SPÓŁDZIELNIA MIESZKANIOWA
"PRZYSZŁOŚĆ"
07-202 Wyszków, ul. Gen. J. Sowińskiego 63
tel./fax (29) 74 254 18, 74 242 48, 74 257 95 kom. 501 593 320
NIP 762-000-37-46

Wyszków, dnia 25.05.2020 r.

Ldz: 1966/2020

Prezes
Urzędu Komunikacji Elektronicznej

Urząd Komunikacji Elektronicznej
ul. Giełdowa 7/9
01-211 Warszawa

Uczestnicy postępowania:

1/ **Multimedia Polska S.A.**
ul. T. Wendy 7/9, 81-341 Gdynia

2/ **Spółdzielnia Mieszkaniowa „Przyszłość"**
w Wyszkowie
ul. Gen. J. Sowińskiego 63, 07-200 Wyszków

Sygn.: DHRT.WWM.6171.102.2018.34

Stanowisko Udostępniającego
w postępowaniu konsultacyjnym rozpoczętym w dniu 27.04.2020 r.
dotyczące projektu Decyzji DHRT.WWM.6171.102.2018

W odpowiedzi na Zawiadomienie Prezesa UKE z dnia 28.04.2020 r. o wszczęciu postępowania konsultacyjnego dotyczącego projektu decyzji w sprawie (sygn.: DHRT.WWM.6171.102.2018.34) (dalej również: „projekt decyzji") Udostępniający podtrzymuje swoje stanowisko o braku podstaw prawnych do wydania przez Prezesa UKE decyzji zastępującej umowę stron.

Udostępniający wskazuje ponadto, że proponowane przez Prezesa UKE w projekcie Decyzji DHRT.WWM.6171.102.2018 rozwiązania w sposób rażący naruszają zasadę równości stron kształtowanego nią stosunku prawnego, zawierają szereg rozwiązań skrajnie niekorzystnych dla Udostępniającego, wprowadzając niemal pełną dowolność działań po stronie Operatora i pozbawiając Udostępniającego jakiejkolwiek realnej kontroli nad sposobem korzystania przez Operatora z nieruchomości stanowiących współwłasność i znajdujących się w zarządzie Udostępniającego. Ponadto proponowane w projekcie decyzji rozwiązania nie uwzględniają postanowień wypracowanych przez strony postępowania w toku prowadzonych przez nie negocjacji dotyczących zawarcia umowy.

Uzasadnienie

I. W zakresie braku podstaw prawnych do wydania przez Prezesa UKE decyzji zastępującej umowę stron w stanie faktycznym niniejszej sprawy.

W treści projektu decyzji jako podstawę prawną dla ustalenia warunków dostępu Operatora do nieruchomości Udostępniającego Prezes UKE wskazał m.in. art. 22 ust. 1 w związku z art. 30 ust. 1 pkt 5 i 6 oraz ust. 5 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (Dz.U.2019.2410 t.j. ze zm.) (dalej: „ustawa o wspieraniu rozwoju"). W punkcie 1 uzasadnienia projektu decyzji Prezes UKE przytoczył ustalenia, które pozwalały temu Organowi na stwierdzenie, iż „Złożenie przez Operatora Wniosku po upływie 30 dni od wystąpienia do Udostępniającego z wnioskiem o zawarcie umowy o Dostępie skutecznie zainicjowało postępowanie przed Prezesem UKE, którego stronami są Operator i Udostępniający (art. 30 ust. 5b ustawy o wspieraniu rozwoju)".

Podkreślenia wymaga, że ustalenia zawarte w pkt 7 uzasadnienia projektu decyzji nie odpowiadają stanowi faktycznemu. Udostępniający po raz kolejny podkreśla, że projekt umowy załączony przez poprzednika prawnego Operatora do pisma z dnia 15.10.2014 r. skierowanego do Udostępniającego, nie zawierał oznaczenia nieruchomości nim objętych (wykazu budynków). Operator nie oznaczył przedmiotu swojego żądania w zakresie zawarcia umowy o dostępie, choćby poprzez wskazanie adresu budynków. Pismo z dnia 15.10.2014 r. nie zawierało zatem zakresu przedmiotowego żądań Operatora, co nadawało im charakter blankietowy. Brak sformułowanego żądania, co do jego przedmiotu, nie może skutkować rozpoczęciem biegu 30-dniowego terminu do zawarcia umowy, o którym mowa w art. 22 ust 1 ustawy o wspieraniu rozwoju.
Powyższy argument, powołany przez Udostępniającego w jego stanowisku z dnia 27.07.2018 r., był przedmiotem analizy Prezesa UKE dokonanej w pkt 3 uzasadnienia projektu decyzji. Organ stwierdził, iż argumenty Udostępniającego zgłaszane w tym zakresie nie zasługują na uwzględnienie. Stanowisko to Prezes UKE motywował tym, że „w odpowiedzi na tak sformułowany wniosek, Udostępniający w piśmie z dnia 24 października 2014 r. nie podniósł kwestii braku jasności co do zakresu żądania i nie wniósł o doprecyzowanie wniosku poprzez przedstawienie wykazu budynków nim objętych." Podkreślenia wymaga, że w październiku 2014 r. wciąż obowiązywała umowa stron regulująca kwestię korzystania przez Operatora z nieruchomości Udostępniającego. Strony, celem uzgodnienia satysfakcjonujących dla nich warunków, prowadziły rozmowy o zasadach kontynuacji stosunku prawnego. Wymiana licznej korespondencji, w której Udostępniający szczegółowo ustosunkowywał się do propozycji Operatora i przedstawiał własne, wskazując na motywy ich wprowadzenia, stanowi dowód realnych dążeń Udostępniającego zmierzających do zawarcia umowy. Jednocześnie w okresie przed 15.10.2014 r. Udostępniający konsekwentnie sprzeciwiał się zawarciu aneksu do łączącej strony umowy z dnia 31.01.2003 r., zmierzającego do podniesienia po raz kolejny (i przed upływem roku od ostatniej podwyżki) stawki opłaty uiszczanej przez Udostępniającego na rzecz Operatora, w zamian za dostarczanie mieszkańcom zasobów pakietu podstawowego telewizji obejmującego TVP1, TVP2, TVP3 i TV Polonia. W odpowiedzi Operator groził zaprzestaniem nadawania sygnału telewizyjnego (mając pełną świadomość, iż w związku z likwidacją anten AZART na dachach budynku i faktem, że pozostawał w tamtym okresie jedynym operatorem dostarczającym sygnał telewizji kablowej w zasobach Udostępniającego, będzie to skutkowało pozbawieniem części mieszkańców zasobów dostępu do telewizji) i wypowiedzeniem umowy.

