



KRAJOWA IZBA KOMUNIKACJI ETHERNETOWEJ

ul. Lindleya 16, 02-013 Warszawa
tel. + 48 22 2928700, fax +48 22 2928701
www.kike.pl, e-mail: biuro@kike.pl, grap@kike.pl
KRS 0000316678, REGON 141637224, NIP 9512270210



Warszawa, dnia 8 września 2022 r.

ID KIKE: 834-GRAP-22

Centrum Projektów Polska Cyfrowa

ul. Spokojna 13A

01-044 Warszawa

ulisowska@cppc.gov.pl

**Postulaty KIKE wobec materiałów udostępnionych w dniu 23 sierpnia i 1 września 2022 r.,
dotyczących organizacji naborów wniosków na rozwój szerokopasmowego Internetu w ramach
programów Fundusze Europejskie na Rozwój Cyfrowy 2021-2027 (FERC)
oraz Krajowego Planu Odbudowy (KPO)**

Szanowni Państwo,

działając w imieniu Krajowej Izby Komunikacji Ethernetowej (dalej jako **KIKE**), w odpowiedzi na wiadomości mailowe z dnia 23 sierpnia i z dnia 1 września 2022 r. oraz w nawiązaniu do przeprowadzonych w dniu 23 sierpnia 2022 r. warsztatów dotyczących wdrażania nowej perspektywy finansowej UE, przekazujemy poniżej opinie i uwagi KIKE w zakresie przedstawionych materiałów.

I. Definicja operatora wyłącznie hurtowego

Aktualnie, zwłaszcza w kontekście realizacji projektów POPC, zwraca się uwagę na potrzebę separacji działalności detalicznej i działalności hurtowej. Wynika to z tego, że niekiedy niemożliwym wydaje się pogodzenie w ramach jednego przedsiębiorstwa obu obszarów działalności – operator zwykle musi wybrać, czy prymatem w jego przedsiębiorstwie ma być świadczenie usług detalicznych, czy też hurtowych. Na potrzeby realizacji projektów POPC ukształtowane zostały bowiem takie zasady dostępu hurtowego, które mocno uzależniają od siebie oba obszary (wysokość cen w ofercie hurtowej jest – co do zasady – zależna od wysokości cen w ofercie detalicznej, a zmiana cen w detalu musi zostać odpowiednio wyprzedzona zmianą wysokości cen w hurcie). Jednocześnie, na omawianym gruncie, niejako premiowani są ci beneficjenci POPC, którzy spełnili kryteria *Operatora hurtowego*.

Już w tym miejscu KIKE podnosi, że w jej ocenie, problematyką, która wymaga szerszego rozważenia, jest nie tyle definicja *operatora wyłącznie hurtowego*, co potrzeba zrównoważenia na

Razem możemy więcej!

rynku dostępu hurtowego - związanego z pozyskaniem środków publicznych - pozycji tych operatorów, którzy spełnią przesłanki wprowadzone w tej definicji i tych, którzy jej nie spełnią. W przypadku projektów POPC widoczna jest bowiem znaczna dysproporcja w sytuacji obu grup, wyrażająca się np. w tym, że:

- *Operator hurtowy* może samodzielnie kształtować wysokość cen w swojej ofercie hurtowej i w zasadzie nie jest jasne, czy Prezes UKE może te ceny zweryfikować (w jakim zakresie bądź pod jakim kątem?) lub zarządzać ich zmiany (z jakiej przyczyny i na jaką wysokość?) na etapie uzgodnienia oferty hurtowej;
- *Operatora hurtowego* nie obciążają uciążliwe, coroczne obowiązki związane z przeprowadzeniem Testu Margin Squeeze (dalej jako **Test MS**) i dokumentowaniem spełnienia warunków z nim powiązanych.

Aktualnie można by posłużyć się (może za odważnym) stwierdzeniem, że beneficjent, który nie jest *Operatorem hurtowym*, jest karany za to, że świadczy usługi detaliczne – ponieważ (1) Prezes UKE może mocno zaingerować w treść jego oferty hurtowej na etapie jej uzgodnienia (co nie tylko ogranicza swobodę działalności gospodarczej, możliwość realizacji własnej strategii biznesowej, ale i znacznie przedłuża proces uzgadniania oferty lub jej zmian), (2) podmiot ten musi w hurcie odwzorować swoją ofertę detaliczną (co ogranicza możliwość kształtowania wysokości cen i zmianę oferty detalicznej, w szczególności reagowania na potrzeby użytkowników końcowych i dynamicznego wprowadzania promocji), jak również (3) corocznie musi składać wyjaśnienia i wyliczenia Prezesowi UKE, nawet jeśli nie zmienia treści oferty hurtowej.

