

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 listopada 2020 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie, XVII Wydział Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
w składzie:

Przewodniczący –	<i>Sędzia SO Andrzej Turliński</i>
Protokolant –	sekretarz sądowy Joanna Nande

po rozpoznaniu 16 października 2020 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania (...) *S.A w W.*

przeciwko *Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej*

z udziałem zainteresowanych: *Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i (...) w W., Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji w W., Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej w W.*

oraz z odwołania *Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej w W.*

przeciwko *Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej w W.*

z udziałem zainteresowanych: *Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji w W., Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji w W., (...) S.A. w W.*

o ustalenie warunków dostępu do infrastruktury technicznej operatora w zakresie kanalizacji kablowej i kanalizacji telekomunikacyjnej budynku

na skutek odwołań (...) *S.A w W.* i *Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej w W.* od decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z 11 września 2018 r. Nr (...)

w sprawie z odwołania (...) *SA w W.*

I.zmienia częściowo zaskarżoną decyzję w ten sposób, że:

1. w załączniku nr 1 w części pierwszej w rozdziale 7 nadaje ust. 1 lit. e brzmienie: „e) prowadzenia niedozwolonych prac w Kanalizacji kablowej, tzn. wejścia do Kanalizacji kablowej bez zgłoszenia tego faktu służbom OU lub przed rozpoczęciem Nadzoru OU (w przypadku gdy OK zgłosił zamiar prac planowych), w przypadku posiadania przez OU Umowy Ramowej zawartej z danym OK oraz niezależnie od posiadania przez OU Umowy Szczegółowej na daną relację zawartej z tym OK – wysokość kary umownej wynosi 3000 (trzy tysiące) zł za każde takie wejście.”,

2. w załączniku nr 1 w części pierwszej w rozdziale 4 po ust. 15 dodaje ust. 16 i 17 brzmieniu:

„16. W celu stwierdzenia, czy OK nie narusza postanowień Umowy Ramowej lub Umowy Szczegółowej, uprawnia się OU do przeprowadzenia w każdym czasie kontroli wykorzystania Kanalizacji kablowej 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.

„17. W przypadku, gdy kontrola nie wykaże naruszeń postanowień Umowy Ramowej lub Umowy Szczegółowej, OU uiszcza na rzecz OK opłatę za obecność jego przedstawiciela, w wysokości opłaty pobieranej za Nadzór OU.”,

3. w załączniku nr 1 w części drugiej w rozdziale 2 po ust. 9 dodaje ust. 10 w brzmieniu:

„10. W przypadku, gdy OK realizujący prace w ramach dostępu planowego nie zgłosi wykonanych prac do odbioru i nie zostanie podpisany Protokół Odbioru Wykonanych Prac, którego wzór stanowi Załącznik nr 4 do Umowy Ramowej, OU wezwie OK do przeprowadzenia inwentaryzacji wykonanych prac pod Nadzorem OU terminie 5 dni. Jeżeli OK nie odpowie na wezwanie OU, bądź nie weźmie udziału w inwentaryzacji, wówczas OU dokona jednostronnego odbioru wykonanych prac. W trakcie odbioru OU sporządzi notatkę z przeprowadzonej inwentaryzacji wraz z opisem wykonanych czynności, zakresem, godziną ich rozpoczęcia i czasem trwania, oraz zakresem dodatkowych prac np. związanych z czynnościami usunięcia usterek, jeżeli były wymagane i zostały wykonane. OU obciąży OK kosztami związanymi z przeprowadzeniem inwentaryzacji (zgodnie ze stawkami za Nadzór OU pomnożoną przez ilość uczestniczących w inwentaryzacji przedstawicieli OU i ilością godzin poświęconych na wykonanie inwentaryzacji) kosztami usunięcia/naprawy usterek w kanalizacji kablowej OU (na podstawie kosztorysu wykonanych prac i zużytych materiałów),

4. w załączniku nr 1 w części drugiej w rozdziale 5

a) ust. 7 nadaje brzmienie:

„7. W przypadku wykrycia przez OU kabli telekomunikacyjnych, Mikrokanalizacji lub rur Kanalizacji wtórnej zainstalowanej nielegalnie i ustaleniu, że właścicielem kabli jest OK, który zawarł z OU Umowę Ramową, OU może wezwać OK, który jest właścicielem kabli do przeprowadzenia inwentaryzacji nielegalnie zainstalowanej infrastruktury pod Nadzorem OU w terminie 5 dni. Jeżeli OK nie odpowie na wezwanie OU, bądź nie weźmie udziału w inwentaryzacji, wówczas OU może dokonać jednostronnej inwentaryzacji infrastruktury OK. Z przeprowadzonej inwentaryzacji OU sporządzi notatkę wraz z opisem i ewentualnym kosztorysem usunięcia/naprawy usterek w kanalizacji kablowej OU, która zostanie przekazana OK. OU obciąży OK kosztami związanymi z przeprowadzeniem inwentaryzacji (zgodnie ze stawkami za Nadzór OU i ilością godzin poświęconych na wykonanie inwentaryzacji) oraz ewentualnymi kosztami usunięcia/naprawy usterek w kanalizacji kablowej OU.”,

b) ust. 8 nadaje brzmienie:

„8. W przypadku, gdy w Kanalizacji kablowej OU zostaną ujawnione zasoby zainstalowane bez podstawy prawnej, lub takie których eksploatacja spowoduje zagrożenie dla osób, mienia lub jakości usług (w szczególności wzmacniaczy, zasilaczy, kabli wykorzystywanych przez systemy zdalnego zasilania o napięciu stałym lub zmiennym itp.) OU podejmie niezwłoczne działania w celu ich usunięcia. W takiej sytuacji OU obciąży poniesionymi kosztami (np. likwidacji, magazynowania, innych przeprowadzonych prac) OK.”,

c) uchyla ust. 9, 10, 11, 12 i 13,

II. oddała odwołanie w części dotyczącej zmian w załączniku nr 1 w części pierwszej:

1. w rozdziale 7 w ust. 1a, 1b oraz w ust. 1c,

2. w rozdziale 6 przez wykreślenie ust. 1c,

3. w rozdziale 4 w ust. 9,

III. oddała odwołanie w części dotyczącej zmian w załączniku nr 1 w części drugiej

w rozdziale 4 podrozdziale 4.3 Awaryjne kanalizacje kablowe przez odmowę wykreślenia ust. 5 i ust. 6,

IV. oddala odwołanie w części dotyczącej zmian w Załączniku nr 1 w części trzeciej:

1. w rozdziale 1 poprzez odmowę dodania lit. d oraz lit. e,

2. w rozdziale 1 podrozdziale 1.2 podpodrozdziale 1.2.2 w ust. 3,

V. w załączniku nr 1 w części Definicje oddala odwołanie przez odmowę dodania definicji „Przyłącze do budynku”,

VI. oddala odwołanie w części dotyczącej zmian w załączniku nr 2 w części trzeciej w rozdziale 1 w podrozdziale 1.1 Opłata za wizję,

VII. oddala odwołanie w części dotyczącej zmian w załączniku nr 2 w części drugiej w rozdziale 3 podrozdziale 3.2 Nadzór OU w ust. 9 przez odmowę wykreślenia słów: „według wyboru OK” i odmowę wykreślenia ust. 1 lit. b, a także ust. 3,

VIII. oddala odwołanie części dotyczącej zmian w załączniku nr 2 w części pierwszej

w rozdziale 7 w ust. 1a,

IX. umarza postępowanie w pozostałej części,

X. z tytułu zwrotu kosztów procesu zasądza od (...) SA w W. na rzecz:

1. Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 1440 zł (jeden tysiąc czterysta czterdzieści zł),

2. Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji w W. kwotę 1457 zł (jeden tysiąc czterysta pięćdziesiąt siedem zł),

3. Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej w W. kwotę 1457 zł (jeden tysiąc czterysta pięćdziesiąt siedem zł),

w sprawie z odwołania Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej w W.

I. oddala odwołanie,

II. z tytułu zwrotu kosztów procesu zasądza od Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej w W. na rzecz:

1. Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 720 zł (siedemset dwadzieścia zł),

2. (...) SA w W. kwotę 737 zł (siedemset trzydzieści siedem zł).

Sędzia SO Andrzej Turliński

Sygn. akt XVII AmT 173/18

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 11 września 2018 r. Nr (...) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (Prezes UKE, pozwany) na podstawie art. 18 ust. 3 w związku z art. 17 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 2062 ze zm. powoływana dalej jako wruist) i art. 206 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1907 ze zm. powoływana dalej jako Pt) oraz art. 104 § 1 k.p.a., po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego wszczętego z urzędu w dniu 6 grudnia 2017 r. w przedmiocie określenia warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej operatora (...) S.A. w W.) w zakresie kanalizacji kablowej (KK) oraz kanalizacji telekomunikacyjnej budynku (KTB)(Warunki Dostępu):

I. określił Warunki Dostępu do infrastruktury technicznej Operatora w zakresie kanalizacji kablowej, w brzmieniu określonym w Załączniku Nr 1 do decyzji, stanowiącym jej integralną część.

II. określił Warunki Dostępu do infrastruktury technicznej Operatora w zakresie kanalizacji telekomunikacyjnej budynku, w brzmieniu określonym w Załączniku Nr 2 do decyzji, stanowiącym jej integralną część.

III. Nakazał Operator zapewnić gotowość do zawierania Umów Ramowych i Umów Szczegółowych, a także rozpatrywania Zapytań o dostęp do infrastruktury technicznej zgodnie z postanowieniami Warunków Dostępu określonymi w Załączniku Nr 1 i Załączniku Nr 2 do decyzji, najpóźniej do dnia 15 marca 2019 r.; do czasu wdrożenia ww. funkcjonalności Operator jest zobowiązany do udostępniania infrastruktury technicznej w zakresie kanalizacji kablowej i kanalizacji telekomunikacyjnej budynku na dotychczasowych zasadach, stosowanych w ramach przedsiębiorstwa Operatora.

W szczególności w Załączniku nr 1 w części I rozdziale 7 pt. „Kary umowne” ust. 1 Prezes UKE wprowadził zapis:

OU ma prawo naliczenia kar umownych w przypadku:

a) samowolnego wykonania przez OK w czasie trwania Nadzoru nieciągłego, bez zgody OU, instalacji Infrastruktury OK lub zmian w kanalizacji kablowej – wysokość kary umownej wynosi 10 (dziesięć) % czynszu miesięcznego za każdy dzień liczony od dnia poinformowania OK o stwierdzonych nieprawidłowościach do dnia usunięcia stanu niezgodnego z Umową Ramową lub Umową Szczegółową,

b) poddzierżawienia lub oddania przez OK Kanalizacji kablowej w inną formę bezpłatnego albo odpłatnego korzystania podmiotom trzecim, bez zgody OU – wysokość kary umownej wynosi 10 (dziesięć) % czynszu miesięcznego za każdy dzień liczony od dnia poinformowania OK o stwierdzonych nieprawidłowościach do dnia usunięcia stanu niezgodnego z Umową Ramową lub Umową Szczegółową,

c) umieszczenia w Kanalizacji kablowej urządzeń aktywnych, kabli innych niż Kable telekomunikacyjne lub Kabli telekomunikacyjnych niespełniających wymagań w zakresie bezpieczeństwa i zakłóceń o których mowa w części I Rozdział 4 ust. 9 – wysokość kary umownej wynosi 500 (pięćset) złotych za każdy dzień utrzymywania takich urządzeń lub kabli, od dnia poinformowania OK o stwierdzeniu zainstalowania przez OK takich urządzeń aktywnego lub kabli, za każde pojedyncze urządzenie lub kabel,

d) nieusunięcia Infrastruktury OK z Kanalizacji kablowej, w terminie o którym mowa w części II Rozdziału 5 ust. 1 lub ust. 7 lit. c) – wysokość kary umownej równa jest czynszowi miesięcznemu za daną Relację udostępnioną OK powiększonemu o kwotę 10 (dziesięciu) % za każdy dzień opóźnienia w usunięciu Infrastruktury OK,

e) prowadzenia niedozwolonych prac w Kanalizacji kablowej tzn. wejścia do kanalizacji kablowej bez zgłoszenia tego faktu służbom OU lub przed rozpoczęciem Nadzoru OU (w przypadku gdy OK zgłosił zamiar prac planowych) - wysokość kary umownej wynosi 3000 (trzy tysiące) zł za każdą z takich prac,

f) uszkodzenia Kanalizacji kablowej z winy OK – wysokość kary umownej wynosi 500 (pięćset) zł.

Zgodnie z definicjami wprowadzonymi z Załącznikami do decyzji Skrót OU oznacza operatora udostępniającego tj. (...), a skrót OK operatora korzystającego.

W Załączniku nr 1 w części I rozdz. 6 „Zasady zabezpieczeń” ust. 1 lit. c) Prezes UKE wprowadził zapis:

W celu zabezpieczenia roszczeń wynikających z niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy Ramowej i Umów Szczegółowych OK w terminie 7 (siedmiu) dni od dnia zawarcia z OU pierwszej Umowy Szczegółowej przekaże OU wybrane przez siebie jedno z poniższych zabezpieczeń:

[...]

c) oświadczenie o dobrowolnym poddaniu się egzekucji („Oświadczenie”),

chyba, że Strony uzgodnią inną formę zabezpieczeń.

W Załączniku nr 1 w części I rozdziale 4 pt „Zobowiązania Stron” ust. 9 Prezes UKE wprowadził zapis:

OK zobowiązany jest do nieinstalowania w Kanalizacji kablowej OU urządzeń aktywnych, takich jak zasilacze, wzmacniacze, routery, modemy itp. oraz kabli innych niż Kable telekomunikacyjne oraz Kabli telekomunikacyjnych, będących częścią instalacji mogącej stwarzać zagrożenie dla bezpieczeństwa lub powodować zakłócenia w świadczeniu usług.

W Załączniku nr 1 w części I rozdziale 7 „Kary umowne” ust. 1 lit. c Prezes UKE wprowadził zapis:

OU ma prawo naliczenia kar umownych w przypadku:

[...]

c) umieszczenia w Kanalizacji kablowej urządzeń aktywnych, kabli innych niż Kable telekomunikacyjne lub Kabli telekomunikacyjnych niespełniających wymagań w zakresie bezpieczeństwa i zakłóceń, o których mowa w Części I Rozdział 4 ust. 9 – wysokość kary umownej wynosi 500 (pięćset) złotych za każdy dzień utrzymywania takich urządzeń lub kabli, od dnia poinformowania OK o stwierdzeniu zainstalowania przez OK takich urządzeń aktywnych lub kabli, za każde pojedyncze urządzenie lub kabel.

W Załączniku nr 1 w części II rozdz. 4 pkt 4.3. „Awarie Kanalizacji kablowej” ust. 5 i 6 Prezes UKE wprowadził zapisy:

5. W sytuacji, gdy OU nie ma wystarczających zasobów technicznych lub personalnych do usunięcia Awarii, uszkodzenia lub niedrożności w terminie, o którym mowa w ust. 3, albo wykonanie tych czynności jest nieopłacalne dla OU ze względów ekonomicznych jest on zobowiązany na wniosek OK do niezwłocznego zezwolenia mu na przywrócenie właściwego stanu Kanalizacji kablowej własnym staraniem, pod nadzorem OU,

6. OU zwalnia OK z 3 (trzy) – letniego czynszu za dzierżawę Relacji w sytuacji, gdy OK poniesie całkowite koszty wykonania czynności, o których mowa w ust. 5.

W Załączniku nr 1 cz. III rozdz. I „Opłaty” Prezes UKE wprowadził zapis:

W związku z umożliwieniem dostępu do Kanalizacji kablowej OU pobiera następujące opłaty:

a) opłata miesięczna za rezerwację,

b) opłata za dostęp do Kanalizacji kablowej,

c) opłata za Nadzór OU

W Załączniku nr 1 w części III rozdz. I „Opłaty” pkt 1.2 ppkt 1.2.2. Ogólna opłata miesięczna ust. 3 Prezes UKE wprowadził zapis:

3. Wysokość miesięcznych opłat za 1 (jeden) mb ułożonego Kabla telekomunikacyjnego /Mikrokanalizacji/Kanalizacji wtórnej określa Tabela 1

Lp	Średnica telekomunikacyjnego/ Mikrokanalizacji/ Wtórnej	Kabla Kanalizacji	Opłata miesięczna [zł]
1.	poniżej 4 mm		(...)
2.	od 4,1 do 6 mm		(...)
3.	od 6,1 do 7 mm		(...)
4.	od 7,1 do 8 mm		(...)
5.	od 8,1 do 9 mm		(...)
6.	od 9,1 do 10 mm		(...)
7.	od 10,1 do 11 mm		(...)
8.	od 11,1 do 12 mm		(...)
9.	od 12,1 do 13 mm		(...)
10.	od 13,1 do 16 mm		(...)
11.	od 16,1 do 18 mm		(...)
12.	od 18,1 do 20 mm		(...)
13.	od 20,1 do 22 mm		(...)
14.	od 22,1 do 25 mm		(...)
15.	od 25,1 do 32 mm		(...)
16.	od 32,1 do 40 mm		(...)
17.	powyżej 40 mm		(...)

W Załączniku nr 1 w części II rodz. 5 ust. 7 – 13 Prezes UKE wprowadził zapis:

7. W przypadku wykrycia przez OU w Kanalizacji kablowej, Infrastruktury OK zainstalowanej niezgodnie z postanowieniami łączącej OK i OU Umowy Ramowej, OU ma prawo do podjęcia następujących kroków:

- a) niezwłocznie wzywa OK, do wyjaśnień wyznaczając 7 (siedem) dni na odpowiedź,
- b) 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 zainstalowania Infrastruktury OK, OU wzywa OK do złożenia Zapytania i jeśli OK uzyska odpowiedź pozytywną do zawarcia Umowy Szczegółowej,
- c) jeśli OK nie wystąpi we wskazanym w lit. b) terminie z Zapytaniem lub Wnioskiem na daną Relację albo OU udzieli odpowiedzi negatywnej na złożone Zapytanie, OU wzywa OK do usunięcia w terminie 14 (czternastu) dni od otrzymania wezwania przez OK Infrastruktury OK zainstalowanej bez tytułu prawnego.