W sytuacji, gdy Operator, celem wymuszenia akceptacji niekorzystnych dla Udostępniającego warunków umowy, występuje z niekompletnym wnioskiem, grożąc wszczęciem postępowania przed Prezesem UKE (do czego w tamtym okresie, przed nowelizacją ustawy o wspieraniu rozwoju, nie był uprawniony, ze względu na dysponowanie faktycznym dostępem do infrastruktury), trudno jest oczekiwać od Udostępniającego, że zwróci Operatorowi uwagę na uchybienia w jego wniosku, a tym bardziej, że będzie go wzywał do jego uzupełnienia. Udostępniający jest podmiotem prawa prywatnego, a jego Zarząd nie powinien podejmować działań sprzecznych z interesami Udostępniającego. To Operator, jako podmiot profesjonalny, winien podejmować działania zgodne z własnym interesem, nie zaś Udostępniający, dla którego występowanie przez Operatora z takim wnioskiem i wszczynanie postępowań przed Prezesem UKE trudno uznać za korzystne. Tym samym stawianie przez Prezesa UKE w uzasadnieniu projektu decyzji zarzutu, iż Udostępniający nie podjął działań zmierzających do uzupełnienia przez Operatora wniosku pozostającego w sprzeczności z jego interesami należy uznać za kuriozalne. Okoliczność ta nie może być podstawą do sanowania ewidentnych uchybień Operatora.

W uzasadnieniu projektu decyzji postawiono także tezę, iż „treść pisma z dnia 15 października 2014 r. stanowiąca wniosek o zawarcie umowy Dostępu w jasny sposób precyzowała zakres żądania, tj. „zawarcie umowy o korzystanie z nieruchomości położonych w Wyszkowie i posadowionych na nich budynków stanowiących własność i administrowanych przez Spółdzielnię, w celu zapewnienia telekomunikacji w budynkach"". Jak wynika z pisma Operatora z dnia 02.07.2018 r., do którego Operator załączył listę budynków objętych wnioskiem wszczynającym niniejsze postępowanie, Operator nie objął żądaniem wszystkich nieruchomości położonych w Wyszkowie, administrowanych przez Udostępniającego - wnioskiem tym nie był objęty m.in. budynek położony przy ul. Sowińskiego 63. Powyższe dowodzi, że żądanie zawarte w piśmie Operatora datowanym na 15.10.2014 r. nie było określone w sposób precyzyjny, a taki, który mógł budzić uzasadnione wątpliwości co do jego przedmiotu.

W uzasadnieniu projektu decyzji (pkt 3) wskazano ponadto, że „ustawa o wspieraniu rozwoju nie wprowadza żadnych szczególnych wymagań dla treści wniosku o zawarcie umowy Dostępu, z jakim przedsiębiorcy telekomunikacyjni winni występować do właścicieli, użytkowników wieczystych lub zarządców nieruchomości (np. wykazu nieruchomości wraz podaniem ich numerów ksiąg wieczystych, nazwy ulicy, numeru budynku i ilości mieszkań w budynku)." Uznać jednak należy, iż wniosek taki powinien zawierać przynajmniej oznaczenie czego występujący z nim domaga się od dysponentów nieruchomości. Trudno prowadzić negocjacje w sytuacji, gdy nie wiadomo, czy podmiot występujący z wnioskiem domaga się dostępu do jednego, pięciu czy pięćdziesięciu budynków. Brak takiej wiedzy uniemożliwia prawidłowe ukształtowanie stosunku prawnego w sposób, który może być satysfakcjonujący dla obydwu stron. W takich okolicznościach można jedynie wymieniać się pytaniami i uwagami co do potencjalnego skutku poszczególnych postanowień projektu umowy. Przyjęcie wykładni zaproponowanej przez Prezesa UKE w uzasadnieniu decyzji pozwalałoby uznać, iż do wszczęcia postępowania przed tym organem wystarczające byłoby przesłanie dysponującemu nieruchomością dokumentu o właściwie dowolnym brzmieniu, w tym zawierającego wyłącznie zapis „wnoszę o dostęp", a nawet postanowienia rażąco sprzeczne z prawem, byleby z powołaniem się na

przepisy ustawy o wspieraniu rozwoju i odczekanie na upływ 30 dni od dnia wpływu takiego „wniosku" do dysponenta nieruchomością. Należy uznać, iż nie takie były intencje ustawodawcy.

Nie sposób zgodzić się również z wyrażonym w uzasadnieniu decyzji poglądem, iż „ustawa o wspieraniu rozwoju nie stanowi również o tym, w jakich okolicznościach przedsiębiorca telekomunikacyjny uprawniony jest do wystąpienia z wnioskiem o zawarcie umowy Dostępu". Z przepisów ustawy o wspieraniu rozwoju wprost wynika, że podstawową formą regulowania stosunków między operatorem a udostępniającym winna być umowa stron. Operator może skutecznie wystąpić do Prezesa UKE o ukształtowanie relacji stron w drodze decyzji jedynie w sytuacji, gdy taka umowa nie została zawarta. Tryb „administracyjny" uregulowania relacji między stronami może mieć miejsce jedynie w przypadkach, gdy stronom nie uda się wypracować zasad korzystania z nieruchomości. W sytuacji zatem, kiedy strony dnia 20.10.2014 r. (data wpływu „wniosku" Operatora z dnia 15.10.2014 r. do Udostępniającego) wiązała umowa regulująca kwestię korzystania przez Operatora z nieruchomości Udostępniającego nie może być mowy o istnieniu po stronie Operatora uprawnienia do wystąpienia do Udostępniającego z wnioskiem o dostęp, w rozumieniu ustawy o wspieraniu rozwoju. Uprawniałoby to Operatora do wszczęcia postępowania przed Prezesem UKE nie tylko w sytuacji odmowy lub nie zawarcia umowy dostępu w ustawowym terminie 30 dni, ale w każdym przypadku, kiedy Operator chce wymusić zmianę łączącego strony stosunku prawnego. Zatem, wbrew stanowisku Organu przedstawionemu w uzasadnieniu projektu decyzji, wskazywana przez Udostępniającego okoliczność, wystąpienia z wnioskiem (z dnia 15.10.2014 r.), w dacie gdy trwała jeszcze umowa z dnia 31.03.2003 r., ma dla sprawy znaczenie fundamentalne. Nie sposób uznać, że z dniem doręczenia Udostępniającemu pisma Operatora z dnia 15.10.2014 r. rozpoczął bieg 30-dniowy termin, po upływie którego możliwe było wszczęcie postępowania przed Prezesem UKE. Dodatkowo – ustawa ta, w okresie wystąpienia przez Operatora z „wnioskiem" datowanym na 15.10.2014 r. nie zawierała uregulowań analogicznych do zawartych w art. 30 ust. 5 pkt 2 w jej obecnie obowiązującym brzmieniu, zaś powołane w Stanowisku Udostępniającego z dnia 27.07.2018 r. orzecznictwo jednoznacznie przesądzało o braku możliwości wydania decyzji o dostępie w sytuacji, kiedy operator dysponuje realną możliwością zapewniania telekomunikacji w budynkach udostępniającego (co w okolicznościach niniejszej sprawy nieprzerwanie ma miejsce).