W ocenie KIKE, nawet w przypadku *Operatora hurtowego*, powinny zostać jasno określone kryteria, według których weryfikowana będzie przez Prezesa UKE oferta hurtowego dostępu do sieci wykonanej ze środków publicznych – chyba że planowane jest całkowite zniesienie obowiązku uzgadniania z tym Organem oferty hurtowej przez operatorów biorących udział w naborach. Aktualnie – tj. na gruncie CPPC – poza bardzo ogólnymi (i trudno, jeśli w ogóle, weryfikowalnymi) zasadami zapewniania dostępu na równych i niedyskryminujących warunkach, które dotyczą wszystkich beneficjentów, kryteria te nie zostały ukonstytuowane.

W kontekście definicji *operatora wyłącznie hurtowego*, oczywistym wydaje się, że chodzić powinno o podmiot, który sam nie świadczy usług detalicznych. Niemniej jednak, z uwagi np. na możliwość tworzenia spółek celowych przez operatorów, konieczne jest również sformułowanie w tej definicji warunku odnoszącego się do braku świadczenia usług detalicznych przez podmiot *powiązany* gospodarczo z takim operatorem. W kontekście dookreślenia tego, jakie *powiązania* czy *zależności* powinny być brane pod uwagę w definicji, KIKE podnosi, że przede wszystkim należy zachować spójność pomiędzy taką definicją a obowiązującymi przepisami prawa. W tym zakresie trzeba mieć na uwadze, że:

1. rozporządzenie Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznające niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu (dalej jako **GBER**) w załączniku I zawiera m.in. objaśnienia takich pojęć jak *przedsiębiorstwo*, *przedsiębiorstwo samodzielne*, *przedsiębiorstwa partnerskie*, *przedsiębiorstwa powiązane*, które zostały przytoczone poniżej:

Lp.	Pojęcie	Definicja
1.	Przedsiębiorstwo	Podmiot prowadzący działalność gospodarczą bez względu na jego formę prawną. Zalicza się tu w szczególności osoby prowadzące działalność na własny rachunek oraz firmy rodzinne zajmujące się rzemiosłem lub inną działalnością, a także spółki lub stowarzyszenia prowadzące regularną działalność gospodarczą.
2.	Przedsiębiorstwo samodzielne	Każde przedsiębiorstwo, które nie jest zakwalifikowane jako przedsiębiorstwo partnerskie, ani jako przedsiębiorstwo powiązane.
3.	Przedsiębiorstwa partnerskie	<p>Wszystkie przedsiębiorstwa, które nie zostały zakwalifikowane jako przedsiębiorstwa powiązane i między którymi istnieją następujące związki: przedsiębiorstwo (przedsiębiorstwo wyższego szczebla) posiada, samodzielnie lub wspólnie z co najmniej jednym przedsiębiorstwem powiązaniem, co najmniej 25 % kapitału innego przedsiębiorstwa (przedsiębiorstwa niższego szczebla) lub praw głosu w takim przedsiębiorstwie.</p> <p>Przedsiębiorstwo można jednak zakwalifikować jako samodzielne i w związku z tym nie mające żadnych przedsiębiorstw partnerskich, nawet jeśli niżej wymienieni inwestorzy osiągnęli lub przekroczyli pułap 25 %, pod warunkiem że nie są oni powiązani, indywidualnie ani wspólnie, z danym przedsiębiorstwem:</p> <p>(a) publiczne korporacje inwestycyjne, spółki venture capital, osoby fizyczne lub grupy osób fizycznych prowadzące regularną działalność inwestycyjną w oparciu o venture capital, które inwestują w firmy nienotowane na giełdzie (tzw. anioły biznesu), pod warunkiem że całkowita kwota inwestycji tych aniołów biznesu w jedno przedsiębiorstwo wynosi mniej niż 1 250 000 EUR;</p> <p>(b) uczelnie wyższe lub ośrodki badawcze nienastawione na zysk;</p> <p>(c) inwestorzy instytucjonalni, w tym fundusze rozwoju regionalnego;</p> <p>(d) niezależne władze lokalne z rocznym budżetem poniżej 10 milionów EUR oraz liczbą mieszkańców poniżej 5 000.</p>
4.	Przedsiębiorstwa powiązane	<p>Oznaczają przedsiębiorstwa, które pozostają w jednym z poniższych związków:</p> <p>(a) przedsiębiorstwo ma większość praw głosu w innym przedsiębiorstwie w roli udziałowca/akcjonariusza lub członka;</p> <p>(b) przedsiębiorstwo ma prawo wyznaczyć lub odwołać większość członków organu administracyjnego, zarządzającego lub nadzorczego innego przedsiębiorstwa;</p> <p>(c) przedsiębiorstwo ma prawo wywierać dominujący wpływ na inne przedsiębiorstwo na podstawie umowy zawartej z tym przedsiębiorstwem lub postanowień w jego statucie lub umowie spółki;</p> <p>(d) przedsiębiorstwo będące udziałowcem/akcjonariuszem lub członkiem innego przedsiębiorstwa kontroluje samodzielnie, na mocy umowy z innymi udziałowcami/akcjonariuszami lub członkami tego przedsiębiorstwa, większość praw głosu udziałowców/akcjonariuszy lub członków w tym przedsiębiorstwie.</p> <p>Zakłada się, że wpływ dominujący nie istnieje, jeżeli inwestorzy wymienieni w pkt 3 akapit 2 nie angażują się bezpośrednio lub pośrednio w zarządzanie danym przedsiębiorstwem, bez uszczerbku dla ich praw jako udziałowców/akcjonariuszy.</p> <p>Przedsiębiorstwa, które pozostają w jednym ze związków opisanych powyżej za pośrednictwem co najmniej jednego przedsiębiorstwa, lub jednego z inwestorów, o których mowa w pkt 3, również uznaje się za powiązane. Przedsiębiorstwa pozostające w jednym z takich</p>

