



KRAJOWA IZBA KOMUNIKACJI ETHERNETOWEJ

ul. Lindleya 16, 02-013 Warszawa
Tel. + 48 22 29 28 700, Fax +48 22 29 28 701

e-mail: biuro@kike.pl, grap@kike.pl, <http://www.kike.pl>
KRS 0000316678, REGON: 141637224, NIP 9512270210



Warszawa, dnia 17 września 2015 roku

Sz. P. Magdalena Gaj
Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej
ul. Kasprzaka 18/20, 01-211 Warszawa

ID KIKE: GRAP-580/15
DHRT.WWM.6002.1.2015.48

Szanowna Pani Prezes,

Odnosząc się do pisma z dnia 24 sierpnia 2015 r. stanowiącego odpowiedź na zastrzeżenia Krajowej Izby Komunikacji Ethernetowej (dalej **KIKE** lub **Izba**), dotyczące warunków udostępnienia nieruchomości określanych w projektach decyzji wydawanych na podstawie art. 30 Megaustawy oraz sposobu prowadzenia postępowań administracyjnych w tych sprawach, w pierwszej kolejności KIKE wyraża podziękowanie za przesłaną odpowiedź i ustosunkowanie się do przedstawionych uwag. Poniżej zaś Izba przedstawia dalsze wyjaśnienia.

I. Procedura podłączania abonenta

Przede wszystkim wyjaśnienia te należy zacząć od ujednoczenia terminów, którymi posłużyli się Izba oraz Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej w swoich pismach.

KIKE wskazało w swoim stanowisku, iż do procedury podłączania nowych abonentów po wybudowaniu sieci dystrybucyjnej w budynku wlicza się cały proces, **od chwili zgłoszenia woli/zamiaru podłączenia abonenta do momentu rozliczenia tego zdarzenia z udostępniającym (zwrot kaucji).**

Podłączenie abonenta dla stron postępowania, tj. operatora i udostępniającego trwa istotnie 21 dni, tak jak wskazała to Izba w swoim stanowisku. Nie jest to zatem (jak pisze Prezes UKE) termin *sugerowany* lecz wyliczony w oparciu o konkretne postanowienia decyzji.

KIKE w swoim stanowisku odnosiła się do tej, z natury prostej procedury jako całości, która w kształcie ustalonym w decyzjach Prezesa UKE powoduje konieczność przygotowania dokumentacji, wykonania przelewów bankowych oraz ustalenia terminów z udostępniającym. Natomiast dla abonenta (który nie jest stroną ustaleń pomiędzy operatorem a udostępniającym) rzeczywiście procedura jego podłączenia może trwać ok. 8 dni, przy czym przy zawarciu umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych niemożliwe jest ustalenie z nim w sposób swobodny i pewny dogodnego dla niego terminu przyłączenia (konieczne jest uprzednie uzgodnienie tego terminu z udostępniającym).

Aby podjąć rzeczową dyskusję na temat czasu trwania procedury podłączenia abonenta należy podkreślić, iż Izba zgłosiła swoje zastrzeżenia do maksymalnego czasu trwania czynności związanych z podłączeniem nowego abonenta, wykonywanych pomiędzy operatorem a udostępniającym. Ponadto Izba nie zgłaszała uwag do zasad wykonania instalacji telekomunikacyjnej w lokalu abonenta, jak sugeruje Prezes UKE. Samo wykonanie sieci w lokalu abonenta zostało słusznie wyłączone spod kontroli udostępniającego, niemniej jednak czynności polegających na wykonaniu odcinka sieci do lokalu abonenta oraz wybudowaniu sieci w lokalu (oraz towarzyszące im procedury) nie można rozpatrywać osobno, gdyż w praktyce są wykonywane w jednym dniu i powinny podlegać tym samym obostrzeniom.

KIKE w dalszym ciągu stoi na stanowisku, że procedura związana z tak wieloma dodatkowymi czynnościami (wpłacanie i zwrot kaucji, przedłożenie dokumentacji zmian, których względem projektu nie ma) jest **nieadekwatna** wobec charakteru wykonywanych czynności, czyli wykonaniu kilku/-nasto metrowego przyłącza od puszki telekomunikacyjnej do lokalu abonenta.