8. W przypadku wykrycia, że zainstalowane na podstawie Umowy Szczegółowej Kable Telekomunikacyjne OK stwarzają zagrożenie dla bezpieczeństwa lub powodują zakłócenia dla innych kabli bądź urządzeń umieszczonych w Kanalizacji kablowej OU, OU wzywa OK do wyjaśnień wyznaczając termin odpowiedzi nie krótszy niż 7 (siedem) dni od dnia otrzymania wezwania.

9. OK przedstawi OU wszelką dokumentację wskazującą na poprawność działania Kabli telekomunikacyjnych. OK ma także możliwość przeprowadzenia badania Kabla telekomunikacyjnego. Przeprowadzenie badania Kabla telekomunikacyjnego następuje pod Nadzorem OU w terminie nie późniejszym niż 7 (siedem) dni od daty otrzymania wniosku przez OU, chyba, że strony ustalą inny termin przeprowadzenia badania.

10. W przypadku braku odpowiedzi w terminie, o którym mowa w ust. 8 lub gdy udzielona przez OK odpowiedź lub przeprowadzone badanie nie wykaże braku zagrożeń lub zakłóceń, OU może wezwać OK do usunięcia tego Kabla telekomunikacyjnego z Kanalizacji kablowej w terminie nie krótszym niż 7 (siedem) dni od daty otrzymania wezwania bądź jego wymiany zgodnie z procedurą określoną w Rozdziale 3.

11. W przypadku usunięcia Kabla telekomunikacyjnego na podstawie wezwania, o którym mowa w ust. 10 Umowa Szczegółowa dla tego kabla ulega rozwiązaniu z dniem jego usunięcia z Kanalizacji kablowej. Część I Rozdział 5 ust. 7 stosuje się odpowiednio.

12. Jeżeli OK nie usunie Kabla telekomunikacyjnego w wyznaczonym przez OU terminie, OU może wypowiedzieć OK Umowę Szczegółową w trybie określonym w Części I Rozdziale 5 ust. 4 lit. c.

13. Jeżeli zgromadzona dokumentacja oraz przeprowadzone pod Nadzorem OU badanie nie potwierdzą nieprawidłowości, OU zobowiązany będzie do zwrotu opłaty za Nadzór OU, a OK może obciążyć OU opłatą w wysokości odpowiadającej naliczonej przez OU opłacie za Nadzór.

W załączniku nr 2 Części III rozdział I pkt 1.1 Prezes UKE wprowadził zapis:

OU pobiera opłaty za wizję w wysokości opłat za Nadzór OU.

W Załączniku nr 2 Części II rozdział 3 pkt 3.2 ust. 1 Prezes UKE wprowadził zapis:

Nadzór może być sprawowany przez OU, według wyboru OK, w sposób:

- a) ciągły/gwarantowany – OU zapewnia Nadzór OU przez cały czas trwania prac (OU bierze udział od momentu rozpoczęcia prac do ich zakończenia i w trakcie jego trwania weryfikuje poprawność wykonania prac),
- b) nieciągły – OU ma obowiązek nadzorować początek i koniec prac. Minimalny czas nadzoru to 1 (jedna) godzina. W tym przypadku OU ma obowiązek zweryfikować poprawność wykonanych prac. OK ma prawo do kontaktu z osobą

sprawującą nadzór w ciągu całego czasu wykonywania prac. OU ma obowiązek przybyć na miejsce prac w czasie nie dłuższym niż 4 (cztery) godziny od wezwania (w godzinach sprawowania Nadzoru OU).

W Załączniku nr 2 w części II rozdział 3 pkt 3.2. ust. 3 Prezes UKE wprowadził zapis:

OU może odmówić Nadzoru nieciągłego w przypadku, gdy OK, pomimo trzykrotnego wezwania przez OU, nie dostarczył w żądanym terminie właściwej dokumentacji powykonawczej, jeśli taka była wymagana, chyba że od obowiązku jej dostarczenia upłynęło więcej niż 2 (dwa) lata.

W Załączniku nr 2 w Części I rozdział 7 pt. „Kary umowne” ust. 1 lit. a) Prezes UKE wprowadził zapis:

OU ma prawo naliczenia kar umownych, odrębnie dla każdego budynku, w przypadku:

a) samowolnego wykonania przez OK w czasie trwania Nadzoru nieciągłego, bez zgody OU, instalacji Kabli telekomunikacyjnych OK lub zmian w KTB – wysokość kary umownej wynosi 10 (dziesięć) % czynszu miesięcznego za każdy dzień liczony od dnia poinformowania OK o stwierdzonych nieprawidłowościach do dnia usunięcia stanu niezgodnego z Umową Ramową lub Umową Szczegółową.

W Załączniku nr 2 w Części II rozdział 3 pkt 3.2 ust. 9 Prezes UKE wprowadził zapis:

W Protokole Odbioru Wykonanych Prac, wpisywany jest faktyczny czas prowadzenia Nadzoru OU, z zastrzeżeniem, że jeżeli nad wykonywaniem prac polegających na instalowaniu Kabli telekomunikacyjnych OK w KTB został przydzielony nadzór nieciągły, a prace przebiegają bez przeszkód i zgodnie ze Schematem, OK nie ponosi opłaty za Nadzór OU wykonywany w godzinach innych, niż planowane rozpoczęcie i zakończenie prac, określone w Zgłoszeniu dostępu.

W załączniku nr 1 Część II Procedury dostępu Rozdział 1 Tryb i zasady dostępu do Kanalizacji kablowej, podrozdział 1.1 Zgłaszanie „Zapytania o możliwość dostępu do kanalizacji kablowej” ust. 2 Prezes UKE wprowadził zapis:

a) „Jedno zapytanie może dotyczyć tylko jednej Relacji z ewentualnymi maksymalnie 5 (pięcioma) Odgałęzieniami od tej Relacji oraz ewentualnymi Nawiązaniem, przy czym wszystkie te elementy muszą zawierać się w ciągłym fragmencie Kanalizacji kablowej należącej do OU. Zapytania z większą niż 5 (pięć) liczbą Odgałęzień wraz z ewentualnymi Nawiązaniem będą rozpatrywane przez OU w trybie i terminach ustalonych przez Strony.”

W Załączniku nr 1 część I Zasady Ogólne Rozdział 4 Zobowiązania Stron ust. 9 Prezes UKE wprowadził zapis:

„OK zobowiązany jest do nieinstalowania w Kanalizacji kablowej OU urządzeń aktywnych takich jak zasilacze, wzmacniacze, routery, modemy itp. oraz kabli innych niż Kable telekomunikacyjne oraz Kabli telekomunikacyjnych, będących częścią instalacji mogącej stwarzać zagrożenie dla bezpieczeństwa lub powodować zakłócenia w świadczeniu usług.”

W Załączniku nr 1 Część I Zasady Ogólne Rozdział 5 Czas trwania oraz rozwiązanie Umowy Ramowej lub Umowy Szczegółowej ust. 4 lit. c) Prezes UKE wprowadził zapis:

„instalacji przez OK w Kanalizacji kablowej urządzeń aktywnych (w szczególności wzmacniaczy, zasilaczy) lub Kabli telekomunikacyjnych stwarzających zagrożenie dla bezpieczeństwa lub powodujących zakłócenia dla innych kabli bądź urządzeń z zagrożeniem Części II Rozdział 5 ust. 8 – 13, lub”

W Załączniku nr 1 Część II Procedury dostępu Rozdział 5 Zwolnienie zasobów Kanalizacji kablowej ust. 8 i 10 Prezes UKE wprowadził zapis:

„8. W przypadku wykrycia, że zainstalowane na podstawie Umowy Szczegółowej Kable telekomunikacyjne OK stwarzają zagrożenie dla bezpieczeństwa lub powodują zakłócenia dla innych kabli bądź urządzeń umieszczonych w Kanalizacji kablowej OU, OU wzywa OK do wyjaśnień wyznaczając termin odpowiedzi nie krótszy niż 7 (siedem) dni od dnia otrzymania wezwania.

[...]

10. W przypadku braku odpowiedzi w terminie, o którym mowa w ust. 8 lub gdy udzielona przez OK odpowiedź lub przeprowadzone badanie nie wykaże braku zagrożeń lub zakłóceń, OU może wezwać OK do usunięcia tego Kabla telekomunikacyjnego z Kanalizacji Kablowej w terminie nie krótszym niż 7 (siedem) dni od daty otrzymania wezwania bądź jego wymiany zgodnie z procedurą określoną w Rozdziale 3.”

W Załączniku nr 2 Część I Zasady Ogólne Rozdział 4 Zobowiązania Stron ust. 7 Prezes UKE wprowadził zapis:

„instalacji przez OK w KTB urządzeń aktywnych (w szczególności wzmacniaczy, zasilaczy) lub Kabli telekomunikacyjnych stwarzających zagrożenie dla bezpieczeństwa lub powodujących zakłócenia dla innych kabli bądź urządzeń i nie zaprzestania tego typu naruszeń w terminie 14 (czternastu) dni od dnia otrzymania od OU pisemnego żądania zaniechania tych naruszeń, lub”

W Załączniku nr 2 Część I Zasady Ogólne Rozdział 5 Czas trwania

oraz rozwiązanie Umowy Ramowej lub Umowy Szczegółowej ust. 4

lit c) Prezes UKE wprowadził zapis:

„OK zobowiązany jest do nieinstalowania w KTB OU urządzeń aktywnych, takich jak zasilacze, wzmacniacze, routery, modemy itp. oraz kabli innych niż Kable telekomunikacyjne oraz Kabli telekomunikacyjnych będących częścią instalacji mogącej stwarzać zagrożenie dla bezpieczeństwa lub powodować zakłócenia w świadczeniu usług.”

W Załączniku nr 1 Część I Zasady Ogólne Rozdział 7 Kary umowne

ust. 1 lit. c) i e) Prezes UKE wprowadził zapis:

„1. OU ma prawo naliczania kar umownych w przypadku:

[...]

c) umieszczenia w Kanalizacji kablowej urządzeń aktywnych, kabli innych niż Kable telekomunikacyjne lub Kabli telekomunikacyjnych niespełniających wymagań w zakresie bezpieczeństwa i zakłóceń, o których mowa w części I Rozdział 4 – 9 – wysokość kary umownej wynosi 500 (pięćset) złotych za każdy dzień utrzymywania takich urządzeń lub kabli, od dnia poinformowania OK o stwierdzeniu zainstalowania przez OK takich urządzeń aktywnego lub kabli, za każde pojedyncze urządzenie lub kabel,

[...]

e) prowadzenia niedozwolonych prac w Kanalizacji kablowej tzn. wejścia do Kanalizacji kablowej bez zgłoszenia tego faktu służbom OU lub przed rozpoczęciem Nadzoru OU (w przypadku gdy OK zgłosił zamiar prac planowych) – wysokość kary umownej wynosi 3000 (trzy tysiące) zł za każdą z takich prac.

[...]”

Od ww. decyzji (...) SA w W. (powód, (...)) wniosła odwołanie.

Zaskarżonej decyzji zarzuciła:

a) naruszenie przepisów postępowania tj. art. 206 ust.1 Pt, art. 18 ust. 3 wruist w związku z art., 15 pkt 4 i art. 18 ust. 1 Pt przez nieprzeprowadzenie obligatoryjnego w niniejszej sprawie postępowania konsolidacyjnego – w sytuacji gdy skarżona decyzja reguluje stawki oraz stanowi środek będący elementem szerszego środka w postaci 7 analogicznych decyzji regulujących warunki dostępu do Kanalizacji Kablowej (KK) i Kanalizacji Telekomunikacyjnej Budynku (KTB) w zakresie kluczowych krajowych zasobów KK i KTB, więc skarżona decyzja zarówno samodzielnie jak i łącznie z pozostałymi ww. decyzjami wpływa w sposób istotny na handel transgraniczny.

Wskazując na powyższy zarzut powód wniósł o uchylenie decyzji w całości.

Na wypadek nieuwzględnienia żądania uchylenia skarżonej decyzji w całości powód wskazał na następujące zarzuty:

2. naruszenie przepisów postępowania tj.

- art. 18 ust. 3 wruist w zw. z art. 206 ust. 1 i art. 15 pkt 4 – przez wprowadzenie do skarżonej decyzji istotnych zmian w zakresie stawek w stosunku do projektu z drugiej tury konsultacji, z pominięciem obowiązku dokonania kolejnych konsultacji,

- art. 7, 8, 77, 107 k.p.a. w zw. z art. 206 ust. 1 Pt – przez niedopełnienie obowiązku dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego (art. 7 k.p.a.), wyczerpującego rozpatrzenia materiału dowodowego (art. 77 k.p.a.) i uwzględnienia dokonanych ustaleń w sentencji uzasadnieniu skarżonej decyzji (art. 107 k.p.a.) w sposób budzący zaufanie do władzy publicznej –przez nieuwzględnienie: dowodów w postaci wyników badań dotyczących kabli zdalnego zasilania pod napięciem przemiennym, posiadanej wiedzy i dowodów w przedmiocie masowych nadużyć operatorów na szkodę powoda w postaci nielegalnych zaciągów w jego KK,

3. naruszenie przepisów materialnych to jest:

a) art. 18 ust. 3 w związku z art. 22 ust. 1 i 2 wruist przez:

- nieuwzględnienie konieczności zapewnienia niedyskryminacyjnych i proporcjonalnych warunków dostępu – przez określenie asymetrycznych stawek na niekorzyść (...) w analogicznych decyzjach wydanych tego samego dnia dla 6 innych operatorów, w sytuacji gdy skarżona decyzja stanowi środek będący elementem szerszego środka w postaci siedmiu analogicznych decyzji regulujących warunki dostępu do KK/KTB w zakresie kluczowych krajowych zasobów KK/KTB, jak też przez określenie warunków dostępu do KK/KTB (...) w sposób uniemożliwiający racjonalne zarządzanie i ochronę jego zasobów, powodujący degradację infrastruktury i usług powoda co naraża powoda na znaczną szkodę (zwłaszcza wskutek przewidzianych w skarżonej decyzji rozwiązań dotyczących kar umownych, zabezpieczeń, nielegalnych zaciągów, kabli zasilających z napięciem przemiennym),

- określenia opłat z tytułu dostępu do KTB powoda na poziomie uniemożliwiającym zwrot poniesionych kosztów – przez zrównanie wysokości opłaty za wizję z wysokością opłaty za nadzór,

b) art. 160 ust. 2 i art. 175 ust. 1 Pt –przez zezwolenie na dokonywanie przez Operatora Korzystającego (OK) prac na KTB OLB w trybie Nadzoru Nieciągłego, co rodzi ryzyko dostępu osób niepowołanych do zakończeń kablowych, godząc w ochronę tajemnicy telekomunikacyjnej i obowiązek podjęcia środków technicznych i organizacyjnych w celu zapewnienia bezpieczeństwa i integralności sieci, usług oraz przekazu komunikatów w związku ze świadczonymi usługami.

Wskazując na powyższe zarzuty powód wniósł o następującą zmianę skarżonej decyzji w zakresie Załącznika nr 1 i Załącznika nr 2 do skarżonej decyzji:

W Załączniku nr 1 w części I rozdziale 7 pt. Kary umowne ust. 1 – poprzez nadanie następującego brzmienia lit. a i b:

„1. OU ma prawo naliczania kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy Ramowej lub Umów Szczegółowych w przypadku:

a) samowolnego wykonania przez OK instalacji Infrastruktury OK lub zmian w kanalizacji kablowej przy czym wysokość kary umownej wynosi iloczyn:

a1) 10 (dziesięciu) % czynszu miesięcznego za każdy dzień

(i) liczony od dnia zawarcia Umowy Szczegółowej do dnia usunięcia stanu niezgodnego z Umową Ramową lub Umową Szczegółową w przypadku gdy kontrola, w wyniku przeprowadzenia której stwierdzono samowolne wykonanie instalacji kabli telekomunikacyjnych, Mikrokanalizacji lub Kanalizacji Wtórnej, przeróbek lub zmian w Kanalizacji kablowej była pierwszą kontrolą przeprowadzoną w zakresie wykonania przedmiotowej Umowy Szczegółowej albo

(ii) liczony od dnia przeprowadzenia przez (...) (...) wcześniejszej kontroli bezpośrednio poprzedzającej kontrolę, w wyniku której stwierdzono samowolne wykonanie instalacji kabli telekomunikacyjnych, Mikrokanalizacji lub Kanalizacji wtórnej, przeróbek lub zmian w Kanalizacji kablowej, do dnia usunięcia stanu niezgodnego z Umową Ramową lub Umową Szczegółową;

a2) równowartość czynszu należnego (...) za trzyletni okres dzierżawy Relacji, której dotyczy naruszenie, wyliczonego przy odpowiednim zastosowaniu zasad naliczania opłat za dostęp do Kanalizacji kablowej określonych w cz. III rozdz. 1 pkt 1.2.2.pn. „Ogólna opłata miesięczna” w przypadku, gdy na daną Relację nie zawarto Umowy Szczegółowej;

- w/w kary przysługują OU (...) niezależnie od uprawnienia do naliczenia kary umownej z lit, d) poniżej.

b) poddzierżawienia lub oddania przez OK Kanalizacji kablowej w inną formę bezpłatnego albo odpłatnego korzystania osobom trzecim, bez zgody OU, przy czym wysokość kary umownej wynosi iloczyn 10 (dziesięciu) % czynszu miesięcznego za każdy dzień:

b1) liczony od dnia zawarcia Umowy Szczegółowej do dnia usunięcia stanu niezgodnego z Umową Ramową lub Umową Szczegółową w przypadku, gdy kontrola, w wyniku przeprowadzenia której stwierdzono poddzierżawienie lub oddanie przez OK Kanalizacji kablowej w inną formę bezpłatnego albo odpłatnego korzystania osobom trzecim była pierwszą kontrolą przeprowadzoną w zakresie wykonania przedmiotowej Umowy Szczegółowej albo

b2) liczony od dnia przeprowadzenia przez (...) wcześniejszej kontroli, bezpośrednio poprzedzającej kontrolę, w wyniku której stwierdzono poddzierżawienie lub oddanie przez OK Kanalizacji kablowej w inną formę bezpłatnego albo odpłatnego korzystania osobom trzecim, do dnia usunięcia stanu niezgodnego z Umową Ramową lub Umową Szczegółową.

