



UPC Polska Sp. z o.o.
al. Jana Pawła II 27, 00-867 Warszawa, Polska

Warszawa, dnia 11 lutego 2019 r.

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

Strona UPC Polska sp. z o.o.
Al. Jana Pawła II 27, 00-867 Warszawa

Uczestnicy Polska Izba Komunikacji Elektroniczej
ul. Przemysłowa 30, 00-450 Warszawa

Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji
Al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa

Stanowisko konsultacyjne dotyczące projektu decyzji w sprawie DHRT.WIT.6082.2.2018

Wprowadzenie

Działając w imieniu UPC Polska (UPC) w pierwszej kolejności zwracamy uwagę, że projektowana decyzja nie powinna być wydana, ponieważ jej podstawą prawną ma być art. 139 ust. 1b ustawy – Prawo telekomunikacyjne (dalej: Pt) przyjęty przez Parlament RP **w trybie niezgodnym z Konstytucją RP**, co w przypadku orzeczenia niekonstytucyjności przez Trybunał Konstytucyjny może skutkować powstaniem odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa w przypadku wydania i wykonania decyzji wydanych na podstawie tych przepisów (szerzej patrz pkt IV.1) oraz szeregiem negatywnych skutków natury cywilnoprawnej zarówno dla operatorów jak i użytkowników końcowych.

Niezależnie od powyższego, regulacja objęta zakresem projektowanej decyzji nie powinna zostać wprowadzona, gdyż będzie prowadzić do wystąpienia skutków odwrotnych od celów polityki regulacyjnej Prezesa UKE, o których mowa w art. 189 ust. 2 Pt tj. do zniekształcenia i ograniczenia konkurencji, a także istotnego ograniczenia korzyści w zakresie cen oraz różnorodności i jakości usług dla użytkowników końcowych.

Projektowana regulacja jest w ocenie UPC bezprecedensową próbą rażącej dyskryminacji operatorów działających w technologii CATV, a ponadto została wydana jedynie do niektórych z nich, w tym UPC. Projektowaną decyzją Prezes UKE narusza prawo polskie i unijne, zmierza do uniemożliwienia UPC świadczenia usług detalicznych, a także stwarza instytucjonalne warunki do budowania i nadużywania pozycji dominującej przez operatorów zintegrowanych dysponujących własną ogólnopolską infrastrukturą stacjonarną i komórkową. Projektowane przez Prezesa UKE decyzje – ze względu na specyfikę technologii CATV w połączeniu z brakiem wymogu szczegółowego wykazywania przesłanek z art. 139 ust. 1 pkt 2 i 3 Pt przez OK – mają potencjalnie taką siłę rażenia, że w perspektywie czasu mogą zatrzeć fundamentami działalności gospodarczej prowadzonej przez operatorów CATV i doprowadzić do ich eliminacji z rynku. Tym samym projektowana decyzja pogłębi zapóźnienie Polski w stosunku do reszty Europy w zakresie rozwoju i dostępności infrastruktury stacjonarnej, stanowiącej kluczowy element technologii 5G.

Poniżej przedstawiamy listę szczegółowych zastrzeżeń. Zarzucamy projektowanej decyzji, że:

- 1) **Rażąco dyskryminuje operatorów w dwóch wymiarach:**
 - a) **technologicznym** - ignorując specyfikę technologii CATV, zgodnie z którą element infrastruktury, będący przedmiotem tej regulacji (kabel koncentryczny), **jest niepodzielny i nie można z niego współkorzystać**. Jak również fakt, że element infrastruktury objęty przedmiotową regulacją jest niezbędnym elementem sieci do świadczenia usług przez operatorów kablowych – pakietu bądź usług indywidualnych – użytkownikom końcowym,
 - b) **podmiotowym** - poprzez zaadresowanie projektowanej decyzji jedynie do **wybranych przedsiębiorców**, działających w technologii CATV,
- 2) **Rażąco narusza zasadę wolności działalności gospodarczej wyrażonej w art. 22 Konstytucji RP, poprzez to, że w wyniku planowanego ograniczenia duplikacji infrastruktury¹, UPC zostanie pozbawiona możliwości dysponowania elementem infrastruktury, który jest niezbędny do świadczenia usług na rzecz użytkowników końcowych. Może to wręcz prowadzić do wykluczenia UPC z rywalizacji rynkowej na wybranych obszarach.** Tak określony cel w odniesieniu do tego elementu infrastruktury jest nie tylko sprzeczny z celami EKŁE², ale prowadzi bezpośrednio do ograniczenia konkurencji i wyboru usług z punktu widzenia użytkownika;
- 3) **Pozbawia użytkowników końcowych możliwości równoległego korzystania jedynie z wybranych usług UPC**, mimo realnego wystąpienia popytu na nie. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, w której abonent konkurenta korzystającego z wydierżawionej przez UPC instalacji, chciałby, ze względu na różnicę parametrów usług, pozostać przy jednej z nich, a od UPC skorzystać równolegle z innej usługi lub usług;
- 4) **Tworzy warunki instytucjonalne do wzmacniania siły rynkowej operatorów konwergentnych (zintegrowanych)**, dysponujących własną ogólnopolską infrastrukturą stacjonarną i komórkową, ułatwiając im stosowanie praktyk ograniczających konkurencję, zniechęcając rynek do inwestowania w nowoczesną infrastrukturę i podnosząc bariery wejścia na rynek;
- 5) **Zobowiązuje UPC do udostępniania elementu sieci będącego przedmiotem projektowanej regulacji poniżej kosztów** i bez możliwości naliczenia marży. Narzędzie do wyznaczania opłat rażąco narusza prawa OU³: nie tylko wymaga znajomości danych historycznych, których nie sposób odtworzyć (koszty budowy niektórych fragmentów sieci zostały poniesione nawet 30 lat temu), nie uwzględnia stopnia ryzyka, o którym mowa w art. 139 ust. 4 pkt 3 Pt⁴ oraz nie przewiduje możliwości naliczenia rozsądnej marży, lecz nawet nie gwarantuje pełnego zwrotu kosztów (tam, gdzie można je określić);
- 6) **Zobowiązuje UPC do dodatkowego wysiłku inwestycyjnego i ponoszenia kosztów działalności gospodarczej konkurentów.** Treść projektowanej decyzji poza obowiązkiem udostępnienia poniżej kosztów, zmusza bowiem UPC do dobudowania na wniosek OK określonych przez niego elementów instalacji, co jest w ocenie UPC działaniem bez precedensu;
- 7) **Nie uwzględnia rozwijającej się współpracy międzyoperatorskiej, mającej na celu współinwestowanie w kanalizację wewnątrzbudynkową**, która umożliwia każdemu operatorowi położenie własnej instalacji w zależności od stosowanej technologii. Na rynku funkcjonuje szereg wielostronnych porozumień współinwestycyjnych, które obejmują nie tylko operatorów CATV, ale również m.in. OPL⁵;
- 8) **Nie uwzględnia obecnej sytuacji CATV oraz ryzyk związanych z wdrożeniem tej regulacji dla użytkowników końcowych** – naszych konsumentów, którzy tracą wybór oraz potencjalnie ciągłość usług. Ponieważ w przypadku UPC regulacja może dotyczyć sieci, które powstawały w okresie ostatnich 30 lat, a rynek nie dysponuje paszportyzacją tej infrastruktury, nie można

¹ Str. 16 projektu decyzji.

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiająca Europejski Kodeks Łączności Elektronicznej

³ Operator Udostępniający – zgodnie z terminologią projektowanej decyzji.

⁴ Ustawa – Prawo telekomunikacyjne, 00-867 Warszawa, wpisana do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla M. St. w Warszawie, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000273136.

⁵ Orange Polska S.A., NIP 526-24-61-79, Regon 14308978, kapitał zakładowy 110 000 000 PLN

wykluczyć, że w wyniku braku oznaczeń, są dziś klienci innych operatorów, którzy korzystają z usług na kablu UPC. Tej kwestii, ani jej potencjalnej skali na rynku Prezes UKE nie zbadał w toku postępowania;

- 9) **Pomija planowane wejście w życie w dniu 15 marca br. regulacji określającej warunki dostępu do neutralnej technologicznie kanalizacji wewnątrzbudynkowej**, pozwalającej na równoległe położenie instalacji operatora w dowolnej technologii;
- 10) **Narusza zasadę zaufania i przewidywalności polityki regulacyjnej**, opierając się na wykładni art. 139 Pt sprzecznej z wcześniejszym stanowiskiem Prezesa UKE, opublikowanym w 2013 r.;
- 11) **Wykracza poza zakres art. 139 Pt.** Stanowi zobowiązanie o charakterze oferty ramowej, nieuwzględniające szczególnych warunków dotyczących konkretnych lokalizacji, jak również do nadmiernie szeroko sformułowanego zakresu infrastruktury;
- 12) **Wykracza poza zakres art. 12 dyrektywy ramowej⁶ oraz art. 9 dyrektywy kosztowej⁷;**
- 13) **Ma charakter przedwczesny z uwagi na brak sporów dotyczących dostępu do kabli oraz toczące się prace legislacyjne dot. nowelizacji ustawy kosztowej, jak również nieproporcjonalny, w szczególności nie stanowiąc odpowiedzi na rzeczywiste problemy rynkowe, a także prowadząc do poważnego zaburzenia funkcjonowania rynku hurtowego dostępu w Polsce;**
- 14) **Pomija konsultacje deregulacji OPL na rynkach 3a i 3b, co nie pozostanie bez wpływu na pozycję operatorów CATV po ewentualnym wejściu w życie projektowanej regulacji. Gdyby Prezes UKE zdecydował się wydać wszystkie konsultowane aktualnie decyzje, sześciu operatorów średniej wielkości, w tym UPC, będzie zobowiązanych do zapewniania dostępu do swoich kabli w budynkach wielorodzinnych na obszarze całego kraju, podczas gdy największy operator zasiedziały na obszarze znacznej liczby gmin nie będzie objęty żadnymi obowiązkami regulacyjnymi w zakresie dotyczącym instalacji telekomunikacyjnej budynków;**

Wobec fundamentalnego charakteru powyższych zastrzeżeń, UPC wnosi o niewydawanie regulacji w zakresie objętym niniejszym projektem decyzji.

UPC, jako lider sektora kablowego, od lat wdraża przełomowe usługi o najwyższych parametrach na rynku i inwestuje wielokrotnie więcej jako procent od przychodów, niż tradycyjni operatorzy telekomunikacyjni. Dzięki temu stymuluje konkurencję i rozwój innowacyjnych usług, a klienci UPC korzystają z oferty o najlepszym na rynku stosunku ceny do jakości. Zadowolenie naszych klientów potwierdza najwyższy wskaźnik NPS („polecalność” usług przez klientów), spośród wszystkich naszych największych konkurentów, włączając operatorów komórkowych. **UPC kwestionując zasadność tego rozstrzygnięcia w całości, zwraca się do Prezesa UKE o rozpoczęcie dialogu, który pozwoli na likwidowanie barier inwestycyjnych i pozwoli niwelować zapóźnienie infrastrukturalne naszego kraju.**

⁶ Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej.

⁷ 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
UPC Polska Sp. z o.o. ul. Jana Pawła II 27, 00-867 Warszawa, Al. Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000273136,
NIP 526-24-61-791, Regon 016308978, kapitał zakładowy: 110 000 000 PLN



W dalszej części stanowiska, UPC przekazuje bardziej szczegółowe uwagi do projektowanej Decyzji. Z ostrożności procesowej, na wypadek, gdyby Prezes UKE, mimo zastrzeżeń UPC, dążył do wydania decyzji dotyczącej dostępu do kabli telekomunikacyjnych, UPC wnosi przede wszystkim o:

- 1) podjęcie współpracy roboczej nad **gruntowną przebudową narzędzia do wyznaczania opłat**, biorąc pod uwagę zastrzeżenia przedstawione w niniejszym piśmie,
- a także o wyraźne wskazanie w decyzji, że:
- 2) wywiera ona **skutki wyłącznie na przyszłość** i pozostaje bez uszczerbku dla umów i porozumień obowiązujących w dniu wydania decyzji,
- 3) ewentualne spory pomiędzy OK a OU w zakresie interpretacji Warunków Dostępu⁸ powinny być podstawą do wystąpienia do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji zastępującej umowę, a nie do automatycznego nałożenia grzywny na UPC. UPC nie powinno ponosić ryzyka związanego z niejasnością niektórych aspektów procedury ustanowionej przez Prezesa UKE.

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.

⁸ Załącznik nr 1 do projektu decyzji.



Spis treści

I. Rażąca dyskryminacja operatorów CATV	6
II. Niejasny cel i nieokreślone skutki regulacji	7
II.1. Ograniczenie duplikacji infrastruktury pogłębi zapóźnienie infrastrukturalne kraju.....	7
II.2. Konkurencja infrastrukturalna	8
II.3. Wzmocnienie siły rynkowej operatorów konwergentnych działających w oparciu o własne sieci stacjonarne i komórkowe	9
II.4. Skutki dla abonentów	10
II.5. Brak sporów dotyczących dostępu do kabli	10
II.6. Negatywny wpływ na modele biznesowe	11
II.7. Obowiązki OPL w świetle nowych regulacji Prezesa UKE	11
II.8. Niezgodność regulacji z zasadą proporcjonalności.....	12
III. Niezgodność projektowanej decyzji z art. 139 Pt i przepisami KPA	13
III.1. Definicje.....	13
III.2. Ciężar dowodu	14
III.3. Dostęp do infrastruktury a dostęp telekomunikacyjny	15
III.4. Przesłanki	16
III.5. Oferta ramowa i nieważność projektowanej decyzji	18
IV. Niezgodność z Konstytucją RP i niezgodność z prawem UE	21
IV.1. Niezgodność art. 139 Pt z Konstytucją RP	21
IV.2. Niezgodność z prawem UE	21
V. Kwestie proceduralne.....	22
V.1. Naruszenie zasady zaufania	22
V.2. Rygor natychmiastowej wykonalności i okres przejściowy	23
V.3. Postępowanie konsolidacyjne	23
VI. Koszty i opłaty	25
VI.1. Narzędzie do wyznaczania opłat	25
VI.2. Opłata za Nadzór, Opłata za Wizję	26
VI.3. Opłaty nieuwzględniające sytuacji OU	27
ZAŁĄCZNIKI	28

I. Rażąca dyskryminacja operatorów CATV

1. UPC nie są znane powody uzasadniające wprowadzenie całkowicie nowej regulacji o charakterze symetrycznym **tylko i wyłącznie dla sześciu przedsiębiorców telekomunikacyjnych w Polsce** (Netia S.A., UPC Polska sp. z o.o., Multimedia Polska S.A., „Vectra Investments” sp. z o.o. sp. j., INEA S.A., TOYA sp. z o.o.), podczas gdy inni przedsiębiorcy telekomunikacyjni, pomimo posiadania licznych zasobów, nie będą zobowiązani do jej przestrzegania. Podejście takie jest dyskryminujące dla wybranej grupy podmiotów, gdyż tylko te podmioty zobowiązane są do stosowania warunków nałożonych decyzją Prezesa UKE, a pozostałe nie, mimo, że są bezpośrednimi konkurentami podmiotów objętych planowaną regulacją. Kwestia równego traktowania podmiotów została **również podkreślona przez Komisję Europejską w decyzji w sprawie PL/2012/1364**.
2. 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 UPC** (i pozostałych pięciu operatorów CATV),
 - 2) w odniesieniu do dostępu do kabli telekomunikacyjnych UPC (ani pozostałych pięciu operatorów CATV) przed Prezesem UKE nigdy nie toczyły się spory,
 - 3) operatorzy zawierają między sobą dobrowolne porozumienia wspóln inwestycyjne, czego Prezes UKE ma pełną świadomość – jest o tym mowa choćby w *Analizie EY z 2017 r.*⁹
3. 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 technologii CATV**. Tymczasem kable koncentryczne wykorzystywane w tej technologii, charakteryzują się tym, że 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 decyzję, 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 świadczenia 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, gdy tymczasem Prezes UKE otwarcie zmierza do ograniczenia duplikacji infrastruktury.
4. Kabel koncentryczny jest dla operatora CATV absolutnie niezbędny do świadczenia usług i do realizacji planu biznesowego – albo operator CATV ma dostęp do kabla i świadczy usługi (lub kabel pozostaje w gotowości do podjęcia świadczenia usług), albo go traci. Udzielenie dostępu do kabla oznacza **utratę możliwości świadczenia usług**, a tym samym utratę zasobu, który jest podstawą funkcjonowania operatora CATV.

⁹ *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.*

5. Prezes UKE powinien wziąć pod uwagę zasady wskazane w preambule UPP¹⁰, zgodnie z którą przepisy dotyczące prowadzenia działalności gospodarczej w Polsce zostały uchwalone dążąc do

zagwarantowania praw przedsiębiorców oraz uwzględniając potrzebę zapewnienia ciągłego rozwoju działalności gospodarczej w warunkach wolnej konkurencji. Celom tym nadają kierunek konstytucyjna zasada wolności działalności gospodarczej, zasada praworządności, pewności prawa i niedyskryminacji.