	związków za pośrednictwem osoby fizycznej lub grupy osób fizycznych działających wspólnie również uznaje się za przedsiębiorstwa powiązane, jeżeli prowadzą one swoją działalność lub część działalności na tym samym rynku właściwym lub rynkach pokrewnych.
--	---

2. ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne posługuje się w swojej treści pojęciami takimi jak *podmiot zależny* i *spółka zależna*, odwołując się w zakresie tego drugiego do definicji zawartej w przepisach ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (dalej jako **KSH**);
3. przepisy KSH nie stanowią wprost o tym, jak należy rozumieć pojęcie *spółki zależnej*, a jedynie określają to, kiedy można przyjąć, że dwie spółki pozostają w stosunku dominacji i zależności:

Pojęcie	Definicja
Spółka dominująca	Spółka handlowa w przypadku, gdy: <ul style="list-style-type: none"> (a) dysponuje bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innej spółki kapitałowej (spółki zależnej), także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub (b) jest uprawniona do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu innej spółki kapitałowej (spółki zależnej) albo spółdzielni (spółdzielni zależnej), także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub (c) jest uprawniona do powoływania lub odwoływania większości członków rady nadzorczej innej spółki kapitałowej (spółki zależnej) albo spółdzielni (spółdzielni zależnej), także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub (d) członkowie jej zarządu stanowią więcej niż połowę członków zarządu innej spółki kapitałowej (spółki zależnej) albo spółdzielni (spółdzielni zależnej), lub (e) dysponuje bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub (f) wywiera decydujący wpływ na działalność spółki kapitałowej zależnej albo spółdzielni zależnej, w szczególności na podstawie umów określonych w art. 7.
Spółka powiązana	Spółka kapitałowa, w której inna spółka handlowa albo spółdzielnia dysponuje bezpośrednio lub pośrednio co najmniej 20% głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik lub użytkownik, albo na podstawie porozumień z innymi osobami lub która posiada bezpośrednio co najmniej 20% udziałów albo akcji w innej spółce kapitałowej.

4. przepisy ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów definiują pojęcie *przedsiębiorcy dominującego* i *przejęcia kontroli*:

Pojęcie	Definicja
Przedsiębiorca dominujący	Przedsiębiorca, który posiada kontrolę nad innym przedsiębiorcą w poniższym rozumieniu.
Przejęcie kontroli	Wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności

	<p>prawnych lub faktycznych, umożliwiając wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców. Uprawnienia takie tworzą w szczególności:</p> <p>(a) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,</p> <p>(b) uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,</p> <p>(c) członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),</p> <p>(d) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami,</p> <p>(e) prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),</p> <p>(f) umowa przewidująca zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę.</p>
--	---

W ocenie KIKE, szerszej dyskusji wymaga to, jaki stopień *zależności/powiązania* pomiędzy dwoma podmiotami, powinien być brany pod uwagę w kontekście definicji *operatora wyłącznie hurtowego*. Na gruncie prawnym, pojęcie *powiązania* należy odróżnić od pojęcia *zależności*, bowiem pojęcie *zależności* będzie oznaczało dalej idące czy silniejsze relacje/stosunki/związki. Na kolejnych warsztatach organizowanych przez tut. Instytucję powinno zostać poddane dyskusji to, czy w omawianej definicji należy skoncentrować się na *powiązaniu* beneficjenta z innymi podmiotami, czy też pójść dalej i posłużyć się pojęciem *zależności*.