Izba w dalszym ciągu utrzymuje, że proponowane rozwiązanie nie uwzględnia kryterium art. 22 ust. 1 pkt 5 Megaustawy, tj. praktycznej możliwości wdrożenia rozwiązań dotyczących technicznych i ekonomicznych aspektów współkorzystania lub dostępu do infrastruktury technicznej. Proponowane w wydawanych dotychczas decyzjach dostępowych rozwiązania wymagają dodatkowego, zbędnego nakładu pracy zarówno po stronie operatorów jak i udostępniających, co przy dużej ilości podłączanych abonentów (co często ma miejsce tuż po wybudowaniu nowej sieci lub w przypadku jej przebudowy – np. obecnie z okablowania miedzianego na światłowodowe) stanowi rzeczywistą i odczuwalną dla stron niedogodność, a przy tym sprawia, że oferta operatora staje się niekonkurencyjna wobec usług innych operatorów świadczących swoje usługi w danych zasobach mieszkaniowych i obniża tak ważne dla operatora wskaźniki jakości świadczonych przez niego usług.

Prezes UKE w swojej odpowiedzi podnosi, że postanowienia decyzji muszą uwzględniać prawa udostępniających i ustalać warunki w taki sposób, by ograniczenia wynikające z decyzji były **jak najmniej dolegliwe**. Tym bardziej proponowana procedura powinna być uproszczona, bowiem, co zostało już wcześniej podkreślone, jest ona niepraktyczna również dla udostępniających (którzy jak wynika z analizy uzasadnień decyzji poddanych konsultacjom nie zabiegali w toku negocjacji i postępowania administracyjnego o taką formę procedury podłączania nowych abonentów oraz zdecydowanie nie są zainteresowani zdecydowanym rozszerzeniem zakresu operacji formalnych i księgowych).

Przedstawiając możliwość uproszczenia procedury, Izba proponuje, by operator jedynie powiadamiał udostępniającego o planowanym terminie podłączenia abonenta, wskazując termin od 1 do 7 dni, **bez potrzeby uzgadniania tego terminu z udostępniającym i tylko wtedy, gdy udostępniający stawia taki wymóg**. Należy jednak w naszej ocenie uwzględnić, raportują członkowie KIKE, iż w praktyce operatorskiej **większość zarządców nieruchomości wcale nie wymaga ustaleń terminów pojedynczych instalacji abonenckich** ograniczając się do podpisania umowy opisującej zasady realizacji instalacji abonenckich, rozliczeń (np. z tytułu energii elektrycznej, jeśli jest potrzebna), czy zapisu dot. polisy OC. Jeśli udostępniający nie wnosi o monitoring (ustalanie, nadzór, kaucje) instalacji dostępowych, w ocenie Izby nie powinno się takich obowiązków stronom narzucać. Wbrew pozorom realizacja zarówno nadzoru formalnego (uzgodnienia, dokumenty, przelewy), jak i faktycznego (asysta w czasie instalacji) stanowią istotne obciążenie i koszt również dla udostępniającego.

Ewentualna w/w (jeśli jw. jest wnioskowana przez udostępniającego) procedura uzgodnień pozwoli na zabezpieczenie interesów:

- **użytkownika końcowego** (będzie mu można już w chwili zawarcia umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych wskazać dokładnie, kiedy zostanie przyłączony do sieci, a nie jak obecnie, że nastąpi to w ciągu ok. 8 dni, bez wskazania i ustalenia z nim konkretnej daty i godziny),
- **operatora**, który będzie mógł konkurować z innymi przedsiębiorcami telekomunikacyjni również atrakcyjnym terminem przyłączenia (zgodnie z treścią decyzji jest w tym zakresie niekonkurencyjny) oraz
- **udostępniającego**, który będzie znał datę prowadzenia prac polegających na wykonaniu odcinka sieci do lokalu (z poniższymi zastrzeżeniami dotyczącymi tajemnicy telekomunikacyjnej i ochrony danych osobowych abonenta).

Analizując warunki budowy sieci, uzgodnienia z udostępniającym wymaga termin budowy *infrastruktury służącej do przyłączenia nowych abonentów*. Należy mieć na uwadze, iż w praktyce obowiązek ten będzie się sprowadzał do przekazania udostępniającym danych abonentów, z którymi operator zawarł umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych. Izba nie znajduje podstaw, dla których takie dane miałyby być przekazywane udostępniającym. Co więcej, na przeszkodzie przekazywaniu danych o abonentach stoją przepisy o ochronie danych osobowych oraz o ochronie tajemnicy telekomunikacyjnej.

Przy tak niewielkiej ingerencji w substancję budynku, powyższa procedura jest zupełnie wystarczająca i spełnia wszystkie kryteria z art. 22 ust. 1 Megaustawy.

