

Warszawa, 11 lutego 2019 r.

Sz. P. Marcin Cichy
Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej
ul. Giełdowa 7/9
01-211 Warszawa

127/PIKE/2019

Sygn. akt: DHRT.WIT.6082.1.2018.3
DHRT.WIT.6082.2.2018.3
DHRT.WIT.6082.3.2018.3
DHRT.WIT.6082.4.2018.3
DHRT.WIT.6082.5.2018.3
DHRT.WIT.6082.6.2018.3

STANOWISKO PIKE
w toku postępowania

Stanowisko Pani Prezesa,

1. działając w imieniu Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej (PIKE, Izba), w związku z dopuszczeniem Izby do postępowań administracyjnych w sprawie określenia warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej w zakresie kabli telekomunikacyjnych, o którym mowa w art. 139 ust. 1 Pt¹, dotyczących sześciu członków Izby, ze względów przedstawionych poniżej zwracamy się do Pana Prezesa o **odstąpienie od wydawania przedmiotowych decyzji**. PIKE zwraca uwagę na fakt, że na gruncie art. 139 ust. 1a-1c Pt oraz art. 139 ust. 1 pkt 3 Pt powstają następujące wątpliwości w zakresie zgodności z prawem UE:
 - 1) interpretacja przepisu art. 139 Pt prowadzona przez Prezesa UKE wykracza poza zakres kompetencji przyznanych mocą tak dyrektywy ramowej², jak i dyrektywy o dostępie³, w zakresie, w którym będzie stanowić obowiązki typu *ex ante*,

¹ Ustawa – Prawo telekomunikacyjne.

² Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej.

³ Dyrektywa 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (dyrektywa o dostępie).

- 2) art. 139 Pt nie dopuszcza wydawania decyzji generalnych, niepowiązanych z przypadkiem dostępu do określonej nieruchomości,
- 3) art. 139 ust. 1 pkt 3 Pt, przywoływany przez Prezesa UKE w projektowanych decyzjach, budzi wątpliwości w zakresie zgodności z art. 9 dyrektywy kosztowej⁴.

Art. 139 ust. 1a-1c Pt a prawo unijne

I. Przyczyny dodania ust. 1a-1c do art. 139 Pt

2. Przepis art. 139 Pt stanowi, co do zasady, transpozycję art. 12 dyrektywy ramowej do polskiego porządku prawnego. Potwierdzeniem tego – oprócz porównania treści art. 139 Pt i art. 12 dyrektywy ramowej – jest choćby uzasadnienie jednej z pierwszych nowelizacji Pt – czyli ustawy z dnia 29 grudnia 2005 r. (Dz. U. 2006 r. Nr 12, poz. 66) o zmianie ustawy – Prawo telekomunikacyjne oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego. Ww. nowelizacja została przedstawiona Sejmowi przez Rząd dnia 19 października 2005 r. (druk nr 51⁵).
3. W uzasadnieniu nowelizacji mowa jest m.in. o tym, że Komisja Europejska zgłosiła zastrzeżenia do art. 139 Pt w jego pierwotnym brzmieniu, a ponadto *„Zmiany dokonane w art. 139 mają na celu pełniejsze implementowanie art. 12 ust. 2 dyrektywy ramowej”*.
4. Ustępy 1a-1c zostały dodane do art. 139 Pt w późniejszym okresie. W związku z powyższym **należy przyrzeć się uzasadnieniu ustawy, która wprowadziła do art. 139 Pt ustępy 1a-1c.**
5. Zmiana powyższa została wprowadzona ustawą z dnia 16 listopada 2012 r. o zmianie ustawy - Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2012 r. poz. 1445; druk sejmowy nr 627) mającej na celu transpozycję dyrektywy zmieniającej dyrektywę ramową (dyrektywa 2009/140)⁶.
6. W uzasadnieniu⁷ ustawy wskazano, że *„Zmiany w art. 139 ust. 4 ustawy – Prawo telekomunikacyjne stanowią implementację zmienionego art. 12 dyrektywy ramowej”*. I rzeczywiście – w rządowym projekcie ustawy przedstawionym Sejmowi zmiana art. 139 Pt ograniczała się do modyfikacji jego ust. 4.
7. Analiza kolejnych wersji projektu ustawy prowadzi do wniosku, że ust. 1a-1c został do niej wprowadzony dopiero na etapie prac w Senacie (na 20. posiedzeniu Senatu RP VII kadencji)⁸. Krótkie uzasadnienie wprowadzenia poprawki, które zostało ujęte w uchwale Senatu⁹ nie przywołuje dyrektywy ramowej, lecz powołuje się na rzekomą potrzebę wprowadzenia nowego postępowania służącego zapewnieniu dostępu do budynków i infrastruktury telekomunikacyjnej.

⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/61/UE z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie środków mających na celu zmniejszenie kosztów realizacji szybkich sieci łączności elektronicznej.

⁵ <http://orka.sejm.gov.pl/Druki5ka.nsf/wgdruku/51>

⁶ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/140/WE z dnia 25 listopada 2009 r. zmieniająca dyrektywy 2002/21/WE w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej, 2002/19/WE w sprawie dostępu do sieci i usług łączności elektronicznej oraz wzajemnych połączeń oraz 2002/20/WE w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej.

⁷ <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=627>

⁸ <https://www.senat.gov.pl/prace/senat/posiedzenia/tematy,29,1.html>

⁹ <https://www.senat.gov.pl/download/gfx/senat/pl/senatuchwaly/177/plik/216.pdf>

8. Z powyższych rozważań płyną następujące wnioski:

- 1) **art. 139 ust. 1a-1c nie transponuje żadnego z przepisów dyrektywy ramowej,**
- 2) przyczyną dodania ww. ustępów miało być uchylenie art. 30 ust. 2 ustawy szerokopasmowej¹⁰, chociaż art. 139 ust. 1a-1c Pt zawiera całkiem nową procedurę dotyczącą ustalania ramowych warunków dostępu do infrastruktury przedsiębiorcy telekomunikacyjnego (niezależnie od jego pozycji rynkowej), nieznaną nie tylko ówczesnej ustawie szerokopasmowej, ale żadnej z dyrektyw unijnych. W związku z tym nie sposób prześledzić rzeczywistych przyczyn, dla których do art. 139 Pt dodano ust. 1a-1c,
- 3) **art. 139 ust. 1a-1c nie transponuje również żadnego z przepisów dyrektywy kosztowej**, ponieważ dyrektywa ta nie została jeszcze uchwalona w czasie wprowadzania tych ustępów. Ustępy te nie były ponadto zmieniane od czasu ich wprowadzenia.

II. Niezgodność z art. 12 dyrektywy ramowej

9. W opinii PIKE przepisy art. 139 ust. 1a-1c Pt nie tylko nie służą transpozycji art. 12 dyrektywy ramowej do polskiego porządku prawnego, lecz są wręcz niezgodne z prawem unijnym.
10. Już literalne brzmienie art. 12 dyrektywy ramowej wskazuje, że **wyłącznie w przypadku konkretnych nieruchomości** możliwe jest nakładanie obowiązków w zakresie kolokacji i współużytkowania elementów sieci i urządzeń towarzyszących. W art. 12 ust. 1 dyrektywy ramowej mowa jest o tym, że:
*„1. W przypadku, gdy [...] przedsiębiorstwo udostępniające sieci łączności elektronicznej ma prawo instalowania urządzeń na, nad lub pod własnością publiczną lub prywatną, lub jeżeli może ono korzystać z procedury wywłaszczenia lub z użytkowania nieruchomości, krajowe organy regulacyjne, uwzględniając w pełni zasadę proporcjonalności, mogą narzucić współużytkowanie **tych** urządzeń lub **tej** nieruchomości [...]”*
(ang. *„such facilities or property”* [wyróżnienie nasze], niem. *„die gemeinsame Nutzung **dieser** Einrichtungen oder Grundstücke vorschreiben”* [wyróżnienie nasze])
11. Taki wniosek wypływa również z logiki przepisu. Przepis art. 12 ust. 2 dyrektywy ramowej stanowi:
*„2. Państwa członkowskie mogą wymagać, aby posiadacze praw, o których mowa w ust. 1, współużytkowali urządzenia lub nieruchomości (łącznie z fizyczną kolokacją), lub podjęli środki ułatwiające koordynację robót publicznych w celu ochrony środowiska, zdrowia publicznego, **bezpieczeństwa publicznego lub w celu realizacji założeń planowania przestrzennego** [wyróżnienie nasze] i wyłącznie po upływie odpowiedniego terminu wyznaczonego na przeprowadzenie konsultacji społecznych, podczas których wszystkie zainteresowane strony mogą przedstawić swoje stanowisko. [...]”*
12. O ile w przypadku ochrony środowiska i zdrowia publicznego można przytaczać różne argumenty, o tyle oczywistym jest, że kwestie bezpieczeństwa publicznego, a już na pewno **założenia planowania przestrzennego są zróżnicowane terytorialnie**. Nie można zatem

¹⁰ Ustawa o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych.

narzucać ramowych warunków dostępu do infrastruktury obowiązujących na obszarze większym niż jedna nieruchomość.

13. Podobnie w przypadku art. 12 ust. 3 dyrektywy ramowej, który przewiduje już konkretnie możliwość nałożenia obowiązku udostępniania okablowania, mowa jest o tym, że:

*„3. [...] obowiązku związanego z udostępnianiem okablowania wewnątrz budynków lub okablowania na odcinku do pierwszego punktu koncentracji lub dystrybucji, jeżeli znajduje się on poza budynkiem, na posiadacza praw, o których mowa w ust. 1, lub na właściciela takiego okablowania, jeżeli jest to uzasadnione na tej podstawie, że powielanie takiej infrastruktury byłoby **niewydajne ekonomicznie** lub **fizycznie niewykonalne** [wyróżnienia nasze]. Tego typu ustalenia dotyczące współużytkowania lub koordynacji mogą obejmować przepisy dotyczące rozkładania kosztów współużytkowania urządzeń lub nieruchomości dostosowane w razie potrzeby do **stopnia ryzyka** [wyróżnienie nasze]. [...]”*

14. Niewydajność ekonomiczną, fizyczną niewykonalność lub stopień ryzyka siłą rzeczy można również oceniać wyłącznie w odniesieniu do konkretnej nieruchomości. Z logiki regulacji wynika zatem, że wydanie decyzji dotyczącej wszystkich nieruchomości byłoby sprzeczne z art. 12 dyrektywy ramowej.
15. Decyzja regulująca dostęp do infrastruktury telekomunikacyjnej w zakresie kabli telekomunikacyjnych powinna być zatem wydawana w oparciu o **kryteria, których spełnienie można oceniać wyłącznie w odniesieniu do konkretnego przypadku** i konkretnej nieruchomości. Kryteria powinny determinować również zakres zobowiązania przedsiębiorcy zapewniającego dostęp.

III. Niezgodność z dyrektywą o dostępie

16. Nałożenie przez Prezesa UKE obowiązku w zakresie **ramowych warunków dostępu do kabli telekomunikacyjnych w nieruchomościach**, w których dany przedsiębiorca prowadzi działalność, byłoby niezgodne z dyrektywą o dostępie. **Określanie, w drodze decyzji, ramowych warunków dostępu do infrastruktury przedsiębiorcy jest niczym innym, jak nakładaniem obowiązku oferty ramowej.**

17. Zgodnie z art. 8 ust. 3 dyrektywy o dostępie:

*„[...] krajowe organy regulacyjne **nie będą nakładały obowiązków określonych w art. 9-13 na operatorów, którzy nie zostali wskazani zgodnie z ust. 2** [wyróżnienie naszej].”*

O ofercie ramowej mowa jest w art. 9 ust. 2 dyrektywy o dostępie, więc zgodnie z art. 8 ust. 3 dyrektywy o dostępie Prezes UKE nie może nałożyć obowiązku stworzenia i opublikowania oferty ramowej na przedsiębiorcę, który nie został wskazany zgodnie z art. 8 ust. 2 dyrektywy o dostępie.

18. Przywołany w art. 8 ust. 3 dyrektywy o dostępie art. 8 ust. 2 stanowi:

*„Jeżeli, w wyniku analizy rynku przeprowadzonej zgodnie z art. 16 dyrektywy 2002/21/WE (dyrektywy ramowej), **dany operator został wskazany jako posiadający znaczącą pozycję na danym rynku** [wyróżnienie nasze], stosownie do okoliczności, krajowe organy regulacyjne nałożą na niego obowiązki wymienione w art. 9-13 niniejszej dyrektywy”.*

19. W związku z powyższym nałożenie obowiązku stworzenia i opublikowania oferty ramowej jest możliwe wyłącznie w odniesieniu do przedsiębiorcy telekomunikacyjnego posiadającego

znaczącą pozycję rynkową na danym rynku, wyznaczonego w wyniku odpowiedniej analizy tego rynku.

20. Tymczasem Prezes UKE nie przeprowadził analizy hurtowego rynku dostępu do kabli telekomunikacyjnych w budynkach (dowód: odpowiedź Prezesa UKE na wniosek o dostęp do informacji publicznej z 30 sierpnia 2018 r.). Nie wskazał żadnego z członków PIKE jako posiadających znaczącą pozycję na takim rynku. **Pomimo tego, wbrew jasnemu brzmieniu ww. przepisów, planuje nałożyć na członków PIKE obowiązek, o którym mowa w art. 9 ust. 2 dyrektywy o dostępie.**
21. Należy również wspomnieć o art. 8 dyrektywy ramowej, który określa ogólne cele polityki regulacyjnej krajowych organów regulacyjnych.
22. Zgodnie z art. 8 ust. 5 dyrektywy ramowej *„W dążeniu do osiągnięcia założeń polityki, o których mowa w ust. 2, 3 i 4, krajowe organy regulacyjne stosują obiektywne, przejrzyste, niedyskryminacyjne i proporcjonalne zasady regulacyjne, w tym celu między innymi [...] nakładając ex ante obowiązki regulacyjne tylko w przypadku braku skutecznej i zrównoważonej konkurencji [wyróżnienie nasze], a także łagodząc lub znosząc takie obowiązki, kiedy tylko spełniony jest ten warunek”.*
23. Tymczasem mocą zaskarżonej decyzji Prezes UKE planuje nałożyć obowiązek *ex ante*, równoważny ze stosowaniem ustalonej przez Prezesa UKE oferty ramowej:
 - 1) bez wyznaczenia rynku właściwego,
 - 2) bez przeprowadzenia jego rzetelnej analizy m.in. w zakresie konkurencyjności,
 - 3) bez wyznaczania podmiotu posiadającego znaczącą pozycję na takim rynku.
24. W związku z powyższym, mając przy tym na względzie zasadę pierwszeństwa prawa unijnego oraz wykładni prawa krajowego w zgodzie z prawem unijnym, należy przyjąć, że wydanie decyzji określającej ramowe warunki dostępu do kabli telekomunikacyjnych na wszystkich nieruchomościach, na których dany przedsiębiorca prowadzi działalność, z całą pewnością naruszyłoby jasne przepisy nie tylko art. 12 dyrektywy ramowej, lecz również art. 8 ust. 2 i 3 dyrektywy o dostępie i art. 8 ust. 5 lit. f dyrektywy ramowej.

IV. Niezgodność z dyrektywą kosztową

25. Jedną z podstaw prawnych projektowanej decyzji jest art. 139 ust. 1 pkt 3 Pt. Przepis ten w obecnym brzmieniu został wprowadzony ustawą z dnia 9 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 903). Jak wskazał ustawodawca w uzasadnieniu do projektu ww. nowelizacji:

Projektowana ustawa ma na celu w głównej mierze implementację dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/61/UE z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie środków mających na celu zmniejszenie kosztów realizacji szybkich sieci łączności elektronicznej (Dz. Urz. UE L 155 z 23.05.2014, str. 1, zwanej dalej "dyrektywą w sprawie redukcji kosztów" lub "dyrektywą 2014/61/UE") [...]

Art. 9 pkt 1

Zmiana w art. 139 ustawy - Prawo telekomunikacyjne ma na celu dostosowanie przepisu do dyrektywy o redukcji kosztów, zwłaszcza art. 9 dyrektywy, w kontekście zmian w ustawie, o której mowa w art. 1. Ponadto, w związku ze sprawą EU-Pilot 7256/14/CNCT, istnieje

konieczność nowelizacji art. 139 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, tak aby wyeliminować wszelkie wątpliwości co do zgodności tego przepisu z art. 12 dyrektywy 2002/21/WE (dyrektywa ramowa). Zmodyfikowany przepis odzwierciedla zatem przesłanki uzyskania dostępu określone w przepisie dyrektywy. [tak uzasadnienie projektu ustawy, Druk 323, VIII kadencja Sejmu]

26. Projektowane decyzje, oparte o art. 139 ust. 1 pkt 3 Pt są niezgodne z art. 9 dyrektywy kosztowej, ponieważ w art. 9 tej dyrektywy mowa o dostępie do wszelkiej istniejącej wewnątrzbudynkowej infrastruktury technicznej. Natomiast kable telekomunikacyjne w budynkach wielorodzinnych nie stanowią infrastruktury technicznej w rozumieniu art. 2 pkt 2 dyrektywy w sprawie redukcji kosztów. Zgodnie z tą definicją:

*"infrastruktura techniczna" oznacza dowolny element sieci, który może służyć do umieszczenia w nim innych elementów sieci, samemu nie stając się aktywnym elementem tej sieci, taki jak rurociągi, kanalizacja, maszty, kanały, komory kontrolne, studzienki kanalizacyjne, szafki, budynki lub wejścia do budynków, instalacje antenowe, wieże i słupy; **kable, w tym włókna światłowodowe, w których nie jest realizowana transmisja danych**, oraz elementy sieci wykorzystywane do dostarczania wody przeznaczonej do spożycia przez ludzi, zgodnie z art. 2 pkt 1 dyrektywy Rady 98/83/WE, **nie stanowią infrastruktury technicznej w rozumieniu niniejszej dyrektywy.***

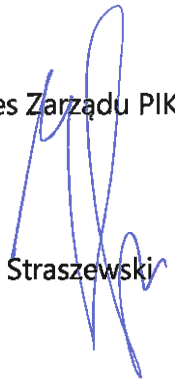
27. Kable telekomunikacyjne w budynkach wielorodzinnych nie stanowią zatem infrastruktury technicznej, dlatego, mając na uwadze prounijną wykładnię przepisów prawa polskiego, nie mogą być objęte planowaną regulacją.
28. Co więcej art. 9 tej dyrektywy nie umożliwia nałożenia obowiązków związanych ze stosowaniem oferty ramowej lub podobnego środka, który dotyczyłby każdej nieruchomości i każdej wewnątrzbudynkowej infrastruktury technicznej. Art. 9 dyrektywy w sprawie redukcji kosztów nie przewiduje takiego narzędzia regulacyjnego, lecz jedynie umożliwia właściwemu organowi rozstrzygnięcie indywidualnych sporów.
29. Celem dyrektywy w sprawie redukcji kosztów jest ułatwianie i wspieranie realizacji szybkich sieci łączności elektronicznej poprzez **promowanie wspólnego korzystania z istniejącej infrastruktury technicznej** i poprzez umożliwianie efektywniejszej realizacji nowej infrastruktury technicznej w celu zmniejszenia kosztów związanych z realizacją takich sieci. W efekcie przepisy tej dyrektywy nie mogą mieć zastosowania do sytuacji, w których promowane jest wykorzystanie kabli telekomunikacyjnych, nie stanowiących przecież infrastruktury technicznej.
30. W efekcie podstawą prawną planowanej regulacji nie może być art. 139 ust. 1 pkt 3 Pt z wszelkimi konsekwencjami, w szczególności w zakresie przesłanek dostępu, o których mowa w art. 139 ust. 1 pkt 3 Pt lit. a i b.

V. Podsumowanie

31. Przepis art. 139 ust. 1b Pt stanowi, że **Prezes UKE „może”** określić w decyzji warunki zapewnienia dostępu, o którym mowa w art. 139 ust. 1 Pt. Zatem nawet zwrócenie się do przedsiębiorców o informacje w trybie art. 139 ust. 1a Pt nie zobowiązuje Prezesa UKE do wydania decyzji.
32. Mając zatem na uwadze powyższe argumenty i silne dowody przemawiające za:

- 1) niezgodnością art. 139 ust. 1 a- 1 c Pt z art. 12 dyrektywy ramowej oraz dyrektywą o dostępie w zakresie nakładania obowiązków *ex ante* na przedsiębiorców, którzy nie zostali wyznaczeni jako posiadający znaczącą pozycję rynkową,
- 2) a także za niezgodnością art. 139 ust. 1 pkt 3 Pt z art. 9 dyrektywy kosztowej,

PIKE wskazuje na **niedopuszczalność wydania decyzji** w trybie art. 139 ust. 1a-1c Pt oraz wnosi o **skorzystanie z możliwości odstąpienia od ich wydawania** przez Prezesa UKE w przedmiotowych postępowaniach.

  *wyrazami szanuję*

Prezes Zarządu PIKE

Jerzy Straszewski

Załącznik:

- odpowiedź Prezesa UKE na wniosek o dostęp do informacji publicznej z 30 sierpnia 2018 r.

Warszawa, dnia 11 lutego 2019 r.

Organ Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej
ul. Giełdowa 7/9, 01-211 Warszawa

Stanowisko konsultacyjne Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej dotyczące projektu decyzji w sprawie:

Stanowisko Pirel Prezisie

DHRT.WIT.6082.1.2018

DHRT.WIT.6082.2.2018

DHRT.WIT.6082.3.2018

DHRT.WIT.6082.4.2018

DHRT.WIT.6082.5.2018

DHRT.WIT.6082.6.2018

1. W imieniu PIKE dziękuję za możliwość zajęcia stanowiska w niniejszym postępowaniu. Na wstępie należy zauważyć, że projekty decyzji we wszystkich sześciu postępowaniach mają niemal taką samą treść: niewielkie różnice dotyczą opisu stanu faktycznego i drobnych kwestii redakcyjnych. Załączniki do projektowanych decyzji są z kolei identyczne – oprócz sygnatury sprawy. W związku z powyższym zasadne jest złożenie tożsamego stanowiska PIKE we wszystkich sześciu sprawach.
2. PIKE podtrzymuje swoje dotychczasowe stanowisko, zwracając także uwagę, że projektowana regulacja:
 - 1) ustanawia obowiązek stosowania **narzędzia do wyznaczania opłat, które rażąco narusza prawa OU**¹: nie tylko wymaga ono znajomości danych historycznych, których nie sposób odtworzyć (historia rynku kablowego w Polsce sięga 30 lat wstecz), nie uwzględnia stopnia ryzyka, o którym mowa w art. 139 ust. 4 pkt 3 Pt² oraz nie przewiduje możliwości naliczenia rozsądnej marży, lecz również nie gwarantuje nawet pełnego zwrotu kosztów (tam, gdzie można je określić),
 - 2) wprost wskazuje, że jej celem jest m.in. **ograniczenie duplikacji infrastruktury**³, podczas gdy tak określony cel jest nie tylko sprzeczny z celami EKŁE⁴, lecz również prowadzi prostą drogą do ograniczenia konkurencji i wyboru usług z punktu widzenia abonenta, a dodatkowo szczególnie uderza w przedsiębiorców posługujących się technologią CATV,
 - 3) zasadniczo **przenosząc ciężar dowodu w zakresie konieczności szczegółowego wykazania, czy zaistniały przesłanki** określone w art. 139 ust 1 pkt 2 i 3 Pt, ustanawia **warunki instytucjonalne wspierające przede wszystkim operatorów konwergentnych**

¹ Operator Udostępniający – zgodnie z terminologią projektowanych decyzji.