Zdaniem KIKE, nie znając choćby zarysu warunków zapewnienia dostępu hurtowego na gruncie przyszłych naborów, trudno jest odnieść się jednoznacznie do tej kwestii – nie jest bowiem jasne, jak definicja ta będzie wpływać na związane z tym obowiązki beneficjenta czy też, jakie w ogóle będzie miała znaczenie w naborach. Przewidując, iż w dalszym ciągu zostanie utrzymana konieczność odwzorowania oferty detalicznej w ofercie hurtowej, mając na uwadze potrzebę ochrony interesów operatorów korzystających z dostępu hurtowego, na tą chwilę właściwym odniesieniem powinny być przepisy GBER, a *operatorem wyłącznie hurtowym* powinien być operator, który samodzielnie, przez przedsiębiorstwo powiązane i przedsiębiorstwo partnerskie nie świadczy usług detalicznych.

II. Definicja siły wyższej

Tut. Instytucja zwróciła się do KIKE z prośbą o przesłanie propozycji definicji pojęcia siły wyższej. Nie jest na tą chwilę do końca jasne, w jakim kontekście pojęcie to ma zostać użyte w planowanych naborach – w szczególności nie zostało dookreślone to, czy miałyby ono jedynie służyć ukształtowaniu przesłanek możliwości niezrealizowania wskaźnika zobowiązania pokryciowego na poziomie 100% (tzn. czy zdarzenie siły wyższej miałyby stanowić jedną z tzw. barier inwestycyjnych), czy też klauzula siły wyższej miałyby zostać wyłącznie/też wprowadzona w

naborach w innym kontekście. Okoliczność ta skutkuje trudnością w jednoznacznym ukształtowaniu definicji.

Omawiane pojęcie nie ma swojej definicji legalnej. Niemniej jednak, ponieważ jest ono używane w ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, istnieje bogate orzecznictwo na tle jego wykładni. Korzystając z tak ukształtowanego dorobku, można stwierdzić, że *sitę wyższą* jest:

- zdarzenie nadzwyczajne, nagłe;
- zdarzenie zewnętrzne w stosunku do osoby wykonującej zobowiązanie, pozostające poza jej kontrolą i niemożliwe do przewyżczenia/zapobieżenia;
- zdarzenie wpływające na możliwość realizacji projektu w taki sposób, że uniemożliwi w całości/w części przez pewien czas/definitywnie wykonanie projektu;
- katastrofa naturalna (powódzie, trzęsienia ziemi, pożary, huragany, śnieżyce, sztormy, osunięcie gruntu);
- epidemia;
- atak terrorystyczny/akt terroru;
- akt władzy publicznej, który oddziałuje negatywnie na możliwość wykonania zobowiązania (w szczególności blokady granic, portów, itp., zakazy importu i eksportu lub ograniczenia w tym zakresie);
- przerwa w funkcjonowaniu wymiaru sprawiedliwości lub organów administracji publicznej;
- wojna wypowiedziana i niewypowiedziana;
- powstanie i zamieszki;
- śmierć lub likwidacja beneficjenta.

Rozważenia wymaga, czy za *sitę wyższą* należałoby uznać chorobę (niezdolność do wykonywania działalności/pracy/usług) lub hospitalizację kierownika budowy, głównego projektanta, współników spółek osobowych, członków zarządu spółek kapitałowych, jednoosobowych przedsiębiorców. Doświadczenia zebrane w toku realizacji projektów POPC w związku z wystąpieniem COVID-19 pokazują bowiem, że takie zdarzenia zawieszały możliwość realizacji inwestycji i wysoce negatywnie wpływały na terminową realizację projektu.

W ocenie KIKE, w dalszym ciągu za *sitę wyższą* powinno być uznawane działanie SARS-CoV-2. Nie sposób bowiem jednoznacznie stwierdzić, jakie będzie nasilenie okoliczności epidemicznych w najbliższej przyszłości oraz, jakie będą tego skutki.

III. Przybliżony czas oczekiwania na zgodę na budowę sieci na terenie Obszarów Natura 2000, Lasów Państwowych, linii kolejowych, Wód Polskich, itp.