II. Niejasny cel i nieokreślone skutki regulacji

II.1. Ograniczenie duplikacji infrastruktury pogłębi zapóźnienie infrastrukturalne kraju

6. Prezes UKE w projekcie decyzji wskazuje wprost na potrzebę „ograniczenia duplikacji infrastruktury”¹¹.
7. 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**¹². 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.
8. Warto dodać, że jednym z założeń EKŁE¹³, 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 UPC 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).
9. **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 3b) **to nie sposób przyjmować, że celem Prezesa UKE może być faktycznie „ograniczenie duplikacji infrastruktury”** poniżej tych wartości. W takiej sytuacji projektowana decyzja stanowiłaby przeszkodę w wystąpieniu skutecznej konkurencji, w szczególności konkurencji opartej na infrastrukturze. Działanie takie nie powinno być zatem objęte intencją Prezesa UKE.
10. Co więcej, jak wynika z dyrektywy kosztowej¹⁴ i implementowanych do ustawy szerokopasmowej norm¹⁵, 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

¹⁰ Ustawa – Prawo przedsiębiorców.

¹¹ Str. 16 projektu decyzji.

¹² Uzasadnienie projektu decyzji określającej hurtowy rynek usługi centralnego dostępu w stałej lokalizacji dla produktów rynku masowego (84 obszary rynku 3b/2014) i stwierdzającej występowanie na tym rynku skutecznej konkurencji (nr DR.SMP.6041.2.2019) oraz uzasadnienie Projektu decyzji określającej hurtowy rynek usługi centralnego dostępu w stałej lokalizacji dla produktów rynku masowego (rynek 3b/2014) i stwierdzającej brak występowania na tym rynku skutecznej konkurencji (nr DR.SMP.6040.2.2019).

¹³ Dyrektywa 2018/1972 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiająca Europejski kodeks łączności elektronicznej.

¹⁴ 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.

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

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.**

II.2. Konkurencja infrastrukturalna

11. Regulacja dostępu do infrastruktury technicznej, w szczególności do kanalizacji kablowej (czyli regulacja dostępu do infrastruktury technicznej, o której była mowa powyżej), może ułatwić konkurencję infrastrukturalną, także w technologii CATV, gdyż co do zasady każdy przedsiębiorca będzie mógł pociągnąć swój kabel. W ten sposób regulacja dostępu do kanalizacji kablowej może realnie stymulować konkurencję infrastrukturalną. Prezes UKE wydał niedawno szereg decyzji regulujących dostęp do infrastruktury technicznej, także w odniesieniu do UPC.
12. Pojawia się pytanie, co zatem miałyby stymulować regulacja dostępu do kabla telekomunikacyjnego. Być może, w zamyśle Prezesa UKE, miałyby ona stymulować konkurencję usługową, zamiast infrastrukturalną. Z tym, że **priorytetem Prezesa UKE powinna być konkurencja oparta na infrastrukturze.** Konkurencję usługową (na jednym kablu) Prezes UKE powinien promować tylko wówczas, gdyby ustalili, że konkurencja infrastrukturalna nie jest w danym przypadku możliwa. Należy w tym miejscu przytoczyć rozważania na temat konkurencji usługowej i infrastrukturalnej, oparte o wskazówki ERG¹⁶:

*„Ostatni ze wskazanych przykładów pozostaje w związku z dwoma z czterech zasad nakładania obowiązków regulacyjnych proponowanych przez ERG, aby, gdy to możliwe, promować konkurencję infrastrukturalną, w przeciwnym wypadku zaś stymulować konkurencję usługową. ERG zauważa, że **promocja konkurencji infrastrukturalnej powinna być brana pod uwagę przy ustalaniu obowiązków regulacyjnych, gdy jej rozwój jest prawdopodobnie możliwy (likely to be feasible), to znaczy, gdy w procesie analizy rynkowej ustalono, iż infrastruktura operatora zasiedziałego może być racjonalnie powielona. [...] W przypadku niepewności co do możliwości zaistnienia konkurencji infrastrukturalnej organ regulacyjny powinien promować konkurencję usługową w celu ochrony użytkowników końcowych przed konsekwencjami nadużycia SMP, przy jednoczesnym zapewnieniu temu ostatniemu zwrotu z inwestycji wystarczającego do utrzymania i rozwoju infrastruktury. [...] W idealnym modelu polityka regulacyjna służyć powinna przechodzeniu z konkurencji usługowej, w krótkim okresie, oraz do konkurencji infrastrukturalnej, w długim. Odpowiada to wytycznej, zgodnie z którą: „sam fakt, że krajowe organy regulacyjne nałożyły obowiązek zapewnienia dostępu do infrastruktury, co pociąga za sobą zwiększenie konkurencji w krótkiej perspektywie czasowej, nie powinien zniechęcać konkurentów do inwestowania w alternatywne rozwiązania, co pociągnie za sobą zwiększoną konkurencyjność w dłuższej perspektywie czasowej”. Na założeniu tym bazuje teoria drabiny inwestycyjnej. Koncepcja ta nie będzie w tym miejscu szerzej omawiana. Wskazać należy jednak, gdyż ma to znaczenie dla problematyki nakładania obowiązków regulacyjnych na rynkach hurtowych, że drabina inwestycyjna wiąże się z dwoma fundamentalnymi założeniami. **Pierwszym jest powielalność infrastruktury dostępowej, czyli techniczna i ekonomiczna możliwość powstania konkurencji infrastrukturalnej.** Drugie założenie, dotyczy posiadania przez regulatora wiedzy dotyczącej tego, które fragmenty, kiedy, i na jakich zasadach mogą zostać racjonalnie powielone”¹⁷.***

¹⁶ European Regulatory Group – poprzedniczka Body of European Regulators of Electronic Communications, czyli BEREC.

¹⁷ Dariusz Adamski, „Dobór obowiązków regulacyjnych na rynkach hurtowych” [w:] „Regulacja rynków telekomunikacyjnych” pod red. Stanisława Piątka, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2007 r.; www.cars.wz.uw.edu.pl/tresc/ksiazki/01/Regulacja_rynkow_telekom.pdf



13. W związku z powyższym należy podkreślić, że wydając decyzje regulujące dostęp do kanalizacji kablowej i kanalizacji telekomunikacyjnej budynku, pozwolą na równoległe położenie instalacji operatora w dowolnej technologii.
14. 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 projektowana decyzja **nie daje 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 zdecydować się na dzierżawę i subsydiowanie usług, eliminując konkurencję – zwłaszcza, gdy jest to operator konwergentny.
15. 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.**
16. W efekcie, **regulacja dostępu do kabli telekomunikacyjnych może zniweczyć sens regulacji kanalizacji kablowej i kanalizacji telekomunikacyjnej budynku.**
17. Poziom konkurencji usługowej w Polsce jest wysoki. Ceny kształtują się na jednym z najniższych poziomów w Europie, a pod względem infrastruktury jesteśmy najbardziej zapóźnieni w Europie. Tym bardziej Prezes UKE powinien zacząć wspierać konkurencję infrastrukturalną zamiast usługowej. Przedstawiony przez Prezesa UKE projekt decyzji może niestety doprowadzić do utrzymania zapóźnienia infrastruktury budynkowej w Polsce.
18. Wydawanie w takiej sytuacji decyzji, której skutkiem może być zahamowanie rozwoju infrastruktury w Polsce, jest niedopuszczalne.

II.3. Wzmocnienie siły rynkowej operatorów konwergentnych działających w oparciu o własne sieci stacjonarne i komórkowe

19. Biorąc pod uwagę, że projektowana decyzja w obecnym kształcie:
 - 1) nie umożliwia realnej weryfikacji spełnienia przez OK przesłanek ubiegania się o dostęp do kabla telekomunikacyjnego, ponieważ OK nie jest zobowiązany do szczegółowego ich wykazania,
 - 2) nie stawia warunku, że o dostęp do kabla może ubiegać się tylko przedsiębiorca, który nie posiada żadnej infrastruktury w danym budynku,może ona zostać wykorzystana przez operatorów konwergentnych do nadużywania pozycji dominującej.
20. Taki operator mógłby przekonać Abonentów do korzystania ze swoich usług, oferując pakiet różnorodnych usług poniżej kosztów 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.¹⁸).
21. **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.**
22. Podsumowując, projektowana decyzja tworzy instytucjonalne warunki do powstania pozycji dominującej operatorów konwergentnych, jej wzmocnienia lub nawet nadużycia.

¹⁸ Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów.

II.4. Skutki dla abonentów

23. Projektowana decyzja może 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 budynkowe¹⁹, zakłada, że nowe budynki powinny być wyposażane w różne rodzaje infrastruktury i kilka 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. Projektowaną decyzją Prezes UKE zdaje się przyjmować odwrotną politykę regulacyjną.
24. Prezes UKE, biorąc pod uwagę cele określone w art. 189 ust. 2 pkt 1 lit. a i b Pt, powinien poddać analizie, jakie skutki projektowana decyzja może przynieść w przypadku istniejących umów z Abonentami.
25. 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 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. Niesie to za sobą realne ryzyko **niekontrolowanych przerw w świadczeniu usług Abonentom**.
26. **Prezes UKE powinien zatem zbadać realne konsekwencje projektowanej decyzji dla abonentów.**

II.5. Brak sporów dotyczących dostępu do kabli

27. UPC zwraca uwagę, że projektowana decyzja – ani pozostałych pięć projektowanych decyzji wymierzonych w operatorów CATV – nie stanowią odpowiedzi na rzeczywiste problemy rynkowe. **Na rynku brak jest sporów w tym zakresie.** 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”. Jednym z podmiotów, o których mowa w odpowiedzi na wniosek, jest UPC.
28. Przedsiębiorcy telekomunikacyjni, którzy potrzebują dostępu do zasobów innych podmiotów, a prawo im na to pozwala, bardzo często korzystają z możliwości rozstrzygania sporów przed Prezesem UKE²⁰. Skoro spory w tym zakresie przed Prezesem UKE się nie toczą, przynajmniej nie w odniesieniu do kabli UPC, oznacza to, że dostęp do kabli telekomunikacyjnych nie jest odpowiedzią na bolączki rynku telekomunikacyjnego.
29. Dodatkowo, ewentualnych problemów związanych z udostępnianiem kabli można uniknąć w **przypadku instalacji telekomunikacyjnej budowanej od początku z zamiarem wspólnego korzystania**. Z tego też m.in. powodu, porozumienia o współinwestowaniu w kanalizację telekomunikacyjną budynku mogą być z powodzeniem realizowane na komercyjnych warunkach. O porozumieniach tych jest mowa w piśmie UPC z 18 lipca 2018 r. Zawieranie takich porozumień z pewnością nie może świadczyć o blokowaniu dostępu do instalacji telekomunikacyjnych budynku przez UPC, wręcz przeciwnie.

¹⁹ Rozporządzenie Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie.

²⁰ Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

UPC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, al. Jana Pawła II 27, 00-867 Warszawa, wpisana do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000273136, NIP 526-24-61-791, Regon 016308978, kapitał zakładowy: 110 000 000 PLN

II.6. Negatywny wpływ na modele biznesowe

30. Nie sposób nie odnieść się również do negatywnego wpływu projektowanych regulacji na model biznesowy przedsiębiorców, planujących świadczyć w przyszłości usługi hurtowe. 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.
31. Z powyższych względów projektowana decyzja, w połączeniu z pozostałymi pięcioma projektowanymi decyzjami dotyczącymi dostępu do kabli telekomunikacyjnych, jak również planowaną całkowitą deregulacją OPL (w zakresie LLU i BSA) na niektórych obszarach kraju (o której mowa poniżej) może mieć zgubne skutki dla rynku telekomunikacyjnego w Polsce.
32. Zasadne jest potwierdzenie wprost w decyzji Prezesa UKE, że przedsiębiorca telekomunikacyjny ubiegający się o dostęp do kabli telekomunikacyjnych w budynku nie spełnia przesłanek, o których mowa w art. 139 ust. 1 pkt 2 i 3 lit. a Pt, gdy posiada już w tym budynku własne kable telekomunikacyjne. W takiej sytuacji przedsiębiorca telekomunikacyjny ubiegający się o dostęp **posiada już powieloną infrastrukturę telekomunikacyjną w budynku**, a zatem nie może twierdzić, że powielenie infrastruktury telekomunikacyjnej przez operatora żądającego dostępu byłoby ekonomicznie nieopłacalne lub technicznie niemożliwe. Taki operator mógłby podjąć decyzję, że **zamiast modernizować własną infrastrukturę**, będzie ubiegać się o dostęp do infrastruktury innych operatorów. W ten sposób doszłoby do promowania podmiotów, które nie poniosły wysiłku inwestycyjnego, kosztem operatorów którzy inwestują w swoją sieć w celu świadczenia swoich usług.
33. Drastycznym efektem nieuznania ww. stanowiska przez Prezesa UKE, o którym mowa już w pkt. III.3. niniejszego pisma, może być korzystanie z dostępu do cudzych kabli telekomunikacyjnych w celu uniemożliwienia prowadzenia działalności telekomunikacyjnej OU, przy jednoczesnej możliwości wykorzystania własnej infrastruktury telekomunikacyjnej. Efekty te nijak będą się miały do przesłanki skutecznej konkurencji, która powinna być fundamentem działań regulacyjnych Prezesa UKE, a o której mowa w art. 139 ust. 1b Pt. Kwestie te nie zostały uwzględnione w treści projektowanej decyzji, ani także w Warunkach Dostępu.

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

34. W *Analizie EY z 2017 r.*²¹ wskazano, że Oferta SOR zawiera m.in. zasady dostępu do usługi LLU 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 ofertuje dostępu do samych kabli, więc chcąc korzystać z kabli należących do tego operatora, operator korzystający musi korzystać z całej usługi LLU, co rażąco dyskryminuje operatorów CATV w warunkach wejścia w życie projektowanej decyzji.
35. Prezes UKE aktualnie konsultuje projekty decyzji mające na celu częściową deregulację rynków 3a i 3b²². 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.
36. Powyższe oznacza, że gdyby Prezes UKE zdecydował się wydać wszystkie konsultowane aktualnie decyzje, **sześciu operatorów średniej wielkości, w tym UPC, będzie zobowiązanych do zapewniania dostępu do swoich kabli w budynkach wielorodzinnych na obszarze całego kraju, podczas gdy największy operator zasiedziały na obszarze znacznej liczby gmin nie będzie objęty żadnymi obowiązkami** regulacyjnymi w zakresie dotyczącym instalacji telekomunikacyjnej budynków.
37. 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

²¹ *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.*

²² *Sygnatura postępowania: DR.SMP.6041.2.2019.*

nałożone na przedsiębiorców telekomunikacyjnych – co oznacza, że Prezes UKE powinien brać pod uwagę także obowiązki nałożone na OPL i pozycję rynkową tego przedsiębiorcy, w sytuacji gdy to OPL będzie wnioskowało o dostęp do kabli telekomunikacyjnych.

38. Taki efekt planowanych działań regulacyjnych UKE jest **rażąco niestuszny**.
39. Ponadto, proponowana regulacja narzuca na UPC i pozostałych pięciu przedsiębiorców telekomunikacyjnych konieczność wdrożenia kosztownej procedury i narzędzi informatycznych do procedowania wniosków o dostęp do kabli telekomunikacyjnych w budynkach wielorodzinnych w oparciu o Ofertę SOR, do której Prezes UKE często się odwołuje. Co więcej, proponowane Warunki Dostępu skutkują koniecznością zatrudnienia dodatkowych osób od obsługi tych procesów. Procedura ta jest dostosowana do największego stacjonarnego operatora telekomunikacyjnego i przedsiębiorcy posiadającego znaczącą pozycję rynkową, a nie do średniego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. W efekcie Prezes UKE zmusza UPC do stosowania biurokratycznej i skomplikowanej procedury wzorowanej na Ofercie SOR, podczas gdy najbardziej efektywną metodą dostępu są indywidualne negocjacje, czy dobrowolne porozumienia lub umowy. Nie ma żadnych dowodów ani przesłanek przemawiających z koniecznością implementacji tak kosztownych i czasochłonnych obowiązków, jakie wynikają z proponowanej regulacji. Treść uzasadnienia proponowanej decyzji całkowicie pomija ten aspekt.