² Ustawa – Prawo telekomunikacyjne.

³ Str. 16 projektowanych decyzji.

⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiająca Europejski kodeks łączności elektronicznej

(zintegrowanych), ułatwiające stosowanie praktyk ograniczających konkurencję, a także zniechęca do inwestowania w nowoczesną infrastrukturę,

- 4) ma charakter **przedwczesny i nieproporcjonalny**, w szczególności nie stanowiąc odpowiedzi na rzeczywiste problemy rynkowe, jak również prowadząc do poważnego zaburzenia funkcjonowania rynku hurtowego dostępu w Polsce,
 - 5) **narusza zasadę zaufania i przewidywalności polityki regulacyjnej**, opierając się na wykładni art. 139 Pt sprzecznej z wcześniejszym stanowiskiem Prezesa UKE, opublikowanym w 2013 r.,
 - 6) stanowi zobowiązanie o charakterze oferty ramowej, nieuwzględniające szczególnych warunków dotyczących konkretnych lokalizacji, jak również do nadmiernie szeroko sformułowanego zakresu infrastruktury, wykraczając poza zakres regulacji art. 139 Pt,
 - 7) stanowi zobowiązanie do ponoszenia nakładów inwestycyjnych, wykraczając poza zakres regulacji art. 139 Pt,
 - 8) wykracza poza zakres dopuszczony przepisem art. 12 dyrektywy ramowej⁵ oraz art. 9 dyrektywy kosztowej⁶,
 - 9) oparta została o przepisy przyjęte w trybie niezgodnym z Konstytucją.
3. Cel decyzji pozostaje zatem co najmniej wątpliwy. Skutkami decyzji w krótkiej perspektywie, które można przewidzieć z całą pewnością, są:
- 1) **wzrost kosztów** po stronie regulowanych operatorów, zmuszonych przez Prezesa UKE do wdrożenia nowych mechanizmów i procedur mających na celu wdrożenie decyzji, a także
 - 2) **znaczne wydłużenie czasu potrzebnego na aktywowanie usług abonenckich** z wykorzystaniem dzierżawionego kabla, w związku z krokami wynikającymi z regulowanej procedury.
4. Jednocześnie procedury tej nie sposób uprościć czy skrócić, ponieważ w przypadku władczego przeniesienia współpracy międzyoperatorskiej na płaszczyznę formalnoprawną, zasady współpracy muszą zawierać pewne gwarancje proceduralne dla obu stron i być dostosowane do różnorodnych możliwości przebiegu wydarzeń. W praktyce, na przeszkodzie uelastycznieniu procedury stoi także teoretyczna możliwość zawarcia umowy pomiędzy OU a OK⁷ na bardziej korzystnych warunkach – ponieważ warunki te mogą być **bardziej korzystne wyłącznie dla OK, nie dla OU**.
5. PIKE kwestionuje zatem zasadność projektowanych rozstrzygnięć co do zasady. Na wypadek, gdyby Prezes UKE⁸ nie zrezygnował z koncepcji wydawania decyzji dotyczących dostępu do kabli telekomunikacyjnych, PIKE wnosi przede wszystkim o:
- 1) **podjęcie współpracy z operatorami nad gruntowną przebudową narzędzia do wyznaczania opłat**, biorąc pod uwagę zastrzeżenia przedstawione w niniejszym piśmie,
- a także o wyraźne wskazanie w decyzjach, że:
- 2) wywiera ona **skutki wyłącznie na przyszłość** i pozostaje bez uszczerbku dla umów i porozumień obowiązujących w dniu wydania decyzji,
 - 3) ewentualne spory w pomiędzy OK a OU w zakresie interpretacji Warunków Dostępu⁹ powinny być podstawą do wystąpienia do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji zastępującej umowę, a nie do automatycznego nałożenia grzywny na OU. OU nie powinien ponosić ryzyka związanego z niejasnością niektórych aspektów procedury ustanowionej przez Prezesa UKE.

⁵ Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej.

⁶ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/61/UE z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie środków mających na celu zmniejszenie kosztów realizacji szybkich sieci łączności elektronicznej.

⁷ Operator Korzystający – zgodnie z terminologią projektowanych decyzji.

⁸ Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

⁹ Załącznik nr 1 do projektowanych decyzji.

6. Do pisma załączamy również tabelę zawierającą uwagi o bardziej szczegółowym charakterze, jak również odrębne pismo zawierające argumentację dotyczącą niezgodności art. 139 ust. 1 pkt 3 i ust. 1a-1c Pt z prawem UE.

Spis treści

I. Rażąca dyskryminacja operatorów CATV.....	4
II. Koszty i opłaty	5
II.1. Narzędzie do wyznaczania opłat	5
II.2. Opłata za Nadzór, Opłata za Wizję	5
II.3. Opłaty nieuwzględniające sytuacji OU.....	6
III. Cel i skutki regulacji.....	7
III.1. Ograniczenie duplikacji infrastruktury	7
III.2. Konkurencja infrastrukturalna	8
III.3. Operatorzy konwergentni.....	8
III.4. Skutki dla abonentów	9
III.5. Brak problemów z dostępem do kabli.....	9
III.6. Negatywny wpływ na modele biznesowe	10
III.7. Obowiązki OPL w świetle nowych regulacji Prezesa UKE	10
IV. Niezgodność projektowanych decyzji z art. 139 Pt i przepisami KPA.....	12
IV.1. Definicje	12
IV.2. Ciężar dowodu	13
IV.3. Dostęp do infrastruktury a dostęp telekomunikacyjny.....	14
IV.4. Przesłanki	15
IV.5. Oferta ramowa i nieważność projektowanych decyzji.....	17
V. Kwestie proceduralne	19
V.1. Naruszenie zasady zaufania.....	19
V.2. Rygor natychmiastowej wykonalności i okres przejściowy.....	20
V.3. Postępowanie konsolidacyjne.....	20
VI. Zakończenie.....	22
VI.1. Niezgodność art. 139 Pt z Konstytucją	22
VI.2. Niezgodność z prawem UE.....	22

I. Rażąca dyskryminacja operatorów CATV

7. Operatorzy, w odniesieniu do których Prezes UKE planuje wydać decyzje, posługujących się w dużej mierze technologią CATV.
8. Szerzej będzie o tym mowa w kolejnych punktach niniejszego pisma, ale już w tym miejscu należy podkreślić, że:
 - 1) uzyskanie dostępu do kabli na podstawie art. 139 ust. 1 pkt 2 i 3 Pt wymaga od OK wykazania kilku ściśle określonych przesłanek, tymczasem Prezes UKE **cały ciężar dowodu przerzuca w istocie na OU**,
 - 2) przed Prezesem UKE nigdy nie toczyły się spory w odniesieniu do dostępu do kabli telekomunikacyjnych regulowanych operatorów,
 - 3) operatorzy zawierają między sobą dobrowolne porozumienia inwestycyjne, a jednocześnie od lat prowadzą nieformalną współpracę w odniesieniu do dostępu do kabli telekomunikacyjnych, czego Prezes UKE ma pełną świadomość – jest o tym mowa choćby w *Analizie EY z 2017 r.*¹⁰
9. Pomimo powyższych względów Prezes UKE planuje wydać sześć decyzji regulujących dostęp do kabli wyłącznie w odniesieniu do operatorów korzystających głównie z technologii CATV, **ignorując jednocześnie specyfikę CATV**. Pasma częstotliwości w kablu koncentrycznym **nie da się podzielić**. **Tylko jeden przedsiębiorca może w jednym czasie świadczyć usługi z wykorzystaniem kabla koncentrycznego**. Brak możliwości podzielenia pasma w kablu ma następujące skutki:
 - 1) udzielenie dostępu do kabla koncentrycznego oznacza całkowitą rezygnację ze świadczenia usług na tym kablu przez OU – **nawet, gdy pojawi się popyt na usługi OU, operator CATV traci możliwość świadczenia jakichkolwiek usług na własnym kablu**,
 - 2) wydając decyzje, Prezes UKE **daje konkurentom operatora CATV łatwe narzędzie** (bez szczególnego wysiłku wykazywania przesłanek z art. 139 Pt) wykluczenia możliwości świadczenia usług detalicznych przez operatora CATV (przy jednoczesnej konieczności świadczeniu usług hurtowych bez marży i poniżej kosztów),
 - 3) Abonent, do lokalu którego doprowadzono tylko jeden kabel koncentryczny, nie może skorzystać z jednej usługi od jednego operatora, a z drugiej od innego – w tym celu do jego lokalu należałoby doprowadzić drugi kabel koncentryczny lub światłowód, gdy tymczasem Prezes UKE otwarcie zmierza do ograniczenia duplikacji infrastruktury.
10. Innymi słowy, kabel koncentryczny jest dla operatora CATV absolutnie niezbędny do świadczenia usług, do realizacji planu biznesowego. **Technologia CATV nie jest elastyczna** – albo operator CATV ma dostęp do kabla i świadczy usługi (lub kabel pozostaje w gotowości do podjęcia świadczenia usług), albo go traci. Operator CATV potrzebuje dostępu do kabla koncentrycznego, jak powietrza. Udzielenie dostępu do kabla konkurentowi oznacza **utratę możliwości świadczenia usług**, utratę zasobu, który jest podstawą funkcjonowania operatora CATV.
11. Prezes UKE powinien wziąć pod uwagę zasady wskazane w preambule UPP¹¹: konstytucyjną zasadę wolności działalności gospodarczej, zasadę praworządności, pewności prawa i niedyskryminacji, a także uwzględnić potrzebę zapewnienia ciągłego rozwoju działalności gospodarczej. I zrezygnować z wprowadzania w życie szkodliwej regulacji.
12. Projektowane przez Prezesa UKE decyzje – **ze względu na specyfikę technologii CATV w połączeniu z brakiem wymogu szczegółowego wykazywania przesłanek z art. 139 ust. 1 pkt 2 i 3 Pt przez OK – mają potencjalnie taką siłę rażenia, że w perspektywie czasu mogą zatrzeć**

¹⁰ Analiza zasad współpracy przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu do instalacji telekomunikacyjnej budynku oraz przyłącza telekomunikacyjnego do budynku (w szczególności do kabli telekomunikacyjnych, kanalizacji kablowej, szachtów kablowych oraz urządzeń telekomunikacyjnych, w tym punktu styku) uwzględniającej kwestie finansowe, usługowe i techniczne oraz prawne oraz przedstawienie rekomendacji. Raport dla Urzędu Komunikacji Elektronicznej, EY i Dentons, lipiec 2017 r.

¹¹ Ustawa – Prawo przedsiębiorców.

fundamentami działalności gospodarczej prowadzonej przez operatorów CATV i doprowadzić do ich eliminacji z rynku.

13. W związku z powyższym apelujemy do Prezesa UKE o odstąpienie od wydawania projektowanych decyzji, a z pewnością w ich aktualnym kształcie. Projektowane decyzje rażąco naruszają konstytucyjną wolność działalności gospodarczej operatorów CATV.

II. Koszty i opłaty

II.1. Narzędzie do wyznaczania opłat

14. PIKE zgłasza do „narzędzia do wyznaczania opłat” szereg zastrzeżeń zasadniczej natury. **Krytycznym błędem narzędzia jest brak uwzględnienia możliwości naliczania marży.** Tymczasem świadczenie usług hurtowych dostępu do kabla telekomunikacyjnego bez marży jest całkowitym **zaprzeczeniem jakiegokolwiek działalności komercyjnej**. Co więcej, nawet w przypadku przedsiębiorcy SMP¹², na którego nałożono obowiązek ustalania opłat w oparciu o koszty (czy to na podstawie art. 39 Pt, czy art. 40 Pt), nie ma on rezygnować z marży, a jedynie poziom tej marży może być kontrolowany przez Prezesa UKE, zgodnie z odpowiednimi modelami kosztowymi. Tym bardziej przedsiębiorca, który nie jest przedsiębiorcą SMP, powinien być uprawniony do pobierania przynajmniej **rozsądnej marży**.
15. Jednocześnie projektowane narzędzie nie uwzględnia tego, że historia sieci kablowych **sięga 30 lat wstecz. W takich sytuacjach wymóg umieszczania w narzędziu kosztów „udokumentowanych” jest nie do spełnienia.** Nie sposób także umieścić w narzędziu choćby danej określonej jako „średnia szerokość lokalu”. Szczegółowych zastrzeżeń tego typu jest wiele: narzędzie nie przewiduje różnej liczby lokali na różnych piętrach, niejasna jest relacja punktów styku i punktów dystrybucyjnych, ani sposób prowadzenia obliczeń, gdy okres użytkowania przekroczy zamierzony okres użytkowania. Narzędzie to zatem nie daje się w praktyce zastosować, co jest nie tylko błędem materialnym, lecz również budzi wątpliwości odnośnie do wykonalności decyzji, w rozumieniu art. 156 § 1 pkt 5 KPA¹³. Nie jest ponadto jasne, jaki zakres informacji ujętych w narzędziu powinien być publicznie dostępny, a jaki można objąć tajemnicą przedsiębiorcy.
16. Ponadto, narzędzie nie ujmuje wszystkich kosztów – np. kosztów operacyjnych bezpośrednich, takich jak choćby energia związana z budową, niejasny jest wpływ rodzaju kanalizacji budynkowej i jej średnicy na koszty. Niektóre ujęte w narzędziu koszty należy ujmować w przeliczeniu na „HC”, przy czym „HC” zdefiniowany został jako „całkowita liczba lokali z zainstalowanym zakończeniem sieci w lokalu”. Tymczasem OU może posiadać nawet i 100% gniazd w budynku, lecz świadczyć usługi znacznie mniejszej liczbie abonentów. Wówczas ustalanie kosztów w przeliczeniu na gniazdo istniejące – a nie aktywne – staje się **dotowaniem konkurencyjnych przedsiębiorców zamiast wyznaczaniem kosztów przypadających na dany kabel, czy nawet gniazdo.**
17. Proponowany sposób obliczania kosztów w sposób uproszczony odwołuje się tylko do wybranych elementów ryzyka, takich jak średni ważony koszt kapitału, koszty budowy i utrzymania infrastruktury bez uwzględnienia kwestii związanych z ponoszonym faktycznie i rzeczywiście przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego ryzykiem. W rezultacie proponowany model nie spełnia wymagań określonych w art. 139 ust. 4 pkt 3 Pt.

II.2. Opłata za Nadzór, Opłata za Wizję

18. Proponowana przez Organ opłata za Nadzór została wyznaczona na poziomie niższym niż koszty ponoszone przez regulowanych Operatorów. Kosztów tych zresztą Prezes UKE nie zbadał, przyjmując za wystarczające przepisanie do projektowanych decyzji opłaty wynikające z Oferty SOR (o czym będzie jeszcze mowa w pkt. II.3.). Tymczasem Oferta SOR dotyczy przedsiębiorcy SMP, który korzysta z efektu skali i zakresu prowadzonej działalności, co umożliwia mu na znaczną redukcję kosztów.
19. Analogiczna sytuacja będzie miała miejsce w odniesieniu do Opłaty za Wizję, której wysokości została uregulowana na identycznym poziomie jak w przypadku Opłaty za Nadzór OU (Podrozdział 1.2 Części III warunków dostępu do kabli telekomunikacyjnych). Ponadto, **Wizja obejmuje czynności bardziej złożone niż w przypadku Nadzoru**, a zatem uzasadniona jest wyższa ich wycena. Koszty pracownicze

¹² Przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej.

¹³ Ustawa – Kodeks postępowania administracyjnego.

również mogą być niejednolite. Nie sposób zgodzić się przy tym z Prezesem UKE, że „koszt Wizji nie jest uzależniony od specyfiki wykonywanej usługi, a wykonania usługi, przez wykwalifikowanego pracownika, w określonej jednostce czasu. Zatem jest to usługa rozliczana w analogiczny sposób jak usługa Nadzoru, gdzie zaangażowanie pracownika w określonej jednostce czasu, wpływa na zmianę jednostkowego kosztu usługi”¹⁴.

20. Prezes UKE zdaje się twierdzić, iż specyfika usługi nie ma wpływu na jej koszt, a znaczenie w tym zakresie ma jedynie czas, jaki ona zajmuje. Jest to oczywiście **twierdzenie nie do przyjęcia, gdyż jego następstwem byłaby możliwość wyznaczania jednakowej opłaty roboczogodzinnej wszelkich usług – niezależnie od ich charakteru**, czy też przemysłu, w jakim się one odbywają.
21. PIKE zaznacza, iż nie jest nie do przyjęcia sam tryb godzinny opłaty za Wizję czy Inspekcję, choć należy zauważyć, iż ze względu na ich specyfikę podwykonawcy naliczają opłaty „za wyjazd” (w odróżnieniu od Nadzoru), ale ustalenie jej poniżej kosztów, jakie regulowani Operatorzy będzie ponosić z ich tytułu.
22. W związku z powyższym, wnosimy o zmianę projektowanych decyzji i faktycznie doprowadzenie określonych w niej warunków dostępu do stanu zgodnego z art. 139 ust. 4 pkt. 3 Pt.

II.3. Opłaty nieuwzględniające sytuacji OU

23. W projektach decyzji Prezes UKE wskazał wprost¹⁵, że Opłaty za Nadzór OU zostały uregulowane w projektowanych warunkach dostępu na poziomie analogicznym jak w Ofercie SOR¹⁶. W związku z powyższym należy także uznać, że w ten sposób Prezes UKE reguluje opłatę za Nadzór na poziomie identycznym jak w odniesieniu do OPL¹⁷, czyli operatora, którego skala działania, zakres działania, wielkość generowanego obrotu, ilość zatrudnianych pracowników, obszary działania – diametralnie różnią się od regulowanych Operatorów, jest to bowiem operator prowadzący działalność w sposób pozwalający mu osiągać nieporównywalnie większe niż oni korzyści wynikające z ekonomii skali i ekonomii zakresu. Taka skala działalności uzasadnia utrzymywanie swoich własnych oddziałów interwencji technicznej i sprawia, że jest to dużo bardziej efektywne kosztowo aniżeli każdorazowe poleganie na podwykonawcach dodających swoje własne marże do całkowitego kosztu usługi.
24. Przedsiębiorca nieposiadający infrastruktury telekomunikacyjnej na obszarze całego kraju, nie utrzymuje oddziałów i sieci serwisowej porównywalnych do tych, które OPL ma do swojej dyspozycji. W świetle obecnego postępowania, znaczącym przykładem tego jest fakt, iż **OPL posiada swoje własne oddziały zarządzania zasobami infrastruktury¹⁸ i utrzymania sieci¹⁹, pokrywające całe terytorium Polski, których nie posiadają regulowani Operatorzy**. Jednocześnie, w przypadku OPL, poza własnymi oddziałami wymienionymi powyżej, OPL korzysta z usług TP Teltech Sp. z o.o., będącej częścią Grupy Kapitałowej Orange Polska S.A. i działającej na obszarze całego kraju²⁰.
25. W związku z powyższym, regulowani Operatorzy przynajmniej częściowo muszą korzystać z usług podwykonawców, a ceny świadczonych przez nich usług są zróżnicowane.
26. Powyższe nie dość, że uwiarygadnia stanowisko PIKE, że wyznaczona opłata za Nadzór może nie prowadzić do pełnego zwrotu ponoszonych kosztów to jeszcze stanowi dowód na to, że projektowane decyzje nie spełniają wymogu proporcjonalności – w jednakowy sposób traktują one operatorów, których sytuacja rynkowa jest zupełnie różna – zatem jednakowe Warunki Dostępu jak np. w zakresie opłaty za nadzór nie mogą być odpowiednie dla każdego z tych przedsiębiorców.

¹⁴ Str. 45 projektowanych decyzji.

¹⁵ Str. 49 projektowanych decyzji.

¹⁶ Oferta ramowa określająca ramowe warunki dostępu telekomunikacyjnego w zakresie rozpoczynania i zakańczania połączeń, hurtowego dostępu do sieci TP, dostępu do łącz abonenckich w sposób zapewniający dostęp pełny lub współdzielony oraz dostępu do łącz abonenckich poprzez węzły sieci telekomunikacyjnej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych.

¹⁷ Orange Polska S.A.

¹⁸ <https://www.orange.pl/ocp-http/PL/Binary2/2002854/4101846428.pdf>

¹⁹ <http://www.orange.pl/ocp-http/PL/Binary2/2002854/4101846557.pdf>

²⁰ <http://www.tpteltech.pl/firma/o-nas.html>; hiperłącze aktywne na dzień 9 lutego 2019 r.

III. Cel i skutki regulacji

III.1. Ograniczenie duplikacji infrastruktury

27. Prezes UKE w projektach decyzji wskazuje wprost na potrzebę „ograniczenia duplikacji infrastruktury”²¹.
28. Celem Prezesa UKE nie może być „ograniczenie duplikacji infrastruktury” ponieważ, jak wynika chociażby z motywu 27 EKŁE, istnieje potrzeba stosowania odpowiednich zachęt do inwestowania w nowe sieci telekomunikacyjne i rozwoju konkurencji opartej na infrastrukturze właśnie. W dodatku, jak uznaje sam Prezes UKE, **dostęp użytkowników końcowych do infrastruktury więcej niż jednego z operatorów jest jednym z kryteriów branych pod uwagę przy ocenie stanu konkurencji na obszarze danego rynku telekomunikacyjnego**²². W sposób oczywisty ograniczenie duplikacji infrastruktury jest jednocześnie ograniczeniem konkurencji i prowadzi do ograniczenia wyboru dla abonentów. Tymczasem Prezes UKE powinien, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 lit. a i b Pt, wspierać konkurencję, dążąc m.in. do zapewniania użytkownikom różnorodności usług i zapobiegania zniekształcaniu i ograniczaniu konkurencji.
29. Warto dodać, że jednym z założeń EKŁE²³, który Prezes UKE powinien brać pod uwagę nawet przed upływem terminu transpozycji jego przepisów, jest **wspieranie konkurencji opartej na infrastrukturze**. Świadczy o tym m.in. art. 3 ust. 1 lit. b EKŁE (określający wspieranie konkurencji opartej na infrastrukturze jako jeden z celów regulacyjnych), art. 76 (zachęcający do tworzenia porozumień dotyczących współinwestowania w infrastrukturę, które PIKE już zawiera, o czym jest mowa w piśmie z 18 lipca 2018 r. – w aktach sprawy) i art. 80 (zachęcający w istocie do tworzenia przedsięwzięć świadczących wyłącznie usługi hurtowe).
30. **Skoro wg Organu za rynek konkurencyjny należy uznawać wyłącznie taki rynek, na którym użytkownik końcowy ma dostęp do infrastruktury co najmniej trzech operatorów (jak w przypadku regulacji rynku 3a i rynku 3b²⁴) to nie sposób przyjmować, że celem Prezesa UKE może być faktycznie „ograniczenie duplikacji infrastruktury” poniżej tych wartości.** W takiej sytuacji projektowane decyzje stanowiłyby przeszkodę w wystąpieniu skutecznej konkurencji, w szczególności konkurencji opartej na infrastrukturze. Działanie takie nie powinno być zatem objęte intencją Prezesa UKE.
31. Co więcej, jak wynika z dyrektywy kosztowej²⁵ i implementowanych do ustawy szerokopasmowej norm²⁶, duplikacja infrastruktury technicznej, ze względu na wysokie koszty, może stanowić przeszkodę w szybkim rozwoju sieci szerokopasmowej. Z tego też względu normy te zapewniają mechanizmy dotyczące udostępniania takiej infrastruktury, przy czym to do operatora potencjalnie ubiegającego się o dostęp do infrastruktury zależy ocena, czy duplikacja infrastruktury technicznej będzie opłacalna, czy też nie. Przy tym, po pierwsze: kable telekomunikacyjne nie zaliczają się do infrastruktury technicznej, więc rozważania dotyczące duplikacji infrastruktury oparte na normach dyrektywy kosztowej mają na gruncie niniejszej sprawy ograniczone znaczenie. Po drugie, tego rodzaju mechanizmy powinny mieć zastosowanie w sytuacji, w której po stronie potencjalnego operatora udostępniającego brak jest woli udostępnienia tych elementów infrastruktury technicznej. Wreszcie po trzecie – **ułatwianie rozbudowy sieci poprzez umożliwienie ubiegania się o dostęp do infrastruktury technicznej jest czymś całkowicie odmiennym od przeciwdziałania (ograniczania) duplikacji infrastruktury.**

²¹ Str. 16 projektowanych decyzji.

