

Łódź, 11 lutego 2019 r.

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

**Stanowisko konsultacyjne TOYA Sp. z o.o dotyczące projektu decyzji
w sprawie DHRT.WIT.6082.6.2018**

W związku z ogłoszeniem przez Prezesa UKE w dniu 10 stycznia 2019 r. projektu decyzji dotyczącej kabli telekomunikacyjnych w budynkach wielorodzinnych TOYA sp. z o.o. (TOYA), niniejszym przedstawiam nasze stanowisko.

TOYA zauważa, że w przedmiotowej sprawie otrzymała szereg zapytań od Prezesa UKE i podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w odpowiedziach. Historia korespondencji jest opisana w części wstępnej uzasadnienia Projektu Decyzji.

TOYA uważa, że przedmiotowa regulacja nie zrealizuje założonych celów, pozostaje w sprzeczności z zasadą proporcjonalności, jest niezgodna z zapisami art.139 Pt, niezgodna z art. 8 unijnej dyrektywy o dostępie oraz art. 12 dyrektywy ramowej. Ponadto nakłada na TOYA nadmierne obowiązki co spowoduje wzrost kosztów, ograniczenie przychodów i tym samym mniejsze możliwości inwestycyjne. **Zatem postulujemy zaniechania przedmiotowej regulacji.**

TOYA Sp. z o. o. | 90-554 Łódź | ul. Łąkowa 29 | tel.: 42 6333 888 | e-mail: info@toya.net.pl

NIP 725-00-13-208 | Nr KRS 0000062796 w Sądzie Rejonowym dla Łódź-Śródmieście w Łodzi, kapitał zakładowy 500 000 złotych.

G R U P A T O Y A



toya.net.pl



tvtoya.pl



toyastudios.pl



wytwornia.pl



kinowytwornia.pl



doubletreelodz.pl



www.mediahub.pl



I. Niezasadność regulacji i dyskryminacja TOYA.

1. Niezasadność regulacji.

W uzasadnieniu Projektu Decyzji Prezes UKE wymienia następujące cele regulacyjne, powołując się na ustawę – Prawo telekomunikacyjne (Pt):

„Prezes UKE podejmując rozstrzygnięcie w sprawie dokonał wnikliwej i wszechstronnej analizy dotyczącej celów regulacyjnych, którym Warunki Dostępu powinny odpowiadać. W pierwszej kolejności Prezes UKE miał na względzie cele Pt, określone w art. 1 ust. 2 Pt oraz cele polityki regulacyjnej Prezesa UKE, określone w art. 189 Pt.

Analizując cele Pt, należy wskazać, iż art. 1 ust. 2 Pt określa cele ustawy, jakimi są stworzenie warunków dla:

- a. wspierania równoprawnej i skutecznej konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych;*
- b. rozwoju i wykorzystania nowoczesnej infrastruktury telekomunikacyjnej;*
- c. zapewnienia ładu w gospodarce numeracją, częstotliwościami oraz zasobami orbitalnymi;*
- d. zapewnienia użytkownikom maksymalnych korzyści w zakresie różnorodności, ceny i jakości usług telekomunikacyjnych;*
- e. zapewnienia neutralności technologicznej;*
- f. zapewnienia użytkownikom końcowym będącym osobami niepełnosprawnymi dostępu do usług telekomunikacyjnych”.*

Pragniemy odnieść się do powyższych zapisów w świetle projektu decyzji będącej przedmiotem niniejszego stanowiska.

Ad. lit. a, d ,f.