Odnosząc się zaś do stwierdzenia, że decyzja zastępująca umowę stron jest szczególną formą sposobu regulacji prac i obowiązków stron, to należy podkreślić, że Izba zgadza się z powyższym stwierdzeniem Prezesa UKE. **Jednak wniosek, że z tego powodu nie należy porównywać warunków współpracy stron nałożonych decyzją administracyjną Prezesa UKE z warunkami, na jakich strony same zawierają umowę nie wydaje się znajdować jakichkolwiek podstaw i trudno go uznać za trafny.**

Ustawodawca wyraźnie wskazuje, że decyzja ma **zastępować umowę stron**, co oznacza dokładnie tyle, że ma odtworzyć prawa i obowiązki stron tak, jak gdyby umowę zawarły same zainteresowane strony w sposób polubowny (idąc na wzajemne ustępstwa i dochodząc do kompromisu). Stąd wytyczna, by Prezes UKE rozstrzygał powstałe w toku negocjacji i postępowania administracyjnego kwestie sporne, a nie nakładał na strony obowiązki ponad miarę i uzasadnione oczekiwania stron. Każda sytuacja wymaga indywidualnej oceny Prezesa UKE, niemniej jednak, zdaniem KIKE, należy odnosić się przede wszystkim do **treści zawieranych umów przez innych uczestników rynku, którzy takie umowy zawarli z udostępniającym dobrowolnie**. Tylko powyższe pozwoli operatorowi będącemu stroną postępowania na uzyskanie dostępu na zasadach rynkowych i zapewni, z korzyścią dla użytkowników końcowych, realną konkurencję w zasobach będących przedmiotem poszczególnych decyzji administracyjnych.

KIKE dostrzegło, iż Prezes UKE w kolejnych decyzjach posługuje się wypracowanym wzorem warunków dostępu do nieruchomości. Należy jednak stwierdzić, że decyzje administracyjne wydawane są w indywidualnych sprawach, po przeprowadzeniu postępowania dowodowego. Warunki decyzji dostępowej powinny każdorazowo uwzględniać zasady na jakich dysponent nieruchomości udostępnił zasoby innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym, by zapewnić **równe i niedyskryminujące prawa wszystkim przedsiębiorcom telekomunikacyjnym świadczącym usługi w danych zasobach mieszkaniowych**. Innymi słowy, jeżeli w danym stanie faktycznym udostępniający nie wymaga od innych dostawców usług telekomunikacyjnych uzgadniania terminu przyłączenia abonenta oraz uiszczania kaucji zabezpieczającej (o czym szerzej poniżej) to Izba nie znajduje żadnych przyczyn, dla których takie obostrzenia miałyby zostać ustanowione decyzją Prezesa UKE w konkretnym przypadku.

Należy podkreślić, że zdaniem Izby decyzja administracyjna powinna odpowiadać warunkom rynkowym i ustalenie jej treści wymaga porównania i zestawiania z innymi umowami zawieranymi przez udostępniającego w danej sprawie. Z żadnych przepisów prawa nie wynika, by decyzja zastępująca umowę stron nie miała być porównywana z umowami zawieranymi za porozumieniem stron. Przeciwnie, zdaniem Izby, decyzja administracyjna powinna możliwie najtrafniej odzwierciedlać treść takich umów by zagwarantować skuteczną konkurencję w zasobach mieszkaniowych objętych jej treścią.

Podsumowując oraz odnosząc się do stwierdzenia Prezesa UKE, iż *decyzja nie może faworyzować przedsiębiorców telekomunikacyjnych*, Izba wskazuje, iż decyzja jednocześnie nie może stawiać operatora będącego jej stroną w sytuacji gorszej niż przyszła konkurencja świadcząca już usługi w danych zasobach mieszkaniowych.

II. Postanowienia dotyczące kaucji

Izba z zadowoleniem przyjęła wolę ponownego rozważenia przez Prezesa UKE zastąpienia kaucji zabezpieczającej możliwością przedstawienia udostępniającemu plisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej.

Odnosząc się jednak do szczegółowych wyjaśnień Prezesa UKE, Izba wskazuje, że w uzasadnieniu decyzji o sygn. RPZ-411/1/10/JM, Prezes UOKiK wskazał **uniwersalne**

kryteria pozwalające na ocenę, czy procedura wpłaty kaucji stanowi praktykę ograniczającą konkurencję. W oparciu o przedstawiony w decyzji stan faktyczny Prezes UOKiK opracował generalne i uniwersalne wytyczne dla rynku, na które z powodzeniem można powoływać się w każdej sytuacji.