²² Uzasadnienie projektu decyzji określającej hurtowy rynek usługi centralnego dostępu w stałej lokalizacji dla produktów rynku masowego (84 obszary rynku 3b/2014) i stwierdzającej występowanie na tym rynku skutecznej konkurencji (nr DR.SMP.6041.2.2019) oraz uzasadnienie Projektu decyzji określającej hurtowy rynek usługi centralnego dostępu w stałej lokalizacji dla produktów rynku masowego (rynek 3b/2014) i stwierdzającej brak występowania na tym rynku skutecznej konkurencji (nr DR.SMP.6040.2.2019).

²³ Dyrektywa 2018/1972 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiająca Europejski kodeks łączności elektronicznej.

²⁴ Sygnatura postępowania: DR.SMP.6041.2.2019. Na rynku 3a świadczona jest usługa uwolnienia lokalnej pętli abonenckiej, czyli LLU (Local Loop Unbundling), a na rynku 3b – usługa dostępu do strumienia bitów, czyli BSA (Bitstream Access).

²⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/61/UE z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie środków mających na celu zmniejszenie kosztów realizacji szybkich sieci łączności elektronicznej.

²⁶ Pkt. 13 – 15 dyrektywy kosztowej, art. 17 i 18 ustawy kosztowej.

III.2. Konkurencja infrastrukturalna

32. Prezes UKE wydał niedawno szereg decyzji regulujących dostęp do kanalizacji kablowej i kanalizacji telekomunikacyjnej budynku. Abstrahując od zastrzeżeń PIKE w odniesieniu do tych decyzji, regulacja dostępu do infrastruktury technicznej, w szczególności do kanalizacji kablowej może ułatwić konkurencję infrastrukturalną, także w technologii CATV, gdyż co do zasady każdy przedsiębiorca będzie mógł pociągnąć swój kabel w kanalizacji. W tym sensie regulacja dostępu do kanalizacji kablowej może stymulować konkurencję infrastrukturalną.
33. Pojawia się pytanie, co zatem miałyby stymulować regulacja dostępu do kabla telekomunikacyjnego. Być może, w zamyśle Prezesa UKE, miałyby ona stymulować konkurencję usługową, zamiast infrastrukturalnej. Z tym, że **priorytetem Prezesa UKE powinna być konkurencja oparta na infrastrukturze**. Konkurencję usługową (na jednym kablu) Prezes UKE powinien promować tylko wówczas, gdyby ustalił, że konkurencja infrastrukturalna nie jest w danym przypadku możliwa.
34. Regulacja dostępu do kabli, czyli promowanie konkurencji usługowej, niesie ze sobą ryzyko obniżenia motywacji na rynku do konkurowania w oparciu o infrastrukturę. Skoro dany przedsiębiorca wie, że będzie mógł skorzystać z kabla innego operatora (w praktyce projektowane decyzje **nie dają realnej możliwości weryfikacji spełnienia przez OK przesłanek warunkujących dostęp do kabli, określonych w art. 139 ust. 1 pkt 2 i 3 Pt**), traci on motywację do inwestowania we własną instalację kablową. Zamiast ponosić koszty inwestycji, może on zaoferować Abonentowi bardzo niską cenę usług – zwłaszcza, gdy jest to operator konwergentny.
35. Motywację do inwestowania traci jednocześnie także OU. Operator, zwłaszcza operator CATV, tracąc całkowicie kontrolę nad kablem, traci również motywację do dalszego inwestowania w urządzenia, które podnoszą jakość usług świadczonych z wykorzystaniem takiego kabla. Usługi detaliczne świadczy wówczas przecież konkurent takiego operatora. **Konkurencja oparta na jakości świadczonych usług – a nie w oparciu o niską cenę – zanika wraz z zanikiem konkurencji infrastrukturalnej.**
36. W efekcie, **regulacja dostępu do kabli telekomunikacyjnych może zniweczyć sens regulacji kanalizacji kablowej i kanalizacji telekomunikacyjnej budynku.**
37. Poziom konkurencji usługowej w Polsce jest wysoki. Ceny kształtują się na jednym z najniższych poziomów w Europie. Tym bardziej Prezes UKE powinien zacząć wspierać konkurencję infrastrukturalną zamiast usługowej. Przedstawione przez Prezesa UKE projekty decyzji mogą niestety doprowadzić do utrzymania niedorozwoju infrastruktury budynkowej w Polsce.
38. Wydawanie w takiej sytuacji decyzji, których skutkiem może być zahamowanie rozwoju infrastruktury w Polsce, jest niedopuszczalne.

III.3. Operatorzy konwergentni

39. Biorąc pod uwagę, że projektowane decyzje w obecnym kształcie:
- 1) nie umożliwiają realnej weryfikacji spełnienia przez OK przesłanek ubiegania się o dostęp do kabla telekomunikacyjnego, ponieważ OK nie jest zobowiązany do szczegółowego ich wykazania,
 - 2) nie stawiają warunku, że o dostęp do kabla może ubiegać się tylko przedsiębiorca, który nie posiada żadnej infrastruktury w danym budynku,
- mogą one zostać wykorzystane przez operatorów konwergentnych do budowania lub nadużywania pozycji dominującej.
40. Taki operator mógłby przekonać Abonentów do korzystania ze swoich usług, oferując pakiet różnorodnych usług w niskiej cenie i w ten sposób wyłączyć ich z gry konkurencyjnej na dłuższy okres (lock in). Operatorzy konwergentni, zwłaszcza oferujący zarówno usługi stacjonarne, jak i mobilne, mają bowiem możliwość oferowania różnorodnych usług i jednocześnie mogą subsydiować skrośnie poszczególne usługi w ramach pakietu. Następnie, taki **operator mógłby uzyskać dostęp do kabla OU, uniemożliwiając mu – zwłaszcza w przypadku operatora stosującego technologię CATV – świadczenie jakichkolwiek usług detalicznych w danym budynku**. W przypadku operatorów nastawionych głównie na świadczenie usług detalicznych taka sytuacja mogłaby okazać się przeszkodą

nie do pokonania. W ten sposób operatorzy konwergentni mogliby przeciwdziałać ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji (art. 9 pkt 5 u.o.k.i.k.²⁷).

41. Projektowane decyzje stwarzają także warunki dla operatorów konwergentnych do oferowania abonentom takich umów, które wymagają przyjęcia przez abonenta innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy (art. 9 pkt 4 u.o.k.i.k.).
42. Kolejnym zagrożeniem jest **brak realnej kontroli OU nad tym, czy OK rzeczywiście świadczy usługi Abonentowi, czy też zaprzestał ich świadczenia, a mimo to nie zawiadomił OU o tym fakcie i nie zwrócił mu kabla.**
43. Podsumowując, projektowane decyzje tworzą instytucjonalne warunki do powstania pozycji dominującej operatorów konwergentnych, jej wzmocnienia lub nawet nadużycia.

III.4. Skutki dla abonentów

44. Projektowane decyzje mogą przynieść negatywne skutki dla Abonenta W sposób oczywisty zapobieganie duplikacji infrastruktury uniemożliwia Abonentowi korzystanie z usług więcej niż jednego operatora – zwłaszcza w przypadku technologii CATV, o czym była mowa powyżej. Tymczasem duplikacja kabli dostępnych w budynku umożliwia dostęp do większego wyboru usług oferowanych abonentowi. To nie przypadek, że nowe tzw. rozporządzenie budynkowe²⁸, zakłada, że nowe budynki powinny być wyposażane przynajmniej w pięć różnych kabli. Z pewnością dla Abonenta nie stanowiłoby straty, a wręcz zapewniłoby dodatkową możliwość wyboru, gdyby w miarę upływu czasu w budynku pojawiło się więcej kabli. Projektowanymi decyzjami Prezes UKE zdaje się przyjmować odwrotną politykę regulacyjną.
45. Prezes UKE nie może przy tym ignorować istniejącej praktyki rynkowej. Nawet w *Analizie EY z 2017 r.* wskazano – o czym była wstępnie mowa w pkt. I niniejszego pisma – że „Zgodnie z wiedzą i doświadczeniem Wykonawcy, pewną praktyką rynkową jest udostępnianie instalacji telekomunikacyjnych budynku w sposób **bezwzględny lub na podstawie ustnych porozumień** pomiędzy przedstawicielami przedsiębiorców telekomunikacyjnych, w szczególności w sektorze mikro-, małych i średnich przedsiębiorstw telekomunikacyjnych. Z uwagi na brak danych nie jest możliwe oszacowanie skali tego zjawiska”. Prezes UKE, pozostając w stałym kontakcie z rynkiem telekomunikacyjnym z pewnością jest świadomy tej kwestii. Powinien mieć także wyobrażenie na temat skali tego zjawiska, skoro historia rynku CATV w Polsce sięga 30 lat wstecz.
46. Prezes UKE, biorąc pod uwagę cele określone w art. 189 ust. 2 pkt 1 lit. a i b Pt, powinien poddać analizie, jakie skutki projektowane decyzje mogą przynieść w przypadku istniejących umów z Abonentami.

III.5. Brak problemów z dostępem do kabli

47. PIKE zwraca uwagę, że projektowane decyzje nie stanowią odpowiedzi na rzeczywiste problemy rynkowe. **PIKE nie uniemożliwia innym operatorom dostępu do swoich kabli. PIKE nie tylko nie odmawiała uznania otrzymywanych wniosków o udzielenie takiego dostępu, lecz wręcz ich nie otrzymywała, na co najlepszym dowodem jest brak sporów czy wniosków do Prezesa UKE o wydanie decyzji na podstawie art. 139 Pt.** Zgodnie bowiem z odpowiedzią na wniosek o dostęp do informacji publicznej z 28 stycznia 2019 r. (w załączeniu): „Obecnie prowadzone postępowania, wszczęte z urzędu w dniu 21 czerwca 2018 r. na podstawie art. 139 ust. 1b ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2018 r., poz. 1954 ze zm.), są **jedynymi podstępowaniami kiedykolwiek prowadzonymi** [wyróżnienie nasze] przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej w przedmiocie dostępu do kabli telekomunikacyjnych wymienionych podmiotów”. Podmioty, o których mowa w odpowiedzi na wniosek, to INEA S.A., Vectra Investments sp. z o.o. sp. j., Multimedia Polska S.A., PIKE Polska sp. z o.o., TOYA sp. z o.o. i Netia S.A. (regulowani Operatorzy).
48. Przedsiębiorcy telekomunikacyjni, którzy potrzebują dostępu do zasobów innych podmiotów, a prawo im na to pozwala, bardzo często korzystają z możliwości rozstrzygania sporów przed Prezesem UKE. Spory w zakresie dostępu do kabli telekomunikacyjnych w budynkach wielorodzinnych przed Prezesem

²⁷ Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów.

²⁸ Rozporządzenie Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie.

UKE się nie toczą (**i nigdy się nie toczyły**), przynajmniej nie w odniesieniu do kabli regulowanych Operatorów. Oznacza to, że dostęp do kabli telekomunikacyjnych nie jest odpowiedzią na bolączki rynku telekomunikacyjnego.

49. Dodatkowo, ewentualnych problemów związanych z udostępnianiem kabli można uniknąć **w przypadku instalacji telekomunikacyjnej budowanej od początku z zamiarem wspólnego z niej korzystania**. Z tego też m.in. powodu, porozumienia o współinwestowaniu w instalacje telekomunikacyjne budynku mogą być z powodzeniem realizowane na komercyjnych warunkach.

III.6. Negatywny wpływ na modele biznesowe

50. Nie sposób nie odnieść się również do negatywnego wpływu projektowanych regulacji na model biznesowy przedsiębiorców pragnących świadczyć wyłącznie usługi hurtowe.
51. **To głównie operatorzy świadczący wyłącznie usługi hurtowe mogą przyczynić się do powstania realnej konkurencji opartej na infrastrukturze**. Co więcej, zgodnie z EKŁE, konieczne jest stosowanie zachęt do inwestowania w nowe sieci o bardzo dużej przepustowości. Tymczasem **uzyskanie dostępu do budynku przez trzeciego i każdego kolejnego gracza, w istotny sposób obniża rentowność** inwestycji w infrastrukturę, prowadzoną przez przedsiębiorców zakładających świadczenie usług detalicznych w swoich planach biznesowych. Plany Prezesa UKE mogą w takim układzie prowadzić do powtórzenia w Polsce doświadczeń z Niemiec, w których rząd zmuszony był rozpocząć dotowanie budowy infrastruktury na obszarach szarych, tj. takich w których funkcjonuje jedna sieć telekomunikacyjna szybkiego dostępu.²⁹
52. Z powyższych względów projektowane decyzje, jak również planowaną całkowitą deregulacją OPL (na rynkach 3a i 3b) na niektórych obszarach kraju (o której mowa poniżej) może mieć zgubne skutki dla rynku telekomunikacyjnego w Polsce.
53. Ponadto, **projektowane decyzje niedostatecznie jednoznacznie wykluczają sytuacje, w których operator ubiegający się o dostęp do kabla, posiada już swoją infrastrukturę w budynku**. W takich sytuacjach regulowani Operatorzy nie mogą być zobowiązani do udzielania dostępu do swoich kabli. Istnieje bowiem ryzyko, że uprawnieni przedsiębiorcy mogą podjąć decyzję, że **zamiast modernizować własną infrastrukturę, zaczną ubiegać się o dostęp do infrastruktury innych operatorów**. Taki skutek regulacji nie może znaleźć uzasadnienia.

III.7. Obowiązki OPL w świetle nowych regulacji Prezesa UKE

54. W *Analizie EY z 2017 r.*³⁰ wskazano, że Oferta SOR zawiera m.in. zasady dostępu do usługi LLU³¹ w technologii miedzianej lub światłowodowej – lecz nie zawiera dostępu do instalacji telekomunikacyjnej budynku lub przyłącza telekomunikacyjnego jako takiego (str. 16). Usługa LLU jest bowiem usługą kompleksową, która dotyczy dostępu całej pętli abonenckiej, a nie tylko do samego kabla. OPL nie oferuje dostępu do samych kabli, więc chcąc korzystać z kabli należących do tego operatora, operator korzystający musi korzystać z całej usługi LLU.
55. Prezes UKE aktualnie konsultuje projekty decyzji mające na celu częściową deregulację rynków 3a i 3b. Jednocześnie OPL nie jest jednym z podmiotów, w odniesieniu do których konsultowany byłby projekt decyzji dotyczący nałożenia obowiązków symetrycznych w zakresie dostępu do kabli telekomunikacyjnych.
56. Powyższe oznacza, że gdyby Prezes UKE zdecydował się wydać wszystkie konsultowane aktualnie decyzje, **sześciu operatorów średniej wielkości będzie zobowiązanych do zapewniania dostępu do swoich kabli w budynkach wielorodzinnych na obszarze całego kraju, podczas gdy**

²⁹ Decyzja Komisji ws. pomocy publicznej w Bawarii, C(2018) 8617 final z dnia 18 grudnia 2018 roku.

³⁰ *Analiza zasad współpracy przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu do instalacji telekomunikacyjnej budynku oraz przyłącza telekomunikacyjnego do budynku (w szczególności do kabli telekomunikacyjnych, kanalizacji kablowej, szachtów kablowych oraz urządzeń telekomunikacyjnych, w tym punktu styku) uwzględniającej kwestie finansowe, usługowe i techniczne oraz prawne oraz przedstawienie rekomendacji. Raport dla Urzędu Komunikacji Elektronicznej, EY i Dentons, lipiec 2017 r.*

³¹ Usługa LLU – Local Loop Unbundling – świadczona jest w ramach rynku 3a.

największy operator zasiedziały na obszarze znacznej liczby gmin nie będzie objęty żadnymi obowiązkami regulacyjnymi w zakresie dotyczącym instalacji telekomunikacyjnej budynków.

57. Prezes UKE wydając planowaną regulację pomija także brzmienie art. 28 ust. 1 pkt 2 Pt w zw. z art. 139 ust. 4 Pt zdanie pierwsze. Zgodnie z tym przepisem Prezes UKE powinien wziąć pod uwagę obowiązki nałożone na przedsiębiorców telekomunikacyjnych – co oznacza, że Prezes UKE powinien brać pod uwagę także pod uwagę obowiązki nałożone na OPL i pozycję rynkową tego przedsiębiorcy, w sytuacji gdy to OPL będzie wnioskowało o dostęp do kabli telekomunikacyjnych.
58. Taki efekt planowanych działań regulacyjnych UKE, niezwykle korzystny dla OPL, jest **rażąco wręcz niesłuszny**.

III.8. Niezgodność z zasadą proporcjonalności

59. Podsumowując rozważania niniejszej części pisma, PIKE wskazuje na potrzebę szczególnego zwrócenia uwagi przez Prezesa UKE na konieczność zapewnienia zgodności projektowanych decyzji z zasadą proporcjonalności (art. 12 ust. 5 dyrektywy ramowej, art. 139 ust. 4 pkt 2 Pt).
60. Zasada proporcjonalności, wynikająca przede wszystkim z art. 31 ust. 1 Konstytucji, ale również z prawa UE, oznacza, że projektowany przez Prezesa UKE środek regulacyjny powinien spełniać łącznie trzy kryteria:
- 1) po pierwsze, środek musi być użyteczny do osiągnięcia założonego celu regulacyjnego wynikającego z Pt,
 - 2) po drugie, środek musi być konieczny do osiągnięcia tego celu co wymaga ustalenia, czy nie byłby wystarczający inny środek, który mniej ogranicza swobodę działalności podmiotu zobowiązanego,
 - 3) po trzecie, należy ocenić, czy zastosowanie środka nie wywoła nadmiernych negatywnych efektów ubocznych, a w szczególności czy relacja między tymi ubocznymi efektami a osiągniętymi wynikami regulacyjnymi może być akceptowana³².
61. Jak wykazano już szczegółowo na początku niniejszego pisma, cel, jakiemu służyć mają projektowane decyzje, jest co najmniej niejasny. Skoro ich cel jest niejasny, trudno jest oceniać, czy środek jest użyteczny do jego osiągnięcia. Z pewnością można jednak twierdzić, z przyczyn wskazanych powyżej, że przyjęcie i wejście projektowanych decyzji w życie będzie stało na przekór wspieraniu konkurencji. Analiza uzasadnienia projektów decyzji³³ prowadzi do wniosku, że **realnym celem Prezesa UKE mogło być wyeliminowanie problemów związanych ze stosowaniem art. 30 ustawy szerokopasmowej**³⁴. Jednakże środkiem użytecznym do realizacji tego celu byłoby np. stosowanie sankcji odnoszących się do art. 30 ustawy szerokopasmowej, a nie sięganie po regulację z art. 139 Pt.
62. Należy zwrócić uwagę na kolejny, oprócz wskazanych na wstępie, cel szczegółowy, który Prezes UKE wskazuje w projektach decyzji. Jest nim „ujednoczenie zasad udostępniania infrastruktury. Cel ten, podobnie jak i cel „ograniczenia duplikacji infrastruktury”, nie znajduje oparcia w przepisach prawa.
63. Stanowi to także naruszenie zasady proporcjonalności *sensu stricto*, ponieważ Prezes UKE powinien dążyć do zastosowania środka, który jest możliwie najmniej uciążliwy dla regulowanych Operatorów, którzy prowadzą działalność w różnej skali. Korzyści po stronie OK, płynące z „Ujednoczenia zasad udostępniania infrastruktury” z pewnością nie równoważą uciążliwości, jaką dla regulowanych Operatorów jest obowiązkowe stosowanie procedury niedostosowanej do ich realnych możliwości organizacyjnych i finansowych.
64. Na potrzeby drugiego kryterium testu proporcjonalności, hipotetycznie można przyjąć, że szczegółowym celem projektowanej regulacji mogłaby być eliminacja problemów przedsiębiorców telekomunikacyjnych w uzyskaniu dostępu do kabli telekomunikacyjnych na podstawie art. 139 Pt. Czy w świetle powyższego przyjęcie projektowanych decyzji jest niezbędne do osiągnięcia danego celu? Trudno byłoby odpowiedzieć twierdząco na tak postawione pytanie. **Prezes UKE nie rozważył nawet zastosowania**

³² S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz. Wyd. 4, Warszawa 2019.

³³ Str. 15 projektowanych decyzji.

³⁴ Ustawa o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych.

mniej inwazyjnego instrumentu niż decyzja, chociażby wytycznych. Prezes UKE powinien także poczekać, aż przyjęte niedawno decyzje dotyczące dostępu do kanalizacji kablowej zaczną funkcjonować na rynku i przynosić efekty. Dopiero wówczas, gdyby takich efektów nie było, Prezes UKE powinien rozważać kolejne środki.

65. Kolejną kwestią do rozważenia jest to czy projektowane warunki dostępu do kabli telekomunikacyjnych spełniają kryterium proporcjonalności *sensu stricto*, w szczególności czy są one odpowiednie. Zdaniem PIKE istnieją co do tego poważne wątpliwości biorąc pod uwagę fakt, że Prezes UKE wydał jednakowe warunki dostępu do kabli telekomunikacyjnych w odniesieniu do sześciu różnych operatorów telekomunikacyjnych.
66. Należy wziąć pod uwagę, że w ten sposób dochodzi do uregulowania w jednakowy sposób przedsiębiorców, których skala działania, zakres działania, wielkość generowanego obrotu, ilość zatrudnianych pracowników, obszary działania i panujące na nich warunki konkurencji w zakresie hurtowych usług szerokopasmowych – diametralnie różnią się od siebie. W szczególności uregulowani operatorzy dysponują różnorodnymi zasobami ludzkimi, w związku z czym nie sposób uznać, że projektowane przez Prezesa UKE warunki dostępu (jednakowe dla wszystkich operatorów) będą w sposób jednakowy wpływać na działalność tych regulowanych operatorów.
67. Skoro projektowane warunki dostępu nie uwzględniają specyfiki każdego z regulowanych Operatorów ciężko uznać, że warunki te są „odpowiednie” dla każdego z nich.
68. **Ponadto Prezes UKE nie rozważył zastosowania mniej inwazyjnego instrumentu niż decyzja, chociażby wytycznych. Prezes UKE powinien także poczekać, aż przyjęte niedawno decyzje dotyczące dostępu do kanalizacji kablowej zaczną funkcjonować na rynku i przynosić efekty.** Dopiero wówczas, gdyby takich efektów nie było, Prezes UKE powinien rozważać kolejne środki.