II.8. Niezgodność regulacji z zasadą proporcjonalności

40. Podsumowując rozważania niniejszej części pisma, UPC wskazuje brak zgodności projektowanej decyzji z zasadą proporcjonalności (art. 12 ust. 5 dyrektywy ramowej, art. 139 ust. 4 pkt 2 Pt).
41. 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 akceptowana²³.
42. Jak wykazano już szczegółowo na początku niniejszego pisma, cel, jakiemu służyć ma projektowana decyzja, jest co najmniej niejasny. Skoro cel decyzji jest niejasny, trudno jest oceniać, czy środek jest użyteczny do jego osiągnięcia. Z pewnością można jednak twierdzić, że przyjęcie i wejście projektowanej decyzji w życie będzie stało na przekór wspieraniu konkurencji. Analiza uzasadnienia projektu decyzji²⁴ prowadzi do wniosku, że **realnym celem Prezesa UKE mogło być wyeliminowanie problemów związanych ze stosowaniem art. 30 ustawy szerokopasmowej**²⁵. 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.
43. Należy zwrócić uwagę na kolejny, oprócz wskazanych na wstępie, cel szczegółowy, który Prezes UKE wskazuje w projekcie decyzji. Jest nim „ujednoczenie zasad udostępniania infrastruktury”. Cel ten, podobnie jak i cel „ograniczenia duplikacji infrastruktury”, nie znajduje oparcia w przepisach prawa.
44. Wzięcie pod uwagę tego celu doprowadziło także do całkowitego pominięcia propozycji UPC zawartych w piśmie z dnia 18 lipca 2018 r. dotyczących warunków dostępu do kabli telekomunikacyjnych. Stanowi to naruszenie zasady proporcjonalności w tym sensie, że Prezes UKE powinien dążyć do zastosowania środka, który jest możliwie najmniej uciążliwy dla UPC. Gdyby Organ posiłkował się choćby częściowo propozycjami UPC, wówczas ich wdrożenie byłoby mniej uciążliwe niż rozwiązania w całości narzucone przez regulatora.

²³ S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz. Wyd. 4, Warszawa 2019.

²⁴ Str. 15 projektu decyzji.

²⁵ Ustawa o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych.

UPC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, al. Jana Pawła II 27, 00-867 Warszawa, wpisana do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000273136, NIP 526-24-61-791, Regon 016308978, kapitał zakładowy: 110 000 000 PLN

45. 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 projektowanej decyzji jest niezbędne do osiągnięcia danego celu? Trudno byłoby odpowiedzieć twierdząco na tak postawione pytanie. **Prezes UKE nie rozważył nawet 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.
46. 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 UPC 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.
47. 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.
48. Skoro projektowane warunki dostępu nie uwzględniają specyfiki każdego z regulowanych operatorów to nie sposób uznać, że warunki te są „odpowiednie” dla każdego z regulowanych operatorów.

III. Niezgodność projektowanej decyzji z art. 139 Pt i przepisami KPA

III.1. Definicje

49. Należy zwrócić uwagę na podstawy prawne projektowanej decyzji. Zgodnie z art. 7 Pb²⁶ 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. Minister Infrastruktury, na podstawie delegacji wynikającej z art. 7 ust. 2 pkt 1 Pb wydał tzw. rozporządzenie budynkowe, które zalicza się 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 technicznych²⁷.
50. Także 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**”. Podobnie NSA²⁸ 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”.
51. W efekcie należy usunąć odwołanie do rozporządzenia w sprawie warunków technicznych z punktu I sentencji projektowanej 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.

²⁶ Ustawa – Prawo budowlane.

²⁷ Por. także W. Piątek art. 7. w: Prawo budowlane. Komentarz, wyd. III. Wolters Kluwer, 2016.

²⁸ Naczelny Sąd Administracyjny.

UPC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, al. Jana Pawła II 27, 00-867 Warszawa - wpisana do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000273136, NIP 526-24-61-791, Regon 146308979, kapitał zakładowy 110 000 000 PLN

III.2. Ciężar dowodu

52. Projektowana decyzja narusza art. 6 KPA i art. 8 ust. 1 KPA w zw. z art. 139 ust. 1 Pt. Nie budzi wątpliwości na gruncie art. 139 ust. 1 Pt, iż to OK – podmiot ubiegający się o dostęp do infrastruktury lub nieruchomości **musi wykazać (a zatem udowodnić)**, że zachodzą przesłanki wynikające z tego przepisu aktualizujące obowiązek OU. Treść art. 139 ust. 1 Pt wyraźnie wskazuje bowiem na warunkowość obowiązku OU: „Przedsiębiorca telekomunikacyjny jest obowiązany umożliwić innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym [...] dostęp do infrastruktury telekomunikacyjnej i nieruchomości, w tym do budynku (...) polegający na (...), **jeżeli** (...)”. Komentując art. 139 Pt prof. dr hab. Stanisław Piątek wskazał, że „Przepis ust. 1 pkt 2 lit. a oraz pkt 3 lit. a wymaga wykazania, że samodzielna instalacja kabla telekomunikacyjnego lub instalacji telekomunikacyjnej przez przedsiębiorcę poszukującego dostępu jest ekonomicznie nieopłacalna lub technicznie niemożliwa. Ciężar tego dowodu obciąża przedsiębiorcę wnioskującego o zapewnienie dostępu”²⁹. To zatem OK, czerpiący z tego faktu określoną korzyść i uprawnienie, jest obowiązany udowodnić, że obowiązek obciążający OU się zaktualizował. Sam Prezes UKE na str. 7 uzasadnienia projektowanej decyzji także powołał się na ww. Komentarz i wskazał, że to przedsiębiorca telekomunikacyjny ubiegający się o dostęp powinien wykazać zaistnienie ww. przesłanek.
53. 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.
54. 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**.
55. Projektowana decyzja w sposób nieuzasadniony i sprzeczny z tym przepisem przerzuca 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**.
56. 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 projektowanej decyzji 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.
57. Powyższe całkowicie pozbawione podstaw w przepisach prawa materialnego przerzucenie ciężaru wykazania okoliczności z art. 139 ust. 1 Pt na OU skutkuje sprzecznością projektowanej decyzji nie tylko z art. 139 Pt, lecz również z art. 6 KPA i jednocześnie art. 8 § 1 KPA. Nie tylko bowiem projektowana decyzja w powyższym zakresie nie mieści się w hipotezie art. 139 ust. 1 Pt, powodując zasadnym zarzut działania Prezesa UKE poza granicami wyznaczonymi tym przepisem, ale i w sposób nieproporcjonalny obciąża OU obowiązkami nie znajdującymi pokrycia w przepisach prawa materialnego, uprzywilejowując OK poprzez bezzasadne odstępianie od nałożenia na niego wymaganego prawem obowiązku.

²⁹ tak: S. Piątek „Prawo telekomunikacyjne. Komentarz”, Warszawa 2019.



III.3. Dostęp do infrastruktury a dostęp telekomunikacyjny

58. Jako podstawę wydania projekt decyzji przywołuje 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 przyrzeć się przywołanym ustępom art. 139 Pt.

59. 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.”

60. 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.”

61. 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.
62. 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”³⁰.
63. W związku z powyższym niezasadne jest nakładanie na OU³¹ 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.
64. 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**”³² [wyróżnienie nasze], tj. rozbudowy elementów mających być przedmiotem dostępu, jednak, jak trafnie wskazuje S. Piątek, może wymagać zmian w sposobie ich zagospodarowania”. UPC w pełni podziela tę argumentację – tym bardziej zaskakujące było odkrycie, dopiero w części Warunków Dostępu dotyczącej opłat, nałożenia na UPC w istocie obowiązku podjęcia takich działań.
65. Z tego też powodu należy z Warunków Dostępu usunąć wszelkie odniesienia do doprowadzania kabla telekomunikacyjnego przez OU.

III.4. Przesłanki

66. 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.
67. Niestety, załącznik do decyzji określa 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 operator się ubiega. Tymczasem zakres dostępu, w zależności od spełnionych w danym przypadku przesłanek, różni się.
68. 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.
69. 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 projektowanej decyzji.
70. 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 polega na „możliwości korzystania z a) instalacji telekomunikacyjnej budynku (...), a także „b) punktu połączenia instalacji telekomunikacyjnej budynku z publiczną siecią telekomunikacyjną”.

³⁰ S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz. Wyd. 4, Warszawa 2019.

³¹ Operator Udostępniający – zgodnie z terminologią Warunków Dostępu.

³² Str. 19 projektu decyzji.

UPC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, al. Jana Pawła II 27, 00-867 Warszawa, wpisana do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000273136, NIP 526-24-61-791, Regon 016308978, kapitał zakładowy: 110 000 000 PLN



71. W związku z powyższym, schemat instalacji telekomunikacyjnej budynku, ujęty na str. 19 projektu 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, nad nią lub pod nią – w uzasadnieniu decyzji Prezes UKE wskazuje jedynie, że takim przypadkiem nie jest każdy przypadek, gdy przedsiębiorca buduje infrastrukturę zgodnie z przepisami prawa³³, lecz nie podaje konkretnego przykładu sytuacji, gdy taki przypadek zaistnieje,
 - 3) w jaki sposób ustalone 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.
72. Projekt decyzji powinien zatem **różnicować zakres dostępu** udzielanego OK, w zależności od konkretnej podstawy prawnej, na którą powołuje się ten operator.
73. W obu ww. przypadkach, tj. w przypadku dostępu udzielanego na podstawie art. 139 ust. 1 pkt 2 i 3 Pt, OK³⁴ 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 projektu decyzji.**
74. 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 orzecniczą 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 natynkowo³⁵. 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 orzecniczej.
75. 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**”. UPC 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).
76. Nawet jednak gdyby przyjąć taką poszerzoną interpretację „technicznej możliwości”, co UPC 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

³³ Str. 8 projektu decyzji.

³⁴ Operator Korzystający – zgodnie z terminologią projektu decyzji.

³⁵ M.in. decyzje DHRT.WWM.6171.59.2016.52, DHRT.WWM.6171.115.2018.15, DHRT.WWM.6171.13.2016.46.

UPC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, al. Jana Pawła II 27, 00-867 Warszawa, wpisana do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000273136, NIP 526-24-61-791, Regon 016308978, kapitał zakładowy: 110 000 000 PLN

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 S. Piątka, o sytuacji, w których kanalizacja telekomunikacyjna budynku nie posiada wolnych przestrzeni na umieszczenie kabli telekomunikacyjnych.

III.5. Oferta ramowa i nieważność projektowanej decyzji

77. Najpoważniejszym formalnym zarzutem dotyczącym projektowanej decyzji jest jej nieważność ze względu na brak podstawy prawnej do jej wydania. Nieważność projektowanego rozstrzygnięcia, w jego obecnym kształcie, będzie wynikała z nałożenia na UPC **obowiązku stosowania Warunków Dostępu³⁶, określonych przez Prezesa UKE, w przypadku wszystkich nieruchomości, w których UPC prowadzi działalność** – zamiast w odniesieniu do pojedynczej, konkretnej nieruchomości.
78. Na mocy projektowanych sześciu decyzji dotyczących dostępu do kabli telekomunikacyjnych Prezes UKE w istocie nakłada na sześciu przedsiębiorców telekomunikacyjnych obowiązki regulacyjne, które można byłoby na nich nałożyć wyłącznie w przypadku posiadania przez nich wspólnie kolektywnej pozycji znaczącej (lub znaczącej pozycji rynkowej przez każdego z nich z osobna) na rynku dostępu do kabli telekomunikacyjnych w budynkach wielorodzinnych, z pominięciem całej procedury wynikającej z Działu II Regulowanie rynku telekomunikacyjnego Rozdziału 1 „Analiza rynku, postępowanie w sprawie określania rynków właściwych, nakładania, zmiany i uchylania obowiązków regulacyjnych” Pt, a w szczególności z pominięciem analizy rynku.
79. Ani warsztaty z uczestnikami rynku telekomunikacyjnego, ani tym bardziej ekspertyzy zlecane przez Prezesa UKE nie mogą zastępować ustawowego narzędzia w postaci analizy rynku w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych, o których mowa w art. 21 Pt. Planowana regulacja stanowi nałożenie obowiązków regulacyjnych, w rozumieniu art. 24 pkt 2 lit. a Pt – ponieważ spełnia wszystkie kryteria wynikające z tego przepisu, tj. nakłada na wybranych przedsiębiorców telekomunikacyjnych obowiązek stosowania zunifikowanych ofert ramowych dotyczących nie tylko obecnie posiadanych kabli telekomunikacyjnych, ale także kabli telekomunikacyjnych, które jeszcze nie zostały zrealizowane.
80. Prezes UKE wydając projekt decyzji zaniechał:
- 1) przeprowadzenia analizy rynku w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych, zgodnie z art. 21 Pt,
 - 2) przeprowadzenia postępowania w celu określenia rynku właściwego, zgodnie z prawem konkurencji, uwzględniając uwarunkowania krajowe, oraz w największym stopniu zalecenie Komisji i wytyczne, o których mowa w art. 19 ust. 3 Pt, w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych,
 - 3) ustalenia, czy na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą, w szczególności poprzez pominięcie kryteriów wynikających z art. 25a Pt,
 - 4) wyznaczenia przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą, w przypadku stwierdzenia, że na rynku właściwym nie występuje skuteczna konkurencja oraz nałożenia na tego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą obowiązków regulacyjnych,
 - 5) odniesienia obowiązków regulacyjnych, biorąc pod uwagę adekwatność i proporcjonalność danego obowiązku regulacyjnego do problemów rynkowych, których rozwiązanie służy realizacja celów określonych w art. 1 ust. 2 Pt.
81. **W efekcie planowana regulacja na skróty wprowadza obowiązki regulacyjne jak dla SMP**, które mogą być nałożone **tylko i wyłącznie** po przeprowadzeniu procesu **analizy rynku**, po stwierdzeniu braku skutecznej konkurencji, po stwierdzeniu istnienia przedsiębiorców kolektywnie zajmujących

³⁶ Załącznik do projektu decyzji.

znaczącą pozycję, a nie na podstawie art. 139 Pt, jako symetryczna regulacja dostępu do kabli telekomunikacyjnych w budynkach wielorodzinnych.

82. Równolegle należy zauważyć, że **art. 139 ust. 1b Pt nie dotyczy innego typu dostępu niż dostęp, o którym mowa w art. 139 ust. 1 Pt**. Z kolei w art. 139 ust. 1 Pt mowa jest o „dostęp[ie] do infrastruktury telekomunikacyjnej i nieruchomości, w tym do budynku” – do jednej nieruchomości, jednego budynku – tego budynku, którego dotyczy wniosek innego przedsiębiorcy (lub innych zainteresowanych podmiotów). Prezes UKE ma zatem kompetencje do wydania decyzji ustalającej warunki zapewnienia dostępu, o którym mowa w ust. 1 – ale **nie istnieje podstawa prawna do wydania decyzji dotyczącej wszystkich nieruchomości danego przedsiębiorcy i to niezależnie od tego, czy jakkolwiek podmiot złożył kiedykolwiek wniosek o dostęp do takiej nieruchomości, czy też nie**.
83. Co więcej, przywołany w podstawie prawnej projektowanej 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 projektowana decyzja ustanawia ramowe warunki dostępu do kabli telekomunikacyjnych we wszystkich nieruchomościach, w których UPC prowadzi działalność. Odwołanie takie istniało w przepisach Pt do 16 grudnia 2012 r. Zmiana w tym zakresie została wprowadzona ustawą z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1256).
84. Projektowana decyzja wprowadza w istocie obowiązek stosowania oferty ramowej na podstawie art. 139 ust. 1b Pt, podczas gdy przepis ten dotyczy możliwości określenia przez Prezesa UKE jedynie warunków dostępu, po przedstawieniu przez danego przedsiębiorcę informacji w sprawie warunków zapewnienia dostępu, w trybie art. 139 ust. 1a Pt. Pojęcia te nie są tożsame. **Gdyby ustawodawca miał zamiar zezwolić Prezesowi UKE na wprowadzenie ofert ramowych niewątpliwie użyłby pojęcia „oferty ramowej”, a nie warunków zapewnienia dostępu**. Stosownie do § 10 załącznika „Zasady Techniki Prawodawczej” do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 283):
„Do oznaczenia jednakowych pojęć używa się jednakowych określeń, a różnych pojęć nie oznacza się tymi samymi określeniami”.
85. Jest to tzw. **zasada konsekwencji terminologicznej**³⁷. Jej zastosowanie w tym przypadku oznacza, że Prezes UKE nie może na podstawie art. 139 ust. 1a Pt nakładać na przedsiębiorców telekomunikacyjnych, obowiązku stosowania oferty ramowej nazywanej „warunkami zapewnienia dostępu”, a do tego sprowadzają się działania Prezesa UKE w postaci wydania planowanej regulacji.
86. 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”*³⁸.
87. UPC 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*³⁹, a nie pod wpływem prawa UE, orzecznictwa, czy też innych obiektywnych

³⁷ Por. Wierczyński, Grzegorz. Komentarz do rozporządzenia w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”, [w:] Redagowanie i ogłaszanie aktów normatywnych. Komentarz, wyd. II, Wolters Kluwer, 2016.)

³⁸ S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz. Wyd. 3, Warszawa 2013.

³⁹ Stanowisko Prezesa UKE w sprawie wdrożenia obowiązku umożliwienia dostępu do nieruchomości, w tym budynków oraz infrastruktury telekomunikacyjnej, Warszawa, wrzesień 2013 r.

UPC Polska Sp. z o.o. NIP 526-24-61-791, Regon 016308978, kapitał zakładowy: 110 000 000 PLN



przyczyn. Profesor Piątek, podążając za własnym przekonaniem, art. 139 ust. 1a i 1b Pt interpretował w 2013 r. w sposób przedstawiony powyżej.