Równowartość czynszu należnego OU za trzyletni okres dzierżawy Relacji, której dotyczy naruszenie wyliczonego zgodnie z zasadami naliczania opłat za dostęp do Kanalizacji kablowej określonymi w cz. III rozdz. 1 pkt 1.2.2. pn. „Ogólna opłata miesięczna: dotyczy przypadku, gdy na daną Relację nie zawarto Umowy Szczegółowej”.

w Załączniku nr 1 w cz. I rozdz. 7 pt. „Kary umowne” ust. 1 poprzez nadanie następującego brzmienia lit. e):

„e) prowadzenia niedozwolonych prac w Kanalizacji kablowej, tzn. wejścia do Kanalizacji kablowej bez zgłoszenia tego faktu służbom OU lub przed rozpoczęciem Nadzoru OU (w przypadku gdy OK zgłosił zamiar prac planowych), w przypadku posiadania przez OU Umowy Ramowej zawartej z danym OK oraz niezależnie od posiadania przez OU Umowy Szczegółowej na daną relację zawartej z tym OK – wysokość kary umownej wynosi 3000 (trzy tysiące) zł za każde takie wejście za każdą z takich prac.

w Załączniku nr 1 w cz. I rozdział 4 pt. „Zobowiązania stron” po ust. 15 należy dodać ust. 16 i 17 o następującym brzmieniu:

„16. W celu stwierdzenia, czy OK nie narusza postanowień Umowy Ramowej lub Umowy Szczegółowej uprawnia się OU do przeprowadzenia w każdym czasie kontroli wykorzystania Kanalizacji kablowej 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.

17. W przypadku gdy kontrola nie wykaże naruszeń postanowień Umowy Ramowej lub Umowy Szczegółowej, OU uiści na rzecz OK opłatę za obecność jego przedstawiciela, w wysokości opłaty pobieranej za Nadzór OU.”

w Załączniku nr 1 w cz. I rozdz. 6 pt „Zasady zabezpieczeń” ust. 1 – poprzez usunięcie lit. c) i nadanie następującego brzmienia przedmiotowej jednostce redakcyjnej:

„1. W celu zabezpieczenia roszczeń wynikających z niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy Ramowej i Umów Szczegółowych OK w terminie 7 (siedmiu) dni od dnia zawarcia z OU pierwszej Umowy Szczegółowej przekaże OU wybrane przez siebie jedno z poniższych zabezpieczeń:

a) gwarancję bankową wystawioną przez bank polski lub przedstawicielstwo banku zagranicznego w Polsce („Gwarancja bankowa”) albo

b) dowód dokonania blokady kwoty pieniężnej na rachunku bankowym OK wraz z pełnomocnictwem dla OU do dysponowania tą kwotą („Rezerwa Gwarancyjna”) albo

c) oświadczenie o dobrowolnym poddaniu się egzekucji („Oświadczenie”)

chyba, że Strony uzgodnią inną formę zabezpieczeń.

w Załączniku nr 1 w części I rozdziale 4 pt „Zobowiązania Stron” poprzez nadanie ust. 9 następującego brzmienia:

„9. OK zobowiązany jest do nieinstalowania w Kanalizacji kablowej OU urządzeń aktywnych, takich jak zasilacze, wzmacniacze, routery, modemy itp. oraz kabli innych niż Kable telekomunikacyjne oraz Kabli telekomunikacyjnych, będących częścią instalacji zdalnego zasilania w technologii niedopuszczonej do stosowania w kanalizacji OU mogącej stwarzać zagrożenie dla bezpieczeństwa lub powodować zakłócenia w świadczeniu usług.”

w Załączniku nr 1 w części I rozdziale 7 pt Kary umowne ust. 1 poprzez nadanie lit. c następującego brzmienia:

„c) umieszczenia w Kanalizacji kablowej urządzeń aktywnych, kabli innych niż Kable telekomunikacyjne lub Kabli telekomunikacyjnych będących częścią instalacji zdalnego zasilania w technologii niedopuszczonej do stosowania w kanalizacji OU niespełniających wymagań w zakresie bezpieczeństwa i zakłóceń o których mowa w Części I Rozdział 4 ust. 9 – wysokość kary umownej wynosi 500 (pięćset) złotych za każdy dzień utrzymywania takich urządzeń lub kabli, od dnia poinformowania OK o stwierdzeniu zainstalowania przez OK takich urządzeń aktywnego lub kabli, za każde pojedyncze urządzenie lub kabel.”.

w Załączniku nr 1 w części II rozdz. 4 pkt 4.3. p.n. „Awaryje Kanalizacji kablowej” poprzez usunięcie ust. 5 i 6:

„5. W sytuacji, gdy OU nie ma wystarczających zasobów technicznych lub personalnych do usunięcia Awarii, uszkodzenia lub niedrożności w terminie, o którym mowa w ust. 3, albo wykonanie tych czynności jest nieopłacalne dla OU ze względów ekonomicznych jest on zobowiązany na wniosek OK do niezwłocznego zezwolenia mu na przywrócenie właściwego stanu Kanalizacji kablowej własnym staraniem, pod nadzorem OU

6. OU zwalnia OK z 3 (trzy) – letniego czynszu za dzierżawę Relacji w sytuacji, gdy OK poniesie całkowite koszty wykonania czynności, o których mowa w ust. 5”

w Załączniku nr 1 cz. III rozdz. I pt. „Opłaty” poprzez dodanie liter d) i e) i nadanie poniższemu fragmentowi następującego brzmienia:

„W związku z umożliwieniem dostępu do Kanalizacji kablowej OU pobiera następujące opłaty:

- a) opłata miesięczna za rezerwację,
- b) opłata za dostęp do Kanalizacji kablowej,
- c) opłata za Nadzór OU,
- d) opłata miesięczna za wykorzystanie przyłącza (...) do budynku
- e) opłata za weryfikację możliwości wykorzystania przyłącza (...) do budynku.”

W załączniku nr 1 w części III rozdz. I pt „Opłaty” pkt 1.2 ppkt 1.2.2. pt. „Ogólna opłata miesięczna” poprzez nadanie ust. 3 nowego, następującego brzmienia:

„3. Wysokość miesięcznych opłat

- a) za 1 (jeden) mb ułożonego Kabla telekomunikacyjnego/Mikrokanalizacji/Kanalizacji wtórnej oraz za każde wykorzystane przyłącza (...) do budynku określa Tabela 1a (opłata miesięczna);
- b) za weryfikację możliwości wykorzystania przyłącza (...) do budynku określa Tabela 1b.

Tabela 1a

<u>Opłata miesięczna za 1 metr wprowadzonego kabla/Mikrokanalizacji/rury kanalizacji wtórnej do Kanalizacji kablowej o średnicy większej niż 40 mm</u>		
<u>Lp.</u>	<u>Średnica kabla/mikrokanalizacji/rury kanalizacji wtórnej [mm]</u>	<u>Opłata [zł]</u>
<u>1.</u>	<u>poniżej 10</u>	<u>(...)</u>
<u>2.</u>	<u>od 10 do 13</u>	<u>(...)</u>
<u>3.</u>	<u>powyżej 13 do 20</u>	<u>(...)</u>
<u>4.</u>	<u>powyżej 20 do 27</u>	<u>(...)</u>
<u>5.</u>	<u>Rura kanalizacji wtórnej 32 lub 40</u>	<u>(...)</u>
<u>Opłaty za 1 metr wprowadzonego kabla/Mikrokanalizacji do Kanalizacji kablowej o średnicy do 40 mm</u>		

Lp.	Średnica kabla [mm]	Oplata [zł]
1.	poniżej 10	(...)
2.	od 10 do 13	(...)
3.	powyżej 13 do 20	(...)
4.	powyżej 20 do 27	(...)
5.	powyżej 27	(...)
<u>Oplata miesięczna za wykorzystanie przyłącza (...) do budynku</u>		
Lp.		[zł]
1.	<u>Oplata za wykorzystanie przyłącza (...) do budynku</u>	(...)

Tabela 1b Oplata za weryfikację możliwości wykorzystania przyłącza (...) do budynku

<u>Weryfikacja możliwości wykorzystania przyłącza (...) do budynku</u>		
Lp.		[zł]
1.	<u>Oplata za weryfikację możliwości wykorzystania przez Operatora/ (...) przyłącza (...) do budynku</u>	(...)

w Załączniku nr 1 w części „Definicje” poprzez dodanie definicji „Przyłącza do budynku” o brzmieniu:

„Przyłącze do budynku – odcinek Kanalizacji kablowej łączący studnię kablową zlokalizowaną przy budynku z budynkiem, w sposób umożliwiającą wprowadzenie kabli telekomunikacyjnych do budynku”.

w Załączniku nr 1 w części II rozdz. 2 – poprzez dodanie po ust. 9 ustępu 10 o następującej treści:

„10. W przypadku, gdy OK realizujący prace w ramach dostępu planowego nie zgłosi wykonanych prac do odbioru i nie zostanie podpisany Protokół Odbioru Wykonanych Prac, którego wzór stanowi Załącznik nr 4 do Umowy Ramowej,

OU wezwie OK do przeprowadzenia inwentaryzacji wykonanych prac pod Nadzorem OU w terminie 5 dni. Jeżeli OK nie odpowie na wezwanie OU, bądź nie weźmie udziału w inwentaryzacji, wówczas OU dokona jednostronnego odbioru wykonanych prac. W trakcie odbioru OU sporządzi notatkę z przeprowadzonej inwentaryzacji wraz z opisem wykonanych czynności, zakresem, godziną ich rozpoczęcia i czasem trwania, oraz zakresem dodatkowych prac np. związanych z czynnościami usunięcia usterek, jeśli były wymagane o zostały wykonane. OU obciąży OK kosztami związanymi z przeprowadzeniem inwentaryzacji (zgodnie ze stawkami za Nadzór OU pomnożoną przez ilość uczestniczących w inwentaryzacji przedstawicieli OU i ilością godzin poświęconych na wykonanie inwentaryzacji) kosztami usunięcia/naprawy usterek w kanalizacji kablowej OU (na podstawie kosztorysu wykonanych prac i zużytych materiałów).”

w Załączniku nr 1 w części II rozdział 5 poprzez usunięcie ust. 7 – 13:

„7. W przypadku wykrycia przez OU w Kanalizacji kablowej, Infrastruktury OK zainstalowanej niezgodnie z postanowieniami łączącej OK i OU Umowy Ramowej, OU ma prawo do podjęcia następujących kroków:

a) niezwłocznie wzywa OK, do wyjaśnień wyznaczając 7 (siedem) dni na odpowiedź,

b) 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 Warunki dostępu do infrastruktury technicznej w zakresie Kanalizacji kablowej OU ma prawo do zainstalowania Infrastruktury OK, OU wzywa OK do złożenia Zapytania i jeśli OK uzyska odpowiedź pozytywną do zawarcia Umowy Szczegółowej,

c) jeśli OK nie wystąpi we wskazanym w lit. b) terminie z Zapytaniem lub Wnioskiem na daną Relację albo OU udzieli odpowiedzi negatywnej na złożone Zapytanie, OU wzywa OK do usunięcia w terminie 14 (czternastu) dni od otrzymania wezwania przez OK Infrastruktury OK zainstalowanej bez tytułu prawnego.

8. W przypadku wykrycia, że zainstalowane na podstawie Umowy Szczegółowej Kable Telekomunikacyjne OK stwarzają zagrożenie dla bezpieczeństwa lub powodują zakłócenia dla innych kabli bądź urządzeń umieszczonych w Kanalizacji Kablowej OU, OU wzywa OK do wyjaśnień wyznaczając termin odpowiedzi nie krótszy niż 7 (siedem) dni od dnia otrzymania wezwania.

9. OK przedstawi OU wszelką dokumentację wskazującą na poprawność działania Kabli telekomunikacyjnych. OK ma także możliwość przeprowadzenia badania Kabla telekomunikacyjnego. Przeprowadzenie badania Kabla telekomunikacyjnego następuje pod Nadzorem OU w terminie nie późniejszym niż 7 (siedem) dni od daty otrzymania wniosku przez OU, chyba, że strony ustalą inny termin przeprowadzenia badania.

10. W przypadku braku odpowiedzi w terminie, o którym mowa w ust. 8 lub gdy udzielona przez OK odpowiedź lub przeprowadzone badanie nie wykaże braku zagrożeń lub zakłóceń, OU może wezwać OK do usunięcia tego Kabla telekomunikacyjnego z Kanalizacji kablowej w terminie nie krótszym niż 7 (siedem) dni od daty otrzymania wezwania bądź jego wymiany zgodnie z procedurą określoną w Rozdziale 3.

11. W przypadku usunięcia Kabla telekomunikacyjnego na podstawie wezwania, o którym mowa w ust. 10 Umowa Szczegółowa dla tego kabla ulega rozwiązaniu z dniem jego usunięcia z Kanalizacji kablowej. Część I Rozdział 5 ust. 7 stosuje się odpowiednio.

12. Jeżeli OK nie usunie Kabla telekomunikacyjnego w wyznaczonym przez OU terminie, OU może wypowiedzieć OK Umowę Szczegółową w trybie określonym w Części I Rozdziale 5 ust. 4 lit. c.

13. Jeżeli zgromadzona dokumentacja oraz przeprowadzone pod Nadzorem OU badanie nie potwierdzą nieprawidłowości, OU zobowiązany będzie do zwrotu opłaty za Nadzór OU, a OK może obciążyć OU opłatą w wysokości odpowiadającej naliczonej przez OU opłacie za Nadzór”.

w Załączniku nr 1 Części II Rozdziale 5 przez dodanie po ust. 6 nowych ustępów 7 i 8 o następującym brzmieniu:

„7. W przypadku wykrycia przez OU kabli telekomunikacyjnych, Mikrokanalizacji lub rur Kanalizacji wtórnej zainstalowanej nielegalnie i ustaleniu, że właścicielem kabli jest OK który zawarł z OU Umowę Ramową, OU może wezwać OK, który jest właścicielem kabli do przeprowadzenia inwentaryzacji nielegalnie zainstalowanej infrastruktury pod Nadzorem OU w terminie 5 dni. Jeżeli OK nie odpowie na wezwanie OU bądź nie weźmie udziału w inwentaryzacji, wówczas OU może dokonać jednostronnej inwentaryzacji infrastruktury OK. Z przeprowadzonej inwentaryzacji OU sporządzi notatkę wraz z opisem i ewentualnym kosztorysem usunięcia/naprawy usterek w kanalizacji kablowej OU, która zostanie przekazana OK. OU obciąży OK kosztami związanymi z przeprowadzeniem inwentaryzacji (zgodnie ze stawkami za Nadzór OU i ilością godzin poświęconych na wykonanie inwentaryzacji) oraz ewentualnymi kosztami usunięcia/naprawy usterek w kanalizacji kablowej OU.

8. W przypadku, gdy w Kanalizacji kablowej OU zostaną ujawnione zasoby zainstalowane bez podstawy prawnej, lub takie których eksploatacja spowoduje zagrożenie dla osób, mienia lub jakości usług (w szczególności wzmacniaczy, zasilaczy, kabli wykorzystywanych przez systemy zdalnego zasilania o napięciu stałym lub zmiennym itp.) OU podejmie niezwłoczne działania w celu ich usunięcia. W takiej sytuacji OU obciąży poniesionymi kosztami (np. likwidacji, magazynowania, innych przeprowadzonych prac) OK”.

W Załączniku nr 2 Części III rozdział I pkt 1.1 – poprzez nadanie nowego, następującego brzmienia w przedmiotowej jednostce redakcyjnej:

„OU pobiera opłaty za Wizję w wysokości określonej w poniższej tabeli opłat za Nadzór (...)