Dodatkowo zważyć należy, iż „wniosek" poprzednika prawnego Operatora (Multimedia Polska Infrastruktura sp. z o.o.) z dnia 15.10.2014 r., od którego wpływu do Udostępniającego Organ liczy upływ 30-dniowego terminu przewidzianego w ustawie o wspieraniu rozwoju, był sygnowany przez Andrzeja Zielińskiego, Dyrektora Regionu Centralnego MULTIMEDIA POLSKA S.A. (jak wynika z pieczęci pod ww. pismem – w aktach sprawy). Organ, przed wydaniem decyzji winien dokonać analizy, czy pismo, rodzące tak doniosłe konsekwencje prawne, tj. od którego skutecznego wniesienia zależy możliwość wszczęcia i prowadzenia postępowania zakończonego wydaniem decyzji, zostało podpisane przez uprawniony do tego podmiot. Udostępniający wskazuje, iż pomimo, że Multimedia Polska Infrastruktura sp. z o.o. udzieliła pełnomocnictwa panu Andrzejowi Zielińskiemu, to posłużenie się przez niego pieczęcią innego podmiotu przemawia za tym, iż sygnował on pismo jako reprezentant innej spółki.

Wobec powołanych wyżej okoliczności nieuprawnione jest zawarte w pkt 1 uzasadnienia projektu decyzji stwierdzenie, że doszło do złożenia przez Operatora wniosku o wszczęcie postępowania zmierzającego do wydania decyzji po upływie 30 dni od wystąpienia do Udostępniającego z wnioskiem o zawarcie umowy o dostępie. Wniosek o zawarcie takiej umowy, określający przynajmniej zakres żądań Operatora, do tej pory nie został wniesiony do Udostępniającego przez Operatora. Nie było zatem możliwe skuteczne zainicjowanie przed Prezesem UKE postępowania, którego stronami byliby Operator i Udostępniający.

W punkcie 2.1 uzasadnienia projektu decyzji Prezes UKE powołuje przepisy w brzmieniu ustalonym ustawą z dnia 30.08.2019 r. o zmianie ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2019.1815) tj. art. 30 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 30 ust. 5 pkt 2 ustawy o wspieraniu rozwoju, stawiając tezę, iż nowo wprowadzone do tej ustawy przepisy znajdą w niniejszej sprawie zastosowanie, ponieważ infrastruktura której właścicielem jest Operator została wybudowana za zgodą Udostępniającego. Organ nie uwzględnia przy tym w swoich rozważaniach, że zgoda, która znajduje potwierdzenie m.in. w zapisach umowy uprzednio łączącej Udostępniającego z poprzednikiem prawnym Operatora (umowa z dnia 31.01.2003 r.) nie miała charakteru bezwarunkowego. Udostępniający zezwolił poprzednikowi prawnemu Operatora na korzystanie z nieruchomości Udostępniającego pod warunkiem udostępnienia przez tego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego mieszkańcom zasobów Udostępniającego podstawowego pakietu telewizji kablowej po promocyjnej cenie (uiszczanej przez Udostępniającego). Pominięcie tej okoliczności całkowicie wypacza sens zgody udzielonej poprzednikowi prawnemu Operatora przez Udostępniającego. Zgoda taka nie zostałaby udzielona, gdyby nie możliwość likwidacji anten AZART, przy jednoczesnym zapewnieniu mieszkańcom zasobów dostępu do podstawowego pakietu telewizji kablowej. Nie można zatem uznać, biorąc pod uwagę odpadnięcie warunku, pod jakim zgoda ta została udzielona, że w okolicznościach tej sprawy nie występuje negatywna przesłanka określona w art. 30 ust. 5 pkt 2 ustawy o wspieraniu rozwoju, jak uczynił to Organ w uzasadnieniu projektu decyzji. Brak jest zatem możliwości wydania decyzji w oparciu o art. 30 ust. 5 pkt 2 ustawy o wspieraniu rozwoju.

W tym miejscu należy przytoczyć treść uzasadnienia projektu ustawy nowelizującej ustawę o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych oraz niektórych innych ustaw (nr VIII. 3484), którą dokonano zmiany powoływanego w projekcie decyzji i jego uzasadnieniu art. 30 ust. 1 pkt 5 oraz ust. 5 pkt 2 ustawy o wspieraniu rozwoju. W uzasadnieniu tym wskazano wprost, iż celem tych zmian jest „ doprecyzowanie w jakich przypadkach Prezes UKE może wydać decyzję "legalizacyjną" dotyczącą już istniejącej instalacji telekomunikacyjnej budynku lub istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego, ze szczególnym wskazaniem przypadków kiedy nie ma podstaw do wydania decyzji pozytywnej." Podniesiono, iż „w aktualnym stanie prawnym przepis ten nie wyklucza sytuacji, w której przedsiębiorca telekomunikacyjny najpierw wykonał przyłącze do budynku lub instalację telekomunikacyjną bez wiedzy lub nawet wbrew woli właściciela lub użytkownika wieczystego nieruchomości, a następnie zwracał się o "zalegalizowanie" tak "siłowo" wykonanej instalacji do Prezesa UKE w drodze decyzji ustalającej warunki dostępu do nieruchomości. Wydaje się iż ustawodawca nie powinien promować tego typu negatywnych zachowań."
Wydanie decyzji w okolicznościach niniejszej sprawy w sposób oczywisty stanowić będzie usankcjonowanie działania Operatora, który najpierw wzniósł na nieruchomościach Udostępniającego

infrastrukturę, w zamian za zapewnienie mieszkańcom zasobów dostępu do podstawowego pakietu telewizji w promocyjnej cenie, a następnie wobec niewyrażenia przez Udostępniającego zgody na kolejną podwyżkę opłaty promocyjnej, własnym działaniem doprowadził do wygaśnięcia umowy, w oparciu o którą był uprawniony do korzystania z nieruchomości. Wydanie decyzji o dostępie będzie stanowiło legalizację tych działań i promocję tego typu negatywnych zachowań, jak się wydaje, sprzecznie z wolą ustawodawcy. Operator nie dążył w okolicznościach niniejszej sprawy do uzyskania dostępu, dążył do zmiany warunków umowy wiążącej go z Udostępniającym (stąd też wystąpienie z „wnioskiem" w trakcie jej obowiązywania). Nie mogąc uzyskać jego zgody na podniesienie cen usług postanowił wykorzystać tryb przewidziany w ustawie o wspieraniu rozwoju, najpierw grożąc wszczynaniem postępowań administracyjnych (nie będąc uprawnionym do uzyskania decyzji w oparciu o przepisy obowiązujące w 2014 r.), a następnie, po nowelizacji ustawy, usiłując doprowadzić de facto do zmiany zasad współpracy rękami Prezesa UKE. Uprawniona wydaje się teza, iż nie takie intencje leżały u podstaw przyznania Prezesowi UKE kompetencji do wydania decyzji o dostępie.

