiek wstępnej analizy rynku w rozumieniu art. 7 dyrektywy ramowej. Jeśli jednak pod koniec siedmioletniego okresu operator danej infrastruktury zostanie określony przez krajowy organ regulacyjny na podstawie obowiązujących ram regulacyjnych jako*

¹⁴ <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/75577AB97E>

¹⁵ Red. prof. zw. dr hab. Roman Hauser, prof. zw. dr hab. Marek Wierzbowski, Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, Wydawnictwo C.H.Beck 2018

¹⁶ Red. prof. zw. dr hab. Barbara Adamiak, prof. zw. dr hab. Janusz Borkowski, Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz Wydawnictwo C.H.Beck 2017

podmiot o znaczącej pozycji rynkowej na danym rynku, należy odpowiednio przedłużyć zobowiązanie dotyczące „otwartego dostępu”.

Wytyczne KE nie precyzują, od jakiego momentu rozpoczyna się bieg siedmioletniego terminu. Wobec tego należy odwołać się do późniejszych aktów prawnych i zastosować je na zasadzie analogii. § 5 ust. 2 rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji w sprawie udzielania pomocy na rozwój infrastruktury szerokopasmowej w ramach Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa na lata 2014-2020 z dnia 16 września 2015 r. (Dz. U. z 2015 r. poz. 1466, z późn. zm.) stanowi, że zobowiązanie do zapewnienia hurtowego dostępu dotyczy okresu 7 lat od dnia zakończenia realizacji projektu. Analogicznie, § 6 ust. 1 rozporządzenia Ministra Cyfryzacji w sprawie udzielania wsparcia w formie instrumentów finansowych na rozwój infrastruktury szerokopasmowej w ramach Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa na lata 2014-2020 z dnia 18 maja 2018 r. (Dz. U. z 2018 r. poz. 1101) stanowi, że zobowiązanie do zapewnienia hurtowego dostępu dotyczy okresu 7 lat od dnia zakończenia realizacji inwestycji. Natomiast zgodnie z § 5 ust. 3 pierwszego z wymienionych rozporządzeń i z § 6 ust. 2 drugiego, w przypadku budowy kanalizacji kablowej, wolno stojących masztów antenowych, wolno stojących wież antenowych lub podbudowy słupowej zapewnienie dostępu hurtowego następuje niezwłocznie po wybudowaniu i nie jest ograniczone w czasie. Zdaniem Prezesa UKE, skoro liczne postanowienia decyzji zostały oparte na zastosowanych pomocniczo regulacjach dotyczących POPC, to zgodnie z zasadą proporcjonalności jest zastosowanie również przytoczonych postanowień dotyczących czasu trwania zobowiązania do zapewniania dostępu hurtowego.

W toku postępowania Protonet podnosił, że termin powinien być liczony od dnia złożenia wniosku o płatność końcową. Z treści Umów o Dofinansowanie oraz pisma CPPC z dnia 3 listopada 2016 r. wynika, że daty zakończenia realizacji projektu (inwestycji) i złożenia wniosku o płatność końcową są tożsame i dla umów nr POIG.08.04.00-24-223/10-00, POIG.08.04.00-16-156/12-00 i POIG.08.04.00-24-362/12-00 przypadają na 31 lipca 2015 r., a dla umowy nr POIG.08.04.00-24-073/13 – na 30 września 2015 r. Z tego wynika, że obowiązek zapewniania dostępu hurtowego wygaśnie odpowiednio 31 lipca 2022 r. i 30 września 2022 r. Jak wskazano powyżej, nie dotyczy to dostępu do infrastruktury pasywnej, który to dostęp nie jest jednak przedmiotem postępowania.

Wniosek o wezwanie Elsat sp. z o.o.

Protonet w stanowisku z dnia 8 września 2016 r., wskazał, że do spółki z wnioskiem o zawarcie umowy o dostęp telekomunikacyjny w zakresie połączenia sieci poza Sileman wystąpił również Elsat sp. z o.o., a dalsze negocjacje prowadził oraz wniosek o wydanie decyzji zastępującej umowę o dostęp złożył wyłącznie Sileman.

W ocenie Prezesa UKE, nie ma żadnych wątpliwości, że stronami postępowania jest Sileman i Protonet, a wydawana decyzja dotyczy tylko i wyłącznie dostępu do Sieci Udostępniającego zapewnionego na rzecz Sileman. W związku z powyższym, nie istnieje powód, aby spółka Elsat została wezwana do udziału w postępowaniu na prawie strony. W związku z powyższym Prezes UKE postanowił nie uwzględnić wniosku Protonet o wezwanie Elsat do udziału w postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Prezes UKE, uwzględniając całokształt materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, orzekł jak w sentencji.