IV. Niezgodność projektowanych decyzji z art. 139 Pt i przepisami KPA

IV.1. Definicje

69. Należy zwrócić uwagę na podstawy prawne projektowanych decyzji. Zgodnie z art. 7 Pb³⁵ do przepisów techniczno-budowlanych zalicza się m.in. warunki techniczne, jakim powinny odpowiadać obiekty budowlane i ich usytuowanie, uwzględniające wymagania, o których mowa w art. 5 ust. 1 – 2b Pb. Na podstawie art. 7 ust. 2 pkt 1 Pb Minister Infrastruktury wydał rozporządzenie budynkowe. Rozporządzenie to zalicza się zatem do przepisów techniczno-budowlanych. Przepisy techniczno-budowlane dotyczą projektowania oraz budowy obiektów budowlanych, a nie ich udostępniania czy użytkowania, co w szczególności dotyczy rozporządzenia w sprawie warunków technicznych³⁶.
70. Zgodnie z § 1 i § 2 tzw. rozporządzenia budynkowego „Rozporządzenie ustala **warunki techniczne, jakim powinny odpowiadać budynki i związane z nimi urządzenia**” (§ 1), a jego „Przepisy [...] stosuje się przy **projektowaniu, budowie i przebudowie**”. NSA³⁷ w wyroku z dnia 30 listopada 2009 r. sygn. akt II OSK 1846/08 stwierdził: „Podkreślić należy, że upoważnienie zawarte w art. 7 ust. 2 pkt 1 ustawy - Prawo budowlane, stanowiące podstawę do wydania omawianego rozporządzenia, dotyczyło jedynie zezwolenia na uregulowanie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać obiekty budowlane i ich usytuowanie, a więc przepisów techniczno-budowlanych”.
71. W efekcie należy usunąć odwołanie do rozporządzenia budynkowego z punktu I sentencji projektowanych decyzji, gdyż przepisy te mogą jedynie regulować kwestie projektowania i budowy kabli telekomunikacyjnych w budynkach wielorodzinnych, a nie stanowić podstawy prawnej dla decyzji Prezesa UKE na podstawie art. 139 ust. 1b w związku z art. 139 ust. 1 w związku z ust. 4 i art. 206 ust. 1 Pt oraz art. 104 § 1 KPA.

³⁵ Ustawa – Prawo budowlane.

³⁶ Por. także W. Piątek art. 7. w: Prawo budowlane. Komentarz, wyd. III. Wolters Kluwer, 2016.

³⁷ Naczelny Sąd Administracyjny.

IV.2. Ciężar dowodu

72. Projektowane decyzje naruszają art. 6 KPA i art. 8 ust. 1 KPA w zw. z art. 139 ust. 1 Pt. Nie budzi wątpliwości na gruncie art. 139 ust. 1 Pt, iż to OK – podmiot ubiegający się o dostęp do infrastruktury lub nieruchomości **musi wykazać (a zatem udowodnić)**, że zachodzą przesłanki wynikające z tego przepisu aktualizujące obowiązek OU. Treść art. 139 ust. 1 Pt wyraźnie wskazuje bowiem na warunkowość obowiązku OU: „Przedsiębiorca telekomunikacyjny jest obowiązany umożliwić innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym [...] dostęp do infrastruktury telekomunikacyjnej i nieruchomości, w tym do budynku (...) polegający na (...), jeżeli (...)”. Komentując art. 139 Pt prof. dr hab. Stanisław Piątek wskazał, że „Przepis ust. 1 pkt 2 lit. a oraz pkt 3 lit. a wymaga wykazania, że samodzielna instalacja kabla telekomunikacyjnego lub instalacji telekomunikacyjnej przez przedsiębiorcę poszukującego dostępu jest ekonomicznie nieopłacalna lub technicznie niemożliwa. Ciężar tego dowodu obciąża przedsiębiorcę wnioskującego o zapewnienie dostępu”³⁸. To zatem OK, czerpiący z tego faktu określoną korzyść i uprawnienie, jest obowiązany udowodnić, że obowiązek obciążający OU się zaktualizował. Sam Prezes UKE w uzasadnieniu projektowanych decyzji także powołał się na ww. Komentarz i wskazał, że to przedsiębiorca telekomunikacyjny ubiegający się o dostęp powinien wykazać zaistnienie ww. przesłanek.
73. Tymczasem w Warunkach Dostępu (Część II, Rozdział 1, pkt 1.1.) Prezes UKE zobowiązuje OK do wystąpienia do OU z Zapytaniem o dostęp do kabla na stosownym, określonym przez niego wzorcu formularza. Zobowiązuje przy tym OK do **wskazania** m.in. występujących w sprawie przesłanek wynikających z art. 139 ust. 1 Pt (ekonomiczna nieopłacalność lub techniczna niemożliwość powielenia infrastruktury telekomunikacyjnej lub realizacja szybkiej sieci telekomunikacyjnej). Przygotowany przez Prezesa UKE wzorec formularza nie zawiera jednak stosownego pola, z którego wynikałby obowiązek choćby przytoczenia podstawy uzasadniającej wystąpienie z Zapytaniem. W treści formularza jest umiejscowione jedynie niewielkie pole – „Uwagi” – bez oznaczenia konkretnego przeznaczenia.
74. W Części II Rozdział 1 Podrozdział 1.1. ust. 8 lit. c i ust. 9 Warunków Dostępu, Prezes UKE nakłada na OU, w przypadku udzielenia przez niego odpowiedzi negatywnej na Zapytanie (gdy nie są spełnione przesłanki wynikające z art. 139 Pt wskazane przez OK w Zapytaniu), obowiązek podania jej **szczegółowego uzasadnienia**.
75. Projektowane decyzje w sposób nieuzasadniony i sprzeczny z tym przepisem przerzucają obowiązek wyłącznego wykazania – szczegółowego uzasadnienia – odmowy udzielenia dostępu na OU, nie nakładając wynikających z tegoż przepisu obowiązków na OK. Prezes UKE zobowiązuje co prawda OK do **wskazania** przesłanek wynikających z art. 139 ust. 1 Pt, jednak nie zobowiązuje do **wykazania tych przesłanek**.
76. Po drugie zobowiązuje OK do skorzystania ze stworzonego wzorca formularza, nieodpowiadającego treści art. 139 ust. 1 Pt. Z formularza tego nie wynika bowiem, aby OK miał choćby wskazać, nie mówiąc już o wykazaniu (udowodnieniu) zaistnienia przesłanek z art. 139 ust. 1 pkt 2 lub 3 Pt z tej prostej przyczyny, iż nie zawiera stosownej rubryki. Kierując się zwykłymi regułami językowymi trudno przyjąć, iż organ, na którym spoczywa obowiązek jasnego i zrozumiałego sformułowania decyzji dla jej adresata, tworząc rubrykę „uwagi” miał na myśli „przesłanki z art. 139 ust. 1 pkt 2 lub 3 Pt”. Z drugiej zaś strony Prezes UKE w projektowanych decyzjach nakłada na OU obowiązek szczegółowego uzasadnienia odpowiedzi negatywnej. Trudno w okolicznościach wskazanych powyżej wymagać od OU szczegółowego uzasadnienia niewystąpienia danej przesłanki, gdy *de facto* nie została ona wykazana, czy szczegółowo opisana przez OK.
77. Powyższe całkowicie pozbawione podstaw w przepisach prawa materialnego przerzucenie ciężaru wykazania okoliczności z art. 139 ust. 1 Pt na OU skutkuje sprzecznością projektowanych decyzji nie tylko z art. 139 Pt, lecz również z art. 6 KPA i jednocześnie art. 8 § 1 KPA. Nie tylko bowiem projektowane decyzje w powyższym zakresie nie mieszczą się w hipotezie art. 139 ust. 1 Pt, co uzasadnia zarzut działania Prezesa UKE poza granicami wyznaczonymi tym przepisem, ale i w sposób nieproporcjonalny obciążają OU obowiązkami nie znajdującymi pokrycia w przepisach prawa materialnego. Prezes UKE uprzywilejowuje w ten sposób OK poprzez bezzasadne odstąpienie od nałożenia na niego wymaganego prawem obowiązku.

³⁸ Tak: S. Piątek „Prawo telekomunikacyjne. Komentarz”, Warszawa 2019.

IV.3. Dostęp do infrastruktury a dostęp telekomunikacyjny

78. Jako podstawę wydania projekty decyzji przywołują przepis art. 139 ust. 1b w związku z art. 139 ust. 1 w związku z ust. 4 i art. 206 ust. 1 Pt oraz art. 104 § 1 k.p.a. Ostatnie dwa przepisy są przepisami czysto proceduralnymi, należy natomiast przywrócić się przywołanym ustępom art. 139 Pt.
79. Przepis art. 139 ust. 1 Pt stanowi, że:
- „1. Przedsiębiorca telekomunikacyjny jest obowiązany umożliwić innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym, podmiotom, o których mowa w art. 4, oraz jednostkom samorządu terytorialnego wykonującym działalność, o której mowa w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, **dostęp do infrastruktury telekomunikacyjnej i nieruchomości, w tym do budynku**, polegający na:*
- 1) współkorzystaniu z infrastruktury telekomunikacyjnej i nieruchomości, w tym zapewnianiu określonych elementów tej infrastruktury, kolokacji oraz umożliwianiu zakładania, eksploatacji i konserwacji urządzeń telekomunikacyjnych, przyłączy telekomunikacyjnych, instalacji telekomunikacyjnej budynku i innych elementów infrastruktury telekomunikacyjnej, a także nadzoru nad nimi, jeżeli:*
- a) wykonanie tych czynności bez uzyskania dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej i nieruchomości jest niemożliwe lub niecelowe z punktu widzenia planowania przestrzennego, zdrowia publicznego, ochrony środowiska lub bezpieczeństwa i porządku publicznego,*
- b) przedsiębiorca telekomunikacyjny na podstawie przepisów prawa, wyroku sądu lub decyzji miał prawo umieszczenia tej infrastruktury telekomunikacyjnej na nieruchomości, nad nią lub pod nią;*
- 2) współkorzystaniu z kabli telekomunikacyjnych w budynku aż do zlokalizowanego w budynku lub poza nim punktu ich połączenia z publiczną siecią telekomunikacyjną, w tym udostępnianiu całości lub części kabla, w szczególności włókna światłowodowego, jeżeli:*
- a) powielenie infrastruktury telekomunikacyjnej byłoby ekonomicznie nieopłacalne lub technicznie niemożliwe,*
- b) przedsiębiorca telekomunikacyjny jest właścicielem tej infrastruktury telekomunikacyjnej lub na podstawie przepisów prawa, wyroku sądu lub decyzji miał prawo jej umieszczenia na nieruchomości, nad nią lub pod nią;*
- 3) możliwości korzystania z:*
- a) instalacji telekomunikacyjnej budynku, jeżeli powielenie infrastruktury telekomunikacyjnej byłoby ekonomicznie nieopłacalne lub technicznie niemożliwe,*
- b) punktu połączenia instalacji telekomunikacyjnej budynku z publiczną siecią telekomunikacyjną*
- jeżeli wniosek o dostęp jest składany w celu realizacji szybkiej sieci telekomunikacyjnej w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych.”*
80. Z kolei art. 139 ust. 1a, 1b i 4 Pt stanowią:
- „1a. Prezes UKE może wezwać przedsiębiorcę telekomunikacyjnego do przedstawienia informacji w sprawie warunków zapewnienia dostępu, o którym mowa w ust. 1.*
- 1b. Po przedstawieniu informacji, o której mowa w ust. 1a, Prezes UKE, kierując się potrzebą zapewnienia skutecznej konkurencji, może, w drodze decyzji, określić warunki zapewnienia dostępu, o którym mowa w ust. 1.”*
- 4. Do zapewnienia dostępu, o którym mowa w ust. 1, stosuje się odpowiednio przepisy art. 27-30, art. 31 ust. 1 oraz art. 33, z tym że:*
- 1) każda ze stron może zwrócić się do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji, jeżeli nie zawarto umowy o dostępie w terminie, o którym mowa w ust. 2;*
- 2) Prezes UKE podejmuje decyzję o dostępie, o którym mowa w ust. 1, w terminie 60 dni od dnia złożenia wniosku o jej wydanie, biorąc pod uwagę niedyskryminacyjne i proporcjonalne kryteria;*

3) Prezes UKE w decyzji określa szczegółowe warunki rozliczeń z tytułu zapewnienia tego dostępu, uwzględniające stopień występującego w danym przypadku ryzyka.”

81. Przepis art. 139 Pt dotyczy „dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej”, a nie „dostępu telekomunikacyjnego”. Nie zmienia tego przywołanie w art. 139 ust. 4 Pt przepisów art. 27-30, art. 31 ust. 1 i art. 33 Pt, dotyczących dostępu telekomunikacyjnego, ponieważ przepisy te stosuje się do dostępu, o którym mowa w art. 139 ust. 1 Pt, jedynie odpowiednio.
82. Dostęp do infrastruktury technicznej, jak twierdzi prof. dr hab. Stanisław Piątek, „dotyczy dostępu tylko do rzeczy materialnych wykorzystywanych przez przedsiębiorcę, podczas gdy dostęp telekomunikacyjny obejmuje również usługi, funkcje sieciowe, kluczowe technologie, bazy danych”³⁹.
83. W związku z powyższym niezasadne jest nakładanie na OU obowiązku doprowadzania kabla do lokalu Abonenta. O istnieniu takiego obowiązku można wnioskować z części III Warunków Dostępu, w której jest mowa o jednorazowej opłacie za doprowadzenie kabla telekomunikacyjnego do lokalu abonenta. Taki obowiązek stanowiłby usługę polegającą na czynnościach znacznie odbiegających od udostępniania wyłącznie materialnych rzeczy.
84. Obowiązek taki pozostaje w istocie w sprzeczności z uzasadnieniem decyzji, zgodnie z którym „Nie ulega wątpliwości, że zapewnienie dostępu, o którym mowa w art. 139 ust. 1 Pt nie może powodować po stronie udostępniającego konieczności podjęcia działań inwestycyjnych”⁴⁰ [wyróżnienie nasze], tj. rozbudowy elementów mających być przedmiotem dostępu, jednak, jak trafnie wskazuje S. Piątek, może wymagać zmian w sposobie ich zagospodarowania”. PIKE w pełni podziela tę argumentację – tym bardziej zaskakujące było odkrycie, dopiero w części Warunków Dostępu dotyczącej opłat, nałożenia na PIKE w istocie obowiązku podjęcia takich działań.
85. Z tego też powodu należy z Warunków Dostępu usunąć wszelkie odniesienia do doprowadzania kabla telekomunikacyjnego przez OU.

IV.4. Przesłanki

86. Przepis art. 139 ust. 1b Pt dotyczy warunków dostępu, o którym mowa w art. 139 ust. 1 Pt. Z kolei „dostęp”, o którym mowa w art. 139 ust. 1 Pt ma trzy różne postacie, ujęte w trzech różnych punktach, a każdy z nich dotyczy „dostępu” w innym zakresie i zawiera inne przesłanki jego zastosowania.
87. Niestety, załączniki do decyzji określają jednakowe Warunki Dostępu do kabli telekomunikacyjnych w budynkach wielorodzinnych, niezależnie od tego, o jaki rodzaj dostępu (określony w art. 139 ust. 1 pkt 2, czy też pkt 3 Pt) dany OK się ubiega. Tymczasem zakres dostępu, w zależności od spełnionych w danym przypadku przesłanek, różni się.
88. Dostęp udzielony na podstawie art. 139 ust. 1 pkt 2 Pt dotyczy kabli stanowiących własność OU, jak również kabli, które OU miał prawo umieszczać na nieruchomości na podstawie przepisów prawa, wyroku sądu lub decyzji. Wyłącznie kabli, a nie innych elementów instalacji telekomunikacyjnej budynku, takich jak np. lock boxy, czy szafy telekomunikacyjne.
89. W przypadku dostępu do kabli, dostęp polega na „współkorzystaniu z kabli telekomunikacyjnych w budynku aż do [wyróżnienie nasze] zlokalizowanego w budynku lub poza nim punktu ich połączenia z publiczną siecią telekomunikacyjną, w tym udostępnianiu całości lub części kabla, w szczególności włókna światłowodowego” (art. 139 ust. 1 pkt 2 lit. a Pt). Punkt połączenia z publiczną siecią telekomunikacyjną, a zatem i przełącznica, pozostają w tym przypadku poza zakresem udzielanego dostępu. Ponadto, dostęp, o którym mowa w art. 139 ust. 1 pkt 2 lit. a Pt, dotyczy wyłącznie kabli, zatem OK powinien we własnym zakresie ustalić z zarządcą budynku, w którym miejscu w budynku może umieścić swoje urządzenia. OU nie musi pośredniczyć w tych ustaleniach ani być w nie zaangażowany, wbrew innemu rozumieniu tej kwestii, ujętemu na str. 16 projektowanych decyzji.
90. Z kolei w art. 139 ust. 1 pkt 3 Pt zagadnienie własności kabli nie jest poruszone. Dostęp udzielony na podstawie tego przepisu dotyczy zatem, a contrario, kabli, które nie stanowią własności przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, lecz np. właściciela budynku. W takim przypadku dostęp

³⁹ S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz. Wyd. 4, Warszawa 2019.

⁴⁰ Str. 19 projektowanych decyzji.

polega na „możliwości korzystania z a) instalacji telekomunikacyjnej budynku (...)”, a także „b) punktu połączenia instalacji telekomunikacyjnej budynku z publiczną siecią telekomunikacyjną”.

91. W związku z powyższym, schemat instalacji telekomunikacyjnej budynku, ujęty na str. 19 projektów decyzji, nie oddaje należycie omówionych powyżej różnic pomiędzy art. 139 ust. 1 pkt 2 a pkt 3 Pt. Prezes UKE powinien zatem określić:
- 1) czym różni się współkorzystanie z kabla, którego właścicielem jest przedsiębiorca telekomunikacyjny (lub na podstawie przepisów prawa, wyroku sądu lub decyzji przedsiębiorca ten miał prawo umieszczenia infrastruktury na nieruchomości, nad nią lub pod nią), od umożliwienia korzystania z kabla, którego właścicielem jest podmiot inny,
 - 2) w jakich przypadkach Prezes UKE uznaje, że dany przedsiębiorca telekomunikacyjny na podstawie przepisów prawa miał prawo umieszczenia infrastruktury na nieruchomości na nieruchomości, nad nią lub pod nią – w uzasadnieniach decyzji Prezes UKE wskazuje jedynie, że takim przypadkiem nie jest każdy przypadek, gdy przedsiębiorca buduje infrastrukturę zgodnie z przepisami prawa⁴¹, lecz nie podaje konkretnego przykładu sytuacji, gdy taki przypadek zaistnieje,
 - 3) w jaki sposób ustalane będą opłaty za dostęp do kabli, gdy nie stanowią one własności OU,
 - 4) dodatkowe etapy procedury dostępu do kabli, które uwzględnią to, że dostęp do kabla telekomunikacyjnego powinien być w niektórych przypadkach uzgadniany z właścicielem tego kabla (w taki sposób, aby uchronić OU przed ewentualnymi roszczeniami właściciela kabla), a także, iż to z zarządcą nieruchomości OK powinien ustalać miejsce umieszczania swoich urządzeń służących do skorzystania z udostępnionego kabla.
92. Projekty decyzji powinny zatem **różnicować zakres dostępu** udzielanego OK, w zależności od konkretnej podstawy prawnej, na którą powołuje się ten operator.
93. W obu ww. przypadkach, tj. w przypadku dostępu udzielanego na podstawie art. 139 ust. 1 pkt 2 i 3 Pt, OK powinien wykazać spełnienie następujących przesłanek: ekonomiczna nieopłacalność lub techniczna niemożliwość powielenia infrastruktury telekomunikacyjnej (kabla telekomunikacyjnego), a także realizacja szybkiej sieci telekomunikacyjnej przez OK. Ostatni z tych elementów powinien polegać na wykazaniu przez OK, że zawarł on rzeczywiście umowę o świadczeniu usług telekomunikacyjnych w zakresie szybkiej sieci telekomunikacyjnej. **Ekonomiczna nieopłacalność powinna być szczegółowo wykazana zgodnie z kryteriami wskazanymi na str. 7 projektów decyzji.**
94. Brak technicznej możliwości powielenia infrastruktury powinien być rozumiany przede wszystkim nie jako brak wolnych przestrzeni w kanalizacji telekomunikacyjnej budynku, lecz zgodnie z dotychczasową i utrwaloną praktyką orzeczniczą Prezesa UKE. Praktyka ta dowodzi, że w razie, gdy szyby instalacyjne i kanały nie mogą być wykorzystane ze względów technicznych, Prezes UKE uprawnia operatorów wnioskujących o dostęp do nieruchomości do wykonania kanalizacji telekomunikacyjnej budynku natynkowo⁴². Oznacza to, że nawet gdy w istniejącej kanalizacji telekomunikacyjnej brak jest wolnych przestrzeni, **dopiero brak możliwości wykonania własnej kanalizacji telekomunikacyjnej budynku, jak również ułożenia kabli bezpośrednio na elewacji wewnętrznej (natynkowo) mógłby oznaczać brak technicznej możliwości powielenia infrastruktury – przy założeniu, iż nie znajdują się inne, alternatywne rozwiązania.** Przywoływana już zasada zaufania do organów administracji wymaga, aby Prezes UKE nie zmieniał tej utrwalonej linii orzeczniczej.
95. Zapisy obecnie proponowane przez Prezesa UKE, dotyczące technicznej niemożliwości powielenia infrastruktury, w rażący sposób naruszają art. 12 dyrektywy ramowej, jak również sam art. 139 Pt, którego jedną z przesłanek jest „**techniczna niemożliwość**”. PIKE też zauważa, iż Prezes UKE sięga do komentarza prof. dr hab. Stanisław Piątka usiłując poszerzyć zakres interpretacji pojęcia „technicznej niemożliwości”, o sytuacje, w których „rozwiązania techniczne pozostawałyby w dysproporcji do materialnego efektu uzyskanego w wyniku wytworzenia nowej instalacji” (ten sam zapis: S.Piątek „Prawo telekomunikacyjne. Komentarz”, Warszawa 2019).

⁴¹ Str. 8 projektowanych decyzji.

⁴² M.in. decyzje DHRT.WWM.6171.59.2016.52, DHRT.WWM.6171.115.2018.15, DHRT.WWM.6171.13.2016.46.

96. Nawet jednak gdyby przyjąć taką poszerzoną interpretację „technicznej możliwości”, co PIKE kwestionuje, to nie sposób argumentować, iż przesłanka ta jest spełniona w sytuacjach, w których kanalizacja telekomunikacyjna budynku nie posiada wolnych przestrzeni na umieszczenie kabli telekomunikacyjnych. Wynika to chociażby z faktu, iż przedsiębiorcy telekomunikacyjni nierzadko spotykają się z sytuacją, w której w kontekście przygotowania do okablowania nowego budynku, brak jest dostatecznej przestrzeni w kanalizacji telekomunikacyjnej w tymże budynku. Nie stanowi dla nich jakiegokolwiek problemu dobudowanie własnej kanalizacji, bądź też ułożenie kabli na elewacjach wewnętrznych, jeśli istnieje taka potrzeba. **Oba rozwiązania są zupełnie standardowe**, w związku z ich nieskomplikowaniem i niskimi kosztami realizacji. W związku z tym, nie sposób poszerzyć zakresu interpretacji pojęcia „technicznej niemożliwości”, ani nawet cytatu prof. S. Piątka, o sytuacji, w których kanalizacja telekomunikacyjna budynku nie posiada wolnych przestrzeni na umieszczenie kabli telekomunikacyjnych.