Ponadto powołana w treści projektu decyzji i jego uzasadnienia podstawa prawna nie może skutkować powstaniem po stronie Operatora uprawnienia do instalowania elementów infrastruktury służących do przyłączenia nowych abonentów (pkt II uzasadnienia).

II. W zakresie postanowień ustalających warunki współpracy stron

Proponowane w projekcie decyzji warunki korzystania przez Operatora z nieruchomości stanowiących współwłasność i znajdujących się w zarządzie Udostępniającego zostały ukształtowane z rażącym naruszeniem zasady równości stron kształtowanego nią stosunku prawnego, zawierając szereg rozwiązań skrajnie niekorzystnych dla Udostępniającego, wprowadzając niemal pełną dowolność działań po stronie Operatora i pozbawiając Udostępniającego jakiejkolwiek realnej kontroli nad sposobem korzystania przez Operatora z nieruchomości Udostępniającego. Nie zabezpieczają w realny sposób ewentualnych roszczeń Udostępniającego, mogących powstać wskutek działań Operatora. Organ w projekcie nie uwzględnił rozwiązań, co do których strony doszły do porozumienia w trakcie prowadzonych przez nie rozmów, dotyczących zmiany umowy z dnia 31.01.2003 r. Nie uwzględniono również okoliczności faktycznych związanych ze sposobem zasilania infrastruktury Operatora w energię elektryczną (pomimo, iż obydwie powołane wyżej okoliczności są Organowi znane – wynikają bowiem z korespondencji stron załączonej do Stanowiska Udostępniającego z dnia 27.07.2018 r. Proponowane w projekcie decyzji postanowienia wykraczają poza wyznaczony w art. 30 ust. 5 pkt 2 zakres przypadków, w których możliwe jest wydanie decyzji w przypadku istnienia na nieruchomościach udostępniającego funkcjonującej infrastruktury.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż uprawnienia Operatora przewidziane w § 2 ust. 1 pkt 1 lit b, tj. instalowanie elementów infrastruktury służących do przyłączenia nowych abonentów w miarę ich pozyskiwania przez Operatora nie sposób zakwalifikować jako utrzymywanie, eksploatację, konserwację, remont i usuwanie awarii elementów Infrastruktury, w zakresie niezbędnym do świadczenia usług telekomunikacyjnych. Jest to wznoszenie nie nieruchomościach Udostępniającego nowych elementów infrastruktury, zaś „przypadek utrzymywania, eksploatacji, konserwacji, remontu i usuwania awarii" może dotyczyć wyłącznie jej już istniejących elementów. Powołany jako podstawa

prawna projektowanego rozstrzygnięcia art. art. 30 ust. 1 pkt 5 i 6 oraz ust. 5 ustawy o wspieraniu rozwoju dotyczy wyłącznie umożliwienia utrzymywania, eksploatacji, przebudowy lub remontu przyłącza telekomunikacyjnego lub instalacji telekomunikacyjnej budynku będących własnością tego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego oraz umożliwienia wejścia na teren nieruchomości, w tym do budynku, w zakresie niezbędnym do korzystania z dostępu. Kwestie związane ze wznoszeniem na nieruchomościach Udostępniającego nowych elementów infrastruktury reguluje z kolei art. 30 ust. 1 pkt 3 ustawy o wspieraniu rozwoju, który dotyczy umożliwienia operatorowi wykonania instalacji telekomunikacyjnej budynku, ale wyłącznie przy zaistnieniu przewidzianych w tym przepisie warunków, tj. jeżeli nie istnieje instalacja telekomunikacyjna budynku przystosowana do dostarczania usług szerokopasmowego dostępu do Internetu o przepustowości co najmniej 30 Mb/s lub istniejąca instalacja telekomunikacyjna budynku przystosowana do dostarczania usług szerokopasmowego dostępu do Internetu o przepustowości co najmniej 30 Mb/s nie jest dostępna lub nie odpowiada zapotrzebowaniu przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. W zakresie wznoszenia nowych elementów infrastruktury Operator powinien być obowiązany do zachowania wymogów przewidzianych przepisami prawa, a w pierwszej kolejności do zbadania i wykorzystania możliwości korzystania z istniejącej już na nieruchomości instalacji telekomunikacyjnej. Dopiero po wykluczeniu takiej możliwości może skutecznie ubiegać się o rozbudowę infrastruktury, a w przypadku nie zawarcia przez strony umowy o dostępie – ubiegać się o wydanie przez Prezesa UKE decyzji zastępującej umowę stron w oparciu o art. 30 ust 1 pkt 3 ustawy o wspieraniu rozwoju.
Wprowadzenie do projektu decyzji postanowień dotyczących instalowania elementów infrastruktury służących do przyłączenia nowych abonentów w miarę ich pozyskiwania przez Operatora, wykracza poza regulację art. 30 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy o dostępie.

W uzasadnieniu projektu decyzji Prezes UKE ponadto powołał i dokonał wykładni art. 30 ust. 5 pkt 2 ustawy o wspieraniu rozwoju wskazując, iż „żądania zawarte we Wniosku dotyczą realizacji Dostępu w formach przewidzianych w art. 30 ust. 1 pkt 5 i 6 w związku z art. 30 ust. 5 pkt 2 ustawy o wspieraniu rozwoju (korzystanie z Infrastruktury w warunkach braku umowy)." (pkt 2.1 uzasadnienia projektu decyzji). Organ stwierdził, że w oparciu o te właśnie przepisy Udostępniający ma obowiązek zapewnienia dostępu w zakresie wyznaczonym przez wniosek.
Art. 30 ust. 5 pkt 2 ustawy o wspieraniu rozwoju stanowi, że „Prezes UKE wydaje decyzję o dostępie, o którym mowa w ust. 1 pkt 5, także wówczas, jeżeli dla istniejącej instalacji telekomunikacyjnej budynku lub istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego warunki dostępu nie są określone w umowie, o której mowa w ust. 4, lub umowa taka wygasła, chyba że przedsiębiorca telekomunikacyjny wykonał instalację telekomunikacyjną budynku lub doprowadził przyłącze telekomunikacyjne, nie mając tytułu prawnego do dysponowania nieruchomością na ten cel oraz wbrew woli lub bez wiedzy właściciela lub użytkownika wieczystego nieruchomości". Na tej podstawie oraz w stanie faktycznym niniejszej sprawy brak jest zatem podstaw do wydania decyzji zawierającej po stronie Operatora uprawnienie do rozbudowy infrastruktury, tj. w zakresie „instalowania elementów Infrastruktury służących do przyłączenia nowych Abonentów w miarę ich pozyskiwania przez Operatora". Z tych względów § 2 ust. 1 pkt 1 lit b powinien zostać wykreślony.