Na podstawie art. 206 ust. 2aa w zw. z art. 206 ust. 2 pkt 6 Pt decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu.

POUCZENIE

Od decyzji stronom przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów za pośrednictwem Prezesa UKE w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia decyzji (art. 206 ust. 2 pkt 6 i ust. 3 Pt w związku z art. 479⁵⁸ § 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 155 z późn. zm.).

z up. Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej
Zastępca Prezesa

Karol Krzywicki

Załącznik:

1. Sposób ustalania opłaty za Usługę dostępu

Załącznik do decyzji DHRT.WPS.6080.1.2016.92 – Sposób ustalania opłaty za Usługę dostępu

1. Opłata miesięczna pobierana przez Udostępniającego za świadczenie Usługi dostępu w zakresie dostępu do lokalnych pętli światłowodowych wynosi zgodnie z poniższym wzorem (C_{H-LLU}):

$$C_{H-LLU} = C_D * (1 - 55,30\%), \text{ gdzie:}$$

C_D – to miesięczna cena detaliczna netto za usługę dostępu szerokopasmowego.

2. Wartość C_D jest ustalana w następujący sposób. Na miesięczną cenę detaliczną C_D składają się następujące pozycje (wszystkie netto):

- cena jednorazowa związana z aktywacją usługi,
- cena abonamentowa w okresie promocyjnym,
- cena abonamentowa poza okresem promocyjnym,
- cena jednorazowa za dodatkowy gadżet/bonus oferowany w ramach usługi,
- wartość jednorazowego gadżetu promocyjnego,
- koszt inkrementalny usługi lub usług innych niż dostęp szerokopasmowy.

3. Etap 1 – cena abonamentowa. Należy ustalić średnio ważoną cenę miesięczną na podstawie ceny miesięcznej w okresie promocyjnym i ceny miesięcznej poza okresem promocyjnym, które uiszcza użytkownik korzystający z usługi detalicznej.

Średnio ważona cena miesięczna = (Cena miesięczna w okresie promocyjnym * liczba miesięcy w okresie promocyjnym + cena miesięczna poza okresem promocyjnym * liczba miesięcy poza okresem promocyjnym) / okres trwania umowy terminowej w miesiącach. W przypadku usług świadczonych bezterminowo, do powyższych obliczeń przyjmuje się, że okres trwania umowy terminowej to 36 miesięcy.

4. Etap 2 – cena jednorazowa. Cena jednorazowa związana z aktywacją usługi detalicznej lub z pozyskaniem dodatkowego gadżetu promocyjnego, powinna zostać rozłożona równomiernie na czas trwania umowy terminowej.

5. Etap 3 – suma cen za usługę detaliczną. Suma cen za usługę detaliczną stanowi sumę średnio ważonej ceny miesięcznej, o której mowa w Etapie 1 i ceny jednorazowej, o której mowa w Etapie 2.

6. Etap 4 – gadżet i usługi dodatkowe. Od sumy cen ustalonej w Etapie 3 odejmowana jest ewentualna wartość gadżetu przyznanego przez Udostępniającego użytkownikowi nabywającemu usługę, rozłożona równomiernie na czas trwania umowy terminowej oraz inkrementalny miesięczny koszt usług innych niż usługa dostępu szerokopasmowego. Wartość gadżetu i inkrementalny miesięczny koszt usług innych niż usługa dostępu szerokopasmowego są zapisane w ogólnie dostępnym regulaminie usługi detalicznej.

7. Etap 5 – wynik. Parametr C_D stanowi sumę opłat za usługę detaliczną przypadającą miesięcznie na użytkownika, o której mowa w Etapie 3, pomniejszoną o miesięczną wartość gadżetu i miesięczny koszt usług dodatkowych, o których mowa w Etapie 4.

8. W przypadku, kiedy Udostępniający w danym momencie oferuje więcej niż jedną ofertę detaliczną zawierającą dostęp szerokopasmowy, powyższe etapy kalkulacji zostaną przeprowadzone dla każdej z tych ofert, a parametr C_D zostanie wyznaczony jako minimalna wartość wyników w ten sposób otrzymanych.

9. Wyżej opisane ceny detaliczne dotyczą wszystkich ofert detalicznych stosowanych przez Udostępniającego w zasięgu Sieci Udostępniającego, w odniesieniu do której Udostępniający otrzymał pomoc publiczną. Ceny detaliczne opisane powyżej w szczególności nie dotyczą ofert detalicznych stosowanych przez Udostępniającego tylko poza obszarem zasięgu Sieci Udostępniającego, tj. na obszarach, na których nie uzyskał pomocy publicznej. Udostępniający jest zobowiązany do stosowania opłat hurtowych wyznaczonych zgodnie z powyższym algorytmem dla aktualnie obowiązujących ofert detalicznych.