Tut. Instytucja zwróciła się do KIKE także o wskazanie czasu niezbędnego do dopełnienia przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych obowiązków wynikających z przepisów prawa, dotyczących budowy sieci. Słusznie zwrócono uwagę, że nie zawsze wystarczające jest wypełnienie tzw. obowiązków wynikających z Prawa budowlanego. W przypadku realizacji infrastruktury telekomunikacyjnej „na szczególnych obszarach”, takich jak np. Obszar Natura 2000, terenach zarządzanych przez Lasy Państwowe czy Wody Polskie, terenach zamkniętych, w tym obszarach

kolejowych itd., przedsiębiorca telekomunikacyjny jest zobligowany do wykonania dodatkowych obowiązków, które pozwolą mu na budowę sieci. Ich wypełnienie zajmuje często wiele czasu, zwłaszcza że zdarza się, iż ich jednoczesna realizacja jest niemożliwa. Przykładowo, zgodnie z treścią art. 388 ust. 2 ustawy Prawo wodne, wydanie pozwolenia wodnoprawnego musi nastąpić jeszcze przed uzyskaniem pozwolenia na budowę. Konieczne jest zatem zachowanie pewnej chronologii działań. Należy również zwrócić uwagę na problem związany z trudnością określenia, ile czasu jest potrzebne na dopełnienie wszystkich formalności.

Statystycznie przyjmuje się, że Obszar Natura 2000 zajmuje około 1/5 powierzchni Polski, zatem realizacja infrastruktury telekomunikacyjnej na takim terenie jest wysoce prawdopodobna. W razie realizacji inwestycji, które mogą znacząco oddziaływać na środowisko, wymagane jest przeprowadzenie tzw. oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko. Obowiązek ten dotyczy również inwestycji, które mogą znacząco oddziaływać na obszar Natura 2000, a które nie są bezpośrednio związane z ochroną obszaru Natura 2000 lub nie wynikają z tej ochrony.

Regulacja zawarta w ustawie o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz ocenie oddziaływania na środowisko wymaga, aby w każdym przypadku, gdy planowane jest przedsięwzięcie mogące zawsze znacząco oddziaływać na środowisko lub przedsięwzięcie mogące potencjalnie oddziaływać na środowisko, inwestor uzyskał decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach. Powinno to nastąpić przed uzyskaniem pozwolenia na budowę, jeśli jest ono wymagane.

Czasem samo ustalenie, czy dana inwestycja powinna zostać uznana za „mogącą znacząco oddziaływać na środowisko”, w tym obszar Natura 2000, może być długotrwałe. W przypadku części inwestycji to, czy dana inwestycja może potencjalnie znacząco oddziaływać na środowisko, zostaje stwierdzone dopiero po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego i wydaniu postanowienia w tym przedmiocie przez organ właściwy do wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Teoretycznie – jak każde postępowanie administracyjne – powinno ono potrwać nie dłużej niż miesiąc, a w przypadkach szczególnie zawiłych – maksymalnie dwa miesiące. W praktyce jednak może dochodzić do wydłużenia rozpoznania sprawy z przyczyn niezależnych od inwestora - przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. Aby móc złożyć wniosek o wydanie tego postanowienia, inwestor ma obowiązek przygotować tzw. Kartę Informacyjną Przedsięwzięcia. Dokument ten stanowi załącznik do wniosku i musi zawierać podstawowe informacje o planowanym przedsięwzięciu, określone zgodnie z wymaganiami wynikającymi z przywołanej wyżej ustawy. Można więc przyjąć, że sam „wstępny” proces może zająć nawet kilka miesięcy.

Przygotowanie oceny oddziaływania na środowisko wiąże się również z koniecznością przygotowania raportu o oddziaływaniu na środowisko, co może zostać poprzedzone nawet rocznymi inwentaryzacjami przyrodniczymi. Ocena stanowi często etap postępowania w ramach uzyskiwania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach.

Można zatem przyjąć, że cała procedura dopełnienia formalności związanych z realizacją infrastruktury telekomunikacyjnej na obszarze Natura 2000, a nawet w jej pobliżu, zajmie nawet kilka czy kilkanaście miesięcy, a przedsiębiorca telekomunikacyjny w zasadzie nie będzie w stanie przewidzieć, ile czasu ona potrwa. Nie jest np. wiadome czy organ uzna, że w przypadku danej inwestycji wystąpi obowiązek uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Okoliczności te są jednak niezależne od przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. Przede wszystkim warunkuje to działanie podmiotów trzecich – zwłaszcza organów administracji publicznej.