Opłata za Wizję		
Lp.		[zł]
1.	<u>Opłata stała</u>	(...)
2.	<u>Opłata zmienna za każde rozpoczęte 10 m kanalizacji telekomunikacyjnej Budynku Mieszkalnego</u>	(...)

w Załączniku nr 2 Części II Rozdziale 3 pkt 3.2 ust. 1 poprzez usunięcie lit. b) i nadanie następującego brzmienia przedmiotowej jednostce redakcyjnej:

„Nadzór może być sprawowany przez OU, według wyboru OK, w sposób:

a) ciągły, gwarantowany – OU zapewnia Nadzór OU przez cały czas trwania prac (OU bierze udział od momentu rozpoczęcia prac do ich zakończenia i w trakcie jego trwania weryfikuje poprawność wykonania prac),

b) nieciągły – OU ma obowiązek nadzorować początek i koniec pra. Minimalny czas nadzoru to 1 (jedna) godzina. W tym przypadku OU ma obowiązek zweryfikować poprawność wykonanych prac. OK ma prawo do kontaktu z osobą sprawującą nadzór w ciągu całego czasu wykonywania prac. OU ma obowiązek przybyć na miejsce prac w czasie nie dłuższym niż 4 (cztery) godziny od wezwania (w godzinach sprawowania Nadzoru OU)”.

w Załączniku nr 2 w Części II Rozdziale 3 pkt 3.2 przez usunięcie ust. 3 w brzmieniu:

„3. OU może odmówić Nadzoru nieciągłego w przypadku gdy OK, pomimo trzykrotnego wezwania przez OU, nie dostarczył w żądanym terminie właściwej dokumentacji powykonawczej, jeśli taka była wymagana, chyba że od obowiązku jej dostarczenia upłynęło więcej niż 2 (dwa) lata.”

w Załączniku nr 2 w Części I rozdział 7 pt. Kary umowne ust. 1 lit. a) – poprzez nadanie następującego brzmienia przedmiotowej jednostce redakcyjnej:

„a) samowolnego wykonania przez OK w czasie trwania Nadzoru nieciągłego, bez zgody OU, instalacji Kabli telekomunikacyjnych OK lub zmian w KTB – wysokość kary umownej wynosi 10 (dziesięć) % czynszu miesięcznego za każdy dzień liczony od dnia poinformowania OK o stwierdzonych nieprawidłowościach do dnia usunięcia stanu niezgodnego z Umową Ramową lub Umową Szczegółową.”

w Załączniku nr 2 w Części II rozdział 3 pkt 3.2 ust. 9 poprzez nadanie następującego brzmienia przedmiotowej jednostce redakcyjnej:

„9. W Protokole Odbioru Wykonanych Prac, wpisywany jest faktyczny czas prowadzenia Nadzoru OU, z zastrzeżeniem, że jeżeli nad wykonywaniem prac polegających na instalowaniu Kabli telekomunikacyjnych OK w KTB został przydzielony nadzór nieciągły, a prace przebiegają bez przeszkód i zgodnie ze Schematem, OK nie ponosi opłaty za Nadzór OU wykonywany w godzinach innych, niż planowane rozpoczęcie i zakończenie prac, określone w Zgłoszeniu dostępu.”

W odpowiedzi Prezes UKE wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od powoda na swoją rzecz kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 1440 zł.

Wniósł także o przeprowadzenie dowodów z dokumentów stanowiących akta administracyjne sprawy – na okoliczność przebiegu postępowania administracyjnego, ustalonego przez Prezesa UKE stanu faktycznego sprawy oraz treści zaskarżonej decyzji Prezesa UKE.

Wniósł również o oddalenie wniosków dowodowych zgłoszonych przez powoda,

Zainteresowany Polska Izba Komunikacji Elektronicznej (PIKE) wniosła o oddalenie odwołania oraz o zasądzenie na swoją rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Zainteresowany Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki i Telekomunikacji wniosła o oddalenie odwołania oraz zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Jednocześnie wniosła o oddalenie wniosków dowodowych powoda.

W piśmie z dnia 07 października 2019 r. powód cofnął odwołanie w zakresie żądania uchylenia zaskarżonej decyzji Prezesa UKE ograniczając odwołanie do zakresu żądania zmiany skarżonej decyzji.

Od ww. decyzji odwołała się również Polska Izba Komunikacji Elektronicznej (powód, PIKE).

Wniosła o zmianę decyzji w części obejmującej:

a) Załącznik nr 1 Część II Procedury dostępu Rozdział 1 Tryb i zasady dostępu do Kanalizacji kablowej, podrozdział 1.1 Zgłaszanie „Zapytania o możliwość dostępu do kanalizacji kablowej” ust. 2 o treści:

„Jedno zapytanie może dotyczyć tylko jednej Relacji z ewentualnymi maksymalnie 5 (pięcioroma) Odgałęzieniami od tej Relacji oraz ewentualnymi Nawiązaniem, przy czym wszystkie te elementy muszą zawierać się w ciągłym fragmencie Kanalizacji kablowej należącej do OU. Zapytania z większą niż 5 (pięć) liczbą Odgałęzień wraz z ewentualnymi Nawiązaniem będą rozpatrywane przez OU w trybie i terminach ustalonych przez Strony.”

na:

„Jedno zapytanie może dotyczyć tylko jednej Relacji z ewentualnymi maksymalnie 5 (pięcioma) Odgałęzieniami od tej Relacji oraz ewentualnymi Nawiązaniem, przy czym wszystkie te elementy muszą zawierać się w ciągłym fragmencie Kanalizacji kablowej należącej do OU. Zapytania z większą niż 5 (pięć) liczbą Odgałęzień wraz z ewentualnymi Nawiązaniem będą rozpatrywane przez OU w trybie i terminach ustalonych przez Strony.”

b) Załącznik nr 1 część I Zasady Ogólne Rozdział 4 Zobowiązania Stron ust. 9 o treści:

„OK zobowiązany jest do nieinstalowania w Kanalizacji kablowej OU urządzeń aktywnych takich jak zasilacze, wzmacniacze, routery, modemy itp. oraz kabli innych niż Kable telekomunikacyjne oraz Kabli telekomunikacyjnych, będących częścią instalacji mogącej stwarzać zagrożenie dla bezpieczeństwa lub powodować zakłócenia w świadczeniu usług.”

na:

„OK zobowiązany jest do nieinstalowania w Kanalizacji kablowej OU urządzeń aktywnych takich jak zasilacze, wzmacniacze, routery, modemy itp. oraz kabli innych niż Kable telekomunikacyjne oraz Kabli telekomunikacyjnych, będących częścią instalacji mogącej stwarzać zagrożenie dla bezpieczeństwa niedopuszczonych do obrotu na terenie Unii Europejskiej lub powodujących poważne zakłócenia w świadczeniu usług.”

c) Załącznik nr 1 Część I Zasady Ogólne Rozdział 5 Czas trwania oraz rozwiązywanie Umowy Ramowej lub Umowy Szczegółowej ust. 4 lit. c) o treści:

„instalacji przez OK w Kanalizacji kablowej urządzeń aktywnych (w szczególności wzmacniaczy, zasilaczy) lub Kabli telekomunikacyjnych stwarzających zagrożenie dla bezpieczeństwa lub powodujących zakłócenia dla innych kabli bądź urządzeń z zagrożeniem Części II Rozdział 5 ust. 8 – 13, lub”

na:

„instalacji przez OK w Kanalizacji kablowej urządzeń aktywnych (w szczególności wzmacniaczy, zasilaczy) lub Kabli telekomunikacyjnych stwarzających zagrożenie dla bezpieczeństwa lub powodujących poważne zakłócenia dla innych kabli bądź urządzeń z zagrożeniem Części II Rozdział 5 ust. 8 – 13, lub”

d) Załącznik nr 1 Część II Procedury dostępu Rozdział 5 Zwolnienie zasobów Kanalizacji kablowej ust. 8 i 10 o treści:

„8. W przypadku wykrycia, że zainstalowane na podstawie Umowy Szczegółowej Kable telekomunikacyjne OK stwarzają zagrożenie dla bezpieczeństwa lub powodują zakłócenia dla innych kabli bądź urządzeń umieszczonych w Kanalizacji kablowej OU, OU wzywa OK do wyjaśnień wyznaczając termin odpowiedzi nie krótszy niż 7 (siedem) dni od dnia otrzymania wezwania.

[...]

10. W przypadku braku odpowiedzi w terminie, o którym mowa w ust. 8 lub gdy udzielona przez OK odpowiedź lub przeprowadzone badanie nie wykaże braku zagrożeń lub zakłóceń, OU może wezwać OK do usunięcia tego Kabla telekomunikacyjnego z Kanalizacji Kablowej w terminie nie krótszym niż 7 (siedem) dni od daty otrzymania wezwania bądź jego wymiany zgodnie z procedurą określoną w Rozdziale 3.”

na

„8. W przypadku wykrycia, że zainstalowane na podstawie Umowy Szczegółowej Kable telekomunikacyjne OK stwarzają zagrożenie dla bezpieczeństwa są niedopuszczone do obrotu na terenie Unii Europejskiej lub powodują poważne zakłócenia dla innych kabli bądź urządzeń umieszczonych w Kanalizacji kablowej OU, OU wzywa OK do

wyjaśnień wraz z uzasadnieniem i dowodami na jego poparcie wyznaczając termin odpowiedzi nie krótszy niż 7 (siedem) dni od dnia otrzymania wezwania.

[...]

10. W przypadku braku odpowiedzi w terminie, o którym mowa w ust. 8 lub gdy udzielona przez OK odpowiedź nie wykaże wprowadzenia swoich kabli do obrotu lub stosowania na terenie Unii Europejskiej zgodnie z przepisami lub przeprowadzone badanie wykaże wystąpienie poważnych zakłóceń, których nie uda się usunąć w terminie 7dni, OU może wezwać OK do usunięcia tego Kabla telekomunikacyjnego z Kanalizacji Kablowej w terminie nie krótszym niż 7 (siedem) dni od daty otrzymania wezwania bądź jego wymiany zgodnie z procedurą określoną w Rozdziale 3.”

e) Załącznik nr 2 Część I Zasady Ogólne Rozdział 4 Zobowiązania Stron ust. 7 o treści:

„instalacji przez OK w KTB urządzeń aktywnych (w szczególności wzmacniaczy, zasilaczy) lub Kabli telekomunikacyjnych stwarzających zagrożenie dla bezpieczeństwa lub powodujących zakłócenia dla innych kabli bądź urządzeń i nie zaprzestania tego typu naruszeń w terminie 14 (czternastu) dni od dnia otrzymania od OU pisemnego żądania zaniechania tych naruszeń, lub”

na:

„instalacji przez OK w KTB urządzeń aktywnych (w szczególności wzmacniaczy, zasilaczy) lub Kabli telekomunikacyjnych stwarzających zagrożenie dla bezpieczeństwa niedopuszczonych do obrotu na terenie Unii Europejskiej lub powodujących poważne zakłócenia dla innych kabli bądź urządzeń i nie zaprzestania tego typu naruszeń w terminie 14 (czternastu) dni od dnia otrzymania od OU pisemnego żądania zaniechania tych naruszeń,”

f) Załącznik nr 2 Część I Zasady Ogólne Rozdział 5 Czas trwania oraz rozwiązanie Umowy Ramowej lub Umowy Szczegółowej ust. 4 lit c) o treści:

„OK zobowiązany jest do nieinstalowania w KTB OU urządzeń aktywnych, takich jak zasilacze, wzmacniacze, routery, modemy itp. oraz kabli innych niż Kable telekomunikacyjne oraz Kabli telekomunikacyjnych będących częścią instalacji mogącej stwarzać zagrożenie dla bezpieczeństwa lub powodować zakłócenia w świadczeniu usług.”

na:

„OK zobowiązany jest do nieinstalowania w KTB OU urządzeń aktywnych, takich jak zasilacze, wzmacniacze, routery, modemy itp. oraz kabli innych niż Kable telekomunikacyjne oraz Kabli telekomunikacyjnych będących częścią instalacji mogącej stwarzać zagrożenie dla bezpieczeństwa niedopuszczonych do obrotu na terenie Unii Europejskiej lub powodowaćujących poważne zakłócenia w świadczeniu usług.”

g) Załącznik nr 1 Część I Zasady Ogólne Rozdział 7 Kary umowne ust. 1 lit. c) i e) o treści:

„1. OU ma prawo naliczania kar umownych w przypadku:

[...]

c) umieszczenia w Kanalizacji kablowej urządzeń aktywnych, kabli innych niż Kable telekomunikacyjne lub Kabli telekomunikacyjnych niespełniających wymagań w zakresie bezpieczeństwa i zakłóceń, o których mowa w części I Rozdział 4 – 9 – wysokość kary umowne wynosi 500 (pięćset) złotych za każdy dzień utrzymywania takich urządzeń lub kabli, od dnia poinformowania OK o stwierdzeniu zainstalowania przez OK takich urządzeń aktywnego lub kabli, za każde pojedyncze urządzenie lub kabel,

[...]

e) prowadzenia niedozwolonych prac w Kanalizacji kablowej tzn. wejścia do Kanalizacji kablowej bez zgłoszenia tego faktu służbom OU lub przed rozpoczęciem Nadzoru OU (w przypadku gdy OK zgłosił zamiar prac planowych) – wysokość kary umownej wynosi 3000 (trzy tysiące) zł za każdą z takich prac.

[...]"

na:

„1. OU ma prawo naliczania kar umownych w przypadku:

[...]

c) umieszczenia w Kanalizacji kablowej urządzeń aktywnych, kabli innych niż Kable telekomunikacyjne lub Kabli telekomunikacyjnych niespełniających wymagań w zakresie bezpieczeństwa niedopuszczonych do obrotu na terenie UE lub powodujących zakłócenia, o których mowa w części I Rozdział 4 – 9 – wysokość kary umowne wynosi 3 (trzy) % czynszu miesięcznego 500 zł za każdy dzień utrzymywania takich urządzeń lub kabli, od dnia poinformowania OK o stwierdzeniu zainstalowania przez OK takich urządzeń aktywnego lub kabli, za każde pojedyncze urządzenie lub kabel,

[...]

e) prowadzenia niedozwolonych prac w Kanalizacji kablowej tzn. wejścia do Kanalizacji kablowej bez zgłoszenia tego faktu służbom OU lub przed rozpoczęciem Nadzoru OU (w przypadku gdy OK zgłosił zamiar prac planowych) – wysokość kary umownej wynosi 500 (pięćset) zł 3000 (trzy tysiące) za każdą z takich prac.

[...]"

lub usunięcie tych postanowień ze skarżonej decyzji.

Załącznik nr 1 Część III Zasady rozliczeń tabela nr 1 opłata za udostępnienie Kanalizacji Kablowej powinna przyjąć następującą treść:

Lp	Średnica telekomunikacyjnego / Mikrokanalizacji/ wtórnej	Kabla / Kanalizacji	Opłata miesięczna (zł)
1.	poniżej 4,1 mm		(...)
2.	od 4,1 do 6 mm		(...)
3.	od 6,1 do 7 mm		(...)
4.	od 7,1 do 8 mm		(...)
5.	od 8,1 do 9 mm		(...)
6.	od 9,1 do 10 mm		(...)

7.	od 10,1 do 11 mm	(...)
8.	od 11,1 do 12 mm	(...)
9.	od 12,1 do 13 mm	(...)
10.	od 13,1 do 16 mm	(...)
11.	od 16,1 do 18 mm	(...)
12.	od 18,1 do 20 mm	(...)
13.	od 20,1 do 22 mm	(...)
14.	od 22,1 do 25 mm	(...)
15.	od 25,1 do 32 mm	(...)
16.	od 32,1 do 40 mm	(...)
17.	Powyżej 40 mm	(...)

Zaskarżonej decyzji powód zarzucił naruszenie przepisów prawa materialnego:

1. naruszenie art. 18 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych polegające na nałożeniu na (...) obowiązku udzielania dostępu do kanalizacji kablowej na warunkach:

a) naruszających zasadę neutralności technologicznej, w związku z wprowadzeniem zapisów nadmiernie ograniczających możliwość instalowania niektórych rodzajów kabli,

b) dyskryminujących operatorów korzystających (dalej OK) poprzez ograniczenie liczby Odgałęzień i Nawiązań w Relacji, podczas gdy (...) dla samego siebie nie stosuje tych ograniczeń

2. naruszenie art. 18 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych polegające na ustaleniu zasad dostępu do kanalizacji kablowej i kanalizacji telekomunikacyjnej budynku (dalej KTB) (...) na warunkach nieproporcjonalnych, poprzez nałożenie na OK rażąco wygórowanych kar umownych,

3. błędną interpretację art. 19 ust. 4 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (wruist) prowadzącą do wniosku o dopuszczalności udzielenia przez (...) odmowy dostępu do swojej kanalizacji kablowej i KTB w przypadkach innych niż określone w tym przepisie.

4. błędną interpretację kryterium warunków dostępu umożliwiających zwrot poniesionych przez (...) kosztów określonego w art. 18 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 2 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, prowadzącą do ustalenia dla OK cen mniej korzystnych niż obecnie stosowane przez (...) stawki rynkowe,

5. naruszenie art. 189 ust. 2 pkt 1 lit. c Prawa telekomunikacyjnego poprzez niezastosowanie tego przepisu i prowadzenie przez Prezesa UKE polityki regulacyjnej niesprzyjającej promowaniu efektywnego inwestowania w dziedzinie infrastruktury przez:

- a) ustalenie warunków dostępu do kanalizacji kablowej (...) na warunkach gorszych niż obecnie stosowane na rynku,
- b) ustalenie opłat za dostęp do kanalizacji kablowej (...) w wyższej wysokości niż obecnie przyjęte na rynku.

Z ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia powyższych zarzutów, odwołujący się PIKE zaskarżonej decyzji zarzucił naruszenie przepisów postępowania w stopniu mającym istotny wpływ na treść skarżonej decyzji: art. 7 w zw. z art. 77 § 1 w zw. z art. 80 w zw. z art. 107 § 3 k.p.a. przez oparcie decyzji o dane nieznajdujące uzasadnienia w zgromadzonym materiale dowodowym.

Wniósł także o zasądzenie kosztów postępowania oraz kosztów zastępstwa procesowego, w tym opłaty skarbowej za pełnomocnictwo, od Prezesa UKE na swoją rzecz, według norm przepisanych.

W odpowiedzi Prezes UKE wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Wniósł również o:

- przeprowadzenie dowodów z dokumentów stanowiących akta administracyjne sprawy, na okoliczność przebiegu postępowania administracyjnego, ustalonego przez Prezesa UKE stanu faktycznego sprawy oraz treści zaskarżonej decyzji Prezesa UKE,
- oddalenie wniosków dowodowych zgłoszonych przez powoda (o ile zostaną formalnie zgłoszone),
- połączenie niniejszej sprawy ze sprawą z odwołania (...) S.A. na zaskarżoną decyzję, która jest prowadzona pod sygn. XVII AmT 173/18.

Wniósł również o zasądzenie od powoda na swoją rzecz kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 1440 zł.

Postanowieniem z dnia 16 października 2020 r. (492v.) Sąd połączył sprawę o sygn.. akt XVII AmT 173/18 ze sprawą o sygn.. akt XVII AmT 17/19 do łącznego rozpoznania i rozstrzygnięcia i prowadził ją dalej pod pierwszą z wymienionych sygnatur.

