



ID KIKE: 320-7725/13

KRAJOWA IZBA KOMUNIKACJI ETHERNETOWEJ

Al. Wilanowska 7A/32

02-765 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 29 marca 2013 roku

Sz. P. Prezes

Magdalena Gaj

Urzędu Komunikacji Elektronicznej

ul. Kasprzaka 18/20

01-211 Warszawa

**Opinia Krajowej Izby Komunikacji Ethernetowej
w zw. z propozycją Prezesa UKE
w zakresie regulacji obowiązków z art. 139 PT**

Szanowna Pani Prezes,

W związku z prowadzonymi konsultacjami w zakresie wypracowania kształtu oficjalnego stanowiska Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na temat praktycznego zastosowania art. 139 Ustawy Prawo telekomunikacyjne (dalej „PT”) Krajowa Izba Komunikacji Ethernetowej wskazuje na kilka problemów, związanych z zastosowaniem i wykładnią przedmiotowego przepisu:

- 1) Zbieżność zakresów podmiotowych art. 30 i 33 Megaustawy oraz art. 139 PT.
- 2) Utrata przez przedsiębiorców tytułów prawnych do nieruchomości/budynków.
- 3) Dotacje ze środków UE – zasada trwałości projektów.
- 4) Zakres dopuszczalnej ingerencji Prezesa UKE w treść art. 139 (zakres kognicji).
- 5) Obowiązek przygotowania i posiadania informacji na temat warunków dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej.
- 6) Zasięg infrastruktury objętej wnioskiem o udostępnienie.
- 7) Problem określania stawek i benchmarków dla decyzji z art. 139 PT w kontekście braku ofert konkurencyjnych oraz specjalnych zasad rozliczeniowych w konsorcjach inwestycyjno-zakupowych.

Ad. 1 Zbieżność zakresu podmiotowego art. 30 i 33 Ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (dalej ustawa szerokopasmowa) i art. 139 PT – problem spółdzielni mieszkaniowych, będących przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi

Autorzy opracowania zwracają uwagę na problem zakresu podmiotowego art. 30 i 33 ustawy szerokopasmowej oraz omawianego art. 139 PT. Celem nowelizacji art. 139 PT było jasne rozgraniczenie obowiązków wynikających z w/w przepisów w taki sposób, aby zakresy przedmiotowe i podmiotowe przepisów nie zachodziły na siebie, a istniejąca infrastruktura była wykorzystywana w sposób efektywny.

Na gruncie praktycznego zastosowania przepisów stanowiących w obecnym stanie prawnym podstawę uzyskiwania dostępu do nieruchomości gruntowych i budynkowych oraz infrastruktury technicznej pojawił się problem dostępu do budynków zarządzanych przez spółdzielnie mieszkaniowe, które posiadają status przedsiębiorców telekomunikacyjnych. **Spółdzielnia występuje w kontekście zasygnalizowanej sytuacji w dwojakiej roli, tj. zarówno jako przedsiębiorca telekomunikacyjny oraz jako zarządca nieruchomości wspólnej (najczęściej będący także współwłaścicielem nieruchomości wspólnej, w tym wspólnej, wewnątrzbudynkowej infrastruktury telekomunikacyjnej), występujący zarówno w imieniu członków spółdzielni jak i właścicieli wyodrębnionych lokali.**

a) Zamierzone wyjście spółdzielni spod regulacji art. 30 ustawy szerokopasmowej

Należy podkreślić, iż nowelizacja art. 30 ustawy szerokopasmowej rozwiązała część problemów interpretacyjnych powstałych na gruncie stosowania przepisów w ich pierwotnym brzmieniu. Ustawodawca sprecyzował między innymi, iż udostępnienie nieruchomości i budynków, o którym mowa w art. 30 ust. 1 ustawy szerokopasmowej ma charakter nieodpłatny, jeżeli służy zapewnieniu telekomunikacji mieszkańcom nieruchomości, a zawarcie umowy stanowi czynność zwykłego zarządu, co ostatecznie zakończyło problem konieczności uzyskiwania zgody właścicieli wyodrębnionych lokali.