Uważamy, że rynek usług telekomunikacyjnych w Polsce jest jednym z najbardziej konkurencyjnych w Europie. Na obszarach, na których TOYA posiada swoje sieci, głównie w dużych miastach, istnieje duża konkurencja operatorów zarówno ogólnopolskich np. Orange, Netia, UPC, jak również lokalnych. W ostatnim okresie zauważamy duży wzrost konkurencji w miastach ze strony platform satelitarnych i internetowych w zakresie telewizji oraz operatorów telefonii komórkowych w zakresie usługi dostępu do Internetu. Oferty szybkiego dostępu do Internetu w technologii LTE są coraz częściej pozbawione limitów i reklamowane jako substytut łączy stacjonarnych. Dodatkowo oferowane są routery umożliwiające podłączenie wszystkich urządzeń w domach Abonentów, co powoduje, że taka usługa jest postrzegana jako alternatywa dla usług świadczonych przez TOYA. Planowane inwestycje w sieć 5G spowodują, że substytucyjność sieci stacjonarnych i mobilnych znacznie wzrośnie.

Z danych UKE, opublikowanych w dniu 10 stycznia 2019 r. w związku z Konsultacją projektów rozstrzygnięć dla rynków 3a oraz 3b/2014, wskaźniki dotyczące posiadania Internetu i ilości podmiotów świadczących usługi telekomunikacyjne dla miast, w których TOYA świadczy usługi są następujące:



Il. Oper.	OPL	Penetracja	Brak dostępu	
KUTNO	9	20%	67%	5%
ŁÓDŹ	70	17%	82%	1%
PIOTRKÓW	17	24%	67%	3%
KRAKÓW	114	18%	69%	2%
PRZEMYŚL	20	25%	70%	3%

Z tabeli wynika dobitnie, że ilość podmiotów świadczących usługi telekomunikacyjne jest bardzo wysoka, OPL nadal posiada mocną pozycję, a penetracja usług dostępu do szerokopasmowego Internetu jest bardzo duża.

Z wielu analiz przeprowadzonych dla rynku europejskiego wynika także, że polscy operatorzy oferują najlepsze oferty w najniższych cenach.

Biorąc powyższe pod uwagę, w miastach, których TOYA świadczy usługi, nie widzimy problemów na rynku konsumenckim (detalicznym) w dostępie do usług telekomunikacyjnych, które rozwiązałaby proponowana regulacja.

Uważamy, że przedmiotowa regulacja nie wniesie konstruktywnych rozwiązań na rynku detalicznym i konsumenci nie odczują żadnych pozytywnych zmian.

Wobec spadania cen usług telekomunikacyjnych, ogromnej konkurencji oraz stałego podnoszenia jakości świadczonych usług przez TOYA, sprzeciwiamy się regulacji, która w efekcie podniesie koszty przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. Raport UKE opublikowany w czerwcu 2018 r. dotyczący stanu rynku telekomunikacyjnego w Polsce w 2017 pokazuje, że wartość rynku telekomunikacyjnego nie rośnie. A jednocześnie rosną nakłady inwestycyjne.

Przedsiębiorcy telekomunikacyjni oczekują zmian i regulacji które uproszczą działalność i obniżą jej koszty, a nie odwrotnie.

2. Równoprawność i dyskryminacja.

Prezes UKE planuje wydać identyczne niemal projekty decyzji, dotyczące sześciu przedsiębiorców telekomunikacyjnych, w tym TOYA, która jest najmniejszym z nich. Zatem naruszona jest zasada wspierania równoprawnej i skutecznej konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych zapisana w Pt. Uważamy, że jeżeli regulacja ma wejść w życie, to powinna dotyczyć wszystkich podmiotów świadczących usługi telekomunikacyjne.

Całkowity sprzeciw budzi brak regulacji firmy Orange Polska (OPL) w zakresie dostępu do kabli telekomunikacyjnych, biorąc pod uwagę plany częściowej deregulacji rynków 3a i 3b, czyli zwolnienie z konieczności świadczenia przez OPL usługi LLU w 51 gminach, a usługi BSA w 151 gminach.