Sąd Okręgowy w Warszawie ustalił następujący stan faktyczny.

Operator jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, zatem jest operatorem sieci w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 8 wruist. Na Operatorze ciąży więc ustawowy obowiązek udostępnienia infrastruktury technicznej w tym, współkorzystania z niej, w celu realizacji szybkiej sieci telekomunikacyjnej.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 Pt jeżeli rozstrzygnięcia, o których mowa w art. 15 Pt, czyli także decyzje w przedmiocie dostępu z ustawy o wspieraniu rozwoju, mogą mieć wpływ na stosunki handlowe między państwami członkowskimi, Prezes UKE, niezwłocznie po zakończeniu postępowania konsultacyjnego i rozpatrzeniu stanowisk uczestników tego postępowania, rozpoczyna postępowanie konsolidacyjne.

Nie każde postępowanie w przedmiocie wydania decyzji z ustawy o wspieraniu rozwoju wymaga przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego, a tylko to, którego skutki wskazane zostały w powołanym artkule tj. jeżeli decyzja może mieć wpływ na stosunki handlowe między państwami członkowskimi,

Sąd ustalił, że Prezes UKE przyjął, iż nie sposób jest uznać, że ustanawiane decyzją warunki dostępu do KK i KTB będą miały nawet potencjalny wpływ na strukturę wymiany handlowej pomiędzy państwami członkowskimi w sposób

stwarzający bariery w funkcjonowaniu jednolitego rynku i wpływ na dostęp do rynku ze skutkiem dla przedsiębiorstw w innych państwach.

W związku z powyższym nie przeprowadził postępowania konsolidacyjnego.

Pismem z dnia 10 maja 2017 r. Prezes UKE wezwał (...) do przedstawienia informacji w sprawie warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej, o którym mowa w art. 17 ustawy o wspieraniu rozwoju, w zakresie kanalizacji kablowej, kanalizacji telekomunikacyjnej budynku (KTB) oraz opłat za udostępnienie kanalizacji kablowej i KTB.

Pismem z dnia 14 czerwca 2017 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej dnia 19 czerwca 2017 r.) powód przekazał Prezesowi UKE informacje w sprawie warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej w zakresie Kanalizacji kablowej, natomiast pismem z dnia 30 czerwca 2017 r. – informacje w sprawie warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej w zakresie KTB (Warunki Operatora).

W dniach 6 sierpnia 2017 r. – 20 września 2017 r. Prezes URE przeprowadził warsztaty z przedstawicielami izb gospodarczych zrzeszających przedsiębiorców telekomunikacyjnych tj. KIGEiT, PIIT, PIKE oraz Krajowej Izby Komunikacji Ethernetowej z siedzibą w W. (dalej KIKE). Podsumowaniem warsztatów były stanowiska złożone po ich zakończeniu tj. stanowisko (...) S.A. z siedzibą w W. z dnia 29 września 2017 r., stanowisko PIKE z dnia 29 września 2017 r., stanowisko (...) S.A. w W. oraz stanowisko KIKE z dnia 9 października 2017 r.

W dniu 6 grudnia 2017 r. (k. 1 – 1V akt adm.) zostało wszczęte postępowanie administracyjne w przedmiocie określenia warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej Operatora w zakresie Kanalizacji kablowej oraz KTB.

Pismem z dnia 12 stycznia 2018 r. (k. 7 – 11 akt adm.) Operator przedstawił propozycję treści warunków udostępniania infrastruktury telekomunikacyjnej z uwzględnieniem uwag operatorów zgłoszonych w trakcie warsztatów.

Pismem z dnia 18 stycznia 2018 r. (k. 15 – 16 akt adm.) KIGEiT wniosła o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na prawach strony.

W dniu 15 stycznia 2018 r. (k. 62 – 63 akt adm.) PIIT wniosła o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na prawach strony.

Pismem datowanym na 21 grudnia 2017 r. (k. 47 – 48V akt adm.) PIKE wniosła o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na prawach strony.

Postanowieniem z dnia 7 lutego 2018 r. (k. 76 – 77V akt adm.) Prezes UKE dopuścił KIGEiT do udziału w postępowaniu na prawach strony.

Postanowieniem z dnia 7 lutego 2018 r. (k. 71 – 72V akt adm.) Prezes UKE dopuścił PIIT do udziału w postępowaniu na prawach strony.

Postanowieniem z dnia 07 lutego 2018 r. (k. 82 – 83V akt adm.) Prezes UKE dopuścił PIKE do udziału w postępowaniu na prawach strony.

W dniach 8 marca 2018 r. – 7 kwietnia 2018 r. Prezes UKE przeprowadził postępowanie konsultacyjne projektu decyzji.

W ramach postępowania konsultacyjnego do Prezesa UKE wpłynęły stanowiska złożone przez:

1. (...), pismem z dnia 4 kwietnia 2018 r. („stanowisko konsultacyjne (...)"
2. Związek (...), pismem z dnia 4 kwietnia 2018 r. („stanowisko konsultacyjne (...)"

3. (...) S.A., pismem z dnia 5 kwietnia 2018 r. („stanowisko konsultacyjne (...)”)
 4. KIKE, pismem z dnia 6 kwietnia 2018 r. (kanalizacja kablowa), („stanowisko konsultacyjne KIKE 1”)
 5. KIKE, pismem z dnia 6 kwietnia 2018 r. (kanalizacja telekomunikacyjna budynku) („stanowisko konsultacyjne KIKE 2”)
- (łącznie ze stanowiskiem konsultacyjnym KIKE 1 „stanowisko konsultacyjne KIKE”).
6. (...), pismem z dnia 6 kwietnia 2018 r. „(stanowisko konsultacyjne (...))
 7. Operatora, pismem z dnia 9 kwietnia 2018 r. („stanowisko konsultacyjne (...))
 8. (...), pismem z dnia 9 kwietnia 2018 r. („stanowisko konsultacyjne (...))
 9. KIGeIT, pismem z dnia 9 kwietnia 2018 r. („stanowisko konsultacyjne KIGeIT”),
 10. (...) pismem z dnia 9 kwietnia 2018 r. („stanowisko konsultacyjne (...))”,
 11. (...), pismem z dnia 9 kwietnia 2018 r. („stanowisko konsultacyjne (...))”
 12. (...), pismem z dnia 9 kwietnia 2018 r. („stanowisko konsultacyjne (...))”.

Postanowieniem z dnia 12 marca 2018 r. (k. 100 – 103 akt adm.) Prezes UKE ograniczył stronom wgląd do materiału dowodowego, w zakresie informacji objętych klauzulą tajemnica przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 21 maja 2018 r. KIGeIT przedstawiła stanowisko w sprawie.

Pismem z dnia 25 maja 2018 r. PIKE przedstawiła stanowisko w sprawie.

Pismem z dnia 29 maja 2018 r. KIKE przedstawiła stanowisko w sprawie.

Pismem z dnia 5 czerwca 2018 r. PIKE przedstawiła stanowisko w sprawie.

Pismem z dnia 6 czerwca 2018 r. PIKE przedstawiła stanowisko w sprawie.

Pismem z dnia 25 czerwca 2018 r. KIGeIT przedstawiła stanowisko w sprawie.

Postanowieniem z dnia 5 lipca 2018 r. Prezes UKE ograniczył stronom wgląd do materiału dowodowego, w zakresie informacji objętych klauzulą tajemnica przedsiębiorstwa.

Z uwagi na potrzebę określenia warunków dostępu do infrastruktury technicznej Operatora w zakresie Kanalizacji kablowej oraz KTB na zasadach, które zostały zgłoszone w ramach konsultowania projektów decyzji podejmowanych w innych postępowaniach prowadzonych w sprawie określenia warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej Prezes UKE w dniach 3 lipca 2018 r. – 2 sierpnia 2018 r. przeprowadził ponowne postępowanie konsultacyjne projektu decyzji.

W ramach ponownego postępowania konsultacyjnego do Prezesa UKE wpłynęły stanowiska złożone przez:

1. (...) S.A., pismem z dnia 20 lipca 2018 r. („stanowisko konsultacyjne (...))”,
2. Związek (...), pismem z dnia 24 lipca 2018 r. („stanowisko konsultacyjne (...)),
3. (...), pismem z dnia 30 lipca 2018 r. („stanowisko konsultacyjne (...)),
4. Związek (...), pismem z dnia 30 lipca 2018 r. („stanowisko konsultacyjne (...)),

5. (...), pismem z dnia 31 lipca 2018 r. („stanowisko konsultacyjne (...)"
6. Krajowej Izby Gospodarki Cyfrowej, pismem z dnia 2 sierpnia 2018 r. („stanowisko konsultacyjne KIGC II")
7. KIGeIT, pismem z dnia 2 sierpnia 2018 r. („stanowisko konsultacyjne KIGeIT II")
8. KIKE, pismem z dnia 2 sierpnia 2018 r. („stanowisko konsultacyjne KIKE II"),
9. (...), pismem z dnia 2 sierpnia 2018 r. („stanowisko konsultacyjne (...),
10. Operatora, pismem z dnia 2 sierpnia 2018 r. („stanowisko konsultacyjne (...),
11. PIKE, pismem z dnia 2 sierpnia 2018 r. („stanowisko konsultacyjne PIKE II",
12. (...), pismem z dnia 2 sierpnia 2018 r. („stanowisko konsultacyjne (...)"

Pismem z dnia 8 sierpnia 2018 r. Prezes UKE poinformował strony, iż zgodnie z art. 10 § 1 k.p.a. mogą zapoznać się z materiałem zgromadzonym w sprawie, a także wypowiedzieć się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań.

Postanowieniem z dnia 28 sierpnia 2018 r. Prezes UKE ograniczył stronom wgląd do materiału dowodowego, w zakresie informacji objętych klauzulą tajemnica przedsiębiorstwa, zawartych w wersji zastrzeżonej stanowiska konsultacyjnego (...) oraz w wersji zastrzeżonej stanowiska konsultacyjnego (...).

Rozpoznając połączone sprawy Sąd zważył, co następuje.

Z uwagi na cofnięcie przez (...) odwołania w zakresie żądania uchylecia zaskarżonej decyzji (ograniczenie odwołania do zakresu żądania zmiany decyzji) – K. 427 i niesprzeciwieniu się temu cofnięciu przez pozostałe strony Sąd działając na podstawie art. 355 k.p.c. umorzył postępowanie z odwołania (...) w ww. części.

W pozostałym zakresie odwołanie (...) okazało się częściowo uzasadnione co prowadziło do częściowej zmiany zaskarżonej decyzji.

Z kolei w zakresie w jakim Sąd odmówił (...) zmiany decyzji odwołanie tego przedsiębiorcy zostało oddalone jako bezzasadne.

Natomiast odwołanie PIKE podlegało oddaleniu w całości jako bezzasadne.

W pierwszej kolejności Sąd rozpoznał te zarzuty obu odwołań, które odnosiły się do tych samych rozwiązań (postanowień) zaskarżonej decyzji. Chodziło tu o treść dwóch postanowień:

1. Załącznika nr 1 do decyzji Części I Zasady Ogólne Rozdziału 4 Zobowiązania stron ust. 9 w brzmieniu: „OK (Operator korzystający) zobowiązany jest do nieinstalowania w kanalizacji kablowej OU (Operatora udostępniającego tj. (...)) urządzeń aktywnych takich jak zasilacze, wzmacniacze, routery, modemy itp. oraz kabli innych niż Kable telekomunikacyjne oraz Kabli telekomunikacyjnych będących częścią instalacji mogącej stwarzać zagrożenie dla bezpieczeństwa lub powodować zakłócenia w świadczeniu usług.

Powód (...) domagał się zmiany treści tego postanowienia przez zastąpienie zapisu: „mogącej stwarzać zagrożenie dla bezpieczeństwa lub powodować zakłócenia w świadczeniu usług” zapisem: „zdalnego zasilania w technologii niedopuszczonej do stosowania w kanalizacji OU.”

Z kolei powód PIKE żądał zmiany treści tego postanowienia przez usunięcie zapisu: „będących częścią instalacji mogącej stwarzać zagrożenie dla bezpieczeństwa” zapisem: „niedopuszczonych do obrotu na terenie Unii Europejskiej lub powodujących poważne zakłócenia w świadczeniu usług.”

2. Załącznika nr 1 do decyzji Części I Zasady Ogólne Rozdziału 7 Kary Umowne ust. 1 lit. c w brzmieniu:

„Ust. 1 OU ma prawo naliczania kar umownych w przypadku
[...]

c) umieszczenia w Kanalizacji kablowej urządzeń aktywnych, kabli innych niż Kable telekomunikacyjne lub Kabli telekomunikacyjnych niespełniających wymagań w zakresie bezpieczeństwa i zakłóceń, o których mowa w Części I Rozdziale 4 ust. 9 – wysokość kary umownej wynosi 500 zł za każdy dzień utrzymywania takich urządzeń lub kabli, od dnia poinformowania OK o stwierdzeniu zainstalowania przez OK takich urządzeń aktywnych lub kabli, za każde pojedyncze urządzenie lub kabel.”

Podobnie jak w pkt 1) powód (...) domagał się zastąpienia w ww. postanowieniu zapisu: „niespełniających wymagań w zakresie bezpieczeństwa i zakłóceń” zapisem: „będących częścią instalacji zdalnego zasilania w technologii niedopuszczonej do stosowania w kanalizacji OU.”

Z kolei powód PIKE podobnie jak w pkt 1) żądał wykreślenia z przywołanego postanowienia zapisu: „niespełniających wymagań w zakresie bezpieczeństwa” na zapis: „niedopuszczonych do obrotu na terenie UE.” W tym miejscu należy wyjaśnić, że żądanie PIKE zmiany wysokości kary umownej określonej w omawianym postanowieniu będzie podlegało ocenie Sądu w dalszej części uzasadnienia razem z żądaniem zmiany wysokości kary umownej określonej w Załączniku nr 1 decyzji Rozdziale 7 ust. 1 lit. e. Części I.

Wracając do oceny zasadności przyjętego przez Prezesa UKE rozwiązania w zakresie możliwości instalowania w Kanalizacji kablowej (...) kabli zdalnego zasilania pod napięciem przemiennym (prąd zmienny) Sąd stwierdził, że nie nasuwa ono zastrzeżeń przedstawionych w obu odwołaniach. Rozwiązanie to nawiązuje bezpośrednio do negatywnych skutków mogących nastąpić w związku z przepływem prądu przemiennego przez kable, w tym kable telekomunikacyjne, umieszczone w kanalizacji telekomunikacyjnej. Jako skutki te ogólnie przyjęto zagrożenia dla bezpieczeństwa oraz możliwość powstania zakłóceń w świadczeniu usług. Taka formuła skutków, niezawierająca przykładowego wyliczenia zagrożeń i możliwości zakłóceń, a więc niekazuistyczna lecz uniwersalna, obejmująca szeroki zakres zdarzeń mogących wywołać niepożądane następstwa, dobrze chroni interesy OU, a także OK. W analizowanym pojęciu z pewnością mieszczą się takie zdarzenia jak przedstawiony przez (...) degradacyjny wpływ kabli zdalnego zasilania napięciem przemiennym na usługi (...) świadczone na sieci miedzianej, a polegające ogólnie rzecz biorąc na utrudnieniach w zapewnieniu umownej jakości usług internetowych (szerokopasmowych) w wyniku obniżenia się prędkości dostępu do internetu.

Zmiana treści przedmiotowego postanowienia zaproponowana przez powoda – (...) akcentująca technologię kabla, jako przesłankę decydującą o możliwości instalowania konkretnej infrastruktury w Kanalizacji Kablowej powodowałaby aprioryczne wykluczenie stosowania określonych technologii. Byłoby to sprzeczne z zasadą neutralności technologicznej, na którą zwraca się uwagę w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/61/WE z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie środków mających na celu zmniejszenie kosztów realizacji szybkich sieci łączności elektronicznej. W motywie 29 tej dyrektywy zapisano, że osiągnięcie celów agendy cyfrowej wymaga, aby realizacja infrastruktury odbywała się bliżej użytkowników końcowych, przy pełnym poszanowaniu zasady proporcjonalności w odniesieniu do wszelkich ograniczeń prawa własności wynikających z realizacji interesów ogólnych. Należy umożliwić doprowadzenie szybkich sieci łączności elektronicznej do użytkownika końcowego, przy (co istotne dla prowadzonych rozważań) jednoczesnym zapewnieniu neutralności technologicznej, w szczególności za pośrednictwem wewnątrzbudynkowej infrastruktury technicznej przystosowanej do szybkich łączy.

W tym kontekście prawnym Prezes UKE zasadnie uznał, że to nie technologia kabla, a jego potencjalnie negatywne oddziaływanie powodujące zagrożenie bezpieczeństwa lub zakłóceń obniżających parametry usług powinny decydować o braku możliwości umieszczenia danego kabla w kanalizacji kablowej. Jeśli więc przykładowo zastosowanie kabla w określonej technologii, jak zaproponował to (...), będzie generowało określone powyżej skutki, to kabel taki będzie musiał być usunięty albo wymieniony, co przewidują „Warunki dostępu” określone w zaskarżonej

decyzji w procedurze związanej z ewentualnymi zakłóceniami, ustanowionej w Załączniku nr 1 do wydanej decyzji Części II Procedury dostępu Rozdziale 5 ust. 8, 9 i 10 (k. 61 t. I).