88. 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 projekcie 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.
89. 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 wyłączenia 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])
90. 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. [...]”*
91. 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 narzucać ramowych warunków dostępu do infrastruktury obowiązujących na obszarze większym niż jedna nieruchomość.
92. Podobnie w przypadku art. 12 ust. 3 dyrektywy ramowej, który przewiduje już konkretnie możliwość nałożenia obowiązku udostępniania okablowania, mowa jest o tym, że:
- „3. [...] obowiązku związanego z udostępnianiem okablowania wewnątrz budynków lub okablowania na odcinku do pierwszego punktu koncentracji lub dystrybucji, jeżeli znajduje się on poza budynkiem, na posiadacza praw, o których mowa w ust. 1, lub na właściciela takiego okablowania, jeżeli jest to uzasadnione na tej podstawie, że powielanie takiej infrastruktury byłoby niewydajne ekonomicznie lub fizycznie niewykonalne [wyróżnienia nasze]. Tego typu ustalenia dotyczące współużytkowania lub koordynacji mogą obejmować przepisy dotyczące rozkładania kosztów współużytkowania urządzeń lub nieruchomości dostosowane w razie potrzeby do stopnia ryzyka [wyróżnienie nasze]. [...]”*
93. 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.
94. 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.
95. Co więcej, Prezes UKE w proponowanej regulacji 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 rozstrzyganie indywidualnych sporów.

96. 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 KPA⁴⁰ pod red. prof. zw. dr. hab. Marka Wierzbowskiego i prof. dr. hab. Aleksandry Wiktorowskiej⁴¹.
97. Powyższe znajduje zastosowanie na gruncie niniejszej sprawy, ponieważ na gruncie art. 139 Pt Prezes UKE jest uprawniony do wydawania decyzji określającej ramowe warunki dostępu do kabli telekomunikacyjnych znajdujących się na określonej nieruchomości, w razie występowania sporów w tym zakresie. **Prezes UKE nie jest natomiast uprawniony do wydawania decyzji określającej ramowe warunki dostępu do kabli telekomunikacyjnych zainstalowanych na dowolnej nieruchomości operatora, gdy dodatkowo w przypadku dostępu do takich kabli nie zaistniały w przeszłości żadne spory.**

IV. Niezgodność z Konstytucją RP i niezgodność z prawem UE

IV.1. Niezgodność art. 139 Pt z Konstytucją RP

98. 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 TK⁴² 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.

IV.2. Niezgodność z prawem UE

99. Niezależnie od powyższego, Prezes UKE powinien rozważyć wstrzymanie się z wydaniem projektowanej 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.
100. 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 dostępie⁴³, 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,

⁴⁰ Ustawa – Kodeks postępowania administracyjnego.

⁴¹ *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz* red. prof. zw. dr hab. Marek Wierzbowski, red. prof. dr hab. Aleksandra Wiktorowska, Warszawa 2018 r.

⁴² Trybunał Konstytucyjny.

⁴³ 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).

- 6) w zakresie dostępu telekomunikacyjnego zamiast współużytkowania,
 - 7) w zakresie doprowadzania kabla do lokalu Abonenta dla OK.
101. Ponadto, jedną z podstaw prawnych planowanej regulacji 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.
102. Prezes UKE powinien zatem powstrzymać się od wydania decyzji w zakresie, w którym jednoznacznie wykracza ona 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.

V. Kwestie proceduralne

V.1. Naruszenie zasady zaufania

103. Projektowana decyzja narusza 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”⁴⁴. 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]*”.
104. Zasady te w projektowanej decyzji 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**”⁴⁵. Zastrzegając, że UPC nie zgadza się ze wszystkimi twierdzeniami ujętymi w ww. *Stanowisku*, należy tym niemniej podkreślić, że przynajmniej w zakresie przyczyn podjęcia interwencji przedsiębiorcy telekomunikacyjnego miał prawo oczekiwać, iż *Stanowisko* to będzie – w braku odmiennych stanowisk czy interpretacji – podtrzymane przez Prezesa UKE w projektowanej decyzji.
105. Projektowana decyzja jest jedną z pierwszych wydawanych 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.**

⁴⁴ 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.

⁴⁵ *Stanowisko dot. art. 139 Pt, str. 5*. UPC Polska Sp. z o.o., al. Jana Pawła II 27, 00-867 Warszawa, wpisana do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000273136, NIP 526-24-61-791, Regon 016308978, kapitał zakładowy: 110 000 000 PLN



V.2. Rygor natychmiastowej wykonalności i okres przejściowy

106. W związku z koniecznością zapewnienia proporcjonalnych i niedyskryminacyjnych warunków dostępu do kabli telekomunikacyjnych UPC wnosi o **rezygnację z nadania projektowanej decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności** z następujących przyczyn:
- 1) żaden przedsiębiorca nie ubiegał się dotąd o dostęp do kabli telekomunikacyjnych UPC w trybie art. 139 Pt, więc nadanie projektowanej decyzji ww. rygoru nie jest rozwiązaniem, które jest pilne z punktu widzenia rynku i potrzeb abonentów,
 - 2) UPC nie posiada doświadczenia w udostępnianiu kabli telekomunikacyjnych i obsłudze zapytań o dostęp do nich wg narzucanych przez UKE formalności i procedur o których mowa w projekcie decyzji, z groźbą kar za odstępowania 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.
107. UPC zaznacza przy tym, iż **wdrożenie obowiązków płynących z decyzji Prezesa UKE w sprawie nr DHRT.WIT.6082.3.2017.81 nie przyczyni się do skrócenia okresu przejściowego potrzebnego do wdrożenia obowiązków płynących z obecnego projektu decyzji, a wręcz przeciwnie**. Wynika to z faktu, iż popyt na usługi podwykonawcze konieczne do stosowania się do przedmiotowych obowiązków wzrośnie jeszcze bardziej – i to nie tylko w przypadku UPC. Wpłynie to na ostateczny ich koszt, o czym UPC mówi szerzej w dalszej części tego stanowiska, a także na czas potrzebny do ich pozyskania i pełnego przygotowania.
108. Projektowana decyzja będzie wydana w pakiecie sześciu identycznych niemal decyzji, przy czym decyzji tego typu nie było dotychczas w obrocie prawnym w Polsce. Z tego względu **ewentualne zastrzeżenia OK do realizacji postanowień zawieranych Umów nie powinny stanowić podstawy do automatycznego nakładania grzywien na OU**. Na OU nie mogą bowiem spoczywać ryzyka wynikające z nadinterpretacji przepisów przez Prezesa UKE ani z precedensowego charakteru projektowanej decyzji.

V.3. Postępowanie konsolidacyjne

109. Należy zwrócić uwagę, że przed wydaniem decyzji w niniejszej sprawie Prezes UKE powinien przeprowadzić postępowanie konsolidacyjne. Planowana regulacja nie tylko może mieć wpływ, ale wywiera wpływ na stosunki handlowe między państwami członkowskimi, dlatego powinna zostać przedstawiona Komisji Europejskiej oraz Organowi Regulatorów Łączności Elektronicznej i organom regulacyjnym w celu przedstawienia opinii, zgodnie z procedurą wynikającą z art. 18 ust. 1 Pt i następnych.
110. Przemawia choćby to, że projektowana decyzja dotyczy działalności prowadzonej przez UPC na terytorium całego kraju, a zatem może w istotnym zakresie odbić się na działalności UPC, co miałoby wpływ na ogólną sytuację na polskim rynku telekomunikacyjnym, a w efekcie – także na wymianę z państwami członkowskimi. Nie sposób jednakże nie zauważyć, że Prezes UKE planuje wydać decyzję dotyczącą dostępu do kabli telekomunikacyjnych, której adresatem będzie nie tylko UPC. Identyczne niemal decyzje Prezes UKE planuje wydać w odniesieniu do pięciu innych operatorów średniej wielkości.
111. W związku z powyższym proponowana regulacja wprowadza **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.”

112. W świetle tego orzeczenia oraz praktyki decyzyjnej Komisji Europejskiej planowana regulacja – łącznie z pozostałymi pięcioma projektowanymi decyzjami – posiada istotny wpływ na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi z tego powodu, że obejmuje 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 Internetu⁴⁶).
113. 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.),
114. 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).
115. 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.
116. 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.
117. UPC 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).
118. Przykładowo Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 15 listopada 2017 r. sygn. akt VII ACa 941/17 (LEX nr 2487722) stwierdził:
- „Wydanie przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej decyzji bez przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego stanowi taką jej wadę, która nie podlega konwalidacji w toku postępowania sądowego”.*
119. Dlatego też, wydanie przez Prezesa UKE decyzji dotyczącej zasad dostępu do kabli telekomunikacyjnych w budynkach wielorodzinnych, z pominięciem tego istotnego etapu, może skutkować wadą nieważności takiej decyzji.
120. 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

⁴⁶ Tak: str. 9 i 10 Raportu o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce w 2017 r., Warszawa, czerwiec 2018 r., Urząd Komunikacji Elektronicznej.



konsolidacyjne dotyczące obowiązków nakładanych na podstawie tego przepisu na Telekomunikację Polską S.A. (C(2012)7164).

121. 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.
122. W związku z powyższym z pewnością Prezes UKE powinien był przeprowadzić postępowanie konsolidacyjne także i na gruncie niniejszej sprawy.

VI. Koszty i opłaty

VI.1. Narzędzie do wyznaczania opłat

123. UPC zgłasza do „narzędzia do wyznaczania opłat” szereg zastrzeżeń zasadniczej natury. **Krytycznym błędem narzędzia jest brak możliwości jego zastosowania w praktyce, zwrotu kosztów i uwzględnienia możliwości naliczania marży.** Tymczasem świadczenie usług hurtowych dostępu do kabla telekomunikacyjnego bez marży jest całkowitym **zaprzeczeniem jakiejkolwiek działalności komercyjnej**. Co więcej, nawet w przypadku przedsiębiorcy SMP⁴⁷, 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 **rozsądnej marży**.
124. Jednocześnie projektowane narzędzie nie uwzględnia tego, że historia sieci, która jest własnością UPC w Polsce, **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 KPA⁴⁸. Nie jest ponadto jasne, jaki zakres informacji ujętych w narzędziu powinien być publicznie dostępny, a jaki można objąć tajemnicą przedsiębiorcy.
125. 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.
126. Zaproponowane przez Prezesa UKE narzędzie jest również niezgodne z art. 139 ust. 4 pkt 3 Pt, ponieważ nie uwzględnia stopnia występującego w danym przypadku ryzyka. Proponowane narzędzia nie uwzględnia, w szczególności, takich parametrów, jak:
- 1) planowany i prognozowany popyt na usługi telekomunikacyjne,
 - 2) parametry demograficzne, w tym związane z siłą nabywczą mieszkańców danej nieruchomości,

⁴⁷ Przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej.

⁴⁸ Ustawa – Kodeks postępowania administracyjnego.



- 3) współczynnik ryzyka uszkodzeń kabli telekomunikacyjnych, utraty tytułu prawnego do nieruchomości lub kabli telekomunikacyjnych,
 - 4) kosztów związanych z czasem pozyskania dostępu dla danej nieruchomości,
 - 5) premii za ryzyko.
127. Innymi słowy, 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 telekomunikacyjnym ryzykiem. W rezultacie proponowany model nie spełnia wymagań określonych w art. 139 ust. 4 pkt 3 Pt.

VI.2. Opłata za Nadzór, Opłata za Wizję

128. Proponowana przez Organ opłata za Nadzór została wyznaczona na poziomie niższym aniżeli ponoszone przez UPC koszty z tym związane. Uregulowana przez Prezesa UKE w Tabeli nr 1 pkt. 1.3 części III Warunków Dostępu do kabli telekomunikacyjnych Opłata za Nadzór nie prowadzi do pełnego zwrotu ponoszonych kosztów.
129. 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 (pkt. 1.2 Części III warunków dostępu do kabli telekomunikacyjnych). Uzyskiwanie przez UPC pełnego zwrotu kosztów wykonywanych Wizji jest szczególnie istotne z jej punktu widzenia, w szczególności z uwagi na brak paszportyzacji sieci w zakresie kabli telekomunikacyjnych w budynkach wielorodzinnych. **Konieczność wykonania Wizji niemal przy każdym Zapytaniu** i uregulowanie przez Prezesa UKE Opłaty za Wizję na poziomie niższym aniżeli ponoszone przez UPC z tego tytułu koszty będzie generować istotne straty po stronie UPC. Ponadto, **Wizja obejmuje czynności bardziej złożone niż w przypadku Nadzoru**, a zatem uzasadniona jest wyższa ich wycena.
130. UPC zwraca również uwagę, iż po raz kolejny Prezes UKE nie przedstawił jakiegokolwiek uzasadnienia poziomu opłaty za Wizję, czy też za Inspekcję. Poprzednią sytuację nakładania kosztotwórczych obowiązków na UPC bez jakiegokolwiek uzasadnienia poziomu opłat mających na celu odzyskiwanie tych kosztów, UPC odnotowała w kontekście obowiązków płynących z decyzji Prezesa UKE w sprawie nr DHRT.WIT.6082.3.2017.81. I w obecnym przypadku UPC nie dostrzega w projekcie decyzji niczego popierającego twierdzenie Prezesa UKE zawarte na str. 36 projektu, iż „Wysokość opłaty za Wizję została ustalona na poziomie kosztów”. Zamiast tego, na str. 45 projektu decyzji, Prezes UKE przedstawia kilka ogólnikowych propozycji, które są niepoparte jakąkolwiek analizą i niezgodne ze stanem faktycznym:
- „opłata za Wizję powinna referować do istniejących i sprawdzonych praktyk wyznaczania opłat z tytułu usług realizowanych na podobnych zasadach. W związku z powyższym wysokość opłaty za Wizję została przyjęta na poziomie opłaty za Nadzór”.

UPC przedstawiła już szczegółową argumentację w kontekście postępowania w sprawie nr DHRT.WIT.6082.3.2017.81, dlaczego Wizja i Inspekcja stanowią odmienne czynności. UPC wręcz przedstawiła, krok po kroku, szczegółową listę czynności wchodzących w zakres Wizji. UPC żałuje, iż nie spotkało się to z żadnym odzewem ze strony Prezesa UKE.

- „Należy wskazać, iż 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”.

W pierwszym zdaniu powyższego akapitu, Prezes UKE wydaje 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.

131. UPC 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 UPC będzie ponosić z ich tytułu. W kontekście postępowania w sprawie nr DHRT.WIT.6082.3.2017.81, Prezes UKE odrzucił jednak oferty

podwykonawców jako podstawy do ustalania kosztów Wizji, argumentując, iż nie będą one jednolite dla wszystkich operatorów. UPC ma poważne trudności z akceptacją takiej argumentacji, chociażby dlatego, iż koszty pracownicze również mogą być niejednolite.

VI.3. Opłaty nieuwzględniające sytuacji OU

132. W projekcie decyzji Prezes UKE wskazał wprost⁴⁹, że Opłaty za Nadzór OU zostały uregulowane w projektowanych warunkach dostępu na poziomie analogicznym jak w Ofercie SOR⁵⁰. W związku z powyższym należy także uznać, że w ten sposób Prezes UKE reguluje opłatę za Nadzór na poziomie identycznym jak w odniesieniu do OPL, czyli operatora, którego skala działania, zakres działania, wielkość generowanego obrotu, ilość zatrudnianych pracowników, obszary działania – diametralnie różnią się od UPC, jest to bowiem operator prowadzący działalność w sposób pozwalający mu osiągać nieporównywalnie większe korzyści wynikające z ekonomii skali i ekonomii zakresu, w porównaniu do UPC.
133. Tak jak UPC podkreśliła w niejednym stanowisku w postępowaniu nr DHRT.WIT.6082.3.2017.81, 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 infrastruktury⁵¹ i utrzymania sieci⁵², pokrywające całe terytorium Polski, których nie posiada UPC.**
134. W związku z powyższym, UPC każdorazowo zmuszona jest polegać na podwykonawcach, przy czym zasięg ich działalności jest zasadniczo ograniczony, podczas gdy pokrycie geograficzne jest decydującym czynnikiem m.in. przy wyznaczaniu kosztu dojazdu w przypadku wykonywania takich czynności regulowanych, jak Wizja, Nadzór, Inspekcja, czy usuwanie awarii przy SLA wymaganych w projektowanej decyzji. 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 kraju⁵³. 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.

⁴⁹ Str. 49 projektu decyzji.

⁵⁰ Oferta ramowa określająca ramowe warunki dostępu telekomunikacyjnego w zakresie rozpoczynania i zakańczania połączeń, hurtowego dostępu do sieci TP, dostępu do łączy abonenckich w sposób zapewniający dostęp pełny lub współdzielony oraz dostępu do łączy abonenckich poprzez węzły sieci telekomunikacyjnej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych.

⁵¹ <https://www.orange.pl/ocp-http/PL/Binary2/2002854/4101846428.pdf>; hiperłącze aktywne na dzień 9 lutego 2019 r.

⁵² <http://www.orange.pl/ocp-http/PL/Binary2/2002854/4101846557.pdf>; hiperłącze aktywne na dzień 9 lutego 2019 r.

⁵³ <http://www.tpteltech.pl/firma/o-nas.html>; hiperłącze aktywne na dzień 9 lutego 2019 r.