Sposób ukształtowania uprawnień Operatora zawartych w § 2 ust. 2 pkt 2, dotyczących korzystania z energii elektrycznej, wskazuje, że Organ nie dokonał analizy stanu faktycznego sprawy.

Operator posiada umowy o dostarczanie energii elektrycznej łączące go bezpośrednio z przedsiębiorstwem energetycznym (wynika to wprost z pisma Operatora z dnia 14.01.2015 r. – w aktach sprawy). Ponieważ w oparciu o to źródło zasilania Operator posiada w zasobach Udostępniającego funkcjonującą infrastrukturę, za pomocą której świadczy nieprzerwanie usługi telekomunikacyjne, zaś projekt decyzji nie obejmuje zmiany technologii świadczonych usług (§ 1 ust. 2 projektu decyzji), a na podstawie decyzji wydanej w tym postępowaniu nie ma podstaw do przyznawania Operatorowi uprawnienia do rozbudowy infrastruktury (o czym mowa powyżej) brak jest także podstaw do przyznania operatorowi uprawnień, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 2 oraz § 2 ust. 1 pkt 3 w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2 projektu decyzji.

W § 2 ust. 3 ustalono granice korzystania z nieruchomości Udostępniającego przez Operatora w sposób niedookreślony (zwłaszcza wobec braku szczegółowych postanowień w § 4, o czym mowa poniżej), a co za tym idzie mogący być podstawą do ich zbyt szerokiej interpretacji. Kreowanie prawa do korzystania z cudzej własności w drodze decyzji administracyjnej, zwłaszcza gdy korzystającym jest podmiot komercyjny, jakim jest Operator, winno opierać się na poszanowaniu prawa własności i określać granice korzystania w sposób szczegółowy i zarazem możliwie najwęższy - służący realizacji celu, ale eliminujący samowolę korzystającego i mogące powstać na tym tle konflikty. Posługiwanie się pojęciami nieostrymi, przy jednoczesnym braku szczegółowych zasad w dalszej części projektu decyzji, należy uznać za konfliktogenne i naruszające prawa Udostępniającego, które, jako że to on musi godzić się na ograniczenie prawa własności, powinny być przez organ administracji publicznej objęte szczególną ochroną.

W tym celu projekt decyzji powinien zawierać szczegółowe rozwiązania dotyczące sposobu prowadzenia prac – zawierać regulacje dotyczące dni i godzin, w których prowadzenie prac na nieruchomościach Udostępniającego (budynkach wielorodzinnych) będzie możliwe. W sposób odmienny niż zaproponowany w projekcie powinny być również ukształtowane kwestie związane z ustaleniem konkretnych dat prowadzenia prac – zasady te zostały przez strony ustalone, co znalazło wyraz w projekcie umowy załączonym przez poprzednika prawnego Operatora do jego pisma do Udostępniającego z dnia 14.01.2015 r. (w aktach sprawy - § 1 pkt 2 projektu umowy). Brak jest podstaw do odmiennego, niż zaakceptowany przez strony, kształtowania zasad współpracy. W szczególności brak jest podstaw do mniej korzystnego, niż ustalony przez strony, sposobu kształtowania uprawnień Udostępniającego (§ 4 ust. 8 i 11 projektu decyzji). Uwzględniając, że budynki, którymi zarządza Udostępniający mają charakter wielorodzinny, poszczególne postanowienia decyzji winny mieć na uwadze komfort i bezpieczeństwo ich mieszkańców, np. poprzez zaznaczenie, że uprzątnięcie terenu prac (§ 2 ust. 9) powinno mieć miejsce na koniec każdego dnia roboczego. Powinien również znaleźć się w projekcie zapis, że prace muszą być prowadzone w sposób umożliwiający swobodne korzystanie z klatek schodowych. Są to rozwiązania powszechnie stosowane przy prowadzeniu prac w zasobach spółdzielni mieszkaniowych.

Kolejnym przykładem posłużenia się pojęciem nieostrym, mogącym prowadzić do sytuacji konfliktowych, szczególnie niekorzystnych dla Udostępniającego, jest § 2 ust 12 projektu decyzji. Przewiduje on po stronie Operatora obowiązek usunięcia szkód wynikających bezpośrednio z wykonywania uprawnień przewidzianych w § 2 ust. 1 pkt 1-2 projektu decyzji. Pomijając kwestię

problemów interpretacyjnych, należy podnieść, że jest to rozwiązanie rażąco niezgodne z zasadą równości stron stosunku prawnego i proporcjonalności. Operator winien być zobowiązany do usunięcia wszelkich szkód w mieniu Udostępniającego, powstałych w związku z prowadzeniem przez niego działalności na należących do Udostępniającego nieruchomościach. Proponowany sposób ukształtowania stosunku prawnego wydaje się wskazywać, że Operator nie będzie obowiązany do usunięcia szkód wynikających z innych jego działań, niż wymienionych w § 2 ust. 1 pkt 1 i 2, a i w tym zakresie – tylko tych wynikłych z nich „bezpośrednio". Jaki podmiot ma zatem ponieść ciężar usunięcia szkód spowodowanych działalnością Operatora, innych niż przewidziane w § 2 ust. 12? Podkreślenia wymaga również, że jedynie do takich szkód ograniczone jest uprawnienie Udostępniającego do skorzystania z instytucji wykonania zastępczego (co i tak, wobec braku w praktyce jakiegokolwiek zabezpieczenia, będzie rodziło konieczność poniesienia kosztów przez Udostępniającego). Aby choć w podstawowym zakresie wyrównać sytuację stron konieczna jest zmiana powołanego postanowienia, tak, by nie było wątpliwości, iż Operator ponosi odpowiedzialność za wszelkie szkody w mieniu Udostępniającego wynikające z jego działalności oraz rozszerzenie uprawnienia do skorzystania z instytucji wykonania zastępczego na każdy przypadek nieusunięcia przez Operatora szkód. Operator winien być również obowiązany do zwrotu Udostępniającemu wszelkich kosztów i wydatków, poniesionych przez ten podmiot w związku z prowadzeniem przez Operatora działalności na nieruchomościach Udostępniającego, nie tylko wymienionych w § 2 ust. 13.

Odnośnie § 2 ust. 16 projektu decyzji podnieść należy, że tak jak przy okazji wykonywania innych prac na nieruchomościach Udostępniającego, również i w tym przypadku dysponent nieruchomości winien być poinformowany o danych podmiotu, wykonującego prace na należącej do niego nieruchomości, a w uzasadnionych przypadkach (np. nienależyte wykonanie umowy zawartej z Udostępniającym w przeszłości) – powinien móc sprzeciwić się powierzaniu prac konkretnemu podmiotowi.