IV.5. Oferta ramowa i nieważność projektowanych decyzji

97. Najpoważniejszym formalnym zarzutem dotyczącym projektowanych decyzji jest ich nieważność ze względu na brak podstawy prawnej do jej wydania. Nieważność projektowanego rozstrzygnięcia, w jego obecnym kształcie, będzie wynikała z nałożenia na regulowanych Operatorów **obowiązku stosowania Warunków Dostępu, określonych przez Prezesa UKE, w przypadku wszystkich nieruchomości, w których prowadzą oni działalność** – zamiast w odniesieniu do pojedynczej, konkretnej nieruchomości.
98. Należy zauważyć, że art. 139 ust. 1b Pt **nie dotyczy innego typu dostępu niż dostęp, o którym mowa w art. 139 ust. 1 Pt**. Z kolei w art. 139 ust. 1 Pt mowa jest o „dostęp[ie] do infrastruktury telekomunikacyjnej i nieruchomości, w tym do budynku” – do jednej nieruchomości, jednego budynku – tego budynku, którego dotyczy wniosek innego przedsiębiorcy (lub innych zainteresowanych podmiotów). Prezes UKE ma zatem kompetencje do wydania decyzji ustalającej warunki zapewnienia dostępu, o którym mowa w ust. 1 – ale **nie istnieje podstawa prawna do wydania decyzji dotyczącej wszystkich nieruchomości danego przedsiębiorcy i to niezależnie od tego, czy jakkolwiek podmiot złożył kiedykolwiek wniosek o dostęp do takiej nieruchomości, czy też nie**.
99. Co więcej, przywołany w podstawie prawnej projektowanych decyzji art. 139 ust. 4 Pt odsyła do odpowiedniego stosowania przepisów art. 27-30, art. 31 ust. 1 oraz art. 33 Pt. Przepisy te dotyczą konkretnych umów dotyczących zapewnienia dostępu. Przepis art. 139 ust. 4 Pt nie zawiera odesłania do odpowiedniego stosowania art. 42 i 43 Pt, określających zasady wydawania decyzji zatwierdzających ofertę ramową. Tymczasem projektowane decyzje ustanawiają ramowe warunki dostępu do kabli telekomunikacyjnych we wszystkich nieruchomościach, w których regulowani Operatorzy prowadzą działalność.
100. Projektowane decyzje w istocie nakładają na regulowanych Operatorów obowiązek stosowania oferty ramowej, bez przeprowadzenia analizy rynku i bez wyznaczania żadnego z nich jako posiadającego SMP. Sam art. 139 ust. 1b Pt dotyczy możliwości określenia przez Prezesa UKE jedynie warunków dostępu do konkretnej nieruchomości, po przedstawieniu przez danego przedsiębiorcę informacji w sprawie warunków zapewnienia dostępu, w trybie art. 139 ust. 1a Pt.
101. Prawdliwość wskazanego zarzutu potwierdza również prof. dr hab. Stanisław Piątek, który wskazał w komentarzu do art. 139 Pt, że:

*„Prezes UKE może wezwać przedsiębiorcę telekomunikacyjnego do przedstawienia informacji w sprawie warunków dostępu do nieruchomości (budynek) lub infrastruktury telekomunikacyjnej. Kompetencja ta dotyczy warunków dostępu do konkretnych nieruchomości (budynek) i infrastruktury, która się na tych nieruchomościach znajduje. Zarówno sposób określenia obowiązku przedsiębiorcy w ust. 1, jak i okoliczność[.] iż warunki dostępu do poszczególnych nieruchomości są zróżnicowane, przemawiają za **wykonywaniem przez Prezesa UKE kompetencji określonej w ust. 1a w odniesieniu do poszczególnych obiektów, a nie zbiorczo** [wyróżnienie nasze] w stosunku do wszystkich nieruchomości, na których przedsiębiorca prowadzi działalność telekomunikacyjną. Żądanie informacji w sprawie warunków zapewnienia dostępu powinno wskazywać nieruchomość (budynek) i ewentualnie elementy infrastruktury objęte żądaniem, a także termin przedstawienia informacji”⁴³.*

⁴³ S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz. Wyd. 3, Warszawa 2013.

102. PIKE przy tym podkreśla, iż zmiana stanowiska w najnowszym Komentarzu ww. Autora z 2019 r., w odniesieniu do tego konkretnego i kluczowego zagadnienia, nastąpiła, jak się zdaje, pod wpływem *Stanowiska dot. art. 139 Pt⁴⁴*, a nie pod wpływem prawa UE, orzecznictwa, czy też innych obiektywnych przyczyn. Profesor Piątek, podążając za własną wiedzą i przekonaniem, art. 139 ust. 1a i 1b Pt interpretował w 2013 r. w sposób przedstawiony powyżej.
103. Ponadto, na Prezesie UKE, jako na organie administracji, spoczywa obowiązek zapewniania pośredniego skutku dyrektywom unijnym, czyli wykładni przepisów w zgodzie z prawem UE. Prezes UKE w projektach decyzji wskazuje, że art. 139 Pt stanowi transpozycję art. 12 ust. 1 i 2 dyrektywy ramowej. Przepis art. 139 Pt należy zatem wyklądać w zgodzie z dyrektywą ramową.
104. Już literalne brzmienie art. 12 dyrektywy ramowej wskazuje, że **wyłącznie w przypadku konkretnych nieruchomości** możliwe jest nakładanie obowiązków w zakresie kolokacji i współużytkowania elementów sieci i urządzeń towarzyszących. W art. 12 ust. 1 dyrektywy ramowej mowa jest o tym, że:
- „1. W przypadku, gdy [...] przedsiębiorstwo udostępniające sieci łączności elektronicznej ma prawo instalowania urządzeń na, nad lub pod własnością publiczną lub prywatną, lub jeżeli może ono korzystać z procedury wywłaszczenia lub z użytkowania nieruchomości, krajowe organy regulacyjne, uwzględniając w pełni zasadę proporcjonalności, mogą narzucić współużytkowanie **tych** urządzeń lub **tej** nieruchomości [...]”*
- (ang. „**such** facilities or property” [wyróżnienie nasze], niem. „die gemeinsame Nutzung **dieser** Einrichtungen oder Grundstücke vorschreiben” [wyróżnienie nasze])
105. Taki wniosek wypływa również z logiki przepisu. Przepis art. 12 ust. 2 dyrektywy ramowej stanowi:
- „2. Państwa członkowskie mogą wymagać, aby posiadacze praw, o których mowa w ust. 1, współużytkowali urządzenia lub nieruchomości (łącznie z fizyczną kolokacją), lub podjęli środki ułatwiające koordynację robót publicznych w celu ochrony środowiska, zdrowia publicznego, **bezpieczeństwa publicznego lub w celu realizacji założeń planowania przestrzennego** [wyróżnienie nasze] i wyłącznie po upływie odpowiedniego terminu wyznaczonego na przeprowadzenie konsultacji społecznych, podczas których wszystkie zainteresowane strony mogą przedstawić swoje stanowisko. [...]”*
106. O ile w przypadku ochrony środowiska i zdrowia publicznego można przytaczać różne argumenty, o tyle oczywistym jest, że kwestie bezpieczeństwa publicznego, a już na pewno **założeń planowania przestrzennego są zróżnicowane terytorialnie**. Nie można zatem narzucać ramowych warunków dostępu do infrastruktury obowiązujących na obszarze większym niż jedna nieruchomość.
107. Podobnie w przypadku art. 12 ust. 3 dyrektywy ramowej, który przewiduje już konkretnie możliwość nałożenia obowiązku udostępniania okablowania, mowa jest o tym, że:
- „3. [...] obowiązku związanego z udostępnianiem okablowania wewnątrz budynków lub okablowania na odcinku do pierwszego punktu koncentracji lub dystrybucji, jeżeli znajduje się on poza budynkiem, na posiadacza praw, o których mowa w ust. 1, lub na właściciela takiego okablowania, jeżeli jest to uzasadnione na tej podstawie, że powielanie takiej infrastruktury byłoby **niewydajne ekonomicznie lub fizycznie niewykonalne** [wyróżnienia nasze]. Tego typu ustalenia dotyczące współużytkowania lub koordynacji mogą obejmować przepisy dotyczące rozkładania kosztów współużytkowania urządzeń lub nieruchomości dostosowane w razie potrzeby do **stopnia ryzyka** [wyróżnienie nasze]. [...]”*
108. Niewydajność ekonomiczną, fizyczną niewykonalność lub stopień ryzyka siłą rzeczy można również oceniać wyłącznie w odniesieniu do konkretnej nieruchomości. Z logiki regulacji wynika zatem, że wydanie decyzji dotyczącej wszystkich nieruchomości byłoby sprzeczne z art. 12 dyrektywy ramowej.
109. Decyzje regulujące dostęp do infrastruktury telekomunikacyjnej w zakresie kabli telekomunikacyjnych powinny być zatem wydawane w oparciu o **kryteria, których spełnienie można oceniać wyłącznie w odniesieniu do konkretnego przypadku** i konkretnej nieruchomości. Kryteria powinny determinować również zakres zobowiązania przedsiębiorcy zapewniającego dostęp.

⁴⁴ Stanowisko Prezesa UKE w sprawie wdrożenia obowiązku umożliwienia dostępu do nieruchomości, w tym budynków oraz infrastruktury telekomunikacyjnej, Warszawa, wrzesień 2013 r.

110. Co więcej, Prezes UKE w projektowanych decyzjach całkowicie pomija znaczenie art. 9 dyrektywy kosztowej dla interpretacji art. 139 ust. 1 pkt 3 Pt, który transponuje ten przepis dyrektywy do polskiego porządku prawnego. Kabel telekomunikacyjny w budynku wielorodzinnym nie stanowi wewnątrzbudynkowej infrastruktury technicznej w rozumieniu dyrektywy kosztowej. Przepis art. 9 tej dyrektywy nie umożliwia nałożenia obowiązków związanych ze stosowaniem oferty ramowej lub podobnego środka, który dotyczyłby każdej nieruchomości i każdej wewnątrzbudynkowej infrastruktury technicznej. Przepis ten jedynie umożliwia właściwemu organowi rozstrzygnięcie indywidualnych sporów.
111. Jedną z podstaw stwierdzenia nieważności jest wydanie decyzji w sferze regulowanej prawem administracyjnym, **dającym upoważnienie do zastosowania decyzji jako prawnej formy działania administracji publicznej, ale w odniesieniu do innych stanów faktycznych niż występujące w danej sprawie** (por. wyrok NSA z 9.6.1997 r., SA/Ka 2492/95), przywołany w komentarzu do KPA⁴⁵ pod red. prof. zw. dr. hab. Marka Wierzbowskiego i prof. dr. hab. Aleksandry Wiktorowskiej⁴⁶.
112. Powyższe znajduje zastosowanie na gruncie przedmiotowych spraw, ponieważ na gruncie art. 139 Pt Prezes UKE jest uprawniony do wydawania decyzji określającej ramowe warunki dostępu do kabli telekomunikacyjnych znajdujących się na określonej nieruchomości, w razie występowania sporów w tym zakresie. **Prezes UKE nie jest natomiast uprawniony do wydawania decyzji określających ramowe warunki dostępu do kabli telekomunikacyjnych zainstalowanych na dowolnej nieruchomości OU, gdy dodatkowo w przypadku dostępu do takich kabli nie zaistniały w przeszłości żadne spory.**

V. Kwestie proceduralne

V.1. Naruszenie zasady zaufania

113. Projektowane decyzje naruszają art. 8 KPA oraz art. 12 i art. 14 UPP w zw. z art. 107 § 1 pkt 6 i § 3 KPA. Przepisy te formułują zasadę prowadzenia postępowania w sposób budzący zaufanie uczestników postępowania do władzy publicznej, stanowiącą jedną z cech demokratycznego państwa prawa. Nakładają przy tym na Organ jednoznaczny obowiązek nie odstępowania od utrwalonej praktyki rozstrzygania spraw w takim samym stanie faktycznym i prawnym bez uzasadnionej przyczyny. Skorelowane są one z art. 107 KPA konstytuującym wymogi, jakim winno odpowiadać uzasadnienie decyzji, pozwalając na zweryfikowanie stronom i organowi wyższego rzędu, iż zasada ta została w toku postępowania przez organ zrealizowana. Wyrazem tej zasady oprócz powołanych powyżej przepisów jest również art. 10 ust. 2 Europejskiego Kodeksu Dobrej Administracji w myśl którego: „Urzędnik uwzględnia uzasadnione i słuszne oczekiwania jednostki, które wynikają z działań podejmowanych przez daną instytucję w przeszłości”⁴⁷. Ponadto, zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 1 lit. e Pt „*Organy właściwe w sprawach telekomunikacji prowadzą politykę regulacyjną, mając na celu w szczególności wspieranie konkurencji w zakresie dostarczania sieci telekomunikacyjnych, udogodnień towarzyszących lub świadczenia usług telekomunikacyjnych, w tym **zapewnienie przewidywalności regulacyjnej*** [wyróżnienie nasze]”.
114. Zasady te w projektowanych decyzjach nie zostały uwzględnione. W *Stanowisku dot. art. 139 Pt* Prezes UKE, definiując swe obowiązki wynikające z art. 139 Pt, wskazuje wyraźnie, iż: „**w zakresie warunków dostępu do konkretnych nieruchomości (w tym budynków) oraz infrastruktury telekomunikacyjnej zasadą winna być współpraca stron w oparciu o umowy zawierane dobrowolnie, natomiast interwencje Prezesa UKE powinny być ograniczone do wyjątkowych wypadków, związanych z blokowaniem dostępu do nieruchomości (w tym budynków) oraz do infrastruktury telekomunikacyjnej**”⁴⁸. Zastrzegając, że PIKE nie zgadza się ze wszystkimi twierdzeniami ujętymi w ww. *Stanowisku*, należy tym niemniej podkreślić, że przynajmniej w zakresie

⁴⁵ Ustawa – Kodeks postępowania administracyjnego.

⁴⁶ *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz* red. prof. zw. dr. hab. Marek Wierzbowski, red. prof. dr. hab. Aleksandra Wiktorowska, Warszawa 2018 r.

⁴⁷ Europejski Kodeks Dobrej Administracji, wprowadzenie, tekst i komentarz o zastosowaniu kodeksu w warunkach polskich procedur administracyjnych, wydanie VI, Jerzy Świątkiewicz, Biuro RPO, Warszawa, marzec 2007 r.

⁴⁸ *Stanowisko dot. art. 139 Pt*, str. 5.

przyczyn podjęcia interwencji przedsiębiorca telekomunikacyjny miał prawo oczekiwać, iż Stanowisko to będzie – w braku odmiennych stanowisk czy interpretacji – podtrzymane przez Prezesa UKE w projektowanych decyzjach.

115. Projektowane decyzje są pierwszymi wydawanymi przez Prezesa UKE w oparciu o art. 139 ust. 1 b Pt, nie zmienia to jednak faktu, iż Prezes UKE **winien na zasadzie analogii z art. 8 § 2 KPA i art. 14 UPP, a także na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 lit. 3 Pt stosować opublikowaną przez siebie wykładnię art. 139 Pt.**
116. W pierwszej kolejności Prezes UKE powinien zatem zrezygnować z wydania projektowanych decyzji wobec braku blokowania dostępu do infrastruktury przez PIKE. Alternatywnie, jeżeli Prezes UKE postanowi wydać projektowane decyzje, PIKE postuluje, aby Prezes UKE zrealizował wyrażony w swoim stanowisku pogląd z 2013 r., zgodnie z którym *„wolne zasoby to zasoby, które nie są całkowicie wykorzystywane przez danego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, nie są całkowicie objęte zatwierdzonym planem wykorzystania w okresie najbliższych 18 miesięcy, ani nie są całkowicie wykorzystywane przez inne podmioty na potrzeby prowadzonej przez nie działalności telekomunikacyjnej”*⁴⁹.

V.2. Rygor natychmiastowej wykonalności i okres przejściowy

117. W związku z koniecznością zapewnienia proporcjonalnych i niedyskryminacyjnych warunków dostępu do kabli telekomunikacyjnych PIKE wnosi o **rezygnację z nadania projektowanym decyzjom rygoru natychmiastowej wykonalności** z następujących przyczyn:
- 1) żaden przedsiębiorca nie ubiegał się dotąd o dostęp do kabli telekomunikacyjnych PIKE w trybie art. 139 Pt, więc nadanie projektowanym decyzjom ww. rygoru nie jest rozwiązaniem, które jest pilne z punktu widzenia rynku i potrzeb abonentów,
 - 2) regulowani Operatorzy nie posiadają doświadczenia w udostępnianiu kabli telekomunikacyjnych i obsłudze zapytań o dostęp do nich wg narzucanych przez UKE formalności i procedur o których mowa w projektach decyzji, z groźbą kar za odstępowanie do nich lub nawet jednodniowe opóźnienia, więc nie posiada także zasobów infrastrukturalnych i osobowych umożliwiających sprawną obsługę zapytań, czy też sprawne świadczenie takiej usługi,
 - 3) wdrożenie obowiązków płynących z decyzji będzie wymagało kosztownych zmian organizacyjnych.
118. Z uwagi na powyższe istnieje także konieczność wprowadzenia do projektowanych decyzji odpowiednio długiego okresu dla regulowanych Operatorów na wdrożenie procedur związanych z realizacją projektowanych Warunków Dostępu. PIKE postuluje wprowadzenie **minimum 6-miesięcznego okresu przejściowego**, w którym będą oni mieć możliwość wdrożenia ww. procedur. W tym celu Prezes UKE powinien wprowadzić dodatkowy punkt w projektowanych decyzjach wskazujący, że regulowani Operatorzy mają obowiązek stosowania warunków dostępu do kabli telekomunikacyjnych w kształcie określonym w projektowanych decyzjach, tj. zawierania umów na warunkach określonych w decyzjach, po upływie 6 miesięcy od dnia ich wydania. O tym, że tego rodzaju postulat może być spełniony przez Prezesa UKE świadczy chociażby pkt III decyzji Prezesa UKE z dnia 11 września 2018 r. w sprawie nr DHRT.WIT.6082.3.2017.81.
119. Projektowane decyzje będą wydane w pakiecie sześciu identycznych niemal decyzji, przy czym decyzji tego typu nie było dotychczas w obrocie prawnym w Polsce. Przede wszystkim z tego względu wnosimy o wyraźne wskazanie w uzasadnieniu decyzji, że **ewentualne zastrzeżenia OK do realizacji postanowień Umów zawieranych będą podstawą do rozstrzygania sporów przez Prezesa UKE w trybie art. 139 ust. 4 Pt, a nie automatycznie – do nakładania grzywien na OU**. Na OU nie mogą spoczywać ryzyka wynikające z nadinterpretacji przepisów przez Prezesa UKE ani z precedensowego charakteru projektowanej decyzji.

V.3. Postępowanie konsolidacyjne

120. Należy zwrócić uwagę, że przed wydaniem decyzji w przedmiotowych postępowaniach Prezes UKE powinien przeprowadzić postępowanie konsolidacyjne. Planowane regulacje nie tylko mogą mieć

⁴⁹ Tamże.

wpływ, ale wywrą wpływ na stosunki handlowe między państwami członkowskimi, dlatego powinny zostać przedstawiona Komisji Europejskiej oraz BEREC i organom regulacyjnym w celu przedstawienia opinii, zgodnie z procedurą wynikającą z art. 18 ust. 1 Pt i następnych.

121. Przemawia choćby to, że projektowane decyzje dotyczą działalności prowadzonej przez regulowanych Operatorów na terytorium całego kraju, a zatem może w istotnym zakresie odbić się na ich działalności, co miałoby wpływ na ogólną sytuację na polskim rynku telekomunikacyjnym, a w efekcie – także na wymianę z państwami członkowskimi.
122. Proponowane decyzje wprowadzają **masowy produkt hurtowy zbliżony do LLU**, powodując negatywne konsekwencje na modele biznesowe niektórych przedsiębiorców telekomunikacyjnych w Polsce i w Unii Europejskiej. Podstawowym czynnikiem wyboru dla prowadzonych inwestycji przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych chcących wejść na inne rynki (np. rynek w Polsce) jest przede wszystkim możliwość uzyskania dostępu do istniejącej infrastruktury, oraz konieczność udzielania takiego dostępu, co wpływa na stosowany model biznesowy. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 sierpnia 2013 r. sygn. III SK 67/12 (OSNP 2014/6/93):
- „Wpływ decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na wymianę handlową między państwami członkowskimi ocenia się, uwzględniając w szczególności treść środka regulacyjnego zawartego w projekcie decyzji, jego cele, zakres zastosowania, charakter usług objętych środkiem, pozycję rynkową przedsiębiorców telekomunikacyjnych, których dotyczy decyzja oraz kontekst prawno-gospodarczy, w jakim dany środek regulacyjny miałby znaleźć zastosowanie.”
123. W świetle tego orzeczenia oraz praktyki decyzyjnej Komisji Europejskiej projektowane decyzje posiadają istotny wpływ na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi z tego powodu, że obejmują swoim zakresem przedsiębiorców telekomunikacyjnych, którzy posiadają ok. 2 871 000 abonentów, wg stanu na 2017 r. (UPC – 7,9 % użytkowników Internetu, Vectra – 4,0 % użytkowników Internetu, Netia (bez Polkomtel i Cyfrowego Polsatu) – 3,3 % użytkowników Internetu, Multimedia – 3,0 % użytkowników Internetu, Toya – ok. 0,8 % użytkowników Internetu, Inea – ok. 0,8 % użytkowników Internetu⁵⁰).
124. W wartościach bezwzględnych, tj. ilości subskrypcji stacjonarnego dostępu do Internetu, planowana regulacja obejmowałaby cały rynek stacjonarnego dostępu do Internetu (wszystkich abonentów) w takich krajach jak:
- 1) Węgry z 2 875 360 użytkownikami końcowymi (abonentami) stacjonarnego dostępu do Internetu (wg danych Komisji Europejskiej za 2017 r.),
 - 2) Austria z 2 523 053 użytkownikami końcowymi (abonentami) stacjonarnego dostępu do Internetu (wg danych Komisji Europejskiej za 2017 r.),
 - 3) Dania z 2 489 270 użytkownikami końcowymi (abonentami) stacjonarnego dostępu do Internetu (wg danych Komisji Europejskiej za 2017 r.),
125. Projektowana regulacja obejmowałaby większy rynek niż rynek stacjonarnego dostępu do Internetu w Bułgarii, Finlandii, Irlandii, Słowacji, na Litwie, Słowenii, Łotwie, Estonii, na Cyprze, Luksemburgu i Malcie (traktowane jako oddzielne rynki właściwe).
126. W efekcie, zakres użytkowników końcowych objętych planowaną regulacją stanowiłby 15. rynek telekomunikacyjny w Unii Europejskiej biorąc pod uwagę ilość użytkowników stacjonarnego dostępu do Internetu. Sama liczba użytkowników końcowych objętych planowaną regulacją potwierdza zatem konieczność i zasadność przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego.
127. Projektowana regulacja wpływa na decyzje przedsiębiorców telekomunikacyjnych z innych krajów Unii Europejskiej, ponieważ będą oni mieli możliwość wykorzystania infrastruktury swoich konkurentów w sposób masowy, zbliżony do usług BSA czy LLU na rynku obejmującym, co najmniej 2,871 mln abonentów. Innymi słowy, Prezes UKE w drodze projektowanych regulacji stworzy zupełnie nowy rynek dostępu do kabli wewnątrzbudynkowych w budynkach wielorodzinnych, większy niż połowa rynków lokalnych (krajowych) w Unii Europejskiej.