135. Powyższe nie dość, że uwiarygadnia stanowisko UPC, że wyznaczona opłata za Nadzór może nie prowadzić do pełnego zwrotu ponoszonych kosztów to jeszcze stanowi dowód na to, że projektowana decyzja nie spełnia wymogu proporcjonalności – w jednakowy sposób traktuje ona 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.

W związku z powyższym wnosimy o niewydawanie regulacji w zakresie objętym niniejszym projektem decyzji.

Adrian Karkoszka

Dział Regulacji i Polityki Publicznej

Pełnomocnik UPC Polska

ZAŁĄCZNIKI

1. Odpowiedź UKE na wniosek o udostępnienie informacji publicznej z 28.01.2019 r.,
2. Tabelaryczne zestawienie uwag szczegółowych do projektu decyzji,
3. Stanowisko PIKE dotyczące zgodności art. 139 Pt z prawem UE.
4. Pełnomocnictwo do reprezentowania spółki UPC Polska wraz z potwierdzeniem opłaty skarbowej

TABELA Z UWAGAMI SZCZEGÓŁOWYMI

W niniejszej tabeli, UPC przedstawia uwagi szczegółowe do projektu decyzji Prezesa UKE w postępowaniu DHRT.WIT.6082.2.2018. Niemniej jednak, UPC pragnie zwrócić uwagę na trzy kwestie:

- Urządzenie do wyznaczania opłat proponowane przez Prezesa UKE jest wadliwe u podstaw i rażąco narusza prawa Operatora Udostępniającego (OU). Przede wszystkim, narzędzie jest oparte wyłącznie na kosztach i abstrahuje całkowicie od rozsądnej marży, jaką komercyjny OU przewidywał we wcześniej przyjętym planie biznesowym – m.in. nie uwzględnia rodzajów ryzyka, ani kosztów inwentaryzacji.
- Ze względu na specyfikę technologii, element infrastruktury będący przedmiotem regulacji powinien zawsze znajdować się w dyspozycji danego operatora w celu realizacji założonego wcześniej planu biznesowego.
- Odnosnie terminów realizacji wszelkich procedur narzucanych przez Prezesa UKE, UPC nie jest w stanie określić ile powinny one wynosić, jako że UPC nie ma doświadczenia we udostępnieniu okablowania budynkowego zgodnie z przedmiotowymi regulowanymi procedurami. Niemniej jednak, z ostrożności procesowej, UPC zwraca uwagę iż wszystkie zaproponowane terminy wyrażane w dniach powinny być dniami roboczymi.

Lp.	Postanowienie	Uwaga UPC	Uzasadnienie uwagi
UWAGI HORYZONTALNE			
1.		Projektowana decyzja przywołuje stanowisko Komisji Europejskiej ze sprawy EU – Pilot 7256/14/CNCT, chociaż stanowisko to nie zostało włączone do akt sprawy. Prezes UKE powinien zrezygnować z przywoływania tego stanowiska albo włączyć je do akt sprawy i tym samym umożliwić UPC ustosunkowanie się do niego.	Projektowana decyzja narusza art. 107§ 1 pkt 6 i §3 KPA ¹ w zw. z art. 75 KPA w zw. z art. 77 § 4 KPA oraz art. 9 KPA i art. 10§1 KPA poprzez powołanie się przez Prezesa UKE na str. 6 projektowanej decyzji na stanowisko Komisji Europejskiej ze sprawy EU – Pilot 7256/14/CNCT pomimo braku włączenia powyższych dokumentów do akt sprawy (nie zostały one wskazane wśród dokumentów włączonych do materiału dowodowego, czego wymaga art. 107 § 1 pkt 6 i § 3 KPA w zw. z art. 75 KPA), jak i powiadomienia o włączeniu tych dokumentów do akt sprawy (co wyraźnie wynika z obowiązków informacyjnych organu – art. 9 i art. 10 § 1 KPA), zaś w przypadku posiadania wiedzy o tym fakcie przez organ z urzędu, braku zakomunikowania o nich stronie (który to obowiązek wynika z art. 77 § 4 KPA).
2.		Projektowana decyzja nie powinna zawierać obowiązku doprowadzenia przez OU kabla do lokalu Abonenta , o czym jest mowa w piśmie ogólnym. Jeżeli jednakże taki obowiązek został zawarty w decyzji, powinien on być chociaż uzasadniony, z podaniem	Projektowania decyzja narusza art. 107 § 1 pkt 6 i § 3 KPA w zakresie w jakim nie zawiera uzasadnienia dla obowiązku doprowadzenia kabla do lokalu abonenta przez UPC dla konkurencyjnego operatora korzystającego. Obowiązek ten jest ustanowiony wyłącznie w Warunkach Dostępu (załącznik do projektowanej decyzji), w części dotyczącej opłat. W pkt 1.2. części III „Zasady rozliczeń” mowa

¹ Ustawa – Kodeks postępowania administracyjnego.

Lp.	Postanowienie	Uwaga UPC	Uzasadnienie uwagi
		<u>odpowiedniej argumentacji faktycznej i prawnej</u> , do której UPC mogłoby się ustosunkować.	jest bowiem o „jednorazowej opłacie za doprowadzenie kabla do lokalu abonenta”.
3.		Projekt decyzji powinien przewidywać wprost (podobnie, jak w przypadku decyzji regulującej dostęp do kanalizacji kablowej i kanalizacji telekomunikacyjnej budynku (DHRT.WIT.6082.3.2017.81)), iż współpraca stron będzie polegać w pierwszej kolejności na zawarciu umowy ramowej, a następnie umów szczegółowych. Termin zawarcia takiej umowy szczegółowej, aktualnie nazywanej „Zamówieniem”, powinien wynosić 30 dni.	Aktualnie projekt decyzji zakłada zawarcie „Umowy” o charakterze ramowym, w ramach której obsługiwane są „Zapytania” o dostępność kabli. Następnie OK może, w oparciu o „Zapytanie” złożyć „Zamówienie”, które jest w istocie niczym innym, jak umową szczegółową . Podmiotami takiej umowy szczegółowej, zwanej „Zamówieniem” są OU i OK, a przedmiotem – świadczenie usługi dostępu do konkretnego kabla telekomunikacyjnego. Jest to świadczenie ciągłe, a nie jednorazowe „zamówienie”, które po jednorazowym działaniu przestaje wiązać strony . W Części II, Rozdział 1, Podrozdział 1.2. ust. 9 przewidziano już nawet, że OK może wypowiedzieć „Zamówienie”. Stanowi to kolejny dowód na to, że konstrukcyjnie „Zamówienie” jest umową. Konsekwentnie, termin zawarcie takiej umowy powinien wynosić 30 dni, zgodnie z art. 139 ust. 2 Pt – co nie oznacza, że OK i OU nie będą mogli w praktyce zawrzeć umowy wcześniej, jeżeli będzie taka możliwość.
4.		Wszystkie terminy określone w dniach powinny odnosić się do dni roboczych.	Terminy przewidziane w projekcie decyzji są bardzo ambitne, w związku z tym powinny być określone w dniach roboczych, aby uniknąć ich dodatkowego skracania o dwa dni weekendu. Przykładowo, zgodnie z ust. 4 w części II rozdział 1 pkt 1.2 „OU wskazuje szczegółowo braki, błędy lub niejasności w dostarczonych dokumentach i wzywa OK, w terminie do 3 (trzech) dni od otrzymania Zamówienia, do uzupełnienia, poprawienia lub udzielenia wyjaśnień”. Wykonanie tych zadań w ciągu jednego dnia roboczego (w przypadku otrzymania Zamówienia w piątek lub przed świętami) byłoby technicznie niemożliwe.
5.		Wszystkie sformułowania „ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego” powinny zostać zamienione na sformułowania „ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego następującego po miesiącu”, w którym nastąpiło wydarzenie, którego dotyczy dany przepis.	Wszelkie terminy oznaczone jako kończące bieg w końcu miesiąca kalendarzowego powinny w istocie kończyć bieg z końcem miesiąca następującego po miesiącu, w którym nastąpiło wydarzenie, którego dotyczy dany przepis. W przeciwnym razie bieg terminu, który powinien trwać ok. 1 miesiąca, może w rzeczywistości trwać nawet jeden dzień, jeżeli wydarzenie to nastąpi pod koniec miesiąca.
6.		UPC wnosi o możliwość ewentualnego uzasadnienia wartości użytych w celu zasilenia Narzędzia do wyznaczania opłat poprzez odniesienie do kosztów elementów infrastruktury o tych samych bądź zbliżonych parametrach, które OU jest w stanie udokumentować i uzasadnić.	Odnosnie wymogu widniejącego w uzasadnieniu Decyzji, „ <i>kwoty, jakie są umieszczane przez OU w narzędziu, powinny być doprecyzowane jako te, które wynikają i są oparte na kosztach udokumentowanych, udowodnionych</i> ”, należy zauważyć, że OU nie zawsze będzie w stanie wyczerpująco zasilić narzędzie kwotami udokumentowanymi, np. za pomocą faktur. Będzie to mieć miejsce w szczególności w przypadku starszych inwestycji.
		DEFINICJE	

Uwaga UPC		Uzasadnienie uwagi
Lp.	Postanowienie	
7.		UPC postuluje dodanie do Warunków Dostępu następującej definicji: „ Dzień – dzień roboczy ”.
8.		UPC postuluje dodanie do Warunków Dostępu następującej definicji: „ Zamówienie – umowa szczegółowa zawarta pomiędzy OK a OU, dotycząca Kable telekomunikacyjnego znajdującego się w danym budynku wielorodzinnym, zawarta na podstawie Umowy i Zapytania, w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych Abonentowi w danym lokalu ”.
CZĘŚĆ I – ZASADY OGÓLNE		
9.	Rozdział 1	UPC postuluje nadanie pierwszemu zdaniu następującego brzmienia: „Przedmiotem Warunków Dostępu jest określenie zasad i warunków dostępu OK do Kable telekomunikacyjnego OU, w celu świadczenia przez OK usług telekomunikacyjnych dla danego Abonenta w danym lokalu”.
10.	Rozdział 4	UPC wnosi o dodanie następującego ustępu: „W celu stwierdzenia, czy OK nie narusza postanowień Umowy lub Zamówienia, uprawnia się OU do przeprowadzania w każdym czasie kontroli wykorzystania Kable telekomunikacyjnego w obecności przedstawiciela OK. W przypadku niestawienia się przedstawiciela OK we wskazanym przez OU terminie (nie krótszym niż 7 (siedem) dni od dnia zgłoszenia kontroli do OK), OU dokona kontroli jednostronnie”.
11.	Rozdział 4	UPC wnosi o dodanie następującego ustępu: „W przypadku, gdy kontrola nie wykaże naruszeń postanowień Umowy lub Zamówienia, OU uiszcza na rzecz OK opłatę za obecność jego przedstawiciela, w wysokości opłaty pobieranej za godzinę Nadzoru OU, przemnożonej przez liczbę godzin trwania kontroli”.
12.	Rozdział 4	UPC wnosi o dodanie następującego ustępu: „OK jest odpowiedzialny za zapewnienie sobie wstępu na

Abonent jest podmiotem, który jest stroną umowy o świadczenie na jego rzecz usług telekomunikacyjnych lub wnoszący o zawarcie takiej umowy. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby jeden Abonent zawierał umowę dotyczącą wielu lokali, a nawet całego budynku np. kamienicy. Jeżeli punktem odniesienia dla Umowy i Zamówień byłaby umowa z Abonentem zamiast umowy z Abonentem dotyczącej określonego lokalu, wówczas w niektórych przypadkach zakresy pojedynczych Zamówień mogłyby być tak duże, że uniemożliwiłyby to dotrzymanie surowych terminów określonych w Warunkach Dostępu.

OU, jako właściciel Kable telekomunikacyjnych lub podmiot zarządzający nimi powinien zachować prawo do kontroli nad stanem kabli oraz ich wykorzystywaniem przez OK.

Postanowienie to służy wyważeniu interesów OU i OK.

Obowiązki ujęte w projekcie decyzji dotyczą zapewnienia dostępu do kabli, a nie do nieruchomości, ani szaf telekomunikacyjnych, co powinno znaleźć

Lp.	Postanowienie	Uwaga UPC	Uzasadnienie uwagi
		teren nieruchomości, w tym do budynków na nich posadowionych, koniecznego do korzystania z Kabli telekomunikacyjnych OU. Przed przystąpieniem do robót, OK jest zobowiązany złożyć oświadczenie o zgodzie właściciela, użytkownika wieczystego lub zarządcy nieruchomości na wstęp na teren nieruchomości lub na instalowanie własnych urządzeń, w zależności od charakteru wykonywanych prac”. UPC wnosi o sprecyzowanie, iż obiektem decyzji nie są szafy telekomunikacyjne.	odzwierciedlenie w Warunkach Dostępu. Ponadto UPC, jako właściciel kabla lub podmiot zarządzający kablem, powinien mieć możliwość uzyskania takiego oświadczenia, aby zminimalizować możliwość wystąpienia sporów z właścicielem lub zarządcą nieruchomości w zakresie dopuszczania do uczestnictwa w pracach na danej nieruchomości osób, na których obecność właściciel lub zarządca nieruchomości nie wyraził zgody. Jest to również istotne ze względu na ryzyko wyrządzenia przez pracowników OK ewentualnych szkód na nieruchomości, za co UPC jako OU nie powinna ponosić odpowiedzialności. UPC również wnosi o sprecyzowanie, iż decyzja w żaden sposób nie uprawnia OK do dostępu do szaf telekomunikacyjnych OU – w tym chociażby ich otwierania. Sam wgląd do szaf telekomunikacyjnych OU daje OK informację o dokładnych lokalach abonenckich, będących w danej chwili klientami OU. Stanowi to m.in. tajemnicę telekomunikacyjną w rozumieniu art. 159 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne.
13.	Rozdział 4	UPC wnosi o dodanie następującego ustępu: „Żadna ze Stron nie będzie odpowiedzialna za niewykonanie lub nienależyte wykonanie swoich zobowiązań wynikających z Umowy lub Zamówienia, jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie spowodowane będzie działaniem Siły Wyższej”.	Proponowana zmiana wydaje się nie wymagać dłuższego uzasadnienia, podobne postanowienia są powszechne w realiach rynkowych.
14.	Rozdział 4	UPC wnosi o dodanie następującego ustępu: „Przy wykonywaniu wszelkich prac w związku z korzystaniem z Kabli telekomunikacyjnych, OK zobowiązany do utrzymywania czystości i przywrócenia miejsca prac, w tym wszelkich instalacji telekomunikacyjnych, do stanu, w jakim je zastał – z uwzględnieniem zmian wynikających z realizacji Umowy lub Zamówień”.	Proponowana zmiana wydaje się nie wymagać dłuższego uzasadnienia, podobne postanowienia są powszechne w realiach rynkowych.
15.	Rozdział 4	UPC wnosi o dodanie następującego ustępu, np. jako ust. 9: „Strony zobowiązują się do dochowywania tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.	UPC wnosi o dodanie następującego ustępu, np. jako ust. 9: „Strony zobowiązują się do dochowywania tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.
16.	Rozdział 4, ust. 1	Zdanie drugie ustępu należy usunąć.	UPC zwraca uwagę, iż ten ustęp jest zbyt nieprecyzyjny i będzie stwarzał ryzyko konfliktów międzyoperatorów, aniżeli im zapobiegał. Wprowadzenie zasady lojalności stron względem siebie budzi wątpliwości, ponieważ zazwyczaj będą one zasadniczo konkurentami. Trudno wskazać, na czym taka lojalność miałaby

Lp.	Postanowienie	Uwaga UPC	Uzasadnienie uwagi
			polegać, z pewnością nie byłoby zasadne choćby wymaganie od OU, aby informował OK o innych, potencjalnych OK, wykazujących zainteresowanie dostępem do kabli. Z kolei zakaz stosowania względem siebie nieuczciwych praktyk i postępowania zgodnie z zasadami współzycia społecznego wynika bezpośrednio z przepisów prawa.
17.	Rozdział 4	UPC wnosi o dodanie następującego ustępu: „Korzystanie przez OK z Kabli telekomunikacyjnych OU pozostaje bez uszczerbku dla uprawnień OU do przeprowadzania w każdym czasie kontroli stanu i wykorzystania Kabli telekomunikacyjnych.”	OU, jako właściciel Kabli telekomunikacyjnych lub podmiot zarządzający nimi powinien zachować prawo do kontroli nad stanem kabli oraz ich wykorzystywaniem przez OK.
18.	Rozdział 4, ust. 6	UPC postuluje nadanie ust. 6 następującego brzmienia: „Jeżeli w wyniku działań OK związanych z wykonywaniem Umowy wystąpią jakiegokolwiek uszkodzenia instalacji majątku OU bądź podmiotów trzecich, wówczas OK zobowiązuje się do zaspokojenia wszelkich roszczeń OU bądź podmiotów trzecich, mogących wynikać w związku z powstałymi uszkodzeniami. OK zobowiązuje się również do naprawienia wszelkich szkód infrastruktury telekomunikacyjnej OU dokonanej przez Abonenta OK”.	W wyniku działań OK może potencjalnie dojść do uszkodzeń nie tylko instalacji OU, lecz również urządzeń wchodzących w skład sieci telekomunikacyjnej OU, a także urządzeń nie stanowiących części składowej sieci, lecz służących do jej naprawy bądź konserwacji. Za wszystkie szkody tego typu OK powinien ponosić odpowiedzialność. Ponadto, skoro OK świadczy usługi telekomunikacyjne Abonentom, z wykorzystaniem infrastruktury telekomunikacyjnej OU, powinien ponosić odpowiedzialność za uszkodzenia tej infrastruktury dokonane przez Abonenta OK.
19.	Rozdział 5	UPC proponuje dodanie do Rozdziału 5 następującego ustępu: „Zamówienie zostanie zawarte na czas nieokreślony”.	„Zamówienie” jest w istocie umową szczegółową. Proponowane postanowienie stanowi konsekwencję tego faktu.
20.	Rozdział 5, ust. 2	UPC postuluje nadanie ust. 2 następującego brzmienia: „Każda ze Stron może wypowiedzieć ze skutkiem natychmiastowym Umowę lub Zamówienie Umowa wygasa—w przypadku wykreślenia OU z rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych prowadzonego przez Prezesa UKE lub utraty przez OK statusu podmiotu uprawnionego do żądania dostępu do Kabla telekomunikacyjnego na podstawie art. 139 ust. 1 Ustawy”.	Wskazane w tym postanowieniu przesłanki dotyczące wygaśnięcia umowy mogą zaistnieć bez wiedzy stron, więc wygaśnięcie umowy mogłoby nastąpić nawet bez wiedzy stron. Taka sytuacja byłaby wysoce niepożądana, w związku z czym postulat UPC jest uzasadniony. „Zamówienie” jest w istocie umową szczegółową. Proponowane postanowienie stanowi konsekwencję tego faktu.
21.	Rozdział 5, ust. 3	UPC postuluje nadanie ust. 3 następującego brzmienia: „OK ma prawo wypowiedzieć Umowę lub Zamówienie w każdym czasie, z zachowaniem 1 (jedno) - miesięcznego okresu wypowiedzenia, ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego następującego po	Wszelkie terminy oznaczone jako kończące bieg w końcu miesiąca kalendarzowego powinny w istocie kończyć bieg z końcem miesiąca następującego po miesiącu, w którym nastąpiło wydalenie, którego dotyczy dany przepis. W przeciwnym razie bieg terminu, który powinien trwać ok. 1 miesiąca, może w rzeczywistości trwać nawet jeden dzień, jeżeli wydarzenie to nastąpi pod koniec miesiąca.