W chwili obecnej, literalne brzmienie art. 30 ust 1 ustawy szerokopasmowej wyklucza jego zastosowanie w przypadkach, w których spółdzielnia posiada status przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. Wydaje się jednak, iż zastosowanie art. 139 PT, jako podstawy dostępu telekomunikacyjnego w omawianym przypadku, ponownie rodzi problemy interpretacyjne, z którymi przedsiębiorcy telekomunikacyjni borykali się przed nowelizacją ustawy. Ponownie pojawia się problem odpłatności za dostęp do budynków wchodzących w skład zasobów mieszkaniowych spółdzielni oraz możliwość zawierania przez spółdzielnię umowy dostępowej w imieniu właścicieli wyodrębnionych lokali. Spółdzielnie mieszkaniowe, aby wyjść spod regulacji art. 30 ustawy szerokopasmowej (nieodpłatne udostępnienie nieruchomości) dokonują rejestracji w rejestrze przedsiębiorców telekomunikacyjnych Prezesa UKE po to aby, po pierwsze, utrudnić/uniemożliwić dostęp do budynków spółdzielni/zarządzanych przez spółdzielnie na podstawie art. 30 w/w ustawy szerokopasmowej, po drugie, aby za dostęp pobierać opłaty w oparciu o art. 139 PT skoro wyłączona jest taka możliwość na podstawie art. 30 ustawy szerokopasmowej.

b) Podstawa do prowadzenia negocjacji - art. 30 ustawy szerokopasmowej czy art. 139 PT

Autorzy poważny problem dostrzegają w określeniu podstawy prawnej prowadzenia negocjacji w zakresie dostępu do budynku/infrastruktury wewnątrzbudynkowej w sytuacji kiedy spółdzielnia

mieszkaniowa, będąca jednocześnie przedsiębiorcą telekomunikacyjnym jest jednocześnie współwłaścicielem części wspólnych budynków (zapewne 100% przypadków), i będącym zarządcą nieruchomości (zapewne najczęstsza sytuacja). Niejasne jest w chwili obecnej, czy negocjacje w sprawie dostępu do nieruchomości wspólnej, przedsiębiorca telekomunikacyjny zobowiązany jest prowadzić ze spółdzielnią, jako zarządcą nieruchomości i jednocześnie przedsiębiorcą telekomunikacyjnym w trybie art. 139 PT, czy też możliwe/konieczne jest prowadzenie negocjacji odrębnie/równolegle/w pewnych przypadkach (jakich?) na podstawie art. 30 ust. 1 ustawy szerokopasmowej? Dochodzi w omawianym przypadku do swoistej konfuzji, bowiem mamy do czynienia z sytuacją, w której podstawą dostępu do jednej nieruchomości stanowią dwa odrębne przepisy (art. 139 PT i 30 ust. 1 ustawy szerokopasmowej), przewidujące inne przesłanki dostępu oraz zasady współpracy podmiotów uprawnionych i zobowiązanych do udostępnienia nieruchomości i infrastruktury technicznej. **Pytaniem kluczowym jest – kto i na jakiej podstawie określa tryb, w jakim ma zostać udostępniona nieruchomość, gdy spółdzielnia/wspólnota posiada również wpis do rejestru PT?** Analiza dyspozycji Megaustawy wskazuje jednoznacznie w tej sytuacji na art. 30. Jednak jeśli w tej sytuacji mógłby mieć zastosowanie art. 139 PT należy dalej spytać - **Czy wystarczającym warunkiem jest wpis właściciela/dysponenta nieruchomości do rejestru PT? Czy też musi on być aktywnie realizującym w oparciu o własną infrastrukturę telekomunikacyjną operatorem?** Podobne pytanie należy postawić w przypadku posiadania przez ten podmiot infrastruktury pasywnej, opisywanej w art. 139 PT i możliwej do udostępnienia, ale na której podmiot ten nie świadczy własnych usług (zarówno gdy ma, jak i gdy nie ma wpisu do rejestru PT).