Z powyższego wynika, że największy operator zasiedziały w Polsce na obszarze części kraju nie będzie objęty obowiązkiem regulacji w zakresie udostępniania kabli w budynkach. Zatem regulacja, która dotyczy tylko sześciu firm z kilku tysięcy zarejestrowanych podmiotów telekomunikacyjnych, z wyłączeniem OPL, wydaje się być wyjątkowo dyskryminująca TOYA i nadzwyczaj korzystna dla OPL.

Warto zauważyć, że projekty decyzji w postępowaniach dotyczących sześciu przedsiębiorców telekomunikacyjnych są identyczne i nie uwzględniają wielkości firm, nawet w przypadku narzucanych opłat. Uważamy, że koszty ogólne związane z

przedmiotową regulacją, a więc m.in. rozpatrywanie wniosków (zamówień), nadzór lub wizje lokalne są odwrotnie proporcjonalne do wielkości przedsiębiorcy – im mniejszy przedsiębiorca, tym wyższe koszty wiążą się ze świadczonymi pracami. W innym przypadku nie spełniony jest wymóg proporcjonalności. Konieczność wydzielenia struktur dla kontaktów z firmami chcącymi korzystać z kabli w budynkach, dla mniejszej firmy jest większym obciążeniem. Zatem jednakowe, zbyt niskie naszym zdaniem stawki nie pozwolą na zwrot poniesionych kosztów.

Warto zauważyć, że w dotychczasowej historii nie otrzymaliśmy nigdy od innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych zapytania o możliwość udostępnienia kabli w budynkach. Nie znane są nam przypadki sporów tej kwestii. Zatem dostęp do kabli nie jest kluczową sprawą, a tymczasem teraz ma ona być regulowana.

II. Zagrożony model biznesowy.

TOYA oferuje usługi telekomunikacyjne głównie w miastach dużej i średniej wielkości. Duża konkurencja powoduje, że penetracja usług z roku na rok maleje. Regulowany obowiązek udostępniania kabli w budynkach spowoduje obniżenie rentowności inwestycji telekomunikacyjnych. Proponowana przez UKE metoda obliczeń dotyczących stawek za udostępnianie kabli opiera się głównie na metodzie kosztowej wybudowania infrastruktury budynkowej.

TOYA jest dostawcą usług detalicznych i strategia działania jest oparta jedynie o przychody ze świadczonych usług detalicznych. Wobec braku w kalkulacji niezmiennie ważnego parametru – utracenia przychodów, uwzględniając jedynie koszt budowy infrastruktury, TOYA w przypadku udostępniania kabli w budynkach wielorodzinnych stosując się do proponowanych stawek w regulacji poniesie znaczne straty. Będzie to skutkowało koniecznością powiększania cen usług, co może nie być możliwe w związku z konkurencją. Zatem rentowność spadnie, co wpłynie na mniejsze zaangażowanie w nowe inwestycje, głównie zorientowane na obszary mniej zurbanizowane.

III. Narzędzie do wyznaczania opłat.

Uważamy, że zaproponowane narzędzie do wyznaczania opłat zawiera kilka uchybień:

- a. narzędzie dotyczy wyznaczania opłat dla pojedynczego budynku. Ze względu na ogromną ilość typów budynków, gdzie instalacja była wykonywana w różnym czasie na przestrzeni blisko 30 lat, w różnych technologiach i przy użyciu różnych materiałów proces składania ofert jest bardzo uciążliwy, kosztowny i wymaga wiele czasu;
- b. wysokość opłaty została uzależniona od liczby zakończeń sieci (gniazd), a nie aktywnych abonentów (należy zmienić definicję HC w arkuszu „Dane sieciowe bloki”);
- c. narzędzie narzuca typy budynków i modele obliczeń, jednakże nie zawiera wszystkich możliwych typów instalacji. Jednym z przykładów jest założenie, że w budynkach wyposażonych w sieć światłowodową występuje kabel łatwego dostępu, którego TOYA nie stosuje;
- d. do metody kosztowej, według nas, należy wprowadzić do obliczeń czas średniego życia Abonenta, średniego ARPU usług telekomunikacyjnych i wprowadzenia go do wzoru z obliczeniami, aby uwzględnić utracone korzyści.