Uzasadnienie uwagi		Uwaga UPC	Postanowienie
		miesiącu, w którym OK złożył oświadczenie o wypowiedzeniu Umowy."	
	"Zamówienie" jest w istocie umową szczegółową. Proponowane postanowienie stanowi konsekwencję tego faktu.		
22.	UPC wnosi o nadanie ust. 4 następującego brzmienia: "Rozwiązanie Umowy lub Zamówienia z zachowaniem okresu wypowiedzenia wymaga oświadczenia złożonego na piśmie pod rygorem nieważności."	UPC wnosi o nadanie ust. 4 następującego brzmienia: "Jeżeli OK złożył już przeprowadzenie czynności, za które przewidziana jest opłata, OK winien zwrócić OU udokumentowane koszty poniesione w związku z przygotowaniem do realizacji tych czynności, w przypadku rozwiązania lub wygaśnięcia Umowy lub Zamówienia z przyczyn leżących po stronie OK"	Rozdział 5, ust. 4
23.	UPC wnosi o doprecyzowanie tego ustępu, iż jeżeli OK już zlecił OU przeprowadzenie czynności, za które przewidziana jest opłata (np. Wizji), OK winien uiścić opłaty przewidziane w Umowie niezależnie od wygaśnięcia Zamówień. Doprecyzowanie to uniknie sytuacji, gdy OU nie będzie w stanie odzyskać kosztów, które będzie zmuszony ponieść – np. w związku z faktem zlecenia czynności podwykonawcom.	UPC wnosi o dodanie do Rozdziału 5 ustępu o następującym brzmieniu: "Jeżeli OK zlecił już przeprowadzenie czynności, za które przewidziana jest opłata, OK winien zwrócić OU udokumentowane koszty poniesione w związku z przygotowaniem do realizacji tych czynności, w przypadku rozwiązania lub wygaśnięcia Umowy lub Zamówienia z przyczyn leżących po stronie OK"	Rozdział 5
24.	UPC postuluje dodanie możliwości wypowiedzenia Zamówienia (umowy szczegółowej) przez OU w przypadku, gdy OU wezwał OK do zwrotu kabla w przypadkach wskazanych w części II rozdział 4 ust. 4. Rozwiązania dotyczące zwrotu kabla, przewidziane w części II rozdział 4 ust. 4, znajdują zastosowanie w sytuacji, gdy OK okazał się niewiarygodnym partnerem nienależycie wykonującym umowę, którego działania mogą narazić OU na realne straty. W takiej sytuacji, OU nie powinien być zmuszany do zawierania umów w odniesieniu do określonego kabla przez okres 6 miesięcy.	UPC wnosi o dodanie do Rozdziału 5 ustępu o następującym brzmieniu: "OU może wypowiedzieć Zamówienie w każdym czasie i ze skutkiem natychmiastowym w przypadkach, o których mowa w Części II Rozdział 4 ust. 4". W przypadku wypowiedzenia Zamówienia z tych przyczyn, OU może odmówić zawarcia kolejnego Zamówienia na ten sam Kabel telekomunikacyjny, który został zwrócony, maksymalnie przez 6 (sześć) miesięcy od dnia zwrotu tego Kabla"	Rozdział 5
25.	UPC postuluje dodanie możliwości wypowiedzenia Zamówienia (umowy szczegółowej) przez OU w przypadku, gdy OU wezwał OK do zwrotu kabla w przypadkach wskazanych w części II rozdział 4 ust. 5. Ich zaistnienie stanowi takie naruszenie zaufania w zakresie realizacji umowy, że OU powinien być uprawniony do wypowiedzenia Zamówienia, stanowiącego umowę szczegółową.	UPC wnosi o dodanie do Rozdziału 5 ustępu o następującym brzmieniu: "OU może wypowiedzieć Zamówienie z zachowaniem 1 (jedno) - miesięcznego okresu wypowiedzenia, ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego następującego po miesiącu, w którym OU złożył oświadczenie o wypowiedzeniu w przypadku, o którym mowa w Części II Rozdział 4 ust. 5"	Rozdział 5
26.	UPC podkreśla, iż oświadczenie o dobrowolnym poddaniu się egzekucji nie stanowi efektywnego zabezpieczenia interesów OU. UPC wskazuje na argumenty operatorów już przytoczone w czasie konsultacji projektów decyzji Prezesa UKE dotyczących warunków dostępu do infrastruktury technicznej, gdzie naświetlone	W miejsce oświadczenia o dobrowolnym poddaniu się egzekucji, UPC wnosi o dodanie w ust. 1 lit. c: "gwarancję ubezpieczeniową wystawioną przez towarzystwo ubezpieczeń spełniające wymogi	Rozdział 6, ust. 1

Lp.	Postanowienie	Uwaga UPC	Uzasadnienie uwagi
		zawarte w ustawie z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej („Gwarancja Ubezpieczeniowa”). Ponadto, UPC wnosi o zawarcie następującego postanowienia powszechnie stosowanego w zamówieniach publicznych: „Z Gwarancji Bankowej lub Gwarancji Ubezpieczeniowej powinno wynikać jednoznacznie gwarantowanie wypłat należności w sposób nieodwołalny, bezwarunkowy i na pierwsze żądanie OU zawierające oświadczenie o okolicznościach stanowiących podstawę do żądania wypłaty należności. Dokument wniesienia zabezpieczenia nie może zawierać żadnych dodatkowych wymagań od OU lub osób trzecich, w tym składania jakichkolwiek dodatkowych oświadczeń, dokumentów (w tym protokołów odbioru), wezwań, dokonywania czynności, np. żądania pośrednictwa banku OU lub innej tego typu instytucji, poświadczania autentyczności podpisów”.	zostały ryzyka powstawania nieściągalnych długów. Podsumowując, postępowania komornicze w żadnym wypadku nie stanowią gwarancji zaspokojenia wierzytelności, a pozostałe środki mogą nie być wystarczające. UPC zwraca uwagę, iż koszt Gwarancji Ubezpieczeniowej jest nie większy niż Gwarancji Bankowej, natomiast jej realizacja z punktu widzenia uprawnionego z gwarancji jest szybka i skuteczna. Dzięki temu, w odróżnieniu od oświadczenia o dobrowolnym poddaniu się egzekucji, może z powodzeniem stanowić trzecią opcję zabezpieczenia roszczeń OU.
27.	Rozdział 6, ust. 3	UPC proponuje uprawnienie OU do wzywania OK do korekty wysokości zabezpieczenia nie częściej niż raz na miesiąc.	UPC zwraca uwagę, iż możliwość pierwszej korekty wysokości zabezpieczenia dopiero po 6 miesiącach spowoduje, że do tego czasu wysokość zabezpieczenia będzie zupełnie nieadekwatna do wartości Zamówień. Co za tym idzie, do tego czasu roszczenia OU nie będą niemalże zupełnie zabezpieczone. W związku z tym, UPC proponuje uprawnienie OU do wzywania OK do korekty wysokości zabezpieczenia i w czasie tych 6 miesięcy, lecz nie częściej niż raz na miesiąc. Takie rozwiązanie spowoduje bardziej adekwatne zabezpieczenie interesów OU w czasie tego okresu początkowego, równocześnie zaś limit jednego wezwania na miesiąc uniemożliwi OU bardziej częste wzywanie OK do korekt. Nie ma uzasadnienia, aby zmuszać OU do odstępowania od zabezpieczenia swoich interesów finansowych. Fakt, iż OU nie był zmuszony do sięgania po nie w celu zaspokojenia swoich roszczeń, w żaden sposób nie wpływa na równowagę interesów między Stronami, których zabezpieczenia mają strzec. Niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy oraz Zamówień może polegać na wielu zdarzeniach, nie tylko na wypadku zalegania przez OK z płatnościami. Będzie to bardziej adekwatne zadośćuczynienie w szczególności w sytuacji, gdy uszkodzenie instalacji telekomunikacyjnej doprowadzi do opóźnienia lub wręcz
28.	Rozdział 6, ust. 6	UPC wnosi o usunięcie tego zapisu.	
29.	Rozdział 7, ust. 1, lit. e	UPC wnosi o wprowadzenie kary umownej za uszkodzenia całej instalacji telekomunikacyjnej OU, a	

Uwagi do projektu decyzji UPC DHRT.WIT.6082.2.2018 – kable budynkowe – załącznik		Uzasadnienie uwagi	
Lp.	Postanowienie	Uwaga UPC	
		nie tylko kabli telekomunikacyjnych. Kara umowna powinna zostać ustalona na poziomie pięciokrotności kosztów naprawy danego elementu instalacji.	nienożności podłączenia Abonenta przez OU. Utrata Abonenta i straty reputacyjne są kwestiami wymagającymi szczególnej uwagi i troski Stron, a obecny poziom kary nie będzie jej gwarantował.
30.	Rozdział 7, ust. 2, lit. a	Odwolanie do Rozdziału 3 Podrozdziału 3.3 ust. 6 powinno zostać zmienione na odwołanie do Rozdziału 3 Podrozdziału 3.3 ust. 7, tj. „Czas usunięcia przyczyn Awarii nie powinien przekraczać 36 (trzydziestu sześciu) godzin od momentu zgłoszenia Awarii.”	Rozdział 3 Podrozdziału 3.3 ust. 6 dotyczy przekazania OK przez OU przewidywanej daty i godziny rozpoczęcia naprawy.
31.	Rozdział 7, ust. 2, lit. a	W odniesieniu do każdego dnia opóźnienia, o którym mowa w ostatnim wersie Rozdziału 7, ust. 2, lit. a, UPC prosi o sprecyzowanie, że należy przez to rozumieć każdy dzień rozpoczęty.	Konieczne jest doprecyzowanie postanowienia, aby nie budziło ono wątpliwości w praktyce.
CZĘŚĆ II – PROCEDURY DOSTĘPU			
32.	Rozdział 1, Podrozdział 1.1, ust. 1	UPC postuluje, aby: - część wspólna ust. 1 kończyła się zdaniem „OK zobowiązanych jest do: wskazania w Zapytaniu” - lit. a rozpoczynała się od słów „szczegółowego wskazania w Zapytaniu”, - lit. b i c rozpoczynały się od słów „wskazania w Zapytaniu”, - dodać do wyczerpania lit. d o następującej treści: „przedstawienia oświadczenia Abonenta o zawarciu umowy z OK dotyczącej świadczenia usług w danym lokalu”.	UPC zwraca uwagę, że ciężar dowodu w zakresie spełnienia przez OK przesłanek określonych w art. 139 ust. 1 Pt, jak podniesiono już w piśmie ogólnym, spoczywa na OK. OK powinien zatem przesłanki te wykazać, a nie jedynie powołać się na nie. Ponadto, powinna istnieć możliwość weryfikacji, czy rzeczywiście cel umowy jest spełniony, czyli czy OK ubiega się o dostęp do kabla w celu świadczenie usług konkretnemu Abonentowi w konkretnym lokalu. W przeciwnym razie OK mógłby zajmować Kabel, uniemożliwiając świadczenie usług Abonentowi przez innych przedsiębiorców.
33.	Rozdział 1, Podrozdział 1.1, ust. 1 lit. a	UPC postuluje nadanie lit. a następującego brzmienia: „występujących w sprawie przesłanek wynikających z art. 139 ust. 1 Ustawy (realizacja szybkiej sieci telekomunikacyjnej w przypadku ubiegania się o dostęp określony w art. 139 ust. 1 pkt 2 i 3, a ponadto ekonomiczna nieopłacalność lub techniczna niemożliwość powielenia infrastruktury telekomunikacyjnej w przypadku ubiegania się o dostęp, o którym mowa w art. 139 ust. 1 pkt 2 lit. a lub art. 139 ust. 1 pkt 3 lit. a Pt lub realizacja szybkiej sieci telekomunikacyjnej)”	UPC zwraca uwagę, iż przesłanką art. 139 ust. 1 Pt, zarówno pkt 2) jak i 3), jest „powielenie infrastruktury telekomunikacyjnej byłoby ekonomicznie nieopłacalne lub technicznie niemożliwe (...) jeżeli wniosek o dostęp jest składany w celu realizacji szybkiej sieci telekomunikacyjnej w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych” (podkreślenia UPC). Realizacja szybkiej sieci sama w sobie nie jest zatem wystarczającą przesłanką, a jedynie dopełniającą. Z kolei w przypadku ubiegania się o możliwość korzystania z punktu połączenia instalacji telekomunikacyjnej budynku z publiczną siecią telekomunikacyjną na podstawie art. 139 ust. 1 pkt 3 lit. b Pt, przesłanka realizacji szybkiej sieci będzie wystarczająca.

Lp.	Postanowienie	Uwaga UPC	Uzasadnienie uwagi
34.	Rozdział 1, Podrozdział 1.1, ust. 2	UPC wnosi o sprecyzowanie, iż 3 dni, które OU ma na przekazanie OK informacji o wystąpieniu ewentualnych braków formalnych w Zapytaniu, są dniami roboczymi.	Uwaga zasadna na wypadek nieuwzględnienia uwagi dotyczącej zmiany wszystkich terminów określonych w dniach na dni robocze.
35.	Rozdział 1, Podrozdział 1.1, ust. 5	UPC wnosi o nadanie ust. 5 następującego brzmienia: „W przypadku pozytywnej weryfikacji formalnej, OU, w terminie do 5 (pięciu) dni roboczych , licząc od dnia otrzymania przez OU kompletnego Zapytania, udziela OK pozytywnej albo negatywnej odpowiedzi na Zapytanie co do możliwości dostępu do Kabla telekomunikacyjnego dla lokalu określonego w Zapytaniu, albo informuje o konieczności przeprowadzenia Wizji . W pozytywnej odpowiedzi na Zapytanie OU wskazuje, czy Warunki dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej w zakresie Kabli telekomunikacyjnych istnieją konieczność przygotowania przez OK schematu połączenia Kabla telekomunikacyjnego z urządzeniami OK („Schemat”)”.	Zmiana jest wskazana, aby procedura regulowała każdy możliwy przebieg procedury.
36.	Rozdział 1, Podrozdział 1.1, ust. 6	UPC wnosi o sprecyzowanie, że przypadku, gdy OU nie może wskazać możliwości technicznych udostępnienia Kabla telekomunikacyjnego bez przeprowadzenia Wizji, OU informuje OK o tym fakcie w terminie do 5 (pięciu) dni, licząc od dnia otrzymania przez OU kompletnego Zapytania, łącznie z propozycją terminu Wizji w terminie do 5 (pięciu) dni.	Propozycja doprecyzuje procedurę przeprowadzania Wizji.
37.	Rozdział 1, Podrozdział 1.1, ust. 7	UPC wnosi o sprecyzowanie, iż 2 dni, które OU ma na przekazanie OK dokumentacji z przeprowadzonej Wizji, są dniami roboczymi.	Uwaga zasadna na wypadek nieuwzględnienia uwagi dotyczącej zmiany wszystkich terminów określonych w dniach na dni robocze.
38.	Rozdział 1, Podrozdział 1.1, ust. 8	UPC wnosi o dodanie kolejnej przesłanki odmowy: „ wskazany w Zapytaniu Kabel telekomunikacyjny ma nieuregulowaną sytuację prawną ”.	Postanowienie to wzorowane jest na Podrozdziale 2.1. ust. 14 Oferty ROI. Możliwa jest sytuacja, gdy nie sposób byłoby jednoznacznie potwierdzić, kto jest w istocie właścicielem kabla. W takim przypadku nie sposób byłoby stwierdzić, na jakiej podstawie OK mógłby ubiegać się do dostępu do kabla – art. 139 ust. 1 pkt 2, czy art. 139 ust. 1 pkt 3 Pt, a zatem i jakie przesłanki powinien spełnić, jak również w jakim zakresie dostęp mógłby być udzielony.
39.	Rozdział 1, Podrozdział 1.1, ust. 8	UPC wnosi o dodanie kolejnej przesłanki odmowy: „ udostępnienie Kabla telekomunikacyjnego objętego Zapytaniem nie jest możliwe ze względu na jego aktualne wykorzystanie przez OU lub inny podmiot świadczący usługi telekomunikacyjne, lub dany kabel jest objęty planem biznesowym ”.	Ze względu na specyfikę technologii, element infrastruktury będący przedmiotem regulacji powinien zawsze znajdować się w dyspozycji danego operatora w celu realizacji założonego wcześniej planu biznesowego.