Wydaje się, iż w omawianym przypadku zastosowanie powinien znaleźć art. 30 ust. 1 ustawy szerokopasmowej, jako podstawa dostępu do nieruchomości, budynków i infrastruktury technicznej pozostających w dyspozycji właścicieli, użytkowników wieczystych i zarządców nieruchomości niebędących przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi. Zdaniem Izby, względem spółdzielni mieszkaniowych nie powinien mieć zastosowania art. 139 PT, w zakresie w jakim spółdzielnie te zarządzają nieruchomościami wspólnymi nie podlegającymi ich wyłącznej własności.

Należy mieć na względzie treść art. 1 ust. 1 i ust. 6 ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych, zgodnie z którymi, spółdzielnia może prowadzić działalność gospodarczą, jeżeli jest prowadzona w celu zaspokajania potrzeb członków spółdzielni. Ustawodawca w art. 1 ust 1¹ ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych wprost wyraża zasadę, iż spółdzielnia mieszkaniowa nie może odnosić korzyści majątkowych kosztem swoich członków. Status przedsiębiorcy telekomunikacyjnego jest w omawianym przypadku statusem niejako ubocznym wobec statusu spółdzielni jako współwłaściciela i zarządcy nieruchomości wspólnej. Powyższe, a także fakt, iż wnioskujący o dostęp do zasobów mieszkaniowych spółdzielni zamierza budować sieć w celu zapewnienia telekomunikacji jej mieszkańcom, powinno być podstawą formułowania przez organ stanowiska w zakresie wykładni przepisów w omawianym zakresie.

Niewątpliwie, przedstawione powyżej zagadnienia budzą poważne wątpliwości natury prawnej w przedmiocie ustalenia podstawy prawnej dla wnioskowanego dostępu telekomunikacyjnego do nieruchomości i budynków oraz infrastruktury technicznej zarządzanych przez spółdzielnie mieszkaniowe posiadające status przedsiębiorców telekomunikacyjnych. **Stąd, zdaniem Izby Prezes UKE powinien w ramach swego stanowiska dookreślić zastosowanie art. 139 PT w odniesieniu do spółdzielni mieszkaniowych, będących przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi.**

Potwierdzeniem powyższego, są już pojawiające się praktyczne problemy w postępowaniach Prezesa UKE, prowadzonych przeciwko spółdzielniom (wpisanym do rejestru przedsiębiorców Prezesa UKE)

na wniosek przedsiębiorców skupionych w KIKE, w ramach których Prezes UKE nie tylko nie wskazuje na jakiej podstawie finalnie prowadzi postępowania (art. 30 ustawy szerokopasmowej czy art. 139 PT), ale próbuje ustalać zasady odpłatności za dostęp, który na podstawie art. 30 ustawy szerokopasmowej powinien być nieodpłatny, zdaje się sięgając jednak w sposób nie uprawniony do regulacji art. 139 PT, co w świetle wyżej wskazanych argumentów nie powinno mieć miejsca w odniesieniu do spółdzielni mieszkaniowych.

Ad. 2 Utrata tytułu prawnego przez podmiot zobowiązany do udostępnienia infrastruktury technicznej

Zdaniem autorów niniejszego opracowania, wątpliwości natury praktycznej oraz prawnej mogą pojawić się w sytuacjach utraty przez podmiot obowiązany do udostępnienia infrastruktury telekomunikacyjnej tytułu prawnego do nieruchomości, w oparciu o którą została wybudowana udostępniana infrastruktura. Problem może pojawić się zarówno w skali mikro, przez co autorzy rozumieją współkorzystanie przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego z infrastruktury telekomunikacyjnej innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego w budynkach wspólnot mieszkaniowych i spółdzielni mieszkaniowej, służącej zapewnieniu telekomunikacji małej społeczności (mieszkańcom budynków) jak i w skali makro, przez co autorzy rozumieją współkorzystanie z infrastruktury telekomunikacyjnej (kabli i kanalizacji kablowej) służącej zapewnieniu telekomunikacji większej społeczności, w przypadku której utrata tytułu prawnego uniemożliwia dalsze prowadzenie działalności lub powoduje jej znaczne ograniczenie.

