Warszawa, 2021 r.

PROJEKT DECYZJI DO KONSULTACJI

PREZES
URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ

T-Mobile Polska S.A.
ul. Marynarska 12
02-674 Warszawa

(dalej „Operator")

Prime Łódź 1 sp. z o.o.
ul. Rondo Daszyńskiego 1
00-843 Warszawa

(dalej „Udostępniający")

DECYZJA DR.WWM.6171.41.2021.

Po rozpatrzeniu wniosku Operatora z dnia 5 marca 2021 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej – dnia 5 marca 2021 r.), zmodyfikowanego pismem Operatora z dnia 16 kwietnia 2021 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej – dnia 16 kwietnia 2021 r., dalej łącznie „Wniosek"), dotyczącego wydania decyzji w sprawie zmiany umowy najmu z dnia 31 maja 2013 r. dotyczącej najmu powierzchni dachowej przeznaczonej do instalacji anten, łączącej Operatora i Udostępniającego (dalej „Umowa"), w zakresie zmiany zasad odpłatności, tj. § 5 Umowy,

na podstawie art. 22 ust. 1 w związku z art. 24a ust. 1 oraz w związku z art. 30 ust. 5 w związku z art. 30 ust. 1 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 777, ze zm., dalej „ustawa o wspieraniu rozwoju") oraz art. 104 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 735, dalej „kpa"), w związku z art. 206 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 576, dalej „Pt"),

I. zmieniam § 5 Umowy, poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„§ 5 Zasady najmu

ust. 1. Dostęp, o którym mowa w niniejszej umowie, jest nieodpłatny.

ust. 2 Najemca zobowiązany jest do zwrotu Wynajmującemu wydatków, które Wynajmujący poniesie w związku z wykonywaniem przez Najemcę uprawnień wynikających z Umowy, w szczególności kosztów energii elektrycznej zużytej przez Najemcę.";

II. pozostałe postanowienia Umowy pozostają bez zmian.

Na podstawie art. 206 ust. 2aa w związku z art. 206 ust. 2 pkt 6 Pt decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu.

UZASADNIENIE

1. Podstawa rozpatrzenia Wniosku

Zgodnie z art. 30 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju: „Właściciel, użytkownik wieczysty lub zarządca nieruchomości, niebędący przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, jest obowiązany zapewnić przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu dostęp do nieruchomości, w tym do budynków oraz punktów styku, (…) w celu zapewnienia telekomunikacji w tych budynkach".

Warunki dostępu, o którym mowa w art. 30 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju (dalej „Dostęp") powinna określać umowa zawarta między przedsiębiorcą telekomunikacyjnym a odpowiednio właścicielem, użytkownikiem wieczystym lub zarządcą nieruchomości, niebędącym przedsiębiorcą telekomunikacyjnym. Zawarcie tej umowy stanowi czynność zwykłego zarządu (art. 30 ust. 4 ustawy o wspieraniu rozwoju).

Zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy o wspieraniu rozwoju do Dostępu, stosuje się odpowiednio przepisy art. 19 ust. 2 i 2a, art. 20, art. 21 ust. 2–3, art. 22 ust. 1, 5 i 8–10, art. 23 i art. 24a, ustawy o wspieraniu rozwoju (dotyczące dostępu do infrastruktury technicznej), przy czym termin zawarcia umowy o Dostępie wynosi 30 dni od dnia wystąpienia przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego z wnioskiem o jej zawarcie.

Stosownie zaś do art. 24a w związku z art. 30 ust. 5 ustawy o wspieraniu rozwoju, do zmiany umowy o Dostępie stosuje się odpowiednio przepisy art. 19 i art. 21-24 ustawy o wspieraniu rozwoju.

Z art. 21 ust. 2 ustawy o wspieraniu rozwoju (stosowanego w sprawie odpowiednio) wynika, że przedsiębiorca telekomunikacyjny może złożyć do Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej „Prezes UKE") wniosek o wydanie decyzji w przedmiocie zmiany umowy o Dostępie, gdy wcześniej wystąpił do drugiej strony umowy o zawarcie aneksu zmieniającego jej treść, a następnie wystąpiła jedna z dwóch okoliczności:

1. odmówiono zawarcia aneksu do umowy o Dostępie,
2. nie zawarto aneksu do umowy o Dostępie pomimo upływu 30 dni od dnia złożenia wniosku o zmianę (art. 21 ust. 2 w związku z art. 30 ust. 5 pkt 1 ustawy o wspieraniu rozwoju).

Postępowanie przed Prezesem UKE jest prowadzone na podstawie przepisów kpa ze zmianami wynikającymi z Pt oraz ustawy o wspieraniu rozwoju (art. 206 ust. 1 Pt). Załatwienie spraw objętych Wnioskiem następuje więc w drodze wydania decyzji (art. 104 § 1 kpa w związku z art. 206 ust. 1 Pt).

Prezes UKE ustalił, że:

1. Operator jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym (źródło: rejestr przedsiębiorców telekomunikacyjnych, wpis nr 4).
2. Udostępniający nie jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