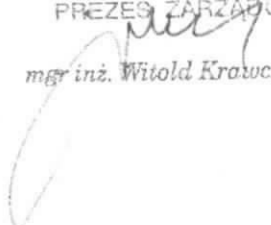


Do konsultacji UKE projektu decyzji dotyczącej kabli telekomunikacyjnych TOYA sp. z o.o. w budynkach wielorodzinnych, została dopuszczona PIKE, organizacja, której członkiem jest TOYA.

9 Załączone stanowisko PIKE wraz ze wszelkimi argumentami – w szczególności w ~~TOYA sp. z o.o. TOYA sp. z o.o. TOYA sp. z o.o.~~ zakresie niezgodności z prawem UE i z art. 139 Pt, sprawami proceduralnymi, naruszeniami zasady zaufania, uwagami dotyczącymi zapisów umów, niezgodnością z zasadą proporcjonalności, nieadekwatności ponoszonych kosztów - nasza firma przyjmuje jako własne.

Z poważaniem

PREZES Zarządu


mgr inż. Witold Krawczyk

DYREKTOR


mgr inż. Jacek Kobierzycki



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

Przewodny Panie Prezencie,

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/wgdruk/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** [wyróżnienie 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 nasze].”*

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 projektowanych 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 redu[k]cji 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

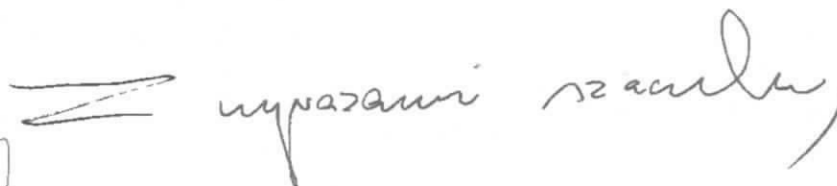
31. Przepis art. 139 ust. 1b Pt stanowi, że **Prezes UKE „może”** określić w decyzji warunki zapewnienia dostępu, o którym mowa w art. 139 ust. 1 Pt. Zatem nawet zwrócenie się do przedsiębiorców o informacje w trybie art. 139 ust. 1a Pt nie zobowiązuje Prezesa UKE do wydania decyzji.
32. Mając zatem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

Prezes Zarządu PIKE

Jerzy Straszewski

 wyrażam szacunek,

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:



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 tożsamesgo 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. Przestanki	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 **ustratę 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 zatrzęść**

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 przedsiębiorstw 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 usług 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 usług 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 **bezumowny 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 otrzymanych 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 bóle 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: „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 odstępianie 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 znajdą 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 jakiegokolwiek 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 Pt*⁴⁴, 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** [wyróżnienie 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 określających 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 odstąpienia 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 rozstrzygnięcia 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 miałyby 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

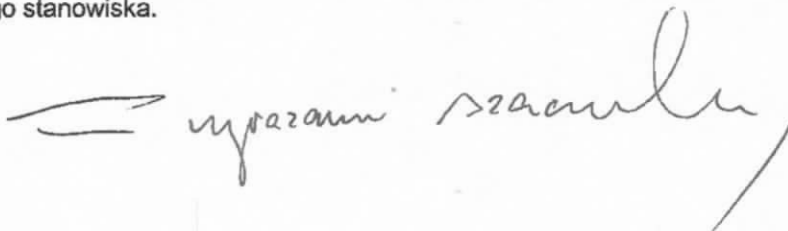
134. Niezależnie od powyższego, Prezes UKE powinien rozważyć wstrzymanie się z wydaniem projektowanych decyzji ze względu na jej niezgodność z prawem UE. Transpozycja przepisów dyrektyw unijnych do krajowego porządku prawnego jest zabiegiem legislacyjnym. Na państwach członkowskich ciąży jednakże szerszy 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).