Należy zaznaczyć, że przepisy w obecnym kształcie, nie regulują wprost sytuacji, w której podmiot obowiązany do udostępnienia infrastruktury traci tytuł prawny do nieruchomości, na której umieszczono udostępnioną infrastrukturę. Wątpliwości budzi fakt realizowania roszczenia windykacyjnego w trybie art. 222 Kodeksu cywilnego przez dysponentów nieruchomości.

W większości przypadków z jakimi w swojej praktyce zetknęli się autorzy opracowania, umowy na dostęp do nieruchomości zawierane z dysponentami nieruchomości przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych przewidują możliwość ich wypowiedzenia (związaną z koniecznością usunięcia infrastruktury) lub możliwość natychmiastowego rozwiązania umowy.

Koniecznym, zdaniem autorów, jest określenie przez organ zasad postępowania oraz konsekwencji prawnych w przypadku utraty tytułu prawnego do nieruchomości i infrastruktury technicznej przez dysponenta tej infrastruktury, w przypadku kiedy ta infrastruktura została następnie udostępniona na podstawie art. 139 PT. Można bowiem powiedzieć, że tytuł prawny do nieruchomości i infrastruktury technicznej uzyskiwany w oparciu o art. 139 PT jest uzależniony od tytułu prawnego do nieruchomości uzyskanego uprzednio przez obowiązanego do zapewnienia dostępu na podstawie art. 139 PT w trybie art. 30 i 33 ustawy szerokopasmowej.

Nie może również ująć uwadze organu konieczność szybkiego i sprawnego realizowania dostępu do nieruchomości i budynków w trybie art. 30 i 33 ustawy szerokopasmowej, co stanowi podstawę dla budowania infrastruktury, która ma być przedmiotem dostępu w trybie art. 139 PT.

Inaczej mówiąc, zdaniem Izby kluczowe dla skutecznego zastosowania art. 139 PT jest zapewnienie sprawnego, skutecznego i nie budzącego wątpliwości zastosowania regulacji określonych w art. 30

i 33 ustawy szerokopasmowej (co w kontekście powyższych uwag może być ponownie problematyczne), albowiem bez nich stosowanie art. 139 PT w skali „mikro” będzie „martwe”, jako że stanowi on niejako przepis wtórny w stosunku do powyższych przepisów ustawy szerokopasmowej.

Ad. 3 Korzystanie z infrastruktury finansowanej ze środków UE

Kolejny problem jawiący się na tle omawianej regulacji przepisu art. 139 PT związany jest z finansowaniem budowy infrastruktury telekomunikacyjnej ze środków pomocowych Unii Europejskiej, przyznawanych choćby w ramach Działania 8.4. „Zapewnienie dostępu do Internetu na etapie „ostatniej mili” osi projektowej 8. Społeczeństwo informacyjne – zwiększenie innowacyjności gospodarki” Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007-2013”. Może bowiem dochodzić do kolizji zobowiązań wynikających z umowy o dofinansowanie i konieczności zachowania **tzw. trwałości projektu**, a obowiązkiem udostępniania infrastruktury telekomunikacyjnej, o którym mowa w art. 139 PT.

Otóż, w ramach przyznawanych środków pomocowych w odniesieniu do projektów perspektywy finansowej 2007-2013, ich beneficjenci zobowiązani są do zachowania tzw. trwałości operacji. Rozumieć przez to należy ograniczenie beneficjenta w poddawaniu projektu jakiegokolwiek modyfikacji przez okres pięciu lat od zakończenia operacji. Kwestia wymogu zachowania trwałości projektu stanowi jedno z zagadnień kontrolowanych po zakończeniu realizacji projektu.