Lp.	Postanowienie	Uwaga UPC	Uzasadnienie uwagi
40.	Rozdział 1, Podrozdział 1.1, ust. 8, lit. a	UPC wnosi o nadanie lit. a następującego brzmienia: „ <i>udostępnienie Kabla telekomunikacyjnego objętego Zapytaniem nie jest możliwe ze względów technicznych, w szczególności z uwagi na zajętość Kabla telekomunikacyjnego, w stopniu uniemożliwiającym jego udostępnienie</i> ” OK architektura sieci w danym budynku ”.	W wielu budynkach, w których funkcjonują sieci kablowe CATV, architektura sieci wygląda inaczej niż ujęta w projekcie decyzji. W pionach budynków nie zawsze prowadzona jest wiązka kabli koncentrycznych, lecz możliwe jest prowadzenie jednego kabla, od którego prowadzone są odgałęzienia do poszczególnych lokali abonenckich. W powyższym przypadku zakłócenia uniemożliwiają poprowadzenie sygnału takim kablem przez innego przedsiębiorcę. Mamy wówczas do czynienia z techniczną niemożliwością udostępnienia kabla, która wynika nie tyle z zajętości kabla (kabel w całości nie musi być wykorzystywany np. na wyższych kondygnacjach), ile ze specyficznej architektury sieci. Z powyższych względów projekt decyzji należy uzupełnić o możliwość odmowy udzielenia dostępu ze względu na architekturę sieci.
41.	Rozdział 1, Podrozdział 1.1, ust. 8, lit. c	UPC postuluje nadanie lit. c następującego brzmienia: „nie są spełnione przesłanki wynikające z art. 139 ust. 1 Ustawy wskazane przez OK w Zapytaniu (realizacja szybkiej sieci telekomunikacyjnej w przypadku ubiegania się o dostęp określony w art. 139 ust. 1 pkt 2 i 3, a ponadto ekonomiczna nieopłacalność lub techniczna niemożliwość powielenia infrastruktury telekomunikacyjnej w przypadku ubiegania się o dostęp, o którym mowa w art. 139 ust. 1 pkt 2 lit. a lub art. 139 ust. 1 pkt 3 lit. a Pt lub realizacja szybkiej sieci telekomunikacyjnej)”	UPC zwraca uwagę, iż przesłanką art. 139 ust 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne, zarówno pkt 2) jak i 3), jest „ <i>powielenie infrastruktury telekomunikacyjnej byłoby ekonomicznie nieopłacalne lub technicznie niemożliwe (...)</i> jeżeli wniosek o dostęp jest składany w celu realizacji szybkiej sieci telekomunikacyjnej w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych” (podkreślenia UPC). Realizacja szybkiej sieci sama w sobie nie jest zatem wystarczającą przesłanką, a jedynie dopełniającą.
42.	Rozdział 1, Podrozdział 1.1, ust. 10	UPC wnosi o sprecyzowanie, iż w przypadku niezłożenia przez OK wniosku o przeprowadzenie Inspekcji w terminie do 7 dni od dnia przekazania przez OU odpowiedzi negatywnej, OU przestaje rozpatrywać Zapytanie.	Wskazane jest uregulowanie momentu zakończenia procedowania Zapytania, które może nie doprowadzić do uzyskania odpowiedzi pozytywnej, w przypadku braku wniosku o przeprowadzenie Inspekcji.
43.	Rozdział 1, Podrozdział 1.1, ust. 12	UPC wnosi o sprecyzowanie, iż pracownik OK winien wylegitymować się za pomocą dowodu osobistego w celu ustalenia, iż osoby zgłoszone w Zgłoszeniu dostępu stawili się na miejsce Inspekcji, Wizji czy też Nadzoru.	UPC zwraca uwagę, iż taka wykładnia wynika już z treści Zgłoszenia dostępu.
44.	Rozdział 1, Podrozdział 1.2, ust. 1	UPC proponuje następującą zmianę: „ <i>W celu uzyskania dostępu do Kabla telekomunikacyjnego, OK składa do OU wniosek o zawarcie „Zamówienia na dostęp do Kabla telekomunikacyjnego w oparciu o Zapytanie” („Zamówienie”). Wzór formularza Zamówienia stanowi Załącznik nr 2 do Warunków Dostępu. Zamówienie powinno zostać zawarte przez Stronę w terminie do</i> ”	Uwaga stanowi konsekwencję uznania „Zamówienia” za umowę szczegółową.

Lp.	Postanowienie	Uwaga UPC	Uzasadnienie uwagi
		30 (trzydziestu) dni od dnia złożenia kompletnego formularza zamówienia ze Schematem, który uzyskał formalną akceptację OU. Jeżeli odpowiedź OU na Zapytanie wskazuje kilka rodzajów Kabli telekomunikacyjnych OU prowadzących do lokalu wskazanego w Zapytaniu lub kilka miejsc, w których OK może uzyskać dostęp do danego Kabla telekomunikacyjnego, wówczas OK w Zamówieniu wskazuje Kabel telekomunikacyjny, który zamierza wykorzystać lub miejsce, w którym dostęp ma być zapewniony.”	
45.	Rozdział 1, Podrozdział 1.2, ust. 2	Po zdaniu „Po upływie tego terminu OU nie gwarantuje możliwości dostępu do Kabla telekomunikacyjnego objętego Zapytaniem”, UPC wnosi o dodanie: „w tym w przypadku, gdy przed upływem tego terminu zaistnieje którakolwiek z przesłanek z Rozdziału 1 Podrozdziału 1.1 ust. 8”	Powyższa propozycja ma na celu uwzględnienie zmian w okoliczności, np. w związku z anulowaniem Zamówienia.
46.	Rozdział 1, Podrozdział 1.2, ust. 4	UPC wnosi o sprecyzowanie, iż 3 dni, które OU ma od otrzymania Zamówienia na szczegółowe wskazanie braków, błędów lub niejasności w dostarczonych dokumentach i wezwanie OK do poprawienia tego Zamówienia lub udzielenia wyjaśnień, są dniami roboczymi.	Uwaga zgłoszona na wypadek nieuwzględnienia uwagi dotyczącej zmiany wszystkich terminów określonych w dniach na dni robocze.
47.	Rozdział 1, Podrozdział 1.2, ust. 5	UPC proponuje następującą zmianę: „OK przesyła poprawione Zamówienie lub Schemat do OU niezwłocznie, ale nie później niż w terminie 3 (trzech) dni od otrzymania wezwania do uzupełnienia Zamówienia/Schematu.”	Zmiana ma charakter redakcyjny.
48.	Rozdział 1, Podrozdział 1.2, ust. 6	UPC proponuje następującą zmianę redakcyjną: „W przypadku, gdy OK nie uzupełni, nie poprawi lub nie udzieli wyjaśnień, o których mowa w ust. 4 w terminie wskazanym w ust. 5, bądź też Zamówienie zostanie złożone po przekroczeniu terminu, o którym mowa w ust. 2, Zamówienie to nie jest dalej procedowane i następuje jego zwrócenie”.	UPC proponuje powyższe zmiany w celu uniknięcia wątpliwości odnośnie do tego aspektu procedury dostępu.

Lp.	Postanowienie	Uwaga UPC	Uzasadnienie uwagi
49.	Rozdział 1, Podrozdział 1.2, ust. 7	UPC proponuje następującą zmianę ust. 7: „OU potwierdza OK realizację dostępu do Kabla telekomunikacyjnego zgodnie z danymi wskazanymi w Zamówieniu w terminie 3 (trzech) dni od dnia jego pozytywnej weryfikacji, poprzez odesłanie do OK 2 (dwóch) egzemplarzy parafowanego formularza Zamówienia. OK jest zobowiązany niezwłocznie podpisać Zamówienie i odesłać je formie papierowej do OU. W przypadku nieodesłania podpisanego Zamówienia, następuje zakończenie procesu udostępniania ”.	Zmiana jest konsekwencją uznania Zamówienia za umowę szczegółową.
50.	Rozdział 1, Podrozdział 1.2, ust. 8	UPC proponuje następującą zmianę redakcyjną: „OK może anulować Zamówienie <i>nie później niż na 2 (dwa) dni robocze przed rozpoczęciem prac instalacyjnych.</i> ”	Uwaga zgłaszana na wypadek nie uwzględnienia uwagi, że wszystkie terminy w Warunkach Dostępu powinny być dniami roboczymi.
51.	Rozdział 1, Podrozdział 1.2, ust. 9	UPC proponuje nadanie ust. 9 następującego brzmienia: „OK może zrezygnować z dostępu do Kabla telekomunikacyjnego realizowanego na podstawie zaakceptowanego Zamówienia z zachowaniem 1 (jedno)-miesięcznego okresu wypowiedzenia, ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego następującego po miesiącu, w którym OK złożył oświadczenie o wypowiedzeniu. ”	Wszelkie terminy oznaczone jako kończące bieg w końcu miesiąca kalendarzowego powinny w istocie kończyć bieg z końcem miesiąca następującego po miesiącu, w którym nastąpiło wydarzenie, którego dotyczy dany przepis. W przeciwnym razie bieg terminu, który powinien trwać ok. 1 miesiąca, może w rzeczywistości trwać nawet jeden dzień, jeżeli wydarzenie to nastąpi pod koniec miesiąca.
52.	Rozdział 2, ust. 1	UPC wnosi, aby termin realizacji był wyznaczany od razu po potwierdzeniu przez OU realizacji dostępu, o którym mowa w Rozdziale 2, ust. 1. Jest to bowiem moment, w którym OU potwierdza pozytywną weryfikację Zamówienia i Schematu. W tym też momencie OK może złożyć Zgłoszenie dostępu, z terminem realizacji Zamówienia, który w naturalny sposób byłby też datą udostępnienia kabla.	UPC zwraca uwagę, iż fragment „z zastrzeżeniem postanowień wskazanych w Część II Rozdział 1 Podrozdział 1.2 ust. 4 – 6” oznacza, iż w praktyce termin realizacji Zamówienia, który OK ma wskazać w Zamówieniu, natomiast OU potwierdzić, będzie ulegał zmianom. Co więcej, będą to możliwe parokrotne zmiany, w zależności od tego, ile czasu zabierze Stronom wymiana, o której mowa w Części II Rozdziale 1 Podrozdziale 1.2 ust. 4 – 6.
53.	Rozdział 3, Podrozdział 3.1, ust. 5 lit. a	UPC postuluje nadanie lit. a następującego brzmienia: „anulowania Zgłoszenia dostępu nie później niż 2 (dwa) dni robocze przed planowanym terminem rozpoczęcia prac, za zwrotem kosztów związanych z realizacją anulowanego Zamówienia, chyba, że OU nie ponosi kosztów z tego tytułu ”.	Zgłoszenie dostępu, w sposób oczywisty wiąże się z podjęciem przygotowań przez OU w tym zakresie, np. zleceniem robót podwykonawcom. Umowa z podwykonawcami może nie przewidywać możliwości tak późnego anulowania zamówionych prac. W związku z tym zasadne jest, aby w przypadku, gdy OK zgłasza dostęp, pokrył on koszty, które OU poniosł w związku z przygotowaniem do realizacji dostępu.
54.	Rozdział 3, Podrozdział 3.2, ust. 4	UPC postuluje nadanie ust. 4 następującego brzmienia:	Ustęp 5 dotyczy sytuacji, gdy sprawujący Nadzór OU ma prawo wstrzymać prowadzenie prac przez OK. W przypadku, gdy sprawujący Nadzór ma prawo

Lp.	Postanowienie	Uwaga UPC	Uzasadnienie uwagi
		„W czasie wykonywania przez OK prac związanych z połączeniem/odłączeniem Kabla telekomunikacyjnego z urządzeniami OK, OU sprawuje Nadzór OU zgodnie ze Zgłoszeniem dostępu. W przypadku zaprzestania wykonywania Nadzoru przez OU, z zastrzeżeniem ust. 5, OK uprawniony jest do kontynuowania prac. Za okres nieobecności osób mających sprawować Nadzór OU, OU nie pobiera opłat za Nadzór OU”.	wstrzymać prowadzenie prac przez OK i zarazem wstrzymać wykonanie Nadzoru, OK nie może być uprawniony do kontynuowania prac.
55.	Podrozdział 3.3, ust. 7	UPC wnosi o sprecyzowanie, iż: „Komunikacja z Abonentem, czas oczekiwania na jego zgodę, jak również czas poprzedzający uzgodnione z Abonentem wejście do jego lokalu odpowiednio wydłużają termin podany w tym ustępie”.	Nie byłoby zasadne, aby do niezwykle krótkiego czasu usuwania Awarii wliczany był czas reakcji Abonenta OK. Na te okoliczności UPC nie będzie miała wpływu.
56.	Podrozdział 3.3, ust. 12	UPC wnosi o następujące zmiany w tym ustępie: „OU zwalnia OK z 3 (trzy)-letniego opłat za dostęp doczyńszu za—dzierzawę danego Kabla telekomunikacyjnego w sytuacji, gdy OK usunie Awarię, zgodnie z ust. 11 powyżej, w wysokości stanowiącej równowartość udokumentowanych kosztów przeprowadzonej naprawy. OK uprzednio przedstawia OU propozycję kosztu usunięcia Awarii.”	UPC wnosi o zastąpienie proponowanej metodyki wyznaczania „potrącenia” kosztu usunięcia Awarii przez OK, zaczerpniętej z niedawnych decyzji Prezesa UKE odnośnie dostępu do infrastruktury technicznej w zakresie kanalizacji kablowej, metodyką, która we właściwszy sposób umożliwiłaby ustalenie kosztu usunięcia Awarii Kabla telekomunikacyjnego i potencjalny okres udostępniania go.
57.	Rozdział 4, ust. 2	UPC postuluje, aby nadać ust. 2 następujące brzmienie: „OK jest zobowiązany do zwrotu Kabla telekomunikacyjnego w—przypadku niezwłocznie po zakończeniu umowy dotyczącej świadczenia usług telekomunikacyjnych na rzecz Abonenta OK”.	OU powinien odzyskać kontrolę nad udostępnianymi kablami niezwłocznie po odpadnięciu celu udzielenia dostępu do kabla. W ten sposób OU będzie mógł choćby udzielić dostępu do kabla innemu OK.
58.	Rozdział 4, ust. 10 i 11	UPC zwraca się z prośbą o nadanie ust. 10 zdanie drugie następującego brzmienia „W przypadku nieobecności jednej ze Stron OK, OU, druga Strona dokonuje jednostronnego odłączenia Kabla telekomunikacyjnego od urządzeń OK oraz podpisania Protokołu Odbioru Wykonanych Prac.”	UPC proponuje, aby w przypadku, gdy OK nie stawi się w celu uczestniczenia w odłączaniu kabla, OU był uprawniony nie tylko do jednostronnego podpisania Protokołu Odbioru, lecz również do odłączenia kabla, o ile zabieg ten nie wymaga dostępu do szafy telekomunikacyjnej OK.
		UPC zwraca się z prośbą o nadanie ust. 11 zdanie drugie następującego brzmienia:	