Kolejno, należy przybliżyć procedurę uzyskiwania przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego tytułu prawnego do nieruchomości będących w zarządzie Lasów Państwowych. W tym zakresie najpopularniejszym rozwiązaniem jest zawarcie umowy na dostęp do nieruchomości na zasadach określonych w art. 33 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych. Regulacja ta przewiduje obowiązek udostępnienia przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu nieruchomości w celu prowadzenia przez nią, pod nią lub nad nią infrastruktury telekomunikacyjnej w celu świadczenia usług na innych nieruchomościach. Przepis ten mówi o tym, że negocjacje i zawarcie umowy w tym zakresie powinny nastąpić w terminie 30 dni. W praktyce jednak proces ten ulega zwykle przedłużeniu nawet do kilku miesięcy, jeśli treść umowy jest uzgadniana przez strony.

Co istotne, czasem przedsiębiorcy telekomunikacyjni muszą korzystać z pomocy prawnej, co również może prowadzić do wydłużenia negocjacji. Z wiedzy KIKE wynika, że mimo obowiązywania przepisów precyzyjnie określających zasady obliczenia wysokości wynagrodzenia za dostęp do nieruchomości Lasów Państwowych, w większości przypadków dysponenti nieruchomości leśnych próbują narzucić przedsiębiorcy m.in. zawyżone opłaty, ustalone niezgodnie z obowiązującymi regulacjami prawnymi. Po zawarciu umowy szanse na ich zmianę są minimalne, zatem należy o to zadbać już na etapie podpisania umowy. Wymusza to zatem przedłużenie negocjacji.

W przypadku bezskutecznego upływu 30-dniowego terminu na zawarcie umowy, przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu przysługuje prawo do złożenia wniosku do starosty (właściwego ze względu na miejsce posadowienia nieruchomości) o wydanie decyzji administracyjnej zastępującej tę umowę. Zwykle przeprowadzenie tego postępowania również nie mieści się w „ramach czasowych” wyznaczonych przez Kodeks postępowania administracyjnego i trwa kilka miesięcy – co ważne, przepisy prawa przewidują konieczność uzgodnienia przez Prezesa UKE projektu decyzji administracyjnej, którą ma wydać starosta w sprawie dostępu do nieruchomości – sam ten etap trwa około dwóch miesięcy. Nietrudno zatem ustalić, że termin uzyskania dostępu do nieruchomości leśnych również jest wręcz niemożliwy do przewidzenia, lecz jest to kwestia miesięcy a nie dni.

Kolejnym szczególnym przypadkiem jest uzyskanie dostępu do terenów zamkniętych, a do takich należą obszary kolejowe. Zasadą jest zakaz umieszczania budowli i budynków, w tym infrastruktury telekomunikacyjnej, w odległości mniejszej niż 10 m od granicy obszaru kolejowego. W takim przypadku konieczne jest między innymi uzyskanie zgody wojewody na realizację sieci, co następuje po zasięgnięciu przez organ opinii zarządcy gruntu. W tym zakresie prowadzone jest odrębne postępowania administracyjne, które może być przedłużane przez organ z powołaniem się na konieczność przeprowadzenia odpowiednich czynności, mających na celu rozstrzygnięcie sprawy.

Kolejnym etapem jest uzgodnienie przebiegu sieci z podmiotem zarządzającym obszarem kolejowym w trybie określonym w ustawie Prawo geodezyjne i kartograficzne. Według przepisów, powinno to zająć 30 dni, lecz w praktyce dochowanie terminu nie jest możliwe. W przypadku obszarów kolejowych, zwykle nieruchomością zarządza więcej niż jeden podmiot, dlatego uzgodnienia należy prowadzić często z wieloma podmiotami naraz (nawet kilkunastoma spółkami z grupy PKP). Często negocjacje mogą przeciągać się nawet do kilku miesięcy, czego nie da się przewidzieć. W tym zakresie przedsiębiorca - inwestor jest całkowicie zależny od podmiotów

trzech, tj. dysponentów nieruchomości, przy czym brak jest instrumentów prawnych pozwalających na wymuszenie szybszego przeprowadzenia uzgodnień.

W ocenie KIKE, zasady przepływu środków (a raczej bariery inwestycyjne) powinny również uwzględniać szczególne przypadki, kiedy realizacja inwestycji telekomunikacyjnych wymaga uprzedniego uzyskania tzw. zgód wodnoprawnych. W zależności od inwestycji może pojawić się konieczność uzyskania pozwolenia wodnoprawnego czy dokonania zgłoszenia wodnoprawnego. Pozwolenie wodnoprawne jest wydawane po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego – jak już wskazano wyżej, maksymalnie powinno ono trwać dwa miesiące, jednak zachowanie terminu raczej należy do rzadkości. Natomiast w przypadku zgłoszenia wodnoprawnego, organ ma 30 dni na wniesienie sprzeciwu – w innym przypadku, przyjmuje się, że wyraził milczącą zgodę na realizację infrastruktury.