Mając na uwadze obowiązek zapewniania dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej innym operatorom, należy bowiem wskazać na obawy związane z uzyskaniem nieuzasadnionych korzyści przez beneficjenta i/lub innego operatora telekomunikacyjnego, korzystającego na podstawie jakiegokolwiek tytułu prawnego z infrastruktury telekomunikacyjnej współfinansowanej ze środków pomocowych. Dodatkowo wskazać należy na fakt, iż żaden z elementów infrastruktury budowanej w ramach POIG 8.4 nie może być wykorzystany dla usług realizowanych poza obszarem objętym projektem – włączając w to tranzyt pomiędzy obszarami nie objętymi wsparciem – np. czarnymi plamami. Nawet, jeśli fizycznie infrastruktura na to pozwala.

Należy bowiem wskazać, że przystępując do oceny możliwości wystąpienia „nieuzasadnionych korzyści” w pierwszej kolejności należy ustalić, czy doszło do „zaprzestania działalności produkcyjnej” lub do „zmiany charakteru własności elementu infrastruktury”, o których mowa w art. 57 ust. 1 Rozporządzenia 1083/2006. W szczególności ten ostatni czynnik budzi wątpliwości w przypadku czynności o charakterze obligacyjnym jak najem czy dzierżawa. Brak jest oficjalnego potwierdzenia, które jasno wskazywałoby, że oddanie infrastruktury w dzierżawę lub najem nie powoduje zmiany charakteru własności oraz przeznaczenia wybudowanej w ramach POIG 8.4 infrastruktury, co rodzi konieczność analizowania każdego przypadku indywidualnie, dodatkowo, nie bez konieczności angażowania w ten proces instytucji pośredniczącej, która winna wyrazić swoje stanowisko w tej materii.

Stąd nie można wykluczyć, iż przedsiębiorcy będą wzbraniać się przed współpracą międzyoperatorską, uzasadniając to swoimi zobowiązaniami w ramach projektu, co może mieć swoje uzasadnienie, biorąc pod uwagę orzecznictwo sądów administracyjnych, że podmiot nieuprawniony

do dofinansowania w ramach konkretnego projektu nie może z niego uzyskać nieuzasadnionej korzyści, a za takie uważa się w szczególności przekazywanie urządzeń finansowanych ze środków programu operacyjnego (por. wyrok WSA w Lublinie z 26.11.2006, sygn. akt I SA/Lu 815/10). Dodatkowo można przypuszczać, że dopuszczalność korzystania z infrastruktury będzie możliwa jedynie dla ISP, którzy ze względu na rozmiar prowadzonego przedsiębiorstwa mogą być beneficjentami środków w ramach konkretnego programu pomocowego.

Takie stanowisko nie tworzy rzecz jasna reguły, nie mniej jednak, pojawiać się mogą dodatkowo problematyczne kwestie związane z ustaleniem poziomu opłat, które powinny być ustalone w taki sposób, aby nie rodziły ryzyka wystąpienia nieuzasadnionych korzyści po stronie udostępniającego. Ponadto, udostępnienie infrastruktury telekomunikacyjnej współfinansowanej ze środków UE, czy to na podstawie umowy czy w ramach wydanej przez Prezesa UKE decyzji administracyjnej, stwarza ryzyko zakwestionowania przez instytucje kontrolujące, wykonania umowy o dofinansowanie z zachowaniem trwałości projektu. Okoliczność ta powinna być brana pod uwagę przez Prezesa UKE.