Przechodząc do zarzutu odwołania PIKE przedstawionego w omawianej kwestii ewentualnych negatywnych następstw przepływu prądu przemiennego przez kable umieszczone w kanalizacji kablowej Sąd uznał, że jest on bezzasadny. Z takich samych powodów jak właśnie rozważony w tym przedmiocie zarzut odwołania (...). Nie powtarzając zatem już przedstawionej na ten temat argumentacji należało tylko ponownie podkreślić, że ograniczenie zawarte w Załączniku nr 1 do decyzji Części I Rozdziału 4 ust. 9 (Warunków dostępu do Kanalizacji Kablowej) z założenia nie dyskryminuje jakiegokolwiek z technologii stosowanej przez operatora korzystającego, co jest odbiciem zasady neutralności technologicznej określonej w powołanej wyżej dyrektywie z dnia 15 maja 2014 r. 2014/61/WE. Z tego powodu Sąd uznał za zbyt daleko idące żądanie PIKE zmiany przesłanki odmowy instalowania w Kanalizacji kablowej kabli stwarzających zagrożenie dla bezpieczeństwa lub powodujących zakłócenia na przesłankę odmowy instalowania kabli telekomunikacyjnych niedopuszczonych do obrotu na terenie Unii Europejskiej. Rozwiązanie przyjęte przez Prezesa UKE zapobiega brakowi możliwości usunięcia z kanalizacji kabla dopuszczonego do obrotu na terenie Unii Europejskiej, ale powodującego zakłócenia w świadczeniu usług. Z kolei zakłócenia te, zdaniem Sądu, nie mogą, jak chce tego PIKE, ograniczać się do zakłóceń poważnych, ponieważ występowanie jakichkolwiek zakłóceń w przesyłaniu sygnału w sieci telekomunikacyjnej stanowi obniżenie jego jakości, a zatem nienależyte wykonanie umowy ze strony operatora wysyłającego sygnał. Dodatkowo pojęcie „poważnego zakłócenia dla innych kabli bądź urządzeń umieszczonych w Kanalizacji” jest wysoce nieostre i przez to może powodować spory interpretacyjne wydłużające procedurę usunięcia lub wymiany kabla. Nieuwzględnienie przez Sąd zapisu o „poważnych zakłóceniach” zwalnia od rozważań na temat zasadności i celowości postulatu PIKE dotyczącego dookreślenia wystąpienia „poważnych zakłóceń” o te, „których nie uda się usunąć w terminie 7 dni”.

Przedstawiona dokumentacja dotycząca urządzeń aktywnych i kabli w KK przesądza również o niezasadności odwołania PIKE w odniesieniu do zaproponowanego zakazu instalowania przez Operatora korzystającego urządzeń aktywnych oraz Kabli telekomunikacyjnych i innych kabli niedopuszczonych do obrotu na terenie Unii Europejskiej i powodujących poważne zakłócenia w świadczeniu usług w Kanalizacji Technicznej Budynku (KTB) Operatora udostępniającego (zał. nr 2 do decyzji Część I Zasady Ogólne Rozdział 4 ust. 7 i Rozdział 5 ust. 4c).

W świetle przeprowadzonych rozważań w zaskarżonych przez obu odwołujących się, przywołanych powyżej postanowieniach załącznika nr I i II do zaskarżonej decyzji nie doszło, w ocenie Sądu, do naruszenia art. 18 ust. 3 w związku z art. 22 ust. 1 wruist w wyniku zarzuconego naruszenia przez Prezesa UKE zasady neutralności technologicznej wskutek odstąpienia od przewidzianych w tych przepisach kryteriów niedyskryminacji oraz proporcjonalności zastosowanego rozwiązania regulacyjnego ww. unormowań. Prezes UKE określając warunki zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej ma bowiem obowiązek kierować się kryteriami niedyskryminacji oraz proporcjonalności.

Kolejnym przedmiotem zastrzeżeń (...) i PIKE były unormowania zał. Nr 1 do zaskarżonej decyzji Części I Rozdziału 7 „Kary umowne”.

Jeśli chodzi o odwołania (...), Sąd uznał za bezzasadne żądania zmiany treści ww. załącznika odnośnie do kar umownych ustanowionych w postanowieniach Rozdziału 7 ust. 1 pkt a oraz pkt b (pkt „C” odwołania (...)). Powód postulował zmiany przesłanek naliczenia kar umownych za samowolne wykonanie przez Operatora korzystającego infrastruktury w Kanalizacji Operatora udostępniającego (tzw. samowolne zaciągi) oraz za poddzierzawienie lub oddanie kanalizacji Operatora udostępniającego w inną formę korzystania na rzecz podmiotu trzeciego.

Uwzględnienie tego stanowiska prowadziłoby w praktyce do naliczania relatywnie bardzo wysokich kar, ponieważ wynosiłyby one 10% czynszu miesięcznego za każdy dzień stanu niezgodnego z umową zaciągu liczony od dnia zawarcia Umowy Szczegółowej przy pierwszej kontroli ze strony (...), bądź za każdy dzień takiego stanu liczony od dnia przeprowadzenia przez (...) ostatniej kontroli oraz równowartość czynszu należnego temu operatorowi za trzyletni okres dzierzawy relacji, której dotyczy naruszenie, gdy na relację nie zawarto umowy szczegółowej. Wyżej wymienione kary umowne wynoszące trzykrotność miesięcznego czynszu za miesiąc nielegalnego zaciągu oraz równowartość

trzyletniego okresu dzierżawy bez zgody operatora udostępniającego byłyby przynajmniej w części przypadków rażąco wygórowane w stosunku do poniesionej szkody. Zdaniem Sądu adekwatne do określonych powyżej naruszeń są kary pieniężne obliczane w sposób podany w zaskarżonej decyzji tj. wynoszące 10% czynszu miesięcznego za każdy dzień stanu niezgodności z prawem liczony od dnia poinformowania przez (...) Operatora korzystającego o stwierdzonych nieprawidłowościach. W tym wypadku kary zostały trafnie powiązane z dokonaniem czynności kontroli przez (...), będącej aktem wykonywania władztwa właściciela nad rzeczą tj. aktem dopilnowania własnych praw i interesów gospodarczych.

Inaczej rzecz ma się z karą za prowadzenie niedozwolonych prac w Kanalizacji kablowej, tj. wejścia do kanalizacji bez zgłoszenia tego faktu służbom Operatora udostępniającego lub przed rozpoczęciem nadzoru tego operatora przy zgłoszeniu przez Operatora korzystającego zamiaru prac planowych (odwołanie (...)). W zał. nr 1 do decyzji Części I Rozdziale 7 ust. 1e wysokość kary umownej przewidziano na kwotę 3000 zł za każdą z takich prac. Sąd uznał za bardziej adekwatne do występujących często w praktyce sytuacji nielegalnych zaciągów zaproponowane przez (...) naliczanie kary umownej 3000 zł za każde wejście w takich przypadkach do kanalizacji dokonane przez Operatora korzystającego mającego zawartą z (...) Umowę Ramową (niezależnie od posiadania Umowy szczegółowej na daną relację). Należało bowiem zważyć, że w analizowanym postanowieniu Prezes UKE zrównał samo wejście do kanalizacji z prowadzeniem w niej niedozwolonych prac. Przedstawiona w odwołaniu propozycja (...) jest więc logiczną konsekwencją rozwiązania przyjętego w zaskarżonej decyzji, gdzie w sposób dopuszczalny przyjęto swojego rodzaju fikcję uznania wejścia do kanalizacji za prowadzenie niedozwolonych prac.

Dlatego, co do tego unormowania, odwołanie (...) zostało uwzględnione.

Zarówno (...) jak i PIKE zaskarżyli wysokość opłat za udostępnienie kanalizacji kablowej (zał. nr 1 do decyzji Część III Zasady rozliczeń Rozdział 1 Oplaty pkt 1.2 ppkt 1.2.2. ust. 3 (Tabela 1).

W tym przedmiocie powodowy (...) przedstawił w swoim odwołaniu następujące zarzuty.

1. Zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 wruist w związku z art. 206 ust. 1 i art. 15 pkt 4 Pt w wyniku wprowadzenia do decyzji istotnych zmian w zakresie stawek opłat w stosunku do projektu konsultowanego w drugiej turze konsultacji, z pominięciem obowiązku dokonania kolejnej konsultacji.

W ocenie Sądu zarzut ten jest bezzasadny z przyczyn podanych przez Prezesa UKE (k. 323 tom II akt sądowych), z którymi Sąd w pełni się zgadza. Mianowicie nie było konieczności badania czy zmiany wprowadzone do zaskarżonej decyzji po drugiej turze konsultacji były zmianami istotnymi, ponieważ zostały wprowadzone w wyniku uwzględnienia stanowisk konsultacyjnych i nie zmieniły kierunku rozstrzygnięcia. Zmiany zapisów konkretnych postanowień miały charakter doprecyzowujący lub stanowiły odniesienie się do uwag z konsultacji.

Nie jest przy tym ważne, że w wyniku postępowania konsultacyjnego Prezes UKE zmienił projekt decyzji w sposób uwzględniający zgłoszone w toku konsultacji stanowisko tylko jednej ze stron, co jest logiczne w sytuacji, gdy stanowiska stron są odmienne.

Powodowy (...) poddając krytyce ustalone w decyzji stawki wskazał na ich niezgodność z kryterium kosztowym wynikającym z art. 22 ust. 2 wruist. Jednakże nie przedstawił jakiegokolwiek argumentacji na ten temat. Natomiast wiele uwagi poświęcił kwestii własnej dyskryminacji w porównaniu do innych operatorów telekomunikacyjnych. Wskazał, że pod względem bilansu udostępnionej/pozyskiwanej kanalizacji kablowej to właśnie on będzie najczęściej Operatorem udostępniającym infrastrukturę, zaś pozostali operatorzy będą Operatorami korzystającymi.

W szczególności powodowy (...) wskazał, że „w miejsce wcześniejszych przedziałów średnicy i odpowiadających im stawek: (a) 6,1 – 8 mm/O,11 zł, (b) 13,1 – 18 mm/O,24 zł i (c) 18,1 – 22 mm/O,29 zł pojawiły się nowe przedziały średnicy i odpowiadające im stawki: (a1) 6,1 – 7 mm/(...) zł, (a2) 7,1 – 8 mm/(...) zł, (b1) 13,1 – 16 mm/(...) zł, (b2) 16,1 – 18 mm/(...) zł, (c1) 18,1 – 20 mm/(...) zł, (c2) 20,1 – 22 mm/(...) zł. W praktyce oznacza to realną znaczącą obniżkę przychodów uzyskiwanych przez powoda z tytułu udostępniania swojej KK według skarżonej decyzji

w porównaniu z wersją (...) z 2 tury konsultacji. Naturalny rozwój technologiczny wymusza stosowanie innych mediów fizycznych niż dotychczas wykorzystywane kable miedziane, które zazwyczaj mają duże średnice (zwykle więcej niż 20 mm i sięgają nawet do 70 mm) i są zastępowane kablami światłowodowymi charakteryzującymi się znacznie mniejszymi średnicami (zazwyczaj nieprzekraczającymi 20 mm). W związku z tym regulacja wprowadzone przez Prezesa UKE stanowi swojego rodzaju „karę” dla (...) za dokonujący się rozwój technologiczny. Według wstępnych szacunków powoda, zmiana tych przedziałów generuje zmniejszenie jego przychodów o co najmniej (...) zł rocznie z tytułu dzierżawy KK”.

Odnosząc się do tego zarzutu należało stwierdzić, że nie została w nim zakwestionowana zgodność stawek opłat za korzystanie z kanalizacji kablowej z obowiązującym kryterium kosztowym. Zdaniem Sądu przyjęcie w decyzji bardziej szczegółowych, niż przed konsultacją, przedziałów dotyczących średnicy instalowanych kabli ma na celu urealnienie stawek i prawidłowe ich powiązanie z ponoszonymi kosztami liczonymi dla całego przekroju kanalizacji. Stworzona w ten sposób preferencja dla wprowadzania do kanalizacji kabli o mniejszych średnicach daje odwołującemu się możliwość jej udostępnienia większej liczbie operatorów użytkujących.

Ścisłe powiązanie wysokości opłaty ze średnicą kabli z preferencją dla używania nowoczesnych przewodów np. cienkich kabli światłowodowych ma też na względzie zwiększenie efektywności korzystania z infrastruktury kanalizacyjnej przez operatorów z niej korzystających.

Powyższe znalazło odzwierciedlenie w uwzględnieniu wniosków operatorów z postępowania konsultacyjnego o wprowadzenie dodatkowych przedziałów średnic kabli oraz faktyczny (pomijalny) brak wzrostu opłat dla kabli o małych i średnich średnicach.

Jak wyjaśnił to Prezes UKE wprowadzony w decyzji rozkład wysokości opłat ma na celu wzmocnienie tendencji do współdzielenia infrastruktury dla uzyskania przez operatorów oszczędności wynikających z uniknięcia duplikacji kosztów używanej infrastruktury technicznej i osiągnięcia pożądanego redukcji kosztów inwestycji w sieci. Słusznie również argumentował zainteresowany KIGeIT (k. 350 tom III akt sąd.) na temat istoty niedyskryminacyjnych warunków dostępu, o których mowa w art. 22 ust. 1 wruist. Warunki te nie powinny dyskryminować operatorów korzystających z infrastruktury. Nie mogą być zatem w każdym przypadku takie same, gdyż nie zapewniłoby to zgodności wysokości stawek opłat z kryterium kosztowym określonym w art. 22 ust. 2 wruist. Inne koszty jednostkowe ponosi bowiem powodowy (...), który jako operator zasiedziała dysponuje zasobami infrastrukturalnymi wybudowanymi przez kilkadziesiąt lat, co zresztą sam przyznaje widząc siebie w bilansie udostępnianej/pozyskiwanej kanalizacji kablowej najczęściej w roli operatora udostępniającego, a więc dysponenta tej kanalizacji, a inne koszty jednostkowe ponosi operator prowadzący działalność w o wiele mniejszej skali.

Wątpliwości (...) budziła również sama metodologia wyznaczenia przez Prezesa UKE opłaty na podstawie benchmarków. W ocenie odwołującego się dla wyznaczenia stawki benchmarkowej najbardziej wiarygodne jest posłużenie się statystyczną metodą dominanty, a nie mediany jak uczynił to Prezes UKE. Co prawda mediana eliminuje wartości skrajne, ale poza tym jest bardziej zbliżona do średniej arytmetycznej. W związku z tym nie odzwierciedla rzeczywistych wartości występujących w danym zbiorze, tylko kreuje obraz (wartości) czysto teoretyczny. Natomiast skutkiem zastosowania metody dominanty jest uzyskanie najbardziej typowej wartości występującej z największym prawdopodobieństwem w badanym zbiorze. Dlatego też dominanta najwierniej opisuje rzeczywistość.

W tej kwestii należało zważyć, że powodowy (...) forsował w odwołaniu korzystną tylko dla siebie metodę dominanty dla ustalenia stawek opłat za korzystanie z jego infrastruktury.

Po raz kolejny trzeba przypomnieć, że to właśnie (...) dysponuje, jak operator zasiedziała, nieporównywalnie większą od konkurentów infrastrukturę kanalizacji kablowej. Zatem, jak słusznie zauważył zainteresowany KIGeIT, zastosowanie do wyliczeń stawek dominanty sprowadzałoby się w istocie do zastosowania stawek (...) (symetrycznych), co jest nie do pogodzenia z wymogiem zapewnienia zwrotu kosztów inwestycji ponoszonych przez innych operatorów (k. 350V tom II akt sądowych).

Z tego względu właśnie mediana spłaszczająca stawki w kierunku średniej arytmetycznej okazała się być bardziej przydatnym narzędziem dla zapewnienia rozwoju konkurencji między operatorami chroniąc konkurentów (...) przed zbyt wysokim poziomem opłat za udzielenie dostępu do kanalizacji.

Z tych powodów odwołanie (...) w analizowanym wyżej zakresie podlegało oddaleniu.

Przechodząc do oceny zasadności odwołania PIKE w tej jego części, która dotyczy kosztu dostępu do kanalizacji kablowej (...), a więc stawek opłat za ten dostęp Sąd zważył, co następuje.

Zdaniem PIKE Prezes UKE zawyżył poziom tych opłat wprowadzając do mechanizmu ich obliczania opartego na medianie kryterium nie znajdującego oparcia w art. 18 ust. 3 w związku z art. 22 ust. 2 wruist. Art. 18 ust. 3 tej ustawy stanowiący podstawę prawną skarżonej decyzji wskazuje, że Prezes UKE określając warunki zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej kieruje się kryteriami wskazanymi m.in. w art. 22 ust. 2 wruist. Zgodnie z tym przepisem Prezes UKE wydając decyzję w sprawie dostępu do infrastruktury technicznej przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, bierze pod uwagę, aby opłaty z tego tytułu umożliwiały zwrot poniesionych przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego kosztów, w szczególności bierze pod uwagę cele określone w art. 8 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa) (Dz.Urz. UE L 108 z 24.04.2002, str. 33 z późn. zm.) oraz wpływ dostępu do infrastruktury technicznej na plan biznesowy tego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, w szczególności na realizowane przez niego inwestycje dotyczące szybkich sieci telekomunikacyjnych. Chodzi o uwzględnianie przy obliczaniu stawek górnej granicy przedziału dla danej średnicy kabla, co zdaniem PIKE narusza interes Operatorów korzystających.

Według PIKE użycie tego kryterium (środką) nie może służyć realizacji słusznego skądinąd celu, jakim jest zachęta do inwestowania w nowoczesne technologie (np. cienkie kable światłowodowe) prowadząca do podniesienia jakości świadczonych usług.

W praktyce przyjęcie sposobu obliczania opłat dostępowych określonego w decyzji spowoduje wzrost ich stawek.

Przedstawiony zarzut jest bezzasadny.