⁵⁰ Tak: str. 9 i 10 Raportu o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce w 2017 r., Warszawa, czerwiec 2018 r., Urząd Komunikacji Elektronicznej.

128. PIKE sygnalizuje także negatywne skutki braku przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego w sytuacji, gdy jest ono obligatoryjne. Ewentualna decyzja wydana bez przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego jest nieważna, zgodnie z dominującym poglądem wyrażonym w orzecznictwie (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 5 grudnia 2013 r., sygn. akt VI ACa 165/13, LEX nr 1483884; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 1 lutego 2012 r., sygn. akt VI ACa 909/11, LEX nr 1220722; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 15 listopada 2017 r. sygn. akt VII ACa 941/17 (LEX nr 2487722)).
129. Wydanie przez Prezesa UKE decyzji dotyczących zasad dostępu do kabli telekomunikacyjnych w budynkach wielorodzinnych, z pominięciem tego istotnego etapu, może skutkować wadą nieważności takich decyzji.
130. Co więcej, w przeszłości sam Prezes UKE uznawał, że decyzje wydawane na podstawie art. 139 Pt, wymagają przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego: w 2012 r. przeprowadził postępowanie konsolidacyjne dotyczące obowiązków nakładanych na podstawie tego przepisu na Telekomunikację Polską S.A. (C(2012)7164).
131. Krajowe organy regulacyjne innych państw członkowskich także prowadziły postępowanie konsolidacyjne dotyczące projektów rozstrzygnięć podejmowanych na podstawie przepisów implementujących art. 12 dyrektywy ramowej. Takie postępowanie przeprowadził m.in. regulator brytyjski w 2006 r. (C(2006)433), hiszpański w 2008 r. ((2008) D/207/207468), francuski w 2009 r. ((2009) D/8543) i chorwacki w 2014 r. (C(2014)2900). Przedmiotem postępowania konsolidacyjnego był również projekt decyzji włoskiego regulatora z 2013 r. („Chema di provvedimento Regolamentazione simmetrica in materia di accesso alle Infrastrutture fisiche di rete”), jak również regulatora francuskiego z 2015 r. („Décision de l'ARCEP sur les processus techniques et opérationnels de la mutualisation des réseaux de communications électroniques à très haut débit en fibre optique”). Podstawą prawną obu projektów były przepisy transponujące art. 12 dyrektywy ramowej.
132. W związku z powyższym z pewnością Prezes UKE powinien przeprowadzić postępowanie konsolidacyjne także i na gruncie niniejszej sprawy.

VI. Zakończenie

VI.1. Niezgodność art. 139 Pt z Konstytucją

133. Należy w tym miejscu także przywołać kwestię sprzecznego z Konstytucją trybu przyjęcia art. 139 ust. 1a-1c Pt. Szczegółowe uzasadnienie w tym zakresie zostało ujęte w piśmie PIKE z dnia 9 stycznia 2019 r. Wykazano w nim duże prawdopodobieństwo, że sąd stojący w obliczu wydania wyroku w oparciu o omawiane przepisy powinien w związku z art. 178 ust. 1 Konstytucji odmówić ich zastosowania albo wystąpić do TK⁵¹ z zapytaniem prawnym. Zgodnie tymczasem z treścią art. 190 ust. 3 Konstytucji RP przepisy art. 139 ust. 1a-1c Pt powinny utracić moc z chwilą ogłoszenia orzeczenia TK w sprawie jego niezgodności z Konstytucją. Z kolei uznanie niekonstytucyjności art. 139 ust. 1a-1c Pt stanowiących podstawę wydania decyzji przez Prezesa UKE, może skutkować powstaniem odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa w przypadku wydania i wykonania decyzji wydanych na podstawie tych przepisów.

VI.2. Niezgodność z prawem UE

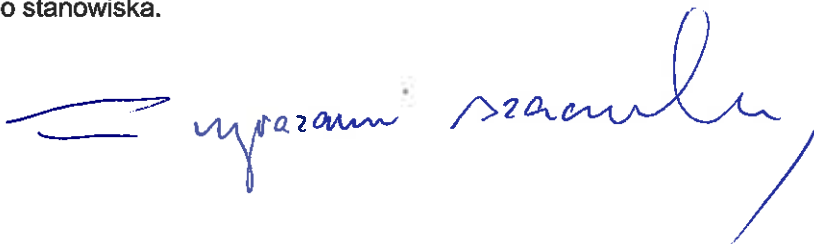
134. Niezależnie od powyższego, Prezes UKE powinien rozważyć wstrzymanie się z wydaniem projektowanych decyzji ze względu na jej niezgodność z prawem UE. Transpozycja przepisów dyrektyw unijnych do krajowego porządku prawnego jest zabiegiem legislacyjnym. Na państwach członkowskich ciąży jednakże szerszy obowiązek – obowiązek odpowiedniej implementacji przepisów dyrektyw, a zatem również i takiego stosowania przepisów transponujących przez organy państwowe, które będzie zgodne z prawem UE.

⁵¹ Trybunał Konstytucyjny.

135. W związku z tym, art. 139 Pt, interpretowany jako przepis dający podstawę do wydania decyzji w projektowanym kształcie, należy uznać za niezgodny z art. 12 i art. 8 ust. 5 lit. f dyrektywy ramowej oraz art. 8 ust. 3 dyrektywy o dostępie⁵², m.in. w zakresie, w którym przepis ten (a w szczególności art. 139 ust. 1 pkt 3 oraz ust. 1a-1c Pt) pozwalałaby na nałożenie symetrycznych obowiązków na operatorów:
- 1) niezależnie od istnienia sporów międzyoperatorskich lub wręcz pomimo przykładów dobrowolnej i satysfakcjonującej ich współpracy (niezgodność z zasadą proporcjonalności),
 - 2) w zakresie wszystkich nieruchomości, w odniesieniu do których dany operator prowadzi działalność (niezgodność z zasadą proporcjonalności),
 - 3) bez rozważenia mniej dotkliwych alternatyw (niezgodność z zasadą proporcjonalności),
 - 4) w zakresie oferty ramowej, o charakterze *ex ante*, bez przeprowadzenia analizy rynku i wyznaczania operatora SMP,
 - 5) niezależnie od źródła praw do instalowania urządzeń na danej nieruchomości,
 - 6) w zakresie dostępu telekomunikacyjnego zamiast współużytkowania,
 - 7) w zakresie doprowadzania kabla do lokalu Abonenta dla OK.
136. Ponadto, jedną z podstaw prawnych planowanych decyzji są przepisy art. 139 ust. 1 pkt 2 i 3 Pt, które zostały zmienione ustawą z dnia 9 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 903). Z uzasadnienia ustawy wynika, że zmiana ta służyła implementacji art. 9 dyrektywy kosztowej. Planowana regulacja, oparta o art. 139 ust. 1 pkt 3 Pt, byłaby niezgodna z art. 9 dyrektywy kosztowej, ponieważ w przepisie tym mowa jest o dostępie do wszelkiej istniejącej wewnątrzbudynkowej infrastruktury technicznej. Natomiast kable telekomunikacyjne w budynkach wielorodzinnych nie stanowią infrastruktury technicznej, w rozumieniu art. 2 pkt 2 dyrektywy kosztowej.
137. Prezes UKE powinien zatem powstrzymać się od wydania decyzji w zakresie, w którym jednoznacznie wykraczają one na wielu polach poza zakres art. 12 dyrektywy ramowej i art. 9 dyrektywy kosztowej, naruszając prawo UE. Szczegółowa argumentacja w tym zakresie została ujęta w odrębnym piśmie, które załączamy do niniejszego stanowiska.

Prezes Zarządu PIKE

Jerzy Straszewski



Załącznik:

- odpowiedź UKE na wniosek o udostępnienie informacji publicznej z 28.01.2019 r.,
- tabelaryczne zestawienie uwag szczegółowych do projektu decyzji,
- stanowisko PIKE dotyczące zgodności art. 139 Pt z prawem UE.

⁵² Dyrektywa 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (dyrektywa o dostępie).

Lp.	Postanowienie	Uwaga PIKE	Uzasadnienie uwagi
UWAGI HORYZONTALNE			
1		Projektowana decyzja przywołuje stanowisko Komisji Europejskiej ze sprawy EU – Pilot 7256/14/CNCT, chociaż stanowisko to nie zostało włączone do akt sprawy. Prezes UKE powinien zrezygnować z przywoływania tego stanowiska albo włączyć je do akt sprawy i tym samym umożliwić PIKE ustosunkowanie się do niego.	Projektowana decyzja narusza art. 107 § 1 pkt 6 i § 3 KPA ¹ w zw. z art. 75 KPA w zw. z art. 77 § 4 KPA oraz art. 9 KPA i art. 10 § 1 KPA poprzez powołanie się przez Prezesa UKE na str. 6 projektowanej decyzji na stanowisko Komisji Europejskiej ze sprawy EU – Pilot 7256/14/CNCT pomimo braku włączenia powyższych dokumentów do akt sprawy (nie zostały one wskazane wśród dokumentów włączonych do materiału dowodowego, czego wymaga art. 107 § 1 pkt 6 i § 3 KPA w zw. z art. 75 KPA), jak i powiadomienia o włączeniu tych dokumentów do akt sprawy (co wyraźnie wynika z obowiązków informacyjnych organu – art. 9 i art. 10 § 1 KPA), zaś w przypadku posiadania wiedzy o tym fakcie przez organ z urzędu, braku zakomunikowania o nich stronie (który to obowiązek wynika z art. 77 § 4 KPA).
2		Projektowana decyzja nie powinna zawierać obowiązku doprowadzenia przez OU kabla do lokalu Abonenta, o czym jest mowa w piśmie ogólnym. Jeżeli jednakże taki obowiązek został zawarty w decyzji, powinien on być chociaż <u>uzasadniony, z podaniem odpowiedniej argumentacji faktycznej i prawnej</u> , do której PIKE mogłoby się ustosunkować.	Projektowania decyzja narusza art. 107 § 1 pkt 6 i § 3 KPA w zakresie w jakim nie zawiera uzasadnienia dla obowiązku doprowadzenia kabla do lokalu abonenta przez PIKE dla konkurencyjnego operatora korzystającego. Obowiązek ten jest ustanowiony wyłącznie w Warunkach Dostępu (załącznik do projektowanej decyzji), w części dotyczącej opłat. W pkt 1.2. części III „Zasady rozliczeń” mowa jest bowiem o „jednorazowej opłacie za doprowadzenie kabla do lokalu abonenta”.
3		Projekt decyzji powinien przewidywać wprost (podobnie, jak w przypadku decyzji regulującej dostęp do kanalizacji kablowej i kanalizacji telekomunikacyjnej budynku (DHRT.WIT.6082.3.2017.81)), iż współpraca stron będzie polegać w pierwszej kolejności na zawarciu umowy ramowej, a następnie umów szczegółowych. Termin zawarcia takiej umowy „Zamówieniem”, aktualnie nazywanej „Zamówieniem”, powinien wynosić 30 dni.	Aktualnie projekt decyzji zakłada zawarcie „Umowy” o charakterze ramowym, w ramach której obsługiwane są „Zapytania” o dostępność kabli. Następnie OK może, w oparciu o „Zapytanie” złożyć „Zamówienie”, które jest w istocie niczym innym, jak umową szczegółową. Podmiotami takiej umowy szczegółowej, zwanej „Zamówieniem” są OU i OK, a przedmiotem – świadczenie usługi dostępu do konkretnego kabla telekomunikacyjnego. <u>Jest to świadczenie ciągłe, a nie jednorazowe „zamówienie”, które po jednorazowym działaniu przestaje wiązać strony.</u> W Części II, Rozdział 1, Podrozdział 1.2. ust. 9 przewidziano już nawet, że OK może wypowiedzieć „Zamówienie”. Stanowi to kolejny dowód na to, że konstrukcyjnie „Zamówienie” jest umową. Konsekwentnie, termin zawarcie takiej umowy powinien wynosić 30 dni, zgodnie z art. 139 ust. 2 Pt – co nie oznacza, że OK i OU nie będą mogli w praktyce zawrzeć umowy wcześniej, jeżeli będzie taka możliwość.
4		Wszystkie terminy określone w dniach powinny odnosić się do dni roboczych.	Terminy przewidziane w projekcie decyzji są bardzo ambitne, w związku z tym powinny być określone w dniach roboczych, aby uniknąć ich dodatkowego skracania o dwa dni weekendu. Przykładowo, zgodnie z ust. 4 w części II rozdział 1 pkt 1.2 „OU wskazuje szczegółowo braki, błędy lub niejasności w dostarczonych dokumentach i wzywa OK, w terminie do 3 (trzech) dni od otrzymania Zamówienia, do uzupełnienia, poprawienia lub udzielenia wyjaśnień”. Wykonanie tych zadań w ciągu jednego dnia roboczego (w

¹ Ustawa – Kodeks postępowania administracyjnego.

Uwagi PIKE do projektu decyzji DHRT.WIT.6082.1, 2, 3, 4, 5, 6.2018 – kable budynkowe – załącznik

Lp.	Postanowienie	Uwaga PIKE	Uzasadnienie uwagi
			przypadku otrzymania Zamówienia w piątek lub przed świętami) byłoby technicznie niemożliwe.
5		Wszystkie sformułowania „ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego” powinny zostać zamienione na sformułowania „ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego następującego po miesiącu”, w którym nastąpiło wydarzenie, którego dotyczy dany przepis.	Wszelkie terminy oznaczone jako kończące bieg w końcu miesiąca kalendarzowego powinny w istocie kończyć bieg z końcem miesiąca następującego po miesiącu, w którym nastąpiło wydarzenie, którego dotyczy dany przepis. W przeciwnym razie bieg terminu, który powinien trwać ok. 1 miesiąca, może w rzeczywistości trwać nawet jeden dzień, jeżeli wydarzenie to nastąpi pod koniec miesiąca.
6		PIKE wnosi o możliwość ewentualnego uzasadnienia wartości użytych w celu zasilenia Narzędzia do wyznaczania opłat poprzez odniesienie do kosztów elementów infrastruktury o tych samych bądź zbliżonych parametrach, które OU jest w stanie udokumentować i uzasadnić.	Odnosnie wymogu widniejącego w uzasadnieniu Decyzji, „ <i>kwoty, jakie są umieszczane przez OU w narzędziu, powinny być doprecyzowane jako te, które wynikają i są oparte na kosztach udokumentowanych, udowodnionych</i> ”, należy zauważyć, że OU nie zawsze będzie w stanie wyczerpująco zasilić narzędzie kwotami udokumentowanymi, np. za pomocą faktur. Będzie to mieć miejsce w szczególności w przypadku starszych inwestycji.
			DEFINICJE
7		PIKE postuluje dodanie do Warunków Dostępu następującej definicji: „ Dzień – dzień roboczy ”.	Terminy przewidziane w projekcie decyzji są bardzo ambitne, w związku z tym powinny być określone w dniach roboczych, aby uniknąć ich dodatkowego skracania o dwa dni weekendu, czy też świąt.
8		PIKE postuluje dodanie do Warunków Dostępu następującej definicji: „ Zamówienie – umowa szczegółowa zawarta pomiędzy OK a OU, dotycząca Kable telekomunikacyjnego znajdującego się w danym budynku wielorodzinnym, zawarta na podstawie Umowy i Zapytania, w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych Abonentowi w danym lokalu ”.	„Zamówienie”, które jest w istocie niczym innym, jak umową szczegółową. Szersza argumentacja w tym zakresie zawarta jest w uzasadnieniu uwagi nr 3 powyżej.
			CZĘŚĆ I – ZASADY OGÓLNE
9	Rozdział 1	PIKE postuluje nadanie pierwszemu zdaniu następującego brzmienia: „Przedmiotem Warunków Dostępu jest określenie zasad i warunków dostępu OK do Kable telekomunikacyjnego OU, w celu świadczenia przez OK usług telekomunikacyjnych dla danego Abonenta w danym lokalu”.	Abonent jest podmiotem, który jest stroną umowy o świadczenie na jego rzecz usług telekomunikacyjnych lub wnioskujący o zawarcie takiej umowy. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby jeden Abonent zawierał umowę dotyczącą wielu lokali, a nawet całego budynku np. kamienicy. Jeżeli punktem odniesienia dla Umowy i Zamówień byłaby umowa z Abonentem zamiast umowy z Abonentem dotyczącej określonego lokalu, wówczas w niektórych przypadkach zakresy pojedynczych Zamówień mogłyby być tak duże, że uniemożliwiłoby to dotrzymanie surowych terminów określonych w Warunkach Dostępu.
10	Rozdział 4	PIKE wnosi o dodanie następującego ustępu: „ W celu stwierdzenia, czy OK nie narusza postanowień Umowy lub Zamówienia, uprawnia się OU do przeprowadzania w każdym czasie kontroli ”.	OU, jako właściciel Kable telekomunikacyjnych lub podmiot zarządzający nimi powinien zachować prawo do kontroli nad stanem kabli oraz ich wykorzystywaniem przez OK.

Lp.	Postanowienie	Uwaga PIKE	Uzasadnienie uwagi
		wykorzystania Kabla telekomunikacyjnego w obecności przedstawiciela OK. W przypadku niestawienia się przedstawiciela OK we wskazanym przez OU terminie (nie krótszym niż 7 (siedem) dni od dnia zgłoszenia kontroli do OK), OU dokona kontroli jednostronnie”.	
11	Rozdział 4	PIKE wnosi o dodanie następującego ustępu: „W przypadku, gdy kontrola nie wykaze naruszeń postanowień Umowy lub Zamówienia, OU uiszcza na rzecz OK opłatę za obecność jego przedstawiciela, w wysokości opłaty pobieranej za godzinę Nadzoru OU, przemnożonej przez liczbę godzin trwania kontroli”.	Postanowienie to służy wyważeniu interesów OU i OK.
12	Rozdział 4	PIKE wnosi o dodanie następującego ustępu: „OK jest odpowiedzialny za zapewnienie sobie wstępu na teren nieruchomości, w tym do budynków na nich posadowionych, koniecznego do korzystania z Kabli telekomunikacyjnych OU. Przed przystąpieniem do robót, OK jest zobowiązany złożyć oświadczenie o zgodzie właściciela, użytkownika wieczystego lub zarządcy nieruchomości na wstęp na teren nieruchomości lub na instalowanie własnych urządzeń, w zależności od charakteru wykonywanych prac”.	Obowiązki ujęte w projekcie decyzji dotyczą zapewnienia dostępu do kabli, a nie do nieruchomości, co powinno znaleźć odzwierciedlenie w Warunkach Dostępu. Ponadto PIKE, jako właściciel kabla lub podmiot zarządzający kablem, powinien mieć możliwość uzyskania takiego oświadczenia, aby zminimalizować możliwość wystąpienia sporów z właścicielem lub zarządcą nieruchomości w zakresie dopuszczania do uczestnictwa w pracach na danej nieruchomości osób, na których obecność właściciel lub zarządca nieruchomości nie wyraził zgody. Jest to również istotne ze względu na ryzyko wyrządzenia przez pracowników OK ewentualnych szkód na nieruchomości, za co PIKE jako OU nie powinna ponosić odpowiedzialności.
13	Rozdział 4	PIKE wnosi o dodanie następującego ustępu: „Żadna ze Stron nie będzie odpowiedzialna za niewykonanie lub nienależyte wykonanie swoich zobowiązań wynikających z Umowy lub Zamówienia, jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie spowodowane będzie działaniem Siły Wyższej”.	Proponowana zmiana wydaje się nie wymagać dłuższego uzasadnienia, podobne postanowienia są powszechne w realiach rynkowych.
14	Rozdział 4	PIKE wnosi o dodanie następującego ustępu: „Przy wykonywaniu wszelkich prac w związku z korzystaniem z Kabli telekomunikacyjnych, OK zobowiązany do utrzymywania czystości i przywrócenia miejsca prac, w tym wszelkich instalacji telekomunikacyjnych, do stanu, w jakim je zastał – z uwzględnieniem zmian wynikających z realizacji Umowy lub Zamówień”.	Proponowana zmiana wydaje się nie wymagać dłuższego uzasadnienia, podobne postanowienia są powszechne w realiach rynkowych.