Ad. 4 Zakres kognicji Prezesa UKE na gruncie art. 139 PT

Zasada wyłączności przepisów prawa powszechnie obowiązującego nie oznacza, że organy administracji publicznej nie mogą wydawać okólników, instrukcji i innych wewnętrznych aktów normatywnych, w których będą zawarte wytyczne, co do zasad stosowania i wykładni określonych przepisów. Rzecz jednak w tym, że akty te nie mogą stać się podstawą prawną decyzji administracyjnej i innych działań administracji publicznej, które wiążą się z nałożeniem obowiązków na podmioty podlegające regulacji art. 139 PT. Decyzja administracyjna nie może być uznana za zgodną z prawem z tego tylko powodu, że uwzględnia pogląd prawny sformułowany w aktach normatywnych, nie mających charakteru źródeł prawa powszechnie obowiązującego. Przyjęte przez organ stanowisko musi więc uwzględniać, zgodnie z zasadą legalności (lub praworządności) wyrażoną w art. 6 Kodeksu postępowania administracyjnego (dalej KPA) wyniki wykładni omawianego przepisu prawa. Należy przy tym podkreślić, że z zasady legalizmu wynika obowiązek interpretacji przepisów w sposób ścisły. **Nadanie nowej regulacji (art. 139 PT) konkretnych kształtów powinno więc uwzględniać reguły wykładni, a także możliwość kontroli legalności rozstrzygnięć na drodze sądowej, a nie swoiste stanowienie prawa, co zastrzeżone jest do kompetencji konstytucyjnych organów państwa.**

Należy zaznaczyć, że wyrażony w art. 6 KPA nakaz działania na podstawie prawa odnosi się również do prawa unijnego. W szczególności organ administracji publicznej zobowiązany jest przestrzegać wypracowanej w orzecznictwie ETS zasady pierwszeństwa prawa unijnego. Istotą tej zasady jest to, że żaden urząd ani sąd nie stosuje przepisu prawa krajowego, który koliduje w danym przypadku z unormowaniami unijnymi. Innymi słowy, przepis prawa krajowego nie jest nieważny, lecz po prostu nie może być zastosowany w konkretnym przypadku.

Ad 5. Obowiązek przygotowania i posiadania informacji na temat warunków dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej

Brzmienie art. 139 PT, jak wiele podobnych przepisów, nie uwzględnia wielkości przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, ani zakresu infrastruktury mogącej stanowić przedmiot dzierżawy. Tymczasem „obowiązek przygotowania i posiadania informacji na temat warunków dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej” nałożony jest całkowicie w oderwaniu od wielkości podlegających temu obowiązkowi zasobów. KIKE wyraża wątpliwość, czy dokument określający w/w informacje, może i powinien być opracowywany w podobny sposób i w podobnym zakresie przez wszystkich PT? W zakresie kanalizacji wystarczy spojrzeć choćby na wielkość Oferty ROI, której opracowanie znajduje uzasadnienie w wielkości zasobów tego typu pozostających w posiadaniu Orange i ilości zawieranych w oparciu o tą ofertę umów. Teoretycznie analogiczny dokument (bo ROI definiuje wszechstronnie dzierżawę kanalizacji) powinien stworzyć także i posiadacz 200 mb kanalizacji wiejskiej. Koszt oraz celowość jego opracowania nie znajdują jednak uzasadnienia w postaci możliwych do zawarcia na tej podstawie umów. A art. 139 PT obejmuje znacznie więcej wariantów usług, niż tylko dostęp do kanalizacji. Jak tego typu obowiązek gotowości ofertowej ma wypełnić 3-4 tys. małych lokalnych operatorów różnego typu sieci telekomunikacyjnych? I czy poddano jakiegokolwiek analizie, czy nakładanie takiego kolejnego obowiązku jest celowe oraz możliwe do wypełnienia w sektorze MŚP? Czy UKE planuje przygotować wzorcowe umowy (?) lub dostosować swoje oczekiwania w tym zakresie do standardowych ram ofert dysponentów podlegającej obowiązkowi infrastruktury pasywnej? Innymi słowy – czy UKE planuje stworzyć wzorcowy katalog informacji na temat warunków dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej i ew. jego wersje dostosowane do operatorów różnego typu zasobów i wielkości? Czy informacji UKE może żądać *ex ante*? Czy tylko w związku z rozpatrywanym sporem?