Należy wskazać, że ustalając opłatę za dostęp do kanalizacji kablowej Prezes UKE zastosował zarówno wysokość opłaty z tytułu udostępnienia pełnego otworu KK, jak i sposób jej wyznaczenia na poziomie i zgodnie z wzorem wynikającym z Oferty ROI, a zatem dotychczasowych warunków stosowanych przez Operatora. Stawka ta została wskazana na poziomie 1,32 zł/mb/mc i została przyjęta przez Prezesa UKE w celu wyznaczenia opłat miesięcznych za poszczególne średnice kabli. Ustalenie wysokości opłat dla poszczególnych Kabli telekomunikacyjnych polegało na przeliczeniu wskazanej przez Operatora w Warunkach Operatora opłaty w wysokości 1,32 zł/mb/mc oraz zajętości kabla o danej średnicy w KK fi 110 mm. Wskazać należy, że w wyniku obu postępowań konsultacyjnych projektu zaskarżonej decyzji Prezes UKE przychylił się do zgłoszonych postulatów, zwiększając liczbę przedziału kabli (z 7 do 17) oraz zaokrąglając opłaty miesięczne do czterech miejsc po przecinku. Takie rozwiązanie niemalże całkowicie wyeliminowało problem zmiany opłat w stosunku do Oferty ROI. Uwzględnienie zgłaszanych postulatów przez wprowadzenie dodatkowych przedziałów kabli faworyzuje operatorów efektywnie korzystających z KK (dla kabli o niskich średnicach – brak wzrostu opłat/pomijalny wzrost w stosunku do Oferty ROI, dla kabli o wysokich średnicach – możliwy wzrost opłat w stosunku do Oferty ROI).

Trzeba podkreślić, że Prezes UKE w żaden sposób nie zmusza OK do stosowania określonych kabli. OK sami wybierają stosowną dla siebie technologię i średnicę kabla. Zaskarżona decyzja jednak wskazuje, że jeżeli jest możliwe bardziej efektywne wykorzystanie KK, to taka metoda jest „nagradzana” niższą stawką. W tym miejscu należy przywołać przede wszystkim motyw 4,5,7,8 i 9 ww. Dyrektywy o redukcji kosztów, które wskazują na korzyści związane ze współkorzystaniem z infrastruktury oraz na konieczność znoszenia barier prowadzących do nieefektywnego wykorzystania istniejących zasobów. Jednocześnie zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 1 lit. c in fine ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1954 dalej Pt) Prezes UKE prowadzi politykę regulacyjną

mając na celu w szczególności promocję technologii innowacyjnych, co w niniejszym przypadku oznacza promowanie nowoczesnych kabli o niskich średnicach.

Odnosząc się do zarzutu PIKE dotyczącego niezastosowania do wyznaczenia opłaty średniej wartości przedziału opłat Prezes UKE wskazuje, że z uwagi na fakt, że przedziały opłat dla kabli o wysokich średnicach mają większy zakres, zastosowanie średniej wartości przedziału mogłoby doprowadzić do nieefektywnego wykorzystania KK (np. wprowadzania kabli o średnicach z górnego zakresu przedziału). Przyjęta regulacja natomiast stanowi zachętę do inwestycji w kable nowoczesnych technologii (np. cienkie kable światłowodowe) kosztem technologii starszych i nieefektywnych (np. grube kable miedziane we wtórnikach). Ponadto Prezes UKE wskazuje, że pozostawienie dotychczasowej metodologii wyznaczania opłat zawartej w Ofercie ROI doprowadziłoby do sytuacji znacznego wzrostu opłat do KK o średnicy mniejszej niż 110 mm np. 40 mm. Natomiast przyjęta przez Prezesa UKE metodologia oparta o średnicę kabla, takie zagrożenie całkowicie eliminuje.

W związku z powyższym zarzut PIKE należy uznać za całkowicie bezzasadny.

Jak to już wcześniej przedstawiono PIKE domagało się w swoim odwołaniu usunięcia z Załącznika nr 1 Części I Rozdziału 7 kar umownych ustanowionych w postanowieniu ust. 1c (kara w wysokości 500 zł za umieszczenie w Kanalizacji kablowej urządzeń aktywnych, kabli innych niż kable telekomunikacyjne lub kable telekomunikacyjnych nie spełniających wymagań w zakresie bezpieczeństwa i zakłóceń za każdy dzień jej naliczania) oraz w postanowieniu ust. 1e (kara w wysokości 3000 zł za prowadzenie niedozwolonych prac w Kanalizacji kablowej tzn. samowolne wejście do Kanalizacji) ewentualnie obniżenia tych kar w pierwszym przypadku do równowartości 3% czynszu za dzierżawę Kanalizacji kablowej pod sporny kabel oraz kwoty 500 zł za każdą z prac w drugim przypadku.

Zdaniem PIKE kara z ust. 1c będzie w praktyce uniemożliwiać dostęp do kanalizacji (...) na potrzeby instalacji przez Operatora korzystającego niektórych rodzajów kabli dopuszczonych w Polsce do używania i nie wywołujących żadnych szkód. Natomiast kara z ust. 1e wykluczy w praktyce możliwość podjęcia w wyjątkowych sytuacjach natychmiastowych działań naprawczych oraz jest nieproporcjonalna w stosunku do naruszenia postanowień zaskarżonej decyzji.

Przedstawione propozycje zmian decyzji nie mogły zostać uwzględnione. Zakłócenia wywoływane przepływem przez kable i urządzenia telekomunikacyjne prądu zmiennego indukującego pole elektromagnetyczne w instalacjach zbudowanych w technologii kabli miedzianych powodują obniżenie prędkości dostępu do Internetu i zakłócenia sygnału np. w postaci „zawieszania się” odbieranego obrazu lub dźwięku. W ten sposób w wyniku degradacji sygnału dochodzi do nienależytego wykonania przez (...) istotnych zobowiązań kontraktowych związanych z jakością przekazywanego sygnału zarówno w stosunku do klientów hurtowych jak i detalicznych. Według (...) tego rodzaju zdarzenia są obok tzw. nielegalnych zaciągów kabli codziennością w jego działalności gospodarczej.

W świetle powyższego, w ocenie Sądu, instytucja kar umownych jawi się w omówionych przypadkach jako niezbędne i wygodne narzędzie do egzekucji słuszych praw Operatora Udostępniającego. Nie może więc być mowy o odstąpieniu od ich wprowadzenia do decyzji Prezesa UKE. Kara umowna nie powinna być symboliczna, a taki wydzwitek miałoby znaczące jej obniżenie do wartości podanej przez PIKE za każdy dzień dający podstawę faktyczną do jej naliczenia. Poza tym trzeba podkreślić, że degradacja sygnału powoduje efekt erozji renomy (...) trudno wymierzalny w jednostkowych przypadkach, ale sumujący się w zależności od liczby poszkodowanych odbiorców i czasu trwania niedogodności i stanowiący niewątpliwie uszczerbek majątkowy. Trzeba też przypomnieć, że w przypadku kary nadmiernie wygórowanej istnieje podstawa do jej miarkowania w oparciu o art. 484 § 2 k.c. W przedstawionym kontekście wysokość kary określona w analizowanym postanowieniu jest prawidłowa.

Jeśli zaś chodzi o zryczałtowaną karę umowną 3000 zł określoną w postanowieniu ust. 1e Sąd uznał, że skoro jest ona związana z bezprawnym wejściem do Kanalizacji kablowej powodowego (...), to ma przeciwdziałać takiemu zjawisku uznanemu przez (...) za swojego rodzaju plagę (k 161v. akt sprawy o sygn. akt XVII AmT 14/19), której trudno przeciwdziałać ze względu na trudności w zakresie monitorowania podziemnego, zakrytego i rozległego systemu tej Kanalizacji. Mając to na uwadze Sąd uznał za niecelowe wyeliminowanie tej kary z zaskarżonej decyzji, a także przyjął za prawidłową jej wysokość. Jednocześnie wymaga podkreślenia, że bezprawne wejście do Kanalizacji częstokroć

służące do nielegalnych prac stanowi naruszenie prawa własności (...), gdyż przekracza granice prawa ingerencji w cudzą własność przyznane we wruist operatorowi korzystającemu. Kara umowna niższa niż 3000 zł nie spełniałaby przede wszystkim funkcji prewencyjnej, zniechęcającej do popełniania opisanych nadużyć.

Odwołujący się PIKE zaskarżył również treść Załącznika nr 1 Części II Procedury dostępu Rozdziału 1 Tryb i zasady dostępu do kanalizacji kablowej Podrozdziału 1.1. Zgłaszanie zapytania o możliwość dostępu do kanalizacji kablowej ust. 2. Domagał się wykreślenia z treści tego postanowienia o treści: „Jedno zapytanie może dotyczyć tylko jednej relacji z ewentualnymi maksymalnie pięcioma odgałęzieniami od tej relacji oraz ewentualnymi nawiązaniem, przy czym wszystkie te elementy muszą zawierać się w ciągłym fragmencie kanalizacji kablowej należącej do Operatora Udostępniającego (OU)” słów „maksymalnie pięcioma” oraz następującego po cytowanym zdania w brzmieniu: „Zapytania z większą niż pięć liczbą odgałęzień wraz z ewentualnymi nawiązaniem będą rozpatrywane przez OU w trybie i terminach ustalonych przez strony.”

Zdaniem PIKE zaskarżone postanowienie dyskryminuje operatorów korzystających z kanalizacji, ponieważ w przypadku, gdy (...) wprowadza do własnej kanalizacji kablowej nowe światłowody nie ogranicza się on do prac nad krótkimi odcinkami z małą ilością Odgałęzień i Nawiązań, tylko realizuje od razu całe zamierzenie inwestycyjne na danym terenie (najczęściej osiedlu). Oznacza to, że podniesione przez (...) w toku postępowania zastrzeżenia co do skomplikowania realizacji rozbudowanych Relacji tak naprawdę dotyczą jedynie udostępnienia kanalizacji kablowej na potrzeby operatorów trzecich. Z tego względu przedmiotowa regulacja jest dyskryminująca dla operatorów korzystających względem zasad panujących wewnątrz powodowego (...) i jego współpracy ze spółkami powiązanymi.

W ocenie Sądu zaskarżone postanowienie ma na celu usprawnienie załatwiania zapytań operatorów w najczęściej zgłaszanych (90% wszystkich zapytań z odgałęzieniami) zapytaniach o możliwość dostępu do kanalizacji w relacji z nie więcej niż pięcioma odgałęzieniami, z ewentualnymi nawiązaniem.

Terminy określone w tym celu wprowadzono do Rozdziału I części II zał. nr 1 do decyzji, co w ocenie Sądu jest korzystne dla operatorów korzystających, dyscyplinując (...). W pozostałych przypadkach tj. przy więcej niż pięciu odgałęzieniami w jednej relacji o trybie i terminach mają decydować strony umowy, gdyż jak to wyjaśnił Prezes UKE, składanie zapytań o rozbudowanych relacjach i odgałęzieniami w praktyce uniemożliwiałoby dotrzymanie wprowadzonych decyzją konkretnych terminów. W związku z tym niecelowe byłoby rozciągnięcie „szybkiej ścieżki” zapytań na bardziej skomplikowane relacje, gdyż utrudniłoby to szybką reakcję (...) na zapytania „proste” – do pięciu odgałęzień i związane z nią bonusy czasowe, a także narażałoby (...) na nadmierne obciążenia karami umownymi.

Niezależnie od tego powodowy PIKE nie udowodnił twierdzenia o dyskryminacji operatorów korzystających, albowiem nie zaoferował dowodu dla ustalenia, że (...) wprowadzając kable do własnej kanalizacji realizuje od razu całe zamierzenie inwestycyjne nie ograniczając się do prac nad relacjami z małą liczbą odgałęzień i nawiązań.

W związku z tym zasadne było oddalenie odwołania PIKE również w tej części.

Niezasadne okazało się również żądanie PIKE wprowadzenia do załącznika nr 1 do decyzji Części II Rozdziału 5 ust. 8 wymogu zaopatrzenia wezwania przez (...) operatora korzystającego do złożenia wyjaśnień w uzasadnienie i dowody (na poparcie faktu wykrycia, że zainstalowane kable stwarzają zagrożenie dla bezpieczeństwa lub powodują zakłócenia dla innych kabli bądź urządzeń).

Zdaniem Sądu nie było potrzeby określenia w decyzji wymogów jakie ma spełniać wezwanie do złożenia wyjaśnień. Jest bowiem oczywiste, że wezwanie musi być oparte na konkretnym wykrytym stanie faktycznym, który jest elementem wezwania i określeniu wystąpienia nieprawidłowości, zagrożeń stwarzanych przez kable operatora korzystającego. Wymaga to samo przez się dokonania pomiarów lub rejestracji zakłóceń przez (...), a więc zgromadzenia dowodów uzasadniających wezwanie.

W dalszej kolejności należało dokonać oceny zasadności zarzutów postawionych wyłącznie w odwołaniu (...).

Sąd nie zdecydował się na usunięcie z Załącznika nr 1 do decyzji Części I Rozdziału 6 Zasady Zabezpieczeń postanowienia ust. 1c przewidującego możliwość zabezpieczenia roszczeń (...) do operatorów korzystających z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umów (ramowej i szczegółowych) w postaci oświadczenia dobrowolnym poddaniu się egzekucji (art. 777 k.p.c.).

Zdaniem odwołującego się (...) kwestionowana forma zabezpieczenia naraża go już obecnie na znaczne szkody.

W decyzji nie przyznano (...) uprawnienia do odmowy przyjęcia zabezpieczenia, co daje operatorowi korzystającemu dużą swobodę w kształtowaniu jego treści.

Ponadto w praktyce dłużnik może podjąć działania opóźniające zabezpieczenie z art. 777 k.p.c. na etapie postępowania sądowego i egzekucyjnego np. podważając tytuł wykonawczy lub poszczególne czynności podejmowane przez komornika, w celu wyprowadzenia majątku spod zakresu skuteczności art. 777 k.p.c. W tym kontekście Sąd zwraca uwagę, że żaden ze sposobów zabezpieczenia nie jest w pełni skuteczny. Nie da się więc wykluczyć pewnego stopnia ryzyka po stronie otrzymującego zabezpieczenie, jeśli chodzi o skuteczność zastosowania tej instytucji prawa procesowego. Ponadto (...) nie dostrzega takich cech jak szybkość i niskie koszty tego rodzaju zabezpieczenia w porównaniu do ustanowienia rezerwy gwarancyjnej lub gwarancji bankowej. Usunięcie z decyzji zabezpieczenia z art. 777 k.p.c. groziłoby zatem pojawieniem się bariery finansowej wejścia świadczenia usług telekomunikacyjnych lub utrzymania się na nim konkurentów (...) mających w planie korzystanie z kanalizacji telekomunikacyjnej tego zasiedziałego na rynku przedsiębiorcy.

Prezes UKE ma obowiązek przeciwdziałać takiej sytuacji i dlatego zasadnie wprowadził do katalogu zabezpieczeń, zabezpieczenie z art. 777 k.p.c.

Kolejne z żądań (...) dotyczące zmiany decyzji odnosiło się do postulatu wykreślenia ustępu 5 i 6 z załącznika nr 1 do decyzji Części II Rozdziału 4 pkt 4.3. Awary kanalizacji kablowej o treści:

„5. W sytuacji gdy OU nie ma wystarczających zasobów technicznych lub personalnych do usunięcia awarii, uszkodzenia lub niedrożności w terminie, o którym mowa w ust. 3, albo wykonanie tych czynności jest nieopłacalne dla OU ze względów ekonomicznych, jest on zobowiązany na wniosek OK do niezwłocznego zezwolenia mu na przywrócenie właściwego stanu kanalizacji kablowej własnym staraniem pod nadzorem OU.

6. OU zwalnia OK z trzyletniego czynszu za dzierżawę relacji w sytuacji, gdy OK poniesie całkowite koszty wykonania czynności, o których mowa w ust. 5.”

W ocenie (...) w ust. 5 w sposób nieuzasadniony rozszerzono zakres definicji awarii o przypadek niedrożności, ponieważ do niedrożności mają być stosowane procedury przewidziane dla usuwania awarii, ze skutkami jak dla usuwania awarii.

Niedrożność nie jest jednak awarią. Skutkiem niedrożności jest najczęściej przysypanie lub unieruchomienie kabli w kanale przy zachowaniu zdolności przesyłu sygnału.

Natomiast awaria uniemożliwia lub ogranicza możliwość przesyłania sygnału, czyli prawidłowe świadczenie usługi. Możliwość napotkania niedrożności kanalizacji kablowej jest ryzykiem spotykającym operatorów zaciągających kable tj. zarówno OK jak i OU. Nie powinno być ono przenoszona na (...), ponieważ wystąpienie niedrożności w trakcie prowadzenia prac eksploatacyjnych „nie jest winą OU lub jakości utrzymania infrastruktury przez OU”. W związku z tym (...) nie powinien ponosić żadnych kosztów udrożnienia kanalizacji, w tym nie powinien być obciążany obowiązkiem zwolnienia OK z opłat przez 3 lata.

Zdaniem Sądu przedstawiona wyżej część decyzji nie powinna być zmieniona. Argumentacja (...) okazała się nieprzekonująca. Nieprawdą jest, że Prezes UKE zrównał awarię z niedrożnością. W postanowieniu analizowanego ust. 5 Prezes UKE w określonych sytuacjach zobowiązał (...) do usunięcia skutków awarii, uszkodzenia lub

niedrożności przez zezwolenie Operatorowi korzystającemu na przywrócenie własnym staraniem, pod nadzorem (...) właściwego stanu kanalizacji kablowej. Odwołujący się pominął fakt, że to on jako Operator udostępniający zapewnia Operatorowi korzystającemu dostęp do infrastruktury OK znajdującej się w kanalizacji, utrzymuje kanalizację w stanie zdatnym do korzystania przez OK, a także udostępnia OK kanalizację w celu montażu, konserwacji, naprawy, wymiany infrastruktury OK umieszczonej w kanalizacji (tak ust. 1, 2 i 3 Załącznika nr 1 do decyzji Części I Rozdziału 4 Zobowiązania stron.