Nieuzasadnionym uproszczeniem jest twierdzenie, że decyzja Prezesa UOKiK powoływana w stanowisku KIKE została wydana w odmiennym stanie faktycznym, wobec czego nie ma podstaw by kierować się nią, ustalając warunki dostępowe w decyzjach wydawanych w oparciu o art. 30 Megaustawy.

Wytyczne z decyzji Prezesa UOKiK mają charakter uniwersalny, tym samym nie ma konieczności porównywania stanów faktycznych, chodzi bowiem o to, czy ustalona kaucja spełnia chociażby jedno ze wskazanych tam kryteriów, tj.:

- stanowi skuteczną barierę finansową,
- dotyczy sytuacji, w której rzeczywiście (realnie) może dojść do wyrządzenia szkody,
- nie może stanowić w praktyce dodatkowej opłaty za korzystanie z nieruchomości.

Nie sposób nie zgodzić się z Prezesem UKE, iż przepisy prawa rzeczywiście nie regulują sposobu zabezpieczenia ewentualnych roszczeń udostępniającego wobec przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. Niemniej jednak, Prezes UKE przy wydawaniu decyzji administracyjnych powinien, kierując się kryterium z art. 22 ust. 1 pkt 5 Megaustawy, wybierać takie zabezpieczenia (o ile jest ono rzeczywiście konieczne), które nie będą uciążliwe dla stron ponad rozsądną miarę (przypominamy ponownie, iż operacje związane z obsługą i rozliczaniem kaucji obciążają obie strony – zarówno operatora, jak i udostępniającego).

W pełni akceptowalnym sposobem zabezpieczenia jest ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej, jeżeli takie proponuje operator.

Izba wskazuje także, że wyjaśnienia zawarte w odpowiedzi Prezesa UKE nie dotyczą podstawowych kwestii poruszonych w stanowisku KIKE, tj. dowolności i braku proporcjonalności w ustalaniu wysokości kaucji oraz uwag dotyczących praktycznych konsekwencji wyznaczania i realizacji kaucji w przypadku każdej instalacji indywidualnej.

Prezes UKE stwierdza, iż jako regulator rynku telekomunikacyjnego ma obowiązek (...) *zapewniać dostęp do budynków, który jest najmniej dolegliwy dla właścicieli oraz mieszkańców oraz gwarantuje naprawę szkód poniesionych w czasie budowy sieci telekomunikacyjnej.*

Jak wskazano w porównaniu wysokości kaucji we wszystkich wydanych decyzjach na dzień przygotowania stanowiska KIKE, kaucje ustalone są w wysokości od kilkuset złotych w przypadku, gdy decyzja dotyczy większej ilości budynków (16 tys. zł za ponad 70 budynków) do nawet 4 tys. zł za jeden budynek.

Izba stawia zatem pytanie: w jaki sposób Prezes UKE kalkuluje wysokość potencjalnej szkody w każdej z rozstrzygniętych dotychczas spraw, skoro uzasadnienia konsultowanych

projektów decyzji nie zawierają jakiegokolwiek wyliczenia w tym zakresie? Izba nie znajduje w żadnym z uzasadnień konsultowanych decyzji rzeczowej analizy potencjalnych kosztów ewentualnych napraw i awarii. Kaucje są zatem ustalane zupełnie dowolnie, a w tym zakresie Prezes UKE nie prowadzi postępowania dowodowego.

Ponadto postanowienia decyzji regulujące wpłatę kaucji zostały skonstruowane w sposób wadliwy. Prezes UKE zastrzega kaucję tytułem zabezpieczenia należytego wykonania prac podczas gdy kaucja powinna zabezpieczać oraz gwarantować naprawę szkód poniesionych przez udostępniającego w związku z budową sieci przez operatora. W stosowanym dotychczas przez Prezesa UKE brzmieniu kwestionowanego przez Izbę postanowienia, kaucja zabezpiecza należyte wykonanie prac polegających na budowie sieci tak, jakby operator działał na rzecz udostępniającego, budując sieć na jego zlecenie tj. będąc wykonawcą zleconych przez udostępniającego prac budowlanych.