Ad 6. Zasięg infrastruktury objętej wnioskiem o udostępnienie.

Art. 139 PT nie definiuje zakresu pytania o udostępnienie infrastruktury, jakie można wystosować do innego PT. Teoretycznie może to być obszar dowolnie duży – obejmujący zasięg całej sieci zobowiązanego. Dyskutowana w czasie spotkania w dn. 13.03.2013 r. opcja obowiązkowego zawężenia zapytania do logicznej części sieci, objętej np. zasięgiem centrali lub OLT sieci GPON może z powodów technicznego zasięgu segmentu sieci i braku możliwości (np. w zakresie włókien sieci GPON) wykorzystania tylko fragmentów przebiegów tras światłowodowych, oznaczać obowiązek przekazania informacji o sieci i klientach na obszarze całych miast (nominalny zasięg sieci GPON, to 20 km od węzła centralnego). Problem bowiem w tym, że zgodnie z ust. 2 przedmiotem zapytania może być również infrastruktura wewnątrzbudynkowa. Analizując brzmienie diskutowanego przepisu można założyć, że przedmiotem wniosku o udostępnienie może być de facto wniosek o udostępnienie pełnej bazy abonentów zobowiązanego. Fakt ten budzi niepokój w zakresie ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Obowiązek taki można zaprojektować wyłącznie dla operatorów infrastruktury, nie będących dostawcami usług szerokopasmowych. Jest jednak niemożliwy do zaakceptowania w polskich realiach rynku operatorskiego. Należy wyraźnie rozdzielić zagadnienia współkorzystania z infrastruktury operatorów infrastruktury (gł. art. 30 Megaustawy) i infrastruktury szkieletowo-dystrybucyjnej PT do poziomu przyłączy dobudynkowych, od możliwości pośredniego

domagania się informacji o klientach konkurenta poprzez skierowanie do niego wniosku o udostępnienie informacji o infrastrukturze wewnątrz budynkowej.

Ad 7. Problem określania stawek i benchmarków dla decyzji z art. 139 PT w kontekście braku ofert konkurencyjnych oraz specjalnych zasad rozliczeniowych w konsorcjach inwestycyjno-zakupowych.

Zgodnie z informacjami podanymi w toku ostatnich konsultacji, a także informacji kierowanych przez Prezesa UKE w zw. z bieżącymi postępowaniami o dostęp do nieruchomości pojawia się zagadnienie stawek za dostęp do wnioskowanej infrastruktury. Podstawą ich określenia, jak wynika z pism i informacji UKE, będą benchmarki określone dla obszaru, którego spór dotyczy. Rozwiązanie to jest co do zasady słuszne, jednak napotyka na 2 problemy:

- Możliwego braku ofert lokalnych, które mogą stanowić punkt odniesienia dla benchmarków. W niektórych przypadkach specyfika spornego obszaru może wymagać przyjęcia stawek uwzględniających np. czynniki geograficzne, demograficzne, lokalizacyjne lub własnościowe – inne od średnich wartości z innych obszarów kraju. Przykładowo - ważnymi elementami modyfikującymi lokalne koszty budowy i eksploatacji infrastruktury mogą być m.in.: ciekły wodne, górzysty lub lesisty teren, mała/duża gęstość zaludnienia, koszty dzierżawy infrastruktury podmiotów trzecich, czy wysokość opłat za lokalizację urządzeń telekomunikacyjnych lub zajęcie pasa drogowego.
- Istnienia ofert konsorcjów inwestycyjno-zakupowych, których koszty dostępu do infrastruktury są niższe, od średnich stawek komercyjnych, z uwagi na współfinansowanie inwestycji, agregację zakupów, czy inne wspólne działania inwestycyjno-operacyjne uczestników konsorcjów i porozumień.