W świetle powyższego to powodowy (...) ponosi ryzyko wystąpienia niedrożności kanalizacji, gdyż jest obowiązany do przywrócenia jej do stanu zdatności do użytkowania na własny koszt. W ust. 5 Prezes UKE wprowadził jedynie szczegółowe rozwiązanie dotyczące możliwości usunięcia przez Operatora korzystającego, na koszt (...), między innymi niedrożności. W wypadku, gdy Operator korzystający pokryje całkowite koszty usunięcia, między innymi niedrożności, postanowienie ust. 6 obliuguje (...) do zwolnienia go z trzyletniego czynszu za dzierżawę kanalizacji. Zatem równowartość trzyletniego czynszu jest zryczałtowanym wynagrodzeniem usuwającego niedrożność operatora korzystającego. Przedstawione rozwiązanie nie dyskryminuje (...) i daje mu po usunięciu niedrożności możliwość odpłatnego udostępnienia kanalizacji. Z przedstawionych powodów odwołanie (...) w omówionej części nie zostało uwzględnione.

W dalszej kolejności powodowy (...) domagał się wprowadzenia opłaty miesięcznej za wykorzystywanie jego przyłącza do budynku oraz opłaty za weryfikację. W tym celu proponował dodanie w Załączniku 1 Części III Rozdziale 1 dodatkowych postanowień pod literami „d” i „e”

Z kolei wysokość opłat określił w dodatkowo zaproponowanej części tabeli 1 z Rozdziału 1 Opłaty (opłata za wykorzystywanie przyłącza do budynku 9 zł/miesięcznie) i w zaproponowanej nowej tabeli 1b ww. Rozdziale 1 (opłata jednorazowa za weryfikację 140 zł).

Sąd nie zgodził się na wprowadzenie ww. opłat. Jeśli chodzi o pierwszą z nich należy zwrócić uwagę, że w definicji Kanalizacji kablowej mieści się również kanalizacja przyłącza do budynku (por. Załącznik nr 1 do decyzji Definicje). Definicja ta odpowiada treściowo definicji legalnej kanalizacji kablowej określonej w § 3 pkt 5 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 26 października 2005 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać telekomunikacyjne obiekty budowlane i ich usytuowanie. Zgodnie z nią za kanalizację kablową uznaje się ciąg rur osłonowych i związanych z nimi pomieszczeń podziemnych dla kabli i ich złączy oraz urządzeń telekomunikacyjnych. Zatem kanalizacja taka obejmuje także odcinek kanalizacji kablowej między złączem odgałęźnym, a jej zakończeniem w budynku (por. wyjaśnienia Prezesa w uzasadnieniu decyzji k. 12 akt sąd., które nie były kwestionowane przez powoda). W konsekwencji nie ma podstaw do wyodrębnienia opłaty za dostęp do kanalizacji kablowej na odcinku przyłącza do budynku.

Z kolei opłata weryfikacyjna nie jest uzasadniona z uwagi na to, że dotyczyłaby czynności, która powinna być nieodpłatna w ramach przygotowania się (...) do zawarcia umowy o dostęp z operatorem korzystającym. Sięgnięcie do dokumentacji nie powinno obciążać drugiej strony kontraktu, natomiast uzupełnienie jej braków w zakresie stosownej weryfikacji nie może odbywać się na koszt przyszłego kontrahenta.

Przechodząc do dalszej części odwołania (...) Sąd stwierdził, że opłata za wizję określona przez Prezesa UKE w zał. 2 do decyzji Części III Rozdziale Opłaty ppkt 1.1 została określona prawidłowo w wysokości opłaty za nadzór Operatora Udostępniającego.

Sąd uznał za racjonalną argumentację Prezesa UKE, według której wysokość tej opłaty została ustalona na poziomie kosztów zaangażowania pracowników (...) w przeprowadzeniu wizji po to, aby uniknąć uzyskiwania przez (...) korzyści finansowych, w szczególności w sytuacji przeprowadzenia wizji w przypadku, gdy powodowy (...) będzie posiadał wiedzę na temat KTB bez konieczności prowadzenia wizji. W związku z tym Prezes Urzędu prawidłowo przyjął, że najbardziej adekwatną opłatą za wizję będzie opłata w wysokości opłaty za nadzór, która została poddana badaniu biegłego rewidenta i jest zweryfikowana kosztowo. Zatem opłata za wizję określona w decyzji jest oparta

na weryfikowanym założeniu kosztowym, proporcjonalna i niedyskryminacyjna tak dla (...) jak i Operatorów Korzystających.

W konsekwencji nie został uwzględniony postulat odwołania (...) o oparcie omawianej opłaty na składniku stałym w kwocie 235,42 zł i zmiennym za każde rozpoczęte 10 m. kanalizacji telekomunikacyjnej budynku mieszkalnego.

W ostatnim z nieuwzględnionych zarzutów powodowy (...) kwestionował ustanowienie w Załączniku nr 2 do decyzji Części II Rozdziale 3 pkt 3.2 ust. 1 nadzoru nieciągłego wg wyboru Operatora korzystającego nad wykonywanymi pracami podejmowanymi przez Operatora korzystającego. W czasie nadzoru nieciągłego istnieje bowiem możliwość dokonania prac nielegalnych. W związku z tym jednym właściwym dla prac przy KTB jest nadzór ciągły.

Ustosunkowując się do tej kwestii należało wskazać, że możliwości działań nielegalnych nie da się wykluczyć. Nie sposób jednak zakładać a priori, że wykonawca prac postępować będzie w sposób nielegalny i na tym założeniu opierać rozwiązania decyzji czy też konkretnej umowy. Poza tym w przypadku wykrycia tego rodzaju nadużycia (...) przysługują odpowiednie środki prawne dla likwidacji skutków działań niezgodnych z prawem. Wyeliminowanie z decyzji nadzoru nieciągłego spowodowałoby podwyższenie opłat za nadzór.

Z przedstawionych powodów nie został uwzględniony postulat (...) o wykreślenie nadzoru nieciągłego w Zał. nr 2 do decyzji Części II Rozdziale 3 pkt 3.2 ust. 3, ust. 9 oraz Części I Rozdziale 7 Kary umowne ust. 1 lit. a.

Natomiast zasadne okazały się zgłoszone w odwołaniu (...) postulaty zmian decyzji w przedstawionym poniżej zakresie.

W Załączniku nr 1 do decyzji w Części I Rozdziale 4 Prezes UKE unormował zobowiązania stron (OU, OK) w postanowieniach 15 ustępów. W rozdziale tym nie przewidział jednak uprawnień (...) do kontrolowania czy operator korzystający nie narusza Umowy Ramowej lub Umowy Szczegółowej w zakresie wykorzystania kanalizacji kablowej. Tymczasem prawo do kontroli „na miejscu” ze strony OU jako właściciela sieci jest podstawowym narzędziem służącym do uzyskania przez tego Operatora wiedzy o zdarzeniach powodujących obciążenie OK przewidzianymi w decyzji karami umownymi za samowolne zaciągi, za poddzierżawienie lub oddanie kanalizacji kablowej w inną formę korzystania osobom trzecim bez zgody (...) czy też za prowadzenie niedozwolonych prac w tej kanalizacji bez zgłoszenia tego faktu służbom (...) lub przed rozpoczęciem nadzoru tego Operatora nad zaplanowanymi przez OK pracami w kanalizacji. W związku z tym Sąd uznał za w pełni uzasadnioną propozycję powodowego (...) przyznanie mu ww. uprawnień, które jest adekwatne i proporcjonalne do uprawnienia przeciwdziałania przedstawionym nieprawidłowościom (naruszeniem przez OK przyjętych na siebie obowiązków polegających na nieczynieniu).

Uwzględniając prawo OU do kontroli Sąd uwzględnił również przedstawiony w odwołaniu (...) tryb jej przeprowadzenia. Ponieważ jej zasadą jest udział kontrolowanego w czynnościach OU, w odwołaniu przewidziano co najmniej 7 – dniowy termin na zawiadomienie OK o planowanej kontroli. Blokowaniu kontroli ma przeciwdziałać prawo (...) do kontroli jednostronnej w sytuacji, gdy prawidłowo zawiadomiony o niej OK nie będzie w niej uczestniczyć. W celu ochrony uzasadnionego interesu OK w wypadku gdy kontrola nie wykaże naruszeń Umowy, (...) zobowiązany jest uiścić na rzecz OK za obecność jego przedstawiciela opłatę stanowiącą równowartość opłaty pobieranej za nadzór OU.

W konsekwencji Sąd uznał za słuszne uzupełnienie Załącznika nr 1 do decyzji Części I Rozdziale 4 Zobowiązania Stron o nowe (dodatkowe) ustępy 16 i 17 w brzmieniu:

„16. W celu stwierdzenia, czy OK nie narusza postanowień Umowy Ramowej lub Umowy Szczegółowej, uprawnia się OU do przeprowadzenia w każdym czasie kontroli wykorzystania Kanalizacji kablowej 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.

17. W przypadku, gdy kontrola nie wykaże naruszeń postanowień Umowy Ramowej lub Umowy Szczegółowej, OU uiści na rzecz OK opłatę za obecność jego przedstawiciela, w wysokości opłaty pobieranej za Nadzór OU.”

W dalszej kolejności Sąd uwzględnił żądanie odwołania (...) usunięcia z Załącznika nr 1 Części II „Procedury dostępu” Rozdziału 5 „Zwolnienie zasobów kanalizacji kablowej” postanowień zawartych w ustępach 7 – 13 i wprowadzenie w ich miejsce nowych ustępów 7 i 8.

Większość rozwiązań z usuniętych postanowień dotyczyła trybów postępowania w przypadku wykrycia przez (...) infrastruktury Operatora korzystającego zainstalowanej w kanalizacji kablowej niezgodnie z umową ramową, bądź wykrycia, że kable OK stanowią zagrożenie dla bezpieczeństwa lub powodują zakłócenia.

Ponadto określono w nich sankcję w postaci rozwiązania umowy szczegółowej.

Niewątpliwie zaskarżone rozwiązania są adekwatne do stwierdzonych problemów, jednakże w ocenie Sądu są nieproporcjonalne (zbyt słabe) w zakresie użytych środków (trybów postępowania) przewidzianych do doprowadzenia sytuacji do stanu zgodności z prawem (umową).

W przedstawionych sytuacjach procedowanie jest zbyt powolne co do terminów wyznaczonych dla OK, a także przewiduje zbyt dużą liczbę czynności OU i OK w ramach ustanowionych procedur. Powoduje to niepotrzebne wydłużenie czasu potrzebnego na wyegzekwowanie od Operatora korzystającego jego obowiązków kontraktowych i właśnie w tym sensie zaskarżone procedury są nieproporcjonalne do osiągnięcia celu, jakim jest szybka likwidacja zastanego stanu niezgodnego z prawem.

W związku z tym z Rozdziału 5 wykreślono postanowienia o treści:

„7. W przypadku wykrycia przez OU w Kanalizacji kablowej, Infrastruktury OK zainstalowanej niezgodnie z postanowieniami łączącej OK i OU Umowy Ramowej, OU ma prawo do podjęcia następujących kroków:

- a) niezwłocznie wzywa OK, do wyjaśnień wyznaczając 7 (siedem) dni na odpowiedź,
- b) 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 zainstalowania Infrastruktury OK, OU wzywa OK do złożenia Zapytania i jeśli OK uzyska odpowiedź pozytywną do zawarcia Umowy Szczegółowej,
- c) jeśli OK nie wystąpi we wskazanym w lit. b) terminie z Zapytaniem lub Wnioskiem na daną Relację albo OU udzieli odpowiedzi negatywnej na złożone Zapytanie, OU wzywa OK do usunięcia w terminie 14 (czternastu) dni od otrzymania wezwania przez OK Infrastruktury OK zainstalowanej bez tytułu prawnego.

8. W przypadku wykrycia, że zainstalowane na podstawie Umowy Szczegółowej Kable Telekomunikacyjne OK stwarzają zagrożenie dla bezpieczeństwa lub powodują zakłócenia dla innych kabli bądź urządzeń umieszczonych w Kanalizacji kablowej OU, OU wzywa OK do wyjaśnień wyznaczając termin odpowiedzi nie krótszy niż 7 (siedem) dni od dnia otrzymania wezwania.

9. OK przedstawi OU wszelką dokumentację wskazującą na poprawność działania Kabli telekomunikacyjnych. OK ma także możliwość przeprowadzenia badania Kabla telekomunikacyjnego. Przeprowadzenie badania Kabla telekomunikacyjnego następuje pod Nadzorem OU w terminie nie późniejszym niż 7 (siedem) dni od daty otrzymania wniosku przez OU, chyba, że strony ustalą inny termin przeprowadzenia badania.

10. W przypadku braku odpowiedzi w terminie, o którym mowa w ust. 8 lub gdy udzielona przez OK odpowiedź lub przeprowadzone badanie nie wykaże braku zagrożeń lub zakłóceń, OU może wezwać OK do usunięcia tego Kabla telekomunikacyjnego z Kanalizacji kablowej w terminie nie krótszym niż 7 (siedem) dni od daty otrzymania wezwania bądź jego wymiany zgodnie z procedurą określoną w Rozdziale 3.

11. W przypadku usunięcia Kabla telekomunikacyjnego na podstawie wezwania, o którym mowa w ust. 10 Umowa Szczegółowa dla tego kabla ulega rozwiązaniu z dniem jego usunięcia z Kanalizacji kablowej. Część I Rozdział 5 ust. 7 stosuje się odpowiednio.

12. Jeżeli OK nie usunie Kabla telekomunikacyjnego w wyznaczonym przez OU terminie, OU może wypowiedzieć OK Umowę Szczegółową w trybie określonym w Części I Rozdziale 5 ust. 4 lit. c.

13. Jeżeli zgromadzona dokumentacja oraz przeprowadzone pod Nadzorem OU badanie nie potwierdzą nieprawidłowości, OU zobowiązany będzie do zwrotu opłaty za Nadzór OU, a OK może obciążyć OU opłatą w wysokości odpowiadającej naliczonej przez OU opłacie za Nadzór.”

W ich miejsce wprowadzono nowe postanowienia ust. 7 i 8 o treści:

„7. W przypadku wykrycia przez OU kabli telekomunikacyjnych, Mikrokanalizacji lub rur Kanalizacji wtórnej zainstalowanej nielegalnie i ustaleniu, że właścicielem kabli jest OK, który zawarł z OU Umowę Ramową, OU może wezwać OK, który jest właścicielem kabli do przeprowadzenia inwentaryzacji nielegalnie zainstalowanej infrastruktury pod Nadzorem OU w terminie 5 dni. Jeżeli OK nie odpowie na wezwanie OU bądź nie weźmie udziału w inwentaryzacji, wówczas OU może dokonać jednostronnej inwentaryzacji infrastruktury OK. Z przeprowadzonej inwentaryzacji OU sporządzi notatkę wraz z opisem i ewentualnym kosztorysem usunięcia/naprawy usterek w kanalizacji kablowej OU, która zostanie przekazana OK. OU obciąży OK kosztami związanymi z przeprowadzeniem inwentaryzacji (zgodnie ze stawkami za Nadzór OU i ilością godzin poświęconych na wykonanie inwentaryzacji) oraz ewentualnymi kosztami usunięcia/naprawy usterek w kanalizacji kablowej OU.

8. W przypadku, gdy w Kanalizacji kablowej OU zostaną ujawnione zasoby zainstalowane bez podstawy prawnej, lub takie, których eksploatacja sprowadza zagrożenie dla osób, mienia lub jakości usług (w szczególności wzmacniaczy, zasilaczy, kabli wykorzystywanych przez systemy zdalnego zasilania o napięciu stałym lub zmiennym itp.) OU podejmie niezwłoczne działania w celu ich usunięcia. W takiej sytuacji OU obciąży poniesionymi kosztami (np. likwidacji, magazynowania, innych przeprowadzonych prac) OK”.

Na koniec należało zauważyć, że nieskuteczne okazały się wszystkie podniesione przez odwołujących się zarzuty naruszenia przepisów postępowania administracyjnego zawartych w k.p.a., nie było bowiem wśród nich takich, które nie dałyby się konwalidować przez Sąd OKiK, rozpoznający sprawę od początku w pierwszoinstancyjnym, rozpoznawczym, procesowym postępowaniu cywilnym.

W przedstawionym stanie rzeczy Sąd orzekł w sprawie z odwołania (...) SA jak w punkcie I wyroku na podstawie art. 479^{31a} § 3 k.p.c., jak w punkcie II, III, IV, V, VI, VII i VIII wyroku na podstawie art. 479^{31a} § 1 k.p.c. i jak w punkcie IX wyroku na podstawie art. 355 k.p.c.

O kosztach procesu w sprawie z tego odwołania Sąd orzekł jak punkcie X wyroku na podstawie art. 100 k.p.c. zdanie drugie z uwagi na to, że przeciwnicy (...) tj.: pozwany Prezes UKE i zainteresowani: KIGEiT oraz PIKE ulegli tylko co do nieznaczej części swoich żądań. Na koszty te złożyły się minimalne wynagrodzenia według norm przepisanych dla zawodowych pełnomocników pozwanego i obu zainteresowanych obowiązujące w chwili złożenia odwołania. Ponadto zainteresowanemu zostały zwrócone poniesione opłaty skarbowe od udzielonych przez nich pełnomocnictw.

Z kolei w sprawie z odwołania PIKE Sąd orzekł jak w punkcie I wyroku na podstawie art. 479^{31a} § 1 k.p.c. a o kosztach procesu jak w punkcie II wyroku na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. oraz art. 99 k.p.c., jako że PIKE przegrało proces.

Na koszty te złożyły się minimalne wynagrodzenia według norm przepisanych pełnomocników pozwanego i zainteresowanego (...) obowiązujące w chwili złożenia odwołania. Ponadto zainteresowanemu została zwrócona opłata skarbowa od udzielonego przez niego pełnomocnictwa.

Sędzia SO Andrzej Turliński