Sprzeciw czy wezwanie do uzupełnienia zgłoszenia zwykle następuje pod koniec biegu ustawowego terminu. Podobnie jak w przypadku Lasów Państwowych, nagminnie pojawia się konieczność wyjaśnienia wysokości należnej opłaty, gdyż nierzadko Wody Polskie próbują uzyskać wyższą opłatę niż należąca, poprzez sumowanie przejść nad ciekami wodnymi, co wydłuża procedurę. Co ważne, nierzadko inwestycja będzie wymagała dochowania dodatkowych formalności wynikających z Prawa wodnego, np. zwolnienia przedsiębiorcy z zakazu związanego z realizacją inwestycji w pobliżu wałów przeciwpowodziowych.

We wszystkich opisanych przypadkach przedsiębiorca telekomunikacyjny jest zobowiązany do spełnienia dodatkowych wymagań związanych z realizacją infrastruktury, których czasu nie jest w stanie przewidzieć. Czas ten może się różnić w różnych rejonach kraju i często związany jest z poziomymi kompetencjami (wiedzą i doświadczeniem) urzędników.

IV. Propozycje przesłanek niezrealizowania wskaźnika zobowiązania pokryciowego na poziomie 100% i weryfikacja ich spełnienia

W zakresie przesłanek/sytuacji, w których możliwe będzie niewykonanie wskaźnika, KIKE podtrzymuje swoje postulaty zgłoszone we wcześniejszej korespondencji. W niniejszym piśmie, KIKE jedynie chciałaby je usystematyzować, odnosząc się do propozycji zgłoszonych przez innych uczestników warsztatów.

Zasadnie stwierdzono, że zaistnienie bariery inwestycyjnej powinno być wykazane dokumentem, na trwałym nośniku. Nie wydaje się wystarczające poleganie w tym zakresie wyłącznie na oświadczeniu beneficjenta.

Mając na uwadze założenie, że okres realizacji projektu to maksymalnie 3 lata, z czego jedynie część tego czasu beneficjent będzie mógł przeznaczyć na projektowanie i budowę sieci (np. z uwagi na potrzebę uprzedniego wyłonienia wykonawcy, itp.), a nie jest możliwe przesunięcie kolejności czynności składających się na budowę sieci (np. najpierw musi dojść do zaprojektowania przebiegu, a dopiero potem mogą być pozyskiwane tytuły prawne do nieruchomości), KIKE zwraca uwagę, że stwierdzenie wystąpienia bariery inwestycyjnej nie powinno być uzależnione od prawomocnego zakończenia postępowania sądowego, administracyjnego lub sądowno-administracyjnego. Pozyskanie takiego rozstrzygnięcia w większości przypadków nie będzie możliwe w czasie 3 lat. W wyjątkowych sytuacjach, przed upływem czasu realizacji projektu może nawet nie udać się uzyskać orzeczenia organu/sądu I instancji. We wszelkich tego typu sprawach powinna zostać wyznaczona granica czasowa (np. 6 miesięcy od dnia wszczęcia negocjacji czy

wszczęcia postępowania), po upływie której będzie uznawane, iż wystąpiła bariera inwestycyjna bez względu na to, nawet jeśli nie dojdzie do zakończenia postępowania, zawarcia umowy, pozyskania zgody, uzgodnienia, itp.

Nadmienić trzeba, że w zasadzie zgłoszone propozycje odnośnie do tego zagadnienia są spójne ze sobą i dotyczą tych samych kwestii, a jedynie przez poszczególne podmioty zostały one odmiennie sformułowane. Przedstawione propozycje można pogrupować w następujący sposób:

1) tytuły prawne do nieruchomości i pasów drogowych;

W zakresie tej grupy należy wziąć pod uwagę:

- a) odmowę udzielenia zezwolenia na lokalizację infrastruktury telekomunikacyjnej w pasie drogowym, zajęcie pasa drogowego w celu wykonania robót lub na potrzeby umieszczenia infrastruktury;
- b) odmowę ustanowienia służebności przesyłu na nieruchomości lub brak odpowiedzi na wnioski o jej ustanowienie;
- c) odmowę dostępu do nieruchomości lub brak odpowiedzi na wnioski;
- d) odmowę ograniczenia sposobu korzystania z nieruchomości na potrzeby umieszczenia i eksploatacji inwestycji telekomunikacyjnej (tj. na podstawie art. 33 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych w zw. z art. 124 i art. 124a ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami);
- e) brak przeprowadzonego postępowania spadkowego po zmarłym właścicielu nieruchomości;
- f) brak dostępu do adresu, pod jakim odbierają korespondencję/przebywają dysponenti nieruchomości lub zwrot przesyłek nadawanych na znany adres;
- g) sporą (np. większą niż 10 osób) liczbę współwłaścicieli danej nieruchomości;
- h) stałe przebywanie przez dysponentów nieruchomości poza granicami Polski i brak wskazania ich „krajowego” adresu do doręczeń;
- i) brak możliwości wykonania inwestycji z uwagi na specyficzny charakter danej nieruchomości (wpis do rejestru zabytków, cmentarz, itp.) i brak zgody odpowiedniego podmiotu/organo na dostęp do nieruchomości;
- j) gdy spełnienie warunków dostępu do danej nieruchomości wiązałoby się ze znacznymi kosztami (np. gdy dysponent nieruchomości żąda wynagrodzenia za dostęp do nieruchomości nierynkowego lub nieproporcjonalnego do zakresu dostępu) bądź byłoby nadmiernie uciążliwe dla inwestora (np. konieczność przejęcia gwarancji udzielonej na roboty budowlane wykonane uprzednio na danej nieruchomości, warunkowanie dostępu wykonaniem infrastruktury w gruncie metodą bezwykopową, itp.);
- k) nieuregulowany stan prawny nieruchomości.

2) działania siły wyższej;

Do definicji siły wyższej KIKE odniosła się już powyżej. Wystąpienie siły wyższej i jej utrzymanie przez pewien okres czasu (np. przez 3 miesiące) powinno uprawniać beneficjenta do niezrealizowania wskaźnika.

3) kwestie związane z wyznaczaniem białych plam;

Tu przede wszystkim należy uwzględnić:

- a) wystąpienie istotnych zmian prawnych lub faktycznych dot. PA, np. połączenie działek;
- b) wskazanie błędnych danych dot. danego PA (np. brak budynku we wskazanym PA lub pustostan oznaczony jako PA);
- c) stwierdzenie - w chwili realizacji inwestycji - podłączenia danego PA do sieci innego operatora;
- d) stwierdzenie istotnych rozbieżności pomiędzy zasobami geodezyjnymi a rzeczywistym stanem danego terenu;

4) zezwolenia/zgody/decyzje organu administracji publicznej lub wyroki sądów;

Tu należy wziąć pod uwagę odmowę co do orzeczenia, zaświadczenia czy uzgodnienia ze strony jakiegokolwiek organu lub sądu, jeśli są one potrzebne do zgodnego z prawem wykonania projektu, jak również nadmierny czas oczekiwania na ich pozyskanie.

5) dostęp do istniejącej infrastruktury, która ma zostać wykorzystana do realizacji projektu;

W sytuacji, w której inwestycja miałaby zostać wykonana z wykorzystaniem infrastruktury technicznej podmiotów trzecich, do omawianych przesłanek należałoby zaliczyć przypadki:

- a) odmowy zapewnienia dostępu, w tym likwidacji infrastruktury, którą beneficjent zamierzał wykorzystać do wykonania sieci;
- b) w których wykorzystanie tej infrastruktury okazałoby się w toku realizacji prac technicznie niemożliwe (np. z uwagi na niedrożność kanalizacji).

6) pozostałe.

W tym zakresie można wyróżnić sytuacje:

- a) niemożliwej do uniknięcia kolizji z istniejącymi sieciami kolejowymi, energetycznymi, gazowymi, wodociągowymi, kanalizacyjnymi na danym terenie;
- b) braku możliwości wykonania inwestycji z uwagi na uwarunkowania środowiskowe – np. ochronę przyrody (np. obszary Natura 2000).

Podkreślamy, iż KIKE niezmiennie deklaruje gotowość do rozmów i wsparcia na rzecz administracji publicznej, celem wypracowania - optymalnych dla obu stron - zasad przepływu środków publicznych w nowej perspektywie finansowej.

Z poważaniem,

Karol Skupień
/Prezes Zarządu/

Kamila Mizera-Płaczek
/Radca Prawny/

GRAP - Grupa Robocza ds. współpracy z
Administracją Publiczną

GRAP - Grupa Robocza ds. współpracy
z Administracją Publiczną /

Krajowa Izba Komunikacji Ethernetowej

Kancelaria itB Legal