Kluczowe jest więc wyraźne określenie w ogólnym dokumencie Prezesa UKE podstawy oraz sposobu sporządzania benchmarków z uwzględnieniem specyfiki inwestycyjno-akwizycyjnej obszaru spornego i możliwości występowania niższych stawek rozliczeniowych konsorcjów i grup zakupowych, wynikających z faktu prowadzenia wspólnych inwestycji, centrów zarządzania siecią, wzajemnego outsourcingu, agregacji zakupów etc., do których to wspólnych działań wnioskujący o dostęp w trybie art. 139 PT nie przystępuje, a tym samym nie powinien decyzją urzędową korzystać z preferencyjnych, obniżonych stawek, jak pozostali członkowie w/w konsorcjów i grup zakupowych. Warto dodać, iż udział w konsorcjum w/w typu nie może być nakazany lub regulowany decyzją Prezesa UKE.

* * *

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba postuluje o daleko idącą ostrożność w zakresie formułowania wykładni i zakresu zastosowania norm wynikających z art. 139 PT, a z pewnością dokonywanie wykładni zacieśniającej, a nie rozszerzającej i uniknięcie przez Prezesa UKE swoistej funkcji legislatora, o czym mowa było powyżej. Wnioskujemy również o opublikowanie ogólnych informacji nt. sposobu sporządzania benchmarków i zakresu informacji, o jakie Prezes UKE może

występować do PT. Najważniejszym elementem wydaje się również wyraźne dookreślenie podstawy prawnej, na jakiej podejmowane będą przez Prezesa UKE rozstrzygnięcia w zakresie dostępu do nieruchomości będących własnością lub zarządzanych przez podmioty posiadające równoległe wpisy do rejestru PT (casus spółdzielni mieszkaniowej, będącej równocześnie operatorem). Ta ostatnia sytuacja widoczna jest już teraz w toczących się przed Prezesem UKE postępowaniach. A określenie pierwszeństwa art. 30 Megaustawy lub art. 139 PT jest kluczowe dla określenia sposobu i kosztów dostępu do nieruchomości celem budowy sieci telekomunikacyjnych. Mówiąc wprost – zgoda na „ucieczkę” przykładowych spółdzielni spod jurysdykcji art. 30 poprzez wpis do rejestru PT spowoduje likwidację celów postawionych w Megaustawie i uniemożliwi budowę sieci w wielu zasobach. Obowiązki „telekomunikacyjnego uzbrojenia nieruchomości nowych” oraz bezpłatnego udostępnienia nieruchomości dla zaspokojenia telekomunikacyjnych potrzeb mieszkańców nie powinny być obchodzone ucieczką w komercyjne zasady zaprojektowane dla nie dublowania sieci przez PT. Należy z całą pewnością zaznaczyć, że art. 139 PT nie powinien co najmniej mieć zastosowania w przypadku braku pasywnej infrastruktury telekomunikacyjnej nawet, jeśli powołujący się na ten zapis podmiot ma jedynie wpis do rejestru UKE (a nie infrastrukturę). Analiza celowościowa Megaustawy i Prawa Telekomunikacyjnego wskazuje jednak, iż również w przypadku spółdzielni, wspólnot, czy administracji nieruchomości posiadających ciągi teletechniczne wewnątrz budynkowe i między budynkowe – niezależnie od posiadania wpisu do rejestru PT – zastosowanie powinna mieć regulacja z Megaustawy. Jeśli rozważamy jakikolwiek wyjątek od tej zasady, to wyłącznie w przypadku podmiotów posiadających/zarządzających budynkami i równocześnie realnie prowadzących działalność telekomunikacyjną, widniejącą w sprawozdaniach do SIIS.

Z poważaniem,

Łukasz Bazański

Piotr Marciniak

Kancelaria itBlegal
Radca Prawny

GRAP - Grupa Robocza d/s współpracy z
Administracją Publiczną
Krajowa Izba Komunikacji Ethernetowej