Poruszana już wcześniej kwestia nierównego traktowania stron kształtowanego decyzją stosunku prawnego oraz ignorowania przez Organ faktu wypracowania przez strony rozwiązań w toku negocjacji mających na celu zawarcie umowy, znalazła potwierdzenie także w postanowieniach projektu decyzji dotyczących szczegółowych zasad współpracy stron (§ 4 projektu decyzji). To w tym miejscu winny zostać uwzględnione uzgodnione przez strony zasady prowadzenia prac – zarówno, co do dni i godzin, w których jest to możliwe, jak i co do konieczności uzgodnienia przez Operatora z Udostępniającym terminu prowadzenia tych prac.
Postanowienia § 4 ust. 4 – 10 projektu decyzji należy uznać za bezprzedmiotowe, ze względu na brak konieczności prowadzenia przez Operatora prac, o których mowa w § 2 ust 1 pkt 2 lit. b, ponieważ, jak wskazano wyżej, Operator dysponuje rozwiązaniami koniecznymi do zasilania swojej infrastruktury oraz zawarł z przedsiębiorstwem energetycznym stosowne umowy. Na podstawie decyzji wydanej w niniejszej sprawie nie jest uprawniony do zmiany technologii zapewniania telekomunikacji ani nie powinien być uprawniony do jej rozbudowy.
Na marginesie jedynie należy zaznaczyć, że wprowadzanie zasad, które pozwalają podmiotowi korzystającemu z cudzej nieruchomości na prowadzenie prac, w szczególności w zakresie instalacji elektrycznej, jedynie za 7 dniowym zawiadomieniem (taki termin de facto przewidziany jest w sytuacji, gdy Udostępniający nie zgodzi się na termin dowolnie zaproponowany przez Operatora - § 4 ust. 8 projektu decyzji) stanowi przykład nierównego traktowania stron i naruszenia zasady

proporcjonalności. Organ pominął zdaje się zupełnie okoliczność, że prace Operatora w określonym przez niego terminie mogą kolidować z planowanymi, lub co gorsza trwającymi w tym samym czasie pracami prowadzonymi na klatkach schodowych przez Udostępniającego lub inne podmioty. Podobnie nie pochylono się nad faktem, że w przypadku budynków wielorodzinnych istnieje konieczność uprzedzenia mieszkańców o planowanych pracach, zwłaszcza dotyczących prac przy instalacji elektrycznej – nie tylko dla ich komfortu, ale również w celu umożliwienia im usunięcia z klatek schodowych ewentualnych, należących do nich przedmiotów.
Analogiczny zarzut można postawić zasadom „uzgodnienia" z Udostępniającym projektu instalacji elektrycznych (§ 4 ust. 6 i 7), które sprowadzają się do oznaczenia 14-dniowego terminu, po którym Operator będzie mógł, wykorzystując kolejne nieostre pojęcia zawarte w projekcie decyzji, nie uwzględnić uwag Udostępniającego, kwalifikując je jako nieuniemożliwiające racjonalnego korzystania z nieruchomości. Jednocześnie będzie mógł zupełnie swobodnie odrzucić takie uwagi, które będą „jedynie" znacznie utrudniały korzystanie z mienia Udostępniającego. Na marginesie należy nadmienić, że w przypadku gdyby projekt dotyczył kilkudziesięciu budynków (a biorąc pod uwagę przedmiot wniosku i postanowienia zawarte w § 4 ust. 4 istnieje taka możliwość), 14-dniowy termin określony w ust. 6 może okazać się zbyt krótki do zajęcia umotywowanego stanowiska w odniesieniu do całości projektu. Podobny zarzut należy postawić 7-dniowemu terminowi określonemu w ust. 5. Stosowanie takich krótkich terminów jest nieracjonalne tym bardziej, że decyzje o takich inwestycjach podejmuje się z dużym wyprzedzeniem, istnieje więc możliwość takiego ukształtowania zasad współpracy, by umożliwić Udostępniającemu dotrzymanie terminów.

Kolejnym przykładem naruszenia zasady równego kształtowania stron są postanowienia § 4 ust. 9 i 10 projektu decyzji. Proponowane tam zapisy pozbawiają Udostępniającego jakiejkolwiek kontroli w zakresie ewentualnych nieprawidłowości przy prowadzeniu przez Operatora prac na nieruchomościach Udostępniającego. W przypadku, gdy strony nie dojdą do porozumienia co do treści protokołu, co uniemożliwi jego podpisanie przez Udostępniającego, ust. 10 przewiduje domniemanie jego akceptacji przez Udostępniającego.

Postanowienia § 4 ust. 11 projektu decyzji przewidują po stronie Operatora pełną dowolność w ustalaniu terminów prowadzenia prac na nieruchomościach Udostępniającego. W sposób rażący narusza to równowagę stron, prawa Udostępniającego jako współwłaściciela i zarządcy oraz nie uwzględnia specyfiki nieruchomości objętych decyzją. Regulacja ta, tak jak postanowienia § 4 ust. 8 projektu decyzji, została wprowadzona z całkowitym pominięciem faktu, iż jest wysoce prawdopodobne, że prace Operatora w określonym przez niego jednostronnie terminie będą kolidować z planowanymi lub trwającymi w tym samym czasie pracami prowadzonymi na klatkach schodowych przez Udostępniającego lub innych Operatorów. Nie uwzględnia również specyfiki prowadzenia prac w budynkach wielorodzinnych. Ponadto proponowane rozwiązanie pomija postanowienia wypracowane przez strony postępowania w toku prowadzonych przez nie negocjacji dotyczących zawarcia umowy.

Podkreślenia wymaga, że zaproponowane w projekcie decyzji postanowienia nie są stosowane nawet w przypadku, gdy regulują współpracę podmiotów, które czerpią z niej obopólne korzyści. Tym bardziej nie powinny znaleźć się w decyzji administracyjnej nakładającej na dysponenta nieruchomości

obowiązek znoszenia na przedmiocie jego własności działalności podmiotu prowadzącego, jego kosztem, działalność zarobkową.

W projekcie decyzji nie zawarto postanowień co do zasad prowadzenia prac określonych w § 2 ust. 1 pkt 1 lit. b. Uprawnienie do ich prowadzenia przez Operatora, jak wskazano wyżej, nie powinno być w ogóle przewidziane w decyzji. Przewidując jednak możliwość ich prowadzenia Organ winien określić chociaż podstawowe zasady, z poszanowaniem wypracowanych przez strony rozwiązań, zasady proporcjonalności i równości stron.

Analiza § 4 ust. 12 i 13 projektu decyzji prowadzi do wniosku, że kaucja, stanowiąca jedyne zabezpieczenie należytego wykonania umowy, przewidziana jest wyłącznie w przypadku prowadzenia przez Operatora prac wskazanych w § 2 ust. 1 pkt 1 lit. a pkt 2 lit. b Nie obejmuje więc prac prowadzonych przez Operatora w oparciu o § 2 ust. 1 pkt 1 lit. b oraz pkt 2 lit. a, pomimo, że w przypadku prowadzenia takich prac również istnieje potrzeba zabezpieczenia ich należytego wykonania. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy powinno dotyczyć wszystkich prac, do prowadzenia których Operator będzie uprawniony na podstawie decyzji.