Uwaga UPC		Uzasadnienie uwagi	
Lp.	Postanowienie	Uwaga UPC	
		„W takim przypadku OK nie będzie przysługiwało odszkodowanie z tytułu odłączenia Kabla telekomunikacyjnego przez OU od urządzeń OK, a OU będzie uprawniony do jednostronnego odłączenia Kabla telekomunikacyjnego od urządzeń OK, o ile zabieg ten nie wymaga dostępu do szafy telekomunikacyjnej OK, oraz podpisania Protokołu Wykonanych Prac, zgodnie z ust. 10.”	
59.	Rozdział 4, ust. 12, lit. b	UPC wnosi o następującą zmianę w lit. b tego ustępu: „w przypadku braku odpowiedzi w terminie, o którym mowa w lit. a lub gdy w udzielonej odpowiedzi OK nie wykaże tytułu prawnego, z którego wynikałoby prawo do korzystania z danego Kabla telekomunikacyjnego OU, że uzyskał dostęp do Kabla telekomunikacyjnego zgodnie z Umową, OU wzywa OK, według wyboru OU, do natychmiastowego zwrotu Kabla telekomunikacyjnego albo do złożenia Zapytania i jeśli OK uzyska odpowiedź pozytywną do złożenia Zamówienia”.	UPC zwraca uwagę, iż proponowany przez Prezesa UKE przepis umożliwiłby OU jednostronne decydowanie o zwracaniu Kabla telekomunikacyjnego niezależnie od tego, czy obecnie umożliwia on świadczenie usług Abonentowi OK. UPC zauważa, że nie to było intencją Prezesa UKE, co wynika chociażby ze zgola odmiennego sformułowania tego przepisu na str. 43 uzasadnienia Projektu Decyzji Prezesa UKE, jak również w przyjętych już przez Prezesa UKE rozwiązaniach dotyczących infrastruktury technicznej.
CZĘŚĆ III – ZASADY ROZLICZEŃ			
60.	Rozdział 1	UPC wnosi o usunięcie lit. b, dotyczącej opłaty za doprowadzenie Kabla telekomunikacyjnego do lokalu Abonenta.	Dostęp, o którym mowa w art. 139 Pt, nie jest „dostępem telekomunikacyjnym”, w związku z czym art. 139 Pt nie jest podstawą prawną do nakładania na OU obowiązku doprowadzania kabla do lokalu Abonenta. Szczegółowa argumentacja w tym zakresie została ujęta w piśmie ogólnym.
61.	Rozdział 1, Podrozdział 1.2.	UPC wnosi o nadanie tytułowi Podrozdziału 1.2. następującego brzmienia: „Opłata jednorazowa i miesięczna”	Dostęp, o którym mowa w art. 139 Pt, nie jest „dostępem telekomunikacyjnym”, w związku z czym art. 139 Pt nie jest podstawą prawną do nakładania na OU obowiązku doprowadzania kabla do lokalu Abonenta. Szczegółowa argumentacja w tym zakresie została ujęta w piśmie ogólnym.
62.	Rozdział 1, Podrozdział 1.2.	UPC wnosi o nadanie zdaniu pierwszemu następującego brzmienia: „Wysokość opłaty jednorazowej za doprowadzenie Kabla telekomunikacyjnego do lokalu Abonenta oraz miesięcznych opłat za dostęp do Kabla telekomunikacyjnego zostanie określona przez OU z	Dostęp, o którym mowa w art. 139 Pt, nie jest „dostępem telekomunikacyjnym”, w związku z czym art. 139 Pt nie jest podstawą prawną do nakładania na OU obowiązku doprowadzania kabla do lokalu Abonenta. Szczegółowa argumentacja w tym zakresie została ujęta w piśmie ogólnym.

Uwagi do projektu decyzji UPC DHRT.WIT.6082.2.2018 – kable budynkowe – załącznik

Lp.	Postanowienie	Uwaga UPC	Uzasadnienie uwagi
		wykorzystaniem narzędzia, stanowiącego Załącznik nr 5 do Warunków Dostępu”.	
63.	Rozdział 2	UPC wnosi o sprecyzowanie, do jakiego typu opłat mają zastosowanie zasady ujęte w niniejszym Rozdziale – tj. czy tylko do opłaty za dostęp do Kabla telekomunikacyjnego (opłata miesięczna), czy też do wszelkich opłat, w tym: opłaty za każdą rozpoczętą godzinę, opłaty za każdą rozpoczętą godzinę, opłaty – jednorazowej – za doprowadzenie Kabla-telekomunikacyjnego-do-lokalu Abonenta, opłaty za Nadzór OU za każdą rozpoczętą godzinę, jak również opłat wynikających z kar umownych.	UPC wnosi o sprecyzowanie, do jakiego typu opłat mają zastosowanie zasady ujęte w niniejszym Rozdziale – tj. czy tylko do opłaty za dostęp do Kabla telekomunikacyjnego (opłata miesięczna), czy też do wszelkich opłat, w tym: opłaty za Wizję za każdą rozpoczętą godzinę, opłaty – jednorazowej – za doprowadzenie Kabla-telekomunikacyjnego-do-lokalu Abonenta, opłaty za Nadzór OU za każdą rozpoczętą godzinę, jak również opłat wynikających z kar umownych.
64.	Rozdział 2, ust. 5	UPC wnosi o sprecyzowanie, iż faktury mogą być wysyłane drogą elektroniczną.	Uwaga ma na celu ułatwienie wykonywania Zamówień.



Warszawa, 11 lutego 2019 r.

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

127/PIKE/2019

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

**STANOWISKO PIKE
w toku postępowania**

Stanowisko Pani Prezesa,

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

¹ Ustawa – Prawo telekomunikacyjne.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

8. Z powyższych rozważań płyną następujące wnioski:

- 1) **art. 139 ust. 1a-1c nie transponuje żadnego z przepisów dyrektywy ramowej,**
- 2) przyczyną dodania ww. ustępów miało być uchylene 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 wyłączenia lub z użytkowania nieruchomości, krajowe organy regulacyjne, uwzględniając w pełni zasadę proporcjonalności, mogą narzucić współużytkowanie **tych** urządzeń lub **tej** nieruchomości [...]”*

(ang. *„such facilities or property”* [wyróżnienie nasze], niem. *„die gemeinsame Nutzung **dieser** Einrichtungen oder Grundstücke vorschreiben”* [wyróżnienie nasze])

11. Taki wniosek wypływa również z logiki przepisu. Przepis art. 12 ust. 2 dyrektywy ramowej stanowi:

*„2. Państwa członkowskie mogą wymagać, aby posiadacze praw, o których mowa w ust. 1, współużytkowali urządzenia lub nieruchomości (łącznie z fizyczną kolokacją), lub podjęli środki ułatwiające koordynację robót publicznych w celu ochrony środowiska, zdrowia publicznego, **bezpieczeństwa publicznego lub w celu realizacji założeń planowania przestrzennego** [wyróżnienie nasze] i wyłącznie po upływie odpowiedniego terminu wyznaczonego na przeprowadzenie konsultacji społecznych, podczas których wszystkie zainteresowane strony mogą przedstawić swoje stanowisko. [...]”*

12. O ile w przypadku ochrony środowiska i zdrowia publicznego można przytaczać różne argumenty, o tyle oczywistym jest, że kwestie bezpieczeństwa publicznego, a już na pewno **założenia planowania przestrzennego są zróżnicowane terytorialnie**. Nie można zatem

¹⁰ Ustawa o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych.

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

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

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

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

III. Niezgodność z dyrektywą o dostępie

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

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

*„[...] krajowe organy regulacyjne **nie będą nakładały obowiązków określonych w art. 9-13 na operatorów, którzy nie zostali wskazani zgodnie z ust. 2** [wyróżnienie 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 projektowanej decyzji jest art. 139 ust. 1 pkt 3 Pt. Przepis ten w obecnym brzmieniu został wprowadzony ustawą z dnia 9 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 903). Jak wskazał ustawodawca w uzasadnieniu do projektu ww. nowelizacji:

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

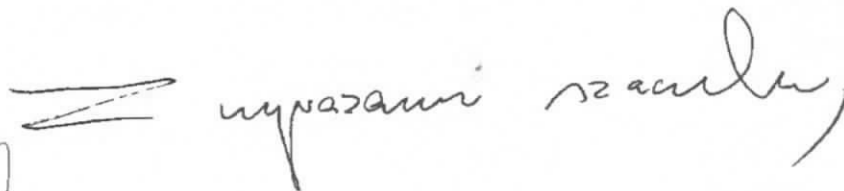
31. Przepis art. 139 ust. 1b Pt stanowi, że **Prezes UKE „może”** określić w decyzji warunki zapewnienia dostępu, o którym mowa w art. 139 ust. 1 Pt. Zatem nawet zwrócenie się do przedsiębiorców o informacje w trybie art. 139 ust. 1a Pt nie zobowiązuje Prezesa UKE do wydania decyzji.
32. Mając zatem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

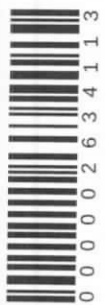
Warszawa, 30 sierpnia 2018 r.

DHRT.WIT.0143.12.2018.2

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

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

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



- b. ilości kanalizacji telekomunikacyjnej budynkowej i pozabudynkowej znajdującej się w dyspozycji podmiotów niebędących przedsiębiorcami, w szczególności dysponentów nieruchomości budynkowych,
 - c. liczby umów o dostęp do kanalizacji telekomunikacyjnej budynkowej i pozabudynkowej zawartych między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, ze wskazaniem liczby tych umów zawartych przez 10 podmiotów o największej liczbie zawartych umów o dostęp do kanalizacji (biorców) oraz 10 podmiotów o największej liczbie zawartych umów o udzielenie dostępu do kanalizacji (dawców);
 - d. liczby umów o dostęp do kanalizacji telekomunikacyjnej budynkowej i pozabudynkowej zawartych między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi a podmiotami niebędącymi przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, w szczególności dysponentami nieruchomości budynkowych.
3. wskazanie, czy UKE dysponuje dokumentami lub danymi opisującymi polski rynek hurtowego dostępu do słupów energetycznych na potrzeby budowy instalacji telekomunikacyjnych, w tym udostępnienie danych dotyczących:
- a. ilości infrastruktury słupowej dostępnej na te potrzeby,
 - b. liczby umów zawartych o dostęp do tej infrastruktury ze wskazaniem ilości infrastruktury stanowiącej przedmiot udostępnienia.

Data udostępnienia informacji publicznej:

30 sierpnia 2018 r.

Uwagi:
Brak

Treść udostępnianej informacji publicznej:

Informacja publiczna, która może zostać przekazana niezwłocznie:

Pytanie nr 1:

UKE nie prowadził analizy hurtowego rynku dostępu do kanalizacji telekomunikacyjnej budynku, kanalizacji kablowej pozabudynkowej, lub hurtowego rynku dostępu do kabli telekomunikacyjnych w budynkach w rozumieniu art. 21 ust. 1 Pt.

Pytanie nr 2 lit. b:

UKE nie dysponuje danymi dotyczącymi ilości kanalizacji telekomunikacyjnej budynkowej i pozabudynkowej znajdującej się w dyspozycji podmiotów niebędących przedsiębiorcami, w szczególności dysponentów nieruchomości budynkowych.

Pytanie nr 2 lit. d:

UKE nie dysponuje danymi dotyczącymi liczby umów o dostęp do kanalizacji telekomunikacyjnej budynkowej i pozabudynkowej zawartych między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi a podmiotami niebędącymi przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, w szczególności dysponentami nieruchomości budynkowych.

Pytanie nr 3 lit. a:

UKE nie dysponuje danymi dotyczącymi ilości infrastruktury słupowej dostępnej na potrzeby budowy instalacji telekomunikacyjnych.

Zgodnie z art. 13 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1330 ze zm.) odpowiedź na pozostałe pytania zawarte we wniosku

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

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

Wyłączenie jawności w zakresie udostępnianych ww. informacji nie występuje.

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

Dodatkowe koszty nie występują.

z up. Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej
Dyrektor Departamentu
Regulacji

Luiza Czyż-Trzcianowska

Warszawa, 28 stycznia 2019 r.

DHRT.WIT.0143.3.2019.4

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

Wnioskodawca: Kinga Pawłowska-Nojszewska

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



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

Wyłączenie jawności w zakresie udostępnianych informacji nie występuje.

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

Dodatkowe koszty nie występują.

z up. Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej
Dyrektor Departamentu
Regulacji

Luiza Czyż-Trzcianowska

PEŁNOMOCNICTWO
DP/36/2018

ODPIS

§1

UPC POLSKA sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie przy Al. Jana Pawła II 27, zarejestrowana w rejestrze przedsiębiorstw Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonym przez Sąd Rejonowy dla miasta stołecznego Warszawy, XII Wydział Gospodarczy Rejestrowy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000273136, z kapitałem zakładowym w wysokości 110.000.000 zł, REGON: 016308978, NIP: 5262461791, dalej Mocodawca,

udziela pełnomocnictwa

Panu Adrianowi Karkoszce, legitymującemu się numerem PESEL: 89051806971,

do reprezentowania Mocodawcy przed organami władzy publicznej, w szczególności przed Prezesem Urzędu Komunikacji Elektronicznej, Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Generalnym Inspektorem Ochrony Danych Osobowych, Krajową Radą Radiofonii i Telewizji, Sejmem i Senatem, dalej Pełnomocnik.

§2

1. Pełnomocnik upoważniony jest do samodzielnego działania w imieniu i na rzecz mocodawcy wyłącznie w zakresie określonym w §1.
2. W ramach niniejszego pełnomocnictwa Pełnomocnik nie ma prawa do ustanawiania dla Mocodawcy innych oraz dalszych pełnomocników.
3. Pełnomocnictwo wygasa wraz z ustaniem stosunku pracy pomiędzy Mocodawcą a Pełnomocnikiem, a ponadto może być w każdej chwili przez Mocodawcę odwołane.
4. Po wygaśnięciu lub odwołaniu pełnomocnictwa Pełnomocnik zobowiązany jest do niezwłocznego zwrócenia Mocodawcy dokumentu pełnomocnictwa.

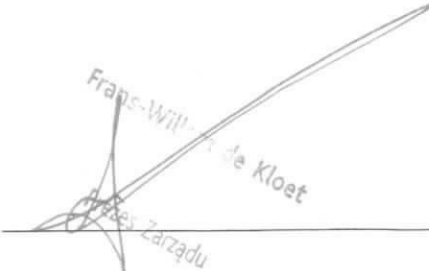
§3

Pełnomocnik ponosi odpowiedzialność za wszelkie czynności dokonane w imieniu i na rzecz Mocodawcy z przekroczeniem niniejszego pełnomocnictwa, chyba że czynności te zostaną przez Mocodawcę potwierdzone.

§4

Niniejsze pełnomocnictwo zostało udzielone dnia 14 marca 2018 r. na czas nieokreślony.

MOCODAWCA


Frans-Willem de Kloet
Prezes Zarządu


Jerzy Gołębiowski


Członek Zarządu

KANCELARIA NOTARIALNA
Notariusz Dorota Tyczyńska-Grzeszyk,
Notariusz Iwona Krupińska,
Spółka Cywilna
ul. Dubois 12 lok. 16, 00-188 Warszawa
tel. (22) 635-05-11, (22) 635-44-66
NIP 525-245-17-85



Repertorium A nr 867/2018

Dnia dwudziestego drugiego marca dwa tysiące osiemnastego roku (2018-03-22) **ja, Iwona Krupińska, notariusz w Warszawie**, prowadząca Kancelarię Notarialną w Warszawie, przy ulicy Stanisława Dubois 12 lokal 16, w tej Kancelarii, **POŚWIADCZAM** zgodność niniejszego **odpisu** z okazanym mi dokumentem.-----

Pobrano, zapisane w Repertorium A pod pozycją niniejszego poświadczenia: -----

- a) takse notarialną na podstawie § 13 pkt 2) rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 czerwca 2004 roku w sprawie maksymalnych stawek taksy notarialnej /tekst jednolity: Dz. U. z 2018 r., poz. 272/ ----- **5,00 zł,**
- b) podatek od towarów i usług w wysokości 23% od taksy notarialnej na podstawie art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług /tekst jednolity Dz. U. z 2017 roku, poz. 1221 ze zm./ ----- **1,15 zł,**
- to jest łącznie:** ----- **6,15 zł.**



NOTARIUSZ
Iwona Krupińska
Iwona Krupińska

PłatnośćD Szczegóły

Nazwa szablonu (jeśli wcześniej zdefiniowany)	
Nazwa Rachunku Obciążanego	74 1030 1508 0000 0005 0172 2022
Waluta Rachunku Obciążanego	PLN
Opis rachunku obciążanego	UPC POLSKA SP.Z O.O.
Waluta Płatności	PLN
Kwota płatności	120,00
Rodzaj przelewu	Przelew krajowy
Typ przelewu (tylko dla krajowych)	Przelew zwykły
Identyfikator	D
Poufny	Nie
Data waluty	03/20/2018
Express Elixir	Nie
Numer Rachunku Beneficjenta	55101010100400352231000000
Nazwa i Adres Beneficjenta	SAD REJONOWY DLA M.ST. W-WY
Kod Banku Beneficjenta	10101010
Nazwa Banku Beneficjenta	NBP O/OKR. W WARSZAWIE
Szczegóły płatności	OPLATA ZA 2 AKTUALNE ODPISY KRS 1 PELNY 0000273136 CS00254
Zatwierdzone przez	DANIELA HOLOGA
Data/godzina zatwierdzenia	03/19/2018 14:05:01
Status	Zrealizowany
Status pomocniczy	