Uwagi PIKE do projektu decyzji DHRT.WIT.6082.1, 2, 3, 4, 5, 6.2018 – kable budynkowe – załącznik

Uwaga PIKE		Uzasadnienie uwagi
Lp.	Postanowienie	Uwaga PIKE
15	Rozdział 4	PIKE wnosi o dodanie następującego ustępu, np. jako ust. 9: „Strony zobowiązują się do dochowywania tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.
16	Rozdział 4, ust. 1	PIKE zwraca uwagę, iż ten ustęp jest zbyt nieprecyzyjny i będzie stwarzał ryzyko konfliktów międzyoperatorских, aniżeli im zapobiegał. Wprowadzenie zasady lojalności stron względem siebie budzi wątpliwości, ponieważ zazwyczaj będą one zasadniczo konkurentami. Trudno wskazać, na czym taka lojalność miałaby polegać, z pewnością nie byłoby zasadne choćby wymaganie od OU, aby informował OK o innych, potencjalnych OK, wykazujących zainteresowanie dostępem do kabli. Z kolei zakaz stosowania względem siebie nieuczciwych praktyk i postępowania zgodnie z zasadami współzależności społecznego wynika bezpośrednio z przepisów prawa.
17	Rozdział 4	PIKE wnosi o dodanie następującego ustępu: „Korzystanie przez OK z Kabli telekomunikacyjnych OU pozostaje bez uszczerbku dla uprawnień OU do przeprowadzania w każdym czasie kontroli stanu i wykorzystania Kabli telekomunikacyjnych.”.
18	Rozdział 4, ust. 6	PIKE postuluje nadanie ust. 6 następującego brzmienia: „Jeżeli w wyniku działań OK związanych z wykonywaniem Umowy wystąpią jakiegokolwiek uszkodzenia instalacji majątku OU bądź podmiotów trzecich, wówczas OK zobowiązuje się do zaspokojenia wszelkich roszczeń OU bądź podmiotów trzecich, mogących wynikać w związku z powstałymi uszkodzeniami. OK zobowiązuje się również do naprawienia wszelkich szkód infrastruktury telekomunikacyjnej OU dokonanej przez Abonenta OK”.
19	Rozdział 5	PIKE proponuje dodanie do Rozdziału 5 następującego ustępu: „Zamówienie zostanie zawarte na czas nieokreślony”.
20	Rozdział 5, ust. 2	PIKE postuluje nadanie ust. 2 następującego brzmienia: „KaŜda ze Stron moŜe wypowiedzieć ze skutkiem natychmiastowym Umowę lub Zamówienie Umowa wygasa—w przypadku wykreślenia OU z rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych prowadzonego przez Prezesa UKE lub utraty przez OK statusu podmiotu uprawnionego do Źądania dostępu do Kabla

Uwaga PIKE		Uzasadnienie uwagi	
Lp.	Postanowienie	Uwaga PIKE	
		telekomunikacyjnego na podstawie art. 139 ust. 1 Ustawy”.	
21	Rozdział 5, ust. 3	PIKE postuluje nadanie ust. 3 następującego brzmienia: „OK ma prawo wypowiedzieć Umowę lub Zamówienie w każdym czasie, z zachowaniem 1 (jedno) - miesięcznego okresu wypowiedzenia, ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego następującego po miesiącu, w którym OK złożył oświadczenie o wypowiedzeniu Umowy.”	Wszelkie terminy oznaczone jako kończące bieg w końcu miesiąca kalendarzowego powinny w istocie kończyć bieg z końcem miesiąca następującego po miesiącu, w którym nastąpiło wydarzenie, którego dotyczy dany przepis. W przeciwnym razie bieg terminu, który powinien trwać ok. 1 miesiąca, może w rzeczywistości trwać nawet jeden dzień, jeżeli wydarzenie to nastąpi pod koniec miesiąca. „Zamówienie” jest w istocie umową szczegółową. Proponowane postanowienie stanowi konsekwencję tego faktu.
22	Rozdział 5, ust. 4	PIKE wnosi o nadanie ust. 4 następującego brzmienia: „Rozwiązanie Umowy lub Zamówienia z zachowaniem okresu wypowiedzenia wymaga oświadczenia złożonego na piśmie pod rygorem nieważności.”	„Zamówienie” jest w istocie umową szczegółową. Proponowane postanowienie stanowi konsekwencję tego faktu.
23	Rozdział 5	PIKE wnosi o dodanie do Rozdziału 5 ustępu o następującym brzmieniu: „Jeżeli OK zlecił już przeprowadzenie czynności, za które przewidziana jest opłata, OK winien zwrócić które przewidziana jest opłata, OK winien zwrócić OU udokumentowane koszty poniesione w związku z przygotowaniem do realizacji tych czynności, w przypadku rozwiązania lub wygaśnięcia Umowy lub Zamówienia z przyczyn leżących po stronie OK”.	PIKE wnosi o doprecyzowanie tego ustępu, iż jeżeli OK już zlecił OU przeprowadzenie czynności, za które przewidziana jest opłata (np. Wzłj), OK winien uiścić opłaty przewidziane w Umowie niezależnie od wygaśnięcia Zamówień. Doprecyzowanie to uniknie sytuacji, gdy OU nie będzie w stanie odzyskać kosztów, które będzie zmuszony ponieść – np. w związku z faktem zlecenia czynności podwykonawcom.
24	Rozdział 5	PIKE wnosi o dodanie do Rozdziału 5 ustępu o następującym brzmieniu: „OU może wypowiedzieć Zamówienie w każdym czasie i ze skutkiem natychmiastowym w przypadkach, o których mowa w Części II Rozdział 4 ust. 4”. W przypadku wypowiedzenia Zamówienia z tych przyczyn, OU może odmówić zawarcia kolejnego Zamówienia na ten sam Kabel telekomunikacyjny, który został zwrócony, maksymalnie przez 6 (sześć) miesięcy od dnia zwrotu tego Kabela”.	PIKE postuluje dodanie możliwości wypowiedzenia Umowy przez OU w przypadku, gdy OU wezwał OK do zwrotu kabla w przypadkach wskazanych w części II rozdział 4 ust. 4. Rozwiązania dotyczące zwrotu kabla, przewidziane w części II rozdział 4 ust. 4, znajdują zastosowanie w sytuacji, gdy OK okazał się niewiarygodnym partnerem nienależycie wykonującym umowę, którego działania mogą narazić OU na realne straty. W takim przypadku nie jest zasadne, aby OU był związany z OK więzami Umowy o charakterze ramowym, ani szczegółowym.
25	Rozdział 5	PIKE wnosi o dodanie do Rozdziału 5 ustępu o następującym brzmieniu: „OU może wypowiedzieć Zamówienie z zachowaniem 1 (jedno) - miesięcznego okresu wypowiedzenia, ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego następującego po miesiącu, w którym OU złożył oświadczenie o wypowiedzeniu w	PIKE postuluje dodanie możliwości wypowiedzenia Umowy przez OU w przypadku, gdy OU wezwał OK do zwrotu kabla w przypadkach wskazanych w części II rozdział 4 ust. 4. Rozwiązania dotyczące zwrotu kabla, przewidziane w części II rozdział 4 ust. 5, znajdują zastosowanie w sytuacji, gdy OK okazał się niewiarygodnym partnerem. Nie są to sytuacje wymagające natychmiastowego działania, tym niemniej ich zaistnienie stanowi takie naruszenie zaufania w zakresie realizacji umowy, że OU powinien być

Uwagi PIKE do projektu decyzji DHRT.WIT.6082.1, 2, 3, 4, 5, 6.2018 – kable budynkowe – załącznik

Uwaga PIKE		Uzasadnienie uwagi
Lp.	Postanowienie	Uwaga PIKE
		przypadku, o którym mowa w Części II Rozdział 4 ust. 5".
26	Rozdział 6, ust. 1	W miejsce oświadczenia o dobrowolnym poddaniu się egzekucji, PIKE wnosi o dodanie w ust. 1 lit. c: „gwarancję ubezpieczeniową wystawioną przez towarzystwo ubezpieczeń spełniające wymogi zawarte w ustawie z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej („Gwarancja Ubezpieczeniowa”). Ponadto, PIKE wnosi o zawarcie następującego postanowienia powszechnie stosowanego w zamówieniach publicznych: „Z Gwarancji Bankowej lub Gwarancji Ubezpieczeniowej powinno wynikać jednoznacznie gwarantowanie wypłat należności w sposób nieodwołalny, bezwarunkowy i na pierwsze żądanie OU zawierające oświadczenie o okolicznościach stanowiących podstawę do żądania wypłaty należności. Dokument wniesienia zabezpieczenia nie może zawierać żadnych dodatkowych wymagań od OU lub osób trzecich, w tym składania jakichkolwiek dodatkowych oświadczeń, dokumentów (w tym protokołów odbioru), wezwań, dokonywania czynności, np. żądania pośrednictwa banku OU lub innej tego typu instytucji, poświadczania autentyczności podpisów”.
27	Rozdział 6, ust. 3	PIKE proponuje uprawnienie OU do wzywania OK do korekty wysokości zabezpieczenia nie częściej niż raz na miesiąc. PIKE zwraca uwagę, iż możliwość pierwszej korekty wysokości zabezpieczenia dopiero po 6 miesiącach spowoduje, że do tego czasu wysokość zabezpieczenia będzie zupełnie nieadekwatna do wartości Zamówień. Co za tym idzie, do tego czasu roszczenia OU nie będą niemalże zupełnie spełnione. W związku z tym, PIKE proponuje uprawnienie OU do wzywania OK do korekty wysokości zabezpieczenia i w czasie tych 6 miesięcy, lecz nie częściej niż raz na miesiąc. Takie rozwiązanie spowoduje bardziej adekwatne zabezpieczenie interesów OU w czasie tego okresu początkowego, równocześnie zaś limit jednego wezwania na miesiąc uniemożliwi OU bardziej częste wzywanie OK do korekt. Nie ma uzasadnienia, ażeby zmuszać OU do odstępowania od zabezpieczania swoich interesów finansowych. Fakt, iż OU nie był zmuszony do sięgania po nie w celu zaspokojenia swoich roszczeń, w żaden sposób nie wpływa na równowagę interesów
	Rozdział 6, ust. 6	PIKE wnosi o usunięcie tego zapisu.

Uwagi PIKE do projektu decyzji DHRT.WIT.6082.1, 2, 3, 4, 5, 6.2018 – kable budynkowe – załącznik

Lp.	Postanowienie	Uwaga PIKE	Uzasadnienie uwagi
			między Stronami, których zabezpieczenia mają strzec. Niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy oraz Zamówień może polegać na wielu zdarzeniach, nie tylko na wypadku zalegania przez OK z płatnościami.
Rozdział 7, ust. 1, lit. e		PIKE wnosi o wprowadzenie kary umownej za uszkodzenia całej instalacji telekomunikacyjnej OU, a nie tylko kabli telekomunikacyjnych. Kara umowna powinna zostać ustalona na poziomie <u>pieciokrotności</u> kosztów naprawy danego elementu instalacji.	Będzie to bardziej adekwatne zadośćuczynienie w szczególności w sytuacji, gdy uszkodzenie instalacji telekomunikacyjnej doprowadzi do opóźnienia lub wręcz niemożności podłączenia Abonenta przez OU. Utrata Abonenta i straty reputacyjne są kwestiami wymagającymi szczególnej uwagi i troski Stron, a obecny poziom kary nie będzie jej gwarantował.
Rozdział 7, ust. 2, lit. a		Odwołanie do Rozdziału 3 Podrozdziału 3.3 ust. 6 powinno zostać zmienione na odwołanie do Rozdziału 3 Podrozdziału 3.3 ust. 7, tj. „ <u>Czas usunięcia przyczyn Awarii nie powinien przekraczać 36 (trzydziestu sześciu) godzin od momentu zgłoszenia Awarii.</u> ”	Rozdziału 3 Podrozdziału 3.3 ust. 6 dotyczy przekazania OK przez OU przewidywanej daty i godziny rozpoczęcia naprawy.
Rozdział 7, ust. 2, lit. a		W odniesieniu do każdego dnia opóźnienia, o którym mowa w ostatnim wersie Rozdziału 7, ust. 2, lit. a, PIKE prosi o sprecyzowanie, że należy przez to rozumieć każdy dzień rozpoczęty.	Konieczne jest doprecyzowanie postanowienia, aby nie budziło ono wątpliwości w praktyce.
		CZĘŚĆ II – PROCEDURY DOSTĘPU	
Rozdział 1, Podrozdział 1.1, ust. 1		PIKE postuluje, aby: - część wspólna ust. 1 kończyła się zdaniem „OK zobowiązanych jest do: <u>wskazania w Zapytaniu</u> ” - lit. a rozpoczynała się od słów „ <u>szczegółowego wskazania w Zapytaniu</u> ”, - lit. b i c rozpoczynały się od słów „ <u>wskazania w Zapytaniu</u> ”, - dodać do wyliczenia lit. d o następującej treści: „ <u>przedstawienia oświadczenia Abonenta o zawarciu umowy z OK dotyczącej świadczenia usług w danym lokalu</u> ”.	PIKE zwraca uwagę, że ciężar dowodu w zakresie spełnienia przez OK przesłanek określonych w art. 139 ust. 1 Pt, jak podniesiono już w piśmie ogólnym, spoczywa na OK. OK powinien zatem przesłać te wykazać, a nie jedynie powołać się na nie. Ponadto, powinna istnieć możliwość weryfikacji, czy rzeczywiście cel umowy jest spełniony, czyli czy OK ubiega się o dostęp do kabla w celu świadczenie usług konkretnemu Abonentowi w konkretnym lokalu. W przeciwnym razie OK mógłby zajmować Kabel, uniemożliwiając świadczenie usług Abonentowi przez innych przedsiębiorców.
Rozdział 1, Podrozdział 1.1, ust. 1 lit. a		PIKE postuluje nadanie lit. a następującego brzmienia: „występujących w sprawie przesłanek wynikających z art. 139 ust. 1 Ustawy (realizacja szybkiej sieci telekomunikacyjnej w przypadku ubiegania się o dostęp określony w art. 139 ust. 1 pkt 2 i 3, a ponadto ekonomiczna nieopłacalność lub techniczna niemożliwość powielenia infrastruktury telekomunikacyjnej w przypadku ubiegania się o dostęp, o którym mowa w art. 139 ust. 1 pkt 2 lit. a	PIKE zwraca uwagę, iż przesłanką art. 139 ust 1 Pt, zarówno pkt 2) jak i 3), jest „powielenie infrastruktury telekomunikacyjnej byłoby ekonomicznie nieopłacalne lub technicznie niemożliwe (...) jeżeli wniosek o dostęp jest składany w celu realizacji szybkiej sieci telekomunikacyjnej w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych” (podkreślenia PIKE). Realizacja szybkiej sieci sama w sobie nie jest zatem wystarczającą przesłanką, a jedynie dopełniającą. Z kolei w przypadku ubiegania się o możliwość korzystania z punktu połączenia instalacji telekomunikacyjnej budynku z publiczną siecią

Uwagi PIKE do projektu decyzji DHRT.WIT.6082.1, 2, 3, 4, 5, 6.2018 – kable budynkowe – załącznik

Lp.	Postanowienie	Uwaga PIKE	Uzasadnienie uwagi
		lub art. 139 ust. 1 pkt 3 lit. a Pt lub realizacja szybkiej sieci-telekomunikacyjnej)	telekomunikacyjną na podstawie art. 139 ust. 1 pkt 3 lit. b Pt, przestanka realizacji szybkiej sieci będzie wystarczająca.
	Rozdział 1, Podrozdział 1.1, ust. 2	PIKE wnosi o sprecyzowanie, iż 3 dni, które OU ma na przekazanie OK informacji o wystąpieniu ewentualnych braków formalnych w Zapytaniu, są dniami roboczymi.	Uwaga zasadna na wypadek nieuwzględnienia uwagi dotyczącej zmiany wszystkich terminów określonych w dniach na dni robocze.
	Rozdział 1, Podrozdział 1.1, ust. 5	PIKE wnosi o nadanie ust. 5 następującego brzmienia: „W przypadku pozytywnej weryfikacji formalnej, OU, w terminie do 5 (pięciu) dni roboczych , licząc od dnia otrzymania przez OU kompletnego Zapytania, udziela OK pozytywnej albo negatywnej odpowiedzi na Zapytanie co do możliwości dostępu do Kabla telekomunikacyjnego dla lokalu określonego w Zapytaniu, albo informuje o konieczności przeprowadzenia Wizji . W pozytywnej odpowiedzi na Zapytanie OU wskazuje, czy Warunki dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej w zakresie Kabli telekomunikacyjnych istnieją konieczność przygotowania przez OK schematu połączenia Kabla telekomunikacyjnego z urządzeniami OK („Schemat”)”.	Zmiana jest wskazana, aby procedura regulowała każdy możliwy przebieg procedury.
	Rozdział 1, Podrozdział 1.1, ust. 6	PIKE wnosi o sprecyzowanie, że przypadku, gdy OU nie może wskazać możliwości technicznych udostępnienia Kabla telekomunikacyjnego bez przeprowadzenia Wizji, OU informuje OK o tym fakcie w terminie do 5 (pięciu) dni, licząc od dnia otrzymania przez OU kompletnego Zapytania, łącznie z propozycją terminu Wizji w terminie do 5 (pięciu) dni.	Propozycja doprecyzuje procedurę przeprowadzania Wizji.
	Rozdział 1, Podrozdział 1.1, ust. 7	PIKE wnosi o sprecyzowanie, iż 2 dni, które OU ma na przekazanie OK dokumentacji z przeprowadzonej Wizji, są dniami roboczymi.	Uwaga zasadna na wypadek nieuwzględnienia uwagi dotyczącej zmiany wszystkich terminów określonych w dniach na dni robocze.
	Rozdział 1, Podrozdział 1.1, ust. 8	PIKE wnosi o dodanie kolejnej przesłanki odmowy: „wskazany w Zapytaniu Kabel telekomunikacyjny ma nieuregulowaną sytuację prawną” .	Postanowienie to wzorowane jest na Podrozdziale 2.1. ust. 14 Oferty ROI. Możliwa jest sytuacja, gdy nie sposób byłoby jednoznacznie potwierdzić, kto jest w istocie właścicielem kabla. W takim przypadku nie sposób byłoby stwierdzić, na jakiej podstawie OK mógłby ubiegać się do dostępu do kabla – art. 139 ust. 1 pkt 2, czy art. 139 ust. 1 pkt 3 Pt, a zatem i jakie przesłanki powinny być spełnione, jak również w jakim zakresie dostęp mógłby być udzielony.

Lp.	Postanowienie	Uwaga PIKE	Uzasadnienie uwagi
	Rozdział 1, Podrozdział 1.1, ust. 8	PIKE wnosi o dodanie kolejnej przesłanki odmowy: „ <u>udostępnienie Kabla telekomunikacyjnego objętego Zapytaniem nie jest możliwe ze względu na jego aktualne wykorzystanie przez OU lub inny podmiot świadczący usługi telekomunikacyjne, lub dany kabel jest objęty planem wykorzystania w ciągu najbliższych 18 miesięcy</u> ”.	Powyższe sprecyzowanie odzwierciedli fakt, iż OU musi być uprawniony do udzielenia odmowy w sytuacji, gdy świadczy on usługi przy wykorzystaniu danego kabla, bądź gdy Abonent zwrócił się do niego o świadczenie tych usług, w wyniku czego nie będzie on w stanie udostępnić kabla OK. Zgodnie ze Stanowiskiem Prezesa UKE dot. art. 139 Pt z 2013 r. wolnym zasobem, który OU mógłby udostępnić, nie powinien być zasób objęty planem wykorzystania w ciągu najbliższych 18 miesięcy. Ponadto, nawet w przypadku operatora, którego UKE uznał za operatora SMP, w projekcie decyzji zawierającej ofertę ramową tego operatora, Prezes UKE dopuścił, aby operator ten nie udostępniał swoich zasobów, jeżeli są one objęte planem wykorzystania w danym roku kalendarzowym (projekt decyzji nr DHRT.WORK.6082.2.2018.XX). To rozumowanie tym bardziej powinno znaleźć zastosowanie w przypadku operatora, który nie został wyznaczony jako posiadający pozycję SMP.
	Rozdział 1, Podrozdział 1.1, ust. 8, lit. a	PIKE wnosi o nadanie lit. a następującego brzmienia: „ <u>udostępnienie Kabla telekomunikacyjnego objętego Zapytaniem nie jest możliwe ze względów technicznych, w szczególności z uwagi na zajętość kabla telekomunikacyjnego, w stopniu uniemożliwiającym jego udostępnienie OK architekturę sieci w danym budynku</u> ”.	W wielu budynkach, w których funkcjonują sieci kablowe CATV, architektura sieci wygląda inaczej niż ujęta w projekcie decyzji. W pionach budynków nie zawsze prowadzona jest wiązka kabli koncentrycznych, lecz możliwe jest prowadzenie jednego kabla, od którego prowadzone są odgałęzienia do poszczególnych lokali abonenckich. W powyższym przypadku zakończenia uniemożliwiają poprowadzenie sygnału takim kablem przez innego przedsiębiorcę. Mamy wówczas do czynienia z techniczną niemożliwością udostępnienia kabla, która wynika nie tyle z zajętości kabla (kabel w całości nie musi być wykorzystywany np. na wyższych kondygnacjach), ile ze specyficznej architektury sieci. Z powyższych względów projekt decyzji należy uzupełnić o możliwość odmowy udzielenia dostępu ze względu na architekturę sieci.
	Rozdział 1, Podrozdział 1.1, ust. 8, lit. c	PIKE postuluje nadanie lit. c następującego brzmienia: „nie są spełnione przesłanki wynikające z art. 139 ust. 1 Ustawy wskazane przez OK w Zapytaniu (realizacja szybkiej sieci telekomunikacyjnej w przypadku ubiegania się o dostęp określony w art. 139 ust. 1 pkt 2 i 3, a ponadto ekonomiczna nieopłacalność lub techniczna niemożliwość powielenia infrastruktury telekomunikacyjnej w przypadku ubiegania się o dostęp, o którym mowa w art. 139 ust. 1 pkt 2 lit. a lub art. 139 ust. 1 pkt 3 lit. a Pt lub realizacja szybkiej sieci telekomunikacyjnej)”	PIKE zwraca uwagę, iż przesłanką art. 139 ust 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne, zarówno pkt 2) jak i 3), jest „powielenie infrastruktury telekomunikacyjnej byłoby ekonomicznie nieopłacalne lub technicznie niemożliwe (...) jeżeli wniosek o dostęp jest składany w celu realizacji szybkiej sieci telekomunikacyjnej w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych” (podkreślenia PIKE). Realizacja szybkiej sieci sama w sobie nie jest zatem wystarczającą przesłanką, a jedynie dopełniającą.
	Rozdział 1, Podrozdział 1.1, ust. 10	PIKE wnosi o sprecyzowanie, iż w przypadku niezłożenia przez OK wniosku o przeprowadzenie Inspekcji w terminie do 7 dni od dnia przekazania przez OU odpowiedzi negatywnej, OU przestaje rozpatrywać Zapytanie.	Wskazane jest uregulowanie momentu zakończenia procedowania Zapytania, które może nie doprowadzić do uzyskania odpowiedzi pozytywnej, w przypadku braku wniosku o przeprowadzenie Inspekcji.

Uwagi PIKE do projektu decyzji DHRT.WIT.6082.1, 2, 3, 4, 5, 6.2018 – kable budynkowe – załącznik

Lp.	Postanowienie	Uwaga PIKE	Uzasadnienie uwagi
	Rozdział 1, Podrozdział 1.1, ust. 12	PIKE wnosi o sprecyzowanie, iż pracownik OK winien wylegitymować się za pomocą dowodu osobistego w celu ustalenia, iż osoby zgłoszone w Zgłoszeniu dostępu stawily się na miejsce Inspekcji, Wizji czy też Nadzoru.	PIKE zwraca uwagę, iż taka wykładnia wynika już z treści Zgłoszenia dostępu.
	Rozdział 1, Podrozdział 1.2, ust. 1	PIKE proponuje następującą zmianę: „W celu uzyskania dostępu do Kabla telekomunikacyjnego, OK składa do OU wniosek o zawarcie „Zamówienia na dostęp do Kabla telekomunikacyjnego w oparciu o Zapytanie” („Zamówienie”). Wzór formularza Zamówienia stanowi Załącznik nr 2 do Warunków Dostępu. Zamówienie powinno zostać zawarte przez Strony w terminie do 30 (trzydziestu) dni od dnia złożenia kompletnego formularza zamówienia ze Schematem, który uzyskał formalną akceptację OU. Jeżeli odpowiedź OU na Zapytanie wskazuje kilka rodzajów Kabli telekomunikacyjnych OU prowadzących do lokalu wskazanego w Zapytaniu lub kilka miejsc, w których OK może uzyskać dostęp do danego Kabla telekomunikacyjnego, wówczas OK w Zamówieniu wskazuje Kabel telekomunikacyjny, który zamierza wykorzystać lub miejsce, w którym dostęp ma być zapewniony.”	Uwaga stanowi konsekwencję uznania „Zamówienia” za umowę szczegółową.
	Rozdział 1, Podrozdział 1.2, ust. 2	Po zdaniu „Po upływie tego terminu OU nie gwarantuje możliwości dostępu do Kabla telekomunikacyjnego objętego Zapytaniem”, PIKE wnosi o dodanie: „w tym w przypadku, gdy przed upływem tego terminu zaistnieje którakolwiek z przesłanek z Rozdziału 1 Podrozdziału 1.1 ust. 8,”	Powyższa propozycja ma na celu uwzględnienie zmian w okoliczności, np. w związku z anulowaniem Zamówienia.
	Rozdział 1, Podrozdział 1.2, ust. 4	PIKE wnosi o sprecyzowanie, iż 3 dni, które OU ma od otrzymania Zamówienia na szczegółowe wskazanie braków, błędów lub niejasności w dostarczonych dokumentach i wezwanie OK do poprawienia tego Zamówienia lub udzielenia wyjaśnień, są dniami roboczymi.	Uwaga zgłoszona na wypadek nieuwzględnienia uwagi dotyczącej zmiany wszystkich terminów określonych w dniach na dni robocze.
	Rozdział 1, Podrozdział 1.2, ust. 5	PIKE proponuje następującą zmianę: „OK przesyła poprawione Zamówienie lub Schemat do OU niezwłocznie, ale nie później niż w terminie 3 (trzech)	Zmiana ma charakter redakcyjny.