Ze względu na skomplikowaną procedurę oraz skalę podłączeń abonentów (szczególnie tuż po wybudowaniu sieci), instytucja kaucji w proponowanej formie (abstrahując od błędnego sformułowania postanowienia) negatywnie wpływa na praktyczną możliwość wdrożenia rozwiązań dotyczących ekonomicznych i technicznych aspektów dostępu do budynków i nieruchomości. Jak wskazano w stanowisku Izby, w przypadku konieczności podłączenia na terenie jednego osiedla około stu abonentów w ciągu miesiąca, kaucja będzie wynosić łącznie 100 000 zł, a cała procedura wymagać będzie wykonania znaczącej ilości przelewów oraz dokonania ich rozliczenia, co będzie miało wpływ na ich funkcjonowanie oraz generowało zbędne koszty.

Proponowana procedura odbiega więc znacząco od realiów rynkowych i niepotrzebnie utrudnia funkcjonowanie zarówno przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, jak i dysponenta nieruchomości, którzy w takich sytuacjach muszą angażować dział księgowy. Izba wskazuje, że również udostępniający zgłaszali w swoich stanowiskach liczne uwagi dotyczące proponowanego zabezpieczenia, podkreślając niepraktyczność tego rozwiązania. Co więcej, jeden z udostępniających, Spółdzielnia Mieszkaniowa „Winogrady” w swoim stanowisku wskazała, że domaga się zabezpieczenia w formie ubezpieczenia, argumentując, że kaucja nie zabezpiecza w pełni wszystkich możliwych szkód (np. wybuch gazu), a ponadto generuje niepotrzebne koszty administracyjne (str. 37 stanowiska SM Winogrady w sprawie o sygn. DRI-WWZ-6171-16/12).

W odpowiedzi na stanowisko KIKE, Prezes UKE zwrócił się również z prośbą o przekazanie umów o dostępie do nieruchomości zawieranych w trybie art. 30 Megaustawy, na podstawie których zabezpieczeniem wykonania prac jest ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej. Izba odpowiadając na powyższe informuje, że jako podmiot zrzeszający przedsiębiorców telekomunikacyjnych nie jest stroną umów dostępowych i nie dysponuje umowami zawieranymi przez swoich członków. Izba dotychczas nie gromadziła takich treści. **Niemniej jednak, Izba wyraża w tym zakresie stanowisko jej członków.**

Natomiast nie dostrzegamy przeszkód, by zgodnie z prośbą Prezesa UKE, przedstawić klauzulę, która mogłaby zastępować postanowienia dotyczące kaucji.

Operator jako zabezpieczenie roszczeń Udostępniającego wynikających ze szkód mogących powstać w związku z wykonywaniem przez Operatora prac o których mowa w § ... ust. może według własnego wyboru wpłacić na rzecz Udostępniającego kaucję zabezpieczającą, o której mowa w § ... ust. lub przedstawić Udostępniającemu polisę na dowód zawarcia umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzoną działalnością w zakresie telekomunikacji. Polisa powinna opiewać na sumę ubezpieczenia nie niższą niż kwota zastrzeżonej w § ... ust. kaucji.

Uwierzytelnione kopie umów/polis ubezpieczenia Operator przekaze Udostępniającemu najpóźniej w chwili przystąpienia do prac, o których mowa w § ... ust. Operator na żądanie Udostępniającego powinien również przedstawić do wglądu Udostępniającego dowody zapłaty kolejnych rat składki.

Inny przykład klauzuli stosowanej w umowach, gdy udostępniający nie oczekuje kaucji, a wyłącznie polisy OC:

Operator jest zobowiązany posiadać ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej za ewentualne szkody wyrządzone przez Operatora albo jego pracowników lub osoby przez niego wyznaczone z zastrzeżeniem, że minimalna suma ubezpieczenia wynosi PLN.

III. Podsumowanie

Podsumowując, Izba wyraża nadzieję, że Prezes UKE ponownie przeanalizuje przedstawione w stanowisku KIKE uwagi. Zdaniem Izby, podczas wydawania decyzji administracyjnej Prezes UKE powinien analizować umowy dostępowe zawarte przez udostępniających z innymi operatorami oraz ustalać warunki nieodbiegające od tych, na podstawie których z nieruchomości korzystają inni operatorzy.

Z poważaniem,

Piotr Marciniak

Ewelina Grabiec

Lukasz Bazański

V-ce Prezes KIKE

Radca prawny

Radca prawny

Grupa Robocza ds.

Grupa Robocza ds.

Grupa Robocza ds.

Administracji Publicznej KIKE

Administracji Publicznej KIKE

Administracji Publicznej KIKE

Kancelaria itB Legal

Kancelaria itB Legal