Ponadto zarówno rozmiar prowadzonej przez Operatora w zasobach Udostępniającego działalności, zakres, w jakim nieruchomości Udostępniającego są objęte infrastrukturą Operatora, jak i powszechna praktyka kontraktowa wymagają, by zabezpieczenie obejmowało nie tylko prace wykonywane przez Operatora na podstawie decyzji o dostępie, ale mogło również służyć pokryciu innych szkód czy kosztów demontażu infrastruktury i przywróceniu stanu poprzedniego po zakończeniu stosunku prawnego. Zabezpieczenie takie może zostać udzielone w formie weksla, gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, a jego wartość powinna odpowiadać realnym kosztom prac, koniecznych do przeprowadzenia, w przypadku niewywiązania się przez Operatora z obowiązków, w tym po ustaniu stosunku prawnego. Nadmienić należy, iż żadna z proponowanych form zabezpieczenia nie obciąży finansowo Operatora, Udostępniającemu pozwoli natomiast na sprawne przywrócenie stanu poprzedniego, zwiększając jednocześnie szanse na zaspokojenie roszczeń z tego tytułu w rozsądnym czasie. Zabezpieczeniu powinna towarzyszyć możliwość skorzystania z uprawnienia do wykonania zastępczego, po upływie racjonalnego terminu od wezwania do wykonania prac.
Kwota kaucji – 1000 zł za budynek jest kwotą rażąco nieadekwatną, w stosunku do rozmiarów szkód, które mogą zostać wyrządzone w mieniu Udostępniającego wskutek działalności Operatora. Nadmienić należy, że nieruchomości te stanowią wieloklatkowe budynki mieszkalne, w większości czteropiętrowe. Nawet w przypadku, gdyby w trakcie prac wykonywanych przez Operatora nie doszło do poważniejszych szkód, a konieczność sięgnięcia do kaucji ograniczałaby się do przeprowadzenia drobnych prac malarskich czy fragmentarycznego tynkowania, kwota 1000 zł nie zrekompensuje kosztów przeprowadzenia takich prac przez Udostępniającego w całym budynku. Kwota kaucji powinna zostać zwielokrotniona i winna być ustalana od klatki schodowej, nie budynku. Za minimalną adekwatną, tj. odpowiadającą rynkowym cenom prowadzenia prac, kwotę (od klatki schodowej) należy uznać kwotę 1000 zł.

Wobec brzmienia postanowień § 4 ust. 14 w zw. z § 4 ust. 10 projektu decyzji postanowienia dotyczące kaucji należy uznać za zabezpieczające interesy Udostępniającego jedynie pozornie. Jeśli do sytuacji, o

której mowa w § 4 ust. 10 projektu decyzji dojdzie wobec braku możliwości ustalenia treści protokołu (np. Operator odmówi uwzględnienia zastrzeżeń Udostępniającego dotyczących wyrządzonych szkód), Udostępniający również będzie obowiązany do zwrotu kaucji – jego ewentualne roszczenia zostaną więc pozbawione jakiegokolwiek zabezpieczenia. Także w przypadku, o którym mowa w § 4 ust. 12 Udostępniający również będzie obowiązany do zwrotu kaucji bez względu na to, czy przy ich wykonywaniu dojdzie do wyrządzenia szkód w mieniu zarządzanym przez Udostępniającego. Zwrot kaucji powinien zostać uzależniony od zaakceptowania przez Udostępniającego prac bez zastrzeżeń.

Wspomnieć należy także o postanowieniach § 4 ust. 3 projektu decyzji. Regulację tę należy uzupełnić o maksymalny (rozsądny) termin przewidziany dla Operatora na dokonanie weryfikacji, albo wprowadzić nieprzekraczalny termin liczony od dnia otrzymania decyzji przez Operatora. Pozostawienie zapisu w obecnym brzmieniu pozwoli Operatorowi na prowadzenie weryfikacji stanu jego własnej infrastruktury przez dowolny czas, co może skutkować niezaktualizowaniem się jego obowiązku przekazania Udostępniającemu schematów infrastruktury. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że 21-dniowy termin i to od zakończenia weryfikacji jest najdłuższym terminem określonym w projekcie decyzji. Odpowiadający temu obowiązkowi Operatora termin dla Udostępniającego na przekazanie dokumentacji technicznej budynków, określony w § 4 ust 5 projektu decyzji wynosi 7 dni od dnia złożenia przez Operatora wniosku. Na przedstawienie Udostępniającemu uzasadnionego stanowiska co do projektu instalacji elektrycznej, nawet gdyby projekt ten dotyczył wszystkich nieruchomości objętych decyzją, Organ przewidział termin 14 dni (przy możliwych kolizjach z istniejącymi instalacjami).

W porównaniu do szeregu uprawnień Operatora przewidzianych w § 2 i 4 projektu decyzji uprawnienia Udostępniającego określone w § 3 projektu sprowadzają się do możliwości zasięgania informacji w zakresie działań Operatora dokonywanych na nieruchomości w oparciu o postanowienia decyzji. Na Udostępniającego nałożono przy tym kolejne obowiązki polegające na informowaniu Operatora o pracach i awariach mogących mieć wpływ na infrastrukturę, a także niezwłocznego informowania o przypadkach naruszenia integralności infrastruktury Operatora przez osoby trzecie (ust. 2 i 3). Oczywistym jest przy tym, że o przypadkach naruszenia integralności infrastruktury telekomunikacyjnej Operator z całą pewnością poweźmie informację przed Udostępniającym, w drodze zgłoszeń płynących od abonentów. Podkreślenia wymaga, że objęte projektem decyzji jest kilkadziesiąt budynków wielorodzinnych, w których mieści się ponad 3000 lokali mieszkalnych. Udostępniający nie ma więc możliwości sprostania obowiązkowi sprawowania kontroli nad integralnością infrastruktury Operatora. § 3 ust. 3 projektu powinien zatem zostać wykreślony.

III. Podsumowanie

Udostępniający podtrzymuje dotychczasowe stanowisko zgłaszane w postępowaniu, dotyczące braku podstaw do prowadzenia niniejszego postępowania i wydania przez Prezesa UKE decyzji zastępującej umowę stron.

Pismo z dnia 15.10.2014 r. z licznych przyczyn wskazanych w pkt I uzasadnienia nie może być uznane za wniosek o zawarcie umowy dostępu, rozpoczynający bieg 30-dniowego terminu, po upływie którego Operator może wystąpić do Prezesa UKE o zapewnienie dostępu w drodze decyzji administracyjnej.
Powołana w projekcie decyzji i jej uzasadnieniu podstawa prawna nie znajdzie w stanie faktycznym tej sprawy zastosowania, m.in. ze względu na warunkowy charakter zgody Udostępniającego udzielonej poprzednikowi prawnemu Operatora w umowie z dnia 31.01.2003 r. Ponadto wydanie decyzji w sytuacji, gdy jedynym celem Operatora było siłowe doprowadzenie do zmiany umowy łączącej strony, gdy nie udało mu się wymusić kolejnej podwyżki opłaty i powoływanie dla podstawy jej wydania okoliczności związania stron umową z dnia 31.03.2003 r. wypowiedzianej przez Operatora ocenić należy jako sankcjonowanie sprzecznego z zasadami współżycia społecznego i nagannego zachowania Operatora, co jest niezgodne z intencjami ustawodawcy. Zwłaszcza, że Operator przez cały okres od wygaśnięcia umowy do chwili obecnej w sposób niezakłócony świadczy usługi w zasobach Udostępniającego z użyciem przedmiotowej infrastruktury.
Decyzja wydana w oparciu o powołaną w niej podstawę prawną może dotyczyć ponadto jedynie korzystania z istniejącej infrastruktury i jej modernizacji (oraz wstępu w tym celu na nieruchomość Udostępniającego). W żadnym wypadku nie może uprawniać Operatora do rozbudowy sieci przesyłowej - § 2 ust. 1 pkt 1 lit. b powinna zostać wykreślona.

Nawet w przypadku, gdy istnieją podstawy do wydania decyzji o dostępie zastępującej umowę stron Prezes UKE nie dysponuje pełną dowolnością w kształtowaniu jej postanowień. Decyzja taka powinna zapewniać stronom równe prawa w ramach stosunku prawnego, a Organ ją wydający powinien mieć szczególnie na uwadze ochronę praw Udostępniającego (zwłaszcza gdy ten latami nie blokował Operatorowi świadczenia usług), jako podmiotu, którego prawa są, jak w okolicznościach tej sprawy, ograniczane w celu komercyjnego wykorzystania przedmiotu jego własności przez Operatora. Rozwiązania proponowane w treści decyzji powinny odpowiadać zasadzie proporcjonalności. Projekt decyzji w obecnym kształcie rażąco narusza te zasady.
Udostępniający powinien dysponować realnym wpływem na przebieg infrastruktury, zwłaszcza w sytuacji, gdy może, jak w tym stanie faktycznym, dojść do kolizji z innymi sieciami przesyłowymi znajdującymi się na terenie nieruchomości. Nie bez znaczenia są też kwestie estetyczne. Przebieg ten powinien być z nim uzgadniany, a nie tylko komunikowany.
Analogiczne rozwiązania należy przyjąć jeśli chodzi o zasady i czas prowadzenia prac w zasobach Udostępniającego. Jednostronne komunikowanie Udostępniającemu zamiaru prowadzenia prac należy, w celu ochrony uzasadnionych interesów tego podmiotu, a przede wszystkim mieszkańców budynków wielorodzinnych, zastąpić koniecznością uzgodnienia tych kwestii między stronami. Pozwoli to na prowadzenie prac w terminach jak najmniej dolegliwych dla mieszkańców, pozwalających na uprzedzenie ich o tym fakcie, niekolidujących z innymi pracami planowanymi lub prowadzonymi na nieruchomości. Podkreślenia wymaga, iż dotychczasowa praktyka wskazuje, że Udostępniający nie dopuszczał się blokowania prac Operatora. Udostępniający nie ma interesu w pozbawianiu mieszkańców zasobów dostępu do mediów. Zasady wypracowane przez strony w tym zakresie powinny znaleźć odzwierciedlenie w projektowanych w decyzji rozwiązaniach.
Projekt decyzji nie powinien przewidywać korzystania przez Operatora z instalacji elektrycznej czy montażu takiej instalacji, w sytuacji, gdy z pism znajdujących się w aktach postępowania wynika wprost, że nie ma takiej konieczności.

To na Operatorze, nie Udostępniającym powinna spoczywać odpowiedzialność za wszelkie szkody związane, nie tylko bezpośrednio, z działalnością Operatora na terenie zasobów Udostępniającego. To Operator czerpie zyski z tej działalności, zaś prawa Udostępniającego są uszczuplane na rzecz Operatora. W stanie faktycznym niniejszej sprawy - projekt decyzji dotyczy nieruchomości wielolokalowych - w przypadku niepokrycia szkód przez Operatora wszelkie prace będzie zmuszony przeprowadzić Udostępniający na własny koszt (w konsekwencji na koszt osób posiadających prawo do lokalu) i w jak najszybszym terminie. Z tego względu ewentualne roszczenia Udostępniającego powinny zostać należycie zabezpieczone. Przy zastosowaniu kaucji powinna ona odpowiadać cenom rynkowym prac i materiałów, koniecznych do przywrócenia stanu poprzedniego. Zwrot kaucji winien następować dopiero w chwili, gdy strony będą zgodne, że Operator uczynił zadość obowiązkom nałożonym na niego w decyzji. Zabezpieczone powinny zostać ponadto roszczenia Udostępniającego mogące powstać w chwili i w związku z zaprzestaniem świadczenia przez Operatora na nieruchomościach Udostępniającego usług telekomunikacyjnych, związane z demontażem infrastruktury i przywróceniem stanu poprzedniego budynków i nieruchomości gruntowych. Ze względu na znaczny rozmiar tych kosztów, w projektach umów przesyłanych przez Udostępniającego poprzednikowi prawnemu Operatora, znajdujących się w aktach postępowania, Udostępniający proponował formę weksla; podobną funkcję spełni także odpowiednia gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa. Ten sposób zabezpieczenia, nie wiążąc aktywów Operatora, pozwoli jednocześnie na należyte zabezpieczenie interesów Udostępniającego. Odpowiedniemu zabezpieczeniu ewentualnych roszczeń Udostępniającego powinno towarzyszyć uprawnienie do wykonania zastępczego prac, których wykonania Operator, pomimo upływu oznaczonego w decyzji terminu, zaniechał. Wprowadzenie powyższych rozwiązań uwzględnia specyfikę działalności Udostępniającego (zarządzanie nieruchomościami wielolokalowymi) wymuszającą szybkie dokonywanie napraw i usuwanie usterek.

Jedynie wprowadzenie powyżej wskazanych zmian pozwoliłoby uznać, że treść decyzji (gdyby jej wydanie było dopuszczalne) odpowiada wymogom określonym prawem, m.in. że została wydana z uwzględnieniem zasady równości stron, ochrony ich uzasadnionych interesów oraz z zachowaniem zasady proporcjonalności.

Z-ca PREZESA ZARZĄDU
d/s technicznych

inż. Jerzy Prusakowski

PREZES ZARZĄDU

mgr inż. Mirosław Marszał

Załączniki:
- odpis pisma