Uwagi PIKE do projektu decyzji DHRT.WIT.6082.1, 2, 3, 4, 5, 6.2018 – kable budynkowe – załącznik

Lp.	Postanowienie	Uwaga PIKE	Uzasadnienie uwagi
		dni od otrzymania wezwania do uzupełnienia Zamówienia/Schematu.”	
	Rozdział 1, Podrozdział 1.2, ust. 6	PIKE proponuje następującą zmianę redakcyjną: „W przypadku, gdy OK nie uzupełni, nie poprawi lub nie udzieli wyjaśnień, o których mowa w ust. 4 w terminie wskazanym w ust. 5, bądź też Zamówienie zostanie złożone po przekroczeniu terminu, o którym mowa w ust. 2, Zamówienie to nie jest dalej procedowane i następuje jego zwrocenie ”.	PIKE proponuje powyższe zmiany w celu uniknięcia wątpliwości odnośnie do tego aspektu procedury dostępu.
	Rozdział 1, Podrozdział 1.2, ust. 7	PIKE proponuje następującą zmianę ust. 7: „OU potwierdza OK realizację dostępu do Kabla telekomunikacyjnego zgodnie z danymi wskazanymi w Zamówieniu w terminie 3 (trzech) dni od dnia jego pozytywnej weryfikacji, poprzez odesłanie do OK 2 (dwóch) egzemplarzy parafowanego formularza Zamówienia. OK jest zobowiązany niezwłocznie podpisać Zamówienie i odesłać je formie papierowej do OU. W przypadku nieodestania podpisanego Zamówienia, następuje zakończenie procesu udostępniania ”.	Zmiana jest konsekwencją uznania Zamówienia za umowę szczegółową.
	Rozdział 1, Podrozdział 1.2, ust. 8	PIKE proponuje następującą zmianę redakcyjną: „OK może anulować Zamówienie nie później niż na 2 (dwa) dni robocze przed rozpoczęciem prac instalacyjnych. ”	Uwaga zgłaszana na wypadek nie uwzględnienia uwagi, że wszystkie terminy w Warunkach Dostępu powinny być dniami roboczymi.
	Rozdział 1, Podrozdział 1.2, ust. 9	PIKE proponuje nadanie ust. 9 następującego brzmienia: „OK może zrezygnować z dostępu do Kabla telekomunikacyjnego realizowanego na podstawie zaakceptowanego Zamówienia z zachowaniem 1 (jedno)-miesięcznego okresu wypowiedzenia, ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego następującego po miesiącu, w którym OK złożył oświadczenie o wypowiedzeniu. ”	Wszelkie terminy oznaczone jako kończące bieg w końcu miesiąca kalendarzowego powinny w istocie kończyć bieg z końcem miesiąca następującego po miesiącu, w którym nastąpiło wydarzenie, którego dotyczy dany przepis. W przeciwnym razie bieg terminu, który powinien trwać ok. 1 miesiąca, może w rzeczywistości trwać nawet jeden dzień, jeżeli wydarzenie to nastąpi pod koniec miesiąca.
	Rozdział 2, ust. 1	PIKE wnosi, aby termin realizacji był wyznaczany od razu po potwierdzeniu przez OU realizacji dostępu, o którym mowa w Rozdziale 2, ust. 1. Jest to bowiem moment, w którym OU potwierdza pozytywną weryfikację Zamówienia i Schematu. W tym też momencie OK może złożyć Zgłoszenie dostępu, z	PIKE zwraca uwagę, iż fragment „z zastrzeżeniem postanowień wskazanych w Części II Rozdział 1 Podrozdział 1.2 ust. 4 – 6” oznacza, iż w praktyce termin realizacji Zamówienia, który OK ma wskazać w Zamówieniu, natomiast OU potwierdzić, będzie ulegał zmianom. Co więcej, będą to możliwe parokrotne zmiany, w zależności od tego, ile czasu zabierze Stronom wymiana, o której mowa w Części II Rozdziale 1 Podrozdziale 1.2 ust. 4 – 6.

Uwagi PIKE do projektu decyzji DHRT.WIT.6082.1, 2, 3, 4, 5, 6.2018 – kable budynkowe – załącznik

Lp.	Postanowienie	Uwaga PIKE	Uzasadnienie uwagi
		terminem realizacji Zamówienia, który w naturalny sposób byłby też datą udostępnienia kabla.	
Rozdział 3, Podrozdział 3.1		PIKE wskazuje na konieczność doprecyzowania terminów wykonania prac doraźnych.	Z Warunków Dostępu wynika, że prace doraźne są bardziej pilne niż prace planowe. Mogą one przybrać formę prac mających na celu usuwanie Awarii, ale mogą także dotyczyć pilnych napraw, które jednak Awarii nie stanowią. Warunki Dostępu nie precyzują, jakie są terminy wykonywania takich prac doraźnych.
Rozdział 3, Podrozdział 3.1, ust. 5 lit. a		PIKE postuluje nadanie lit. a następującego brzmienia: „anulowania Zgłoszenia dostępu nie później niż 2 (dwa) dni robocze przed planowanym terminem rozpoczęcia prac, za zwrotem kosztów związanych z realizacją anulowanego Zamówienia, chyba, że OU nie ponosi kosztów z tego tytułu”.	Zgłoszenie dostępu, w sposób oczywisty wiąże się z podjęciem przygotowań przez OU w tym zakresie, np. zleceniem robót podwykonawcom. Umowa z podwykonawcami może nie przewidywać możliwości tak późnego anulowania zamówionych prac. W związku z tym zasadne jest, aby w przypadku, gdy OK zgłasza dostęp, pokrył on koszty, które OU poniósł w związku z przygotowaniem do realizacji dostępu.
Rozdział 3, Podrozdział 3.2, ust. 4		PIKE postuluje nadanie ust. 4 następującego brzmienia: „W czasie wykonywania przez OK prac związanych z połączeniem/odłączeniem Kabla telekomunikacyjnego z urządzeniami OK, OU sprawuje Nadzór OU zgodnie ze Zgłoszeniem dostępu. W przypadku zaprzestania wykonywania Nadzoru przez OU, z zastrzeżeniem ust. 5, OK uprawniony jest do kontynuowania prac. Za okres nieobecności osób mających sprawować Nadzór OU, OU nie pobiera opłat za Nadzór OU”.	Ustęp 5 dotyczy sytuacji, gdy sprawujący Nadzór OU ma prawo wstrzymać prowadzenie prac przez OK. W przypadku, gdy sprawujący Nadzór ma prawo wstrzymać prowadzenie prac przez OK i zarazem wstrzymać wykonanie Nadzoru, OK nie może być uprawniony do kontynuowania prac.
Podrozdział 3.3, ust. 7		PIKE wnosi o sprecyzowanie, iż: „Komunikacja z Abonentem, czas oczekiwania na jego zgodę, jak również czas poprzedzający uzgodnione z Abonentem wejście do jego lokalu odpowiednio wydłużają termin podany w tym ustępie”.	Nie byłoby zasadne, aby do niezwykłe krótkiego czasu usuwania Awarii wliczany był czas reakcji Abonenta OK. Na te okoliczności PIKE nie będzie miała wpływu.
Podrozdział 3.3, ust. 9		PIKE proponuje następującą zmianę: „W przypadku stwierdzenia przez OK nieusunięcia Awarii, OK niezwłocznie, nie później niż jednak niż 24 (dwadzieścia cztery) godziny od momentu przesłania o otrzymaniu informacji, o której mowa w ust. 48, przesyła kolejne zgłoszenie Awarii, nadając jej ten sam numer zgłoszenia.”	PIKE rozumie, iż ustęp ten ma wychodzić naprzeciw sytuacjom, w których pomimo informacji od OU o usunięciu Awarii, Awaria ta pozostaje. W takiej sytuacji, OK ma obowiązek przesłania kolejnego zgłoszenia niezwłocznie, nie później niż jednak niż 24 godziny od momentu otrzymania informacji od OU, o której mowa w pierwszym zdaniu.

Uwagi PIKE do projektu decyzji DHRT.WIT.6082.1, 2, 3, 4, 5, 6.2018 – kable budynkowe – załącznik

Lp.	Postanowienie	Uwaga PIKE	Uzasadnienie uwagi
Podrozdział 3.3, ust. 12	PIKE wnosi o następujące zmiany w tym ustępie: „OU zwaśnia OK z 3 (trzy)-letniejże opłaty za dostęp do zeznazu za dzierżawę danego Kabla telekomunikacyjnego w sytuacji, gdy OK usunie Awarie, zgodnie z ust. 11 powyżej. OU zwaśnia OK z odpowiednio krótszego okresu opłaty za dostęp do danego Kabla telekomunikacyjnego, jeśli zwrot tego Kabla telekomunikacyjnego nastąpi przed upłynięciem okresu 3 lat.”	PIKE postuluje, aby nadać ust. 2 następujące brzmienie: „OK jest zobowiązany do zwrotu Kabla telekomunikacyjnego w przypadku niezwłocznie po zakończeniu umowy dotyczącej świadczenia usług telekomunikacyjnych na rzecz Abonenta OK”	OU powinien odzyskać kontrolę nad udostępnianymi kablami niezwłocznie po odpadnięciu celu udzielenia dostępu do kabla. W ten sposób OU będzie mógł choćby udzielić dostępu do kabla Innemu OK.
Rozdział 4, ust. 2	PIKE zwraca się z prośbą o nadanie ust. 10 zdanie drugie następującego brzmienia „W przypadku nieobecności jednej ze Stron OK, OU, druga Strona dokonuje jednostronnego odłączenia Kabla telekomunikacyjnego od urządzeń OK oraz podpisania Protokołu Odbioru Wykonanych Prac.	PIKE zwraca się z prośbą o nadanie ust. 11 zdanie drugie następującego brzmienia: „W takim przypadku OK nie będzie przysługiwało odszkodowanie z tytułu odłączenia Kabla telekomunikacyjnego przez OU od urządzeń OK, a OU będzie uprawniony do jednostronnego odłączenia Kabla telekomunikacyjnego od urządzeń OK oraz podpisania Protokołu Wykonanych Prac, zgodnie z ust. 10.”	PIKE proponuje, aby w przypadku, gdy OK nie stawi się w celu uczestniczenia w odłączaniu kabla, OU był uprawniony nie tylko do jednostronnego podpisania Protokołu Odbioru, lecz również do odłączenia kabla.
Rozdział 4, ust. 12, lit. b	PIKE wnosi o następującą zmianę w lit. b tego ustępu: „w przypadku braku odpowiedzi w terminie, o którym mowa w lit. a lub gdy w udzielonej odpowiedzi OK nie wykaże tytułu prawnego, z którego wynikałoby prawo do korzystania z danego Kabla telekomunikacyjnego OU, że uzyskał dostęp do Kabla telekomunikacyjnego zgodnie z Umową, OU wzywa OK, według wyboru OU, do natychmiastowego zwrotu	PIKE zwraca uwagę, iż proponowany przez Prezesa UKE przepis umożliwiałby OU jednostronne decydowanie o zwracaniu Kabla telekomunikacyjnego niezależnie od tego, czy obecnie umożliwił on świadczenie usług Abonentowi OK. PIKE zauważa, że nie to było intencją Prezesa UKE, co wynika chociażby ze zgoda odmiennego sformułowania tego przepisu na str. 43 uzasadnienia Projektu Decyzji Prezesa UKE, jak również w przyjętych już przez Prezesa UKE rozwiązaniach dotyczących infrastruktury technicznej.	PIKE zwraca uwagę, iż proponowany przez Prezesa UKE przepis umożliwiałby OU jednostronne decydowanie o zwracaniu Kabla telekomunikacyjnego niezależnie od tego, czy obecnie umożliwił on świadczenie usług Abonentowi OK. PIKE zauważa, że nie to było intencją Prezesa UKE, co wynika chociażby ze zgoda odmiennego sformułowania tego przepisu na str. 43 uzasadnienia Projektu Decyzji Prezesa UKE, jak również w przyjętych już przez Prezesa UKE rozwiązaniach dotyczących infrastruktury technicznej.

Uwagi PIKE do projektu decyzji DHRT.WIT.6082.1, 2, 3, 4, 5, 6.2018 – kable budynkowe – załącznik

Lp.	Postanowienie	Uwaga PIKE	Uzasadnienie uwagi
		<i>Kabla telekomunikacyjnego albo do złożenia Zapytania i jeśli OK uzyska odpowiedź pozytywną do złożenia Zamówienia”.</i>	
	Rozdział 1	PIKE wnosi o usunięcie lit. b, dotyczącej opłaty za doprowadzenie Kabla telekomunikacyjnego do lokalu Abonenta.	CZĘŚĆ III – ZASADY ROZLICZEN Dostęp, o którym mowa w art. 139 Pt, nie jest „dostępem telekomunikacyjnym”, w związku z czym art. 139 Pt nie jest podstawą prawną do nakładania na OU obowiązku doprowadzania kabla do lokalu Abonenta. Szczegółowa argumentacja w tym zakresie została ujęta w piśmie ogólnym. Dostęp, o którym mowa w art. 139 Pt, nie jest „dostępem telekomunikacyjnym”, w związku z czym art. 139 Pt nie jest podstawą prawną do nakładania na OU obowiązku doprowadzania kabla do lokalu Abonenta. Szczegółowa argumentacja w tym zakresie została ujęta w piśmie ogólnym. Dostęp, o którym mowa w art. 139 Pt, nie jest „dostępem telekomunikacyjnym”, w związku z czym art. 139 Pt nie jest podstawą prawną do nakładania na OU obowiązku doprowadzania kabla do lokalu Abonenta. Szczegółowa argumentacja w tym zakresie została ujęta w piśmie ogólnym.
	Rozdział 1, Podrozdział 1.2.	PIKE wnosi o nadanie tytułowi Podrozdziału 1.2. następującego brzmienia: „Opłata jednorazowa i miesięczna”	
	Rozdział 1, Podrozdział 1.2.	PIKE wnosi o nadanie zdaniu pierwszemu następującego brzmienia: „Wysokość opłaty jednorazowej za doprowadzenie Kabla telekomunikacyjnego do lokalu Abonenta oraz miesięcznych opłat za dostęp do Kabla telekomunikacyjnego zostanie określona przez OU z wykorzystaniem narzędzia, stanowiącego Załącznik nr 5 do Warunków Dostępu”.	
	Rozdział 2	PIKE wnosi o sprecyzowanie, do jakiego typu opłat mają zastosowanie zasady ujęte w niniejszym Rozdziale – tj. czy tylko do opłaty za dostęp do Kabla telekomunikacyjnego (opłata miesięczna), czy też do wszelkich opłat, w tym: opłaty za Wizję za każdą rozpoczętą godzinę, opłaty za Nadzór OU za każdą rozpoczętą godzinę, opłaty za każdą rozpoczętą godzinę, jak również opłat wynikających z kar umownych.	
	Rozdział 2, ust. 5	PIKE wnosi o sprecyzowanie, iż faktury mogą być wysyłane drogą elektroniczną.	Uwaga ma na celu ułatwienie wykonywania Zamówień.

Warszawa, 30 sierpnia 2018 r.

DHRT.WIT.0143.12.2018.2

Częściowa odpowiedź na wniosek z dnia 16 sierpnia 2018 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej: 16 sierpnia 2018 r.) (dalej „Wniosek”).

Wnioskodawca: Cezary Klepacki, Kancelaria Prawna Media s.c.
Miejscowość i kod pocztowy: ul. Łąkowa 21/17, 61-879 Poznań

<i>Podmiot udostępniający informację publiczną</i>	<i>Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej</i>	
<i>Imię i nazwisko osoby, która wytworzyła informację publiczną lub odpowiada za jej treść:</i> Luiza Czyż - Trzcianowska Dyrektor Departamentu Regulacji	<i>Telefon:</i> 22 53 49 440	<i>E –mail:</i> luiza.czyz-trzcianowska@uke.gov.pl
<i>Imię i nazwisko osoby, która udostępniła informację publiczną:</i> Monika Zapala – główny specjalista, Wydział Infrastruktury Technicznej Departament Regulacji	<i>Telefon:</i> 22 53 49 363	<i>E –mail:</i> monika.zapala@uke.gov.pl
<i>Forma przekazania informacji publicznej</i> Forma elektroniczna	<i>Poczta elektroniczna na adres e –mail:</i> cezary.klepacki@kancelaria.media.pl	
Zakres informacji: Udostępnienie informacji publicznej w następującym zakresie: 1. wskazanie, czy Urząd Komunikacji Elektronicznej (dalej „UKE”) prowadził analizę hurtowego rynku dostępu do kanalizacji telekomunikacyjnej budynku, kanalizacji kablowej pozabudynkowej, lub hurtowego rynku dostępu do kabli telekomunikacyjnych w budynkach w rozumieniu art. 21 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1907 ze zm., dalej „Pt”), a w przypadku odpowiedzi twierdzącej, przekazanie powstałej w ich wyniku dokumentacji, w szczególności wydanych w tych sprawach decyzji lub postanowień; 2. wskazanie, czy UKE dysponuje dokumentami lub danymi opisującymi polski rynek hurtowego dostępu do kanalizacji telekomunikacyjnej budynkowej lub kanalizacji kablowej pozabudynkowej, a w przypadku odpowiedzi twierdzącej, przekazanie danych dotyczących: a. ilości kanalizacji telekomunikacyjnej budynkowej i pozabudynkowej znajdującej się w dyspozycji przedsiębiorców telekomunikacyjnych, ze wskazaniem jaki procent tej kanalizacji znajduje się w dyspozycji 10 największych dysponentów,		



000002634113

b. ilości kanalizacji telekomunikacyjnej budynkowej i pozabudynkowej znajdującej się w dyspozycji podmiotów niebędących przedsiębiorcami, w szczególności dysponentów nieruchomości budynkowych, c. liczby umów o dostęp do kanalizacji telekomunikacyjnej budynkowej i pozabudynkowej zawartych między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, ze wskazaniem liczby tych umów zawartych przez 10 podmiotów o największej liczbie zawartych umów o dostęp do kanalizacji (biorców) oraz 10 podmiotów o największej liczbie zawartych umów o udzielenie dostępu do kanalizacji (dawców); d. liczby umów o dostęp do kanalizacji telekomunikacyjnej budynkowej i pozabudynkowej zawartych między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi a podmiotami niebędącymi przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, w szczególności dysponentami nieruchomości budynkowych. 3. wskazanie, czy UKE dysponuje dokumentami lub danymi opisującymi polski rynek hurtowego dostępu do słupów energetycznych na potrzeby budowy instalacji telekomunikacyjnych, w tym udostępnienie danych dotyczących: a. ilości infrastruktury słupowej dostępnej na te potrzeby, b. liczby umów zawartych o dostęp do tej infrastruktury ze wskazaniem ilości infrastruktury stanowiącej przedmiot udostępnienia.	
<i>Data udostępnienia informacji publicznej:</i> 30 sierpnia 2018 r.	<i>Uwagi:</i> Brak
<i>Treść udostępnianej informacji publicznej:</i> Informacja publiczna, która może zostać przekazana niezwłocznie: Pytanie nr 1: UKE nie prowadził analizy hurtowego rynku dostępu do kanalizacji telekomunikacyjnej budynku, kanalizacji kablowej pozabudynkowej, lub hurtowego rynku dostępu do kabli telekomunikacyjnych w budynkach w rozumieniu art. 21 ust. 1 Pt. Pytanie nr 2 lit. b: UKE nie dysponuje danymi dotyczącymi ilości kanalizacji telekomunikacyjnej budynkowej i pozabudynkowej znajdującej się w dyspozycji podmiotów niebędących przedsiębiorcami, w szczególności dysponentów nieruchomości budynkowych. Pytanie nr 2 lit. d: UKE nie dysponuje danymi dotyczącymi liczby umów o dostęp do kanalizacji telekomunikacyjnej budynkowej i pozabudynkowej zawartych między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi a podmiotami niebędącymi przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, w szczególności dysponentami nieruchomości budynkowych. Pytanie nr 3 lit. a: UKE nie dysponuje danymi dotyczącymi ilości infrastruktury słupowej dostępnej na potrzeby budowy instalacji telekomunikacyjnych. Zgodnie z art. 13 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1330 ze zm.) odpowiedź na pozostałe pytania zawarte we wniosku	

z dnia 16 sierpnia 2018 r. (z uwagi na czasochłonność zbierania danych) zostanie przekazana w odrębnym piśmie w terminie do dnia 16 października 2018 r.

Dane dotyczące wyłączenia jawności części lub całości informacji publicznej (zakres wyłączenia, podstawa prawna):

Wyłączenie jawności w zakresie udostępnianych ww. informacji nie występuje.

Dane dotyczące ewentualnych dodatkowych kosztów związanych ze wskazanym we wniosku sposobem udostępnienia, z koniecznością przekształcenia informacji publicznej w formę wskazaną we wniosku lub związane z warunkami ponownego wykorzystania informacji publicznej:

Dodatkowe koszty nie występują.

z up. Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej

Dyrektor Departamentu

Regulacji

Luiza Czyż-Trzcianowska

Warszawa, 28 stycznia 2019 r.

DHRT.WIT.0143.3.2019.4

Wniosek z dnia 15 stycznia 2019 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej: 15 stycznia 2019 r.), uzupełniony w dniu 25 stycznia 2019 r. (dalej „Wniosek”).

Wnioskodawca: Kinga Pawłowska-Nojszewska

<i>Podmiot udostępniający informację publiczną</i>		<i>Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej</i>	
<i>Imię i nazwisko osoby, która wytworzyła informację publiczną lub odpowiada za jej treść:</i> Luiza Czyż-Trzcianowska Dyrektor Departamentu Regulacji		<i>Telefon:</i> 22 53 49 384	<i>E –mail:</i> luiza.czyz-trzcianowska@uke.gov.pl
<i>Imię i nazwisko osoby, która udostępniła informację publiczną:</i> Filip Serbinowski – starszy specjalista, Wydział Infrastruktury Technicznej Departament Regulacji		<i>Telefon:</i> 22 53 49 260	<i>E –mail:</i> filip.serbinowski@uke.gov.pl
<i>Forma przekazania informacji publicznej</i> Forma elektroniczna		<i>Poczta elektroniczna na adres e –mail:</i> kinga.pawlowska@kancelaria.media.pl	
<i>Zakres informacji:</i> Udostępnienie informacji na temat liczby postępowań kiedykolwiek prowadzonych przez Prezesa UKE na podstawie art. 139 Pt (dowolnej jednostki redakcyjnej wchodzącej w zakres tego przepisu) dotyczących dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej INEA S.A. Vectra Investments sp. z o.o. sp. j., Multimedia Polska S.A., UPC Polska sp. z o.o., TOYA sp. z o.o. i Netia S.A. w zakresie kabli telekomunikacyjnych w budynkach wielorodzinnych.			
<i>Data udostępnienia informacji publicznej:</i> 28 stycznia 2019 r.		<i>Uwagi:</i> Brak	
<i>Treść udostępnianej informacji publicznej:</i> Obecnie prowadzone postępowania, wszczęte z urzędu w dniu 21 czerwca 2018 r. na podstawie art. 139 ust. 1b ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2018 r., poz. 1954 ze zm.), są jedynymi postępowaniami kiedykolwiek prowadzonymi przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej w przedmiocie dostępu do kabli telekomunikacyjnych wymienionych podmiotów.			



000003094463

Dane dotyczące wyłączenia jawności części lub całości informacji publicznej (zakres wyłączenia, podstawa prawna):

Wyłączenie jawności w zakresie udostępnianych informacji nie występuje.

Dane dotyczące ewentualnych dodatkowych kosztów związanych ze wskazanym we wniosku sposobem udostępnienia, z koniecznością przekształcenia informacji publicznej w formę wskazaną we wniosku lub związane z warunkami ponownego wykorzystania informacji publicznej:

Dodatkowe koszty nie występują.

z up. Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej

Dyrektor Departamentu

Regulacji

Luiza Czyż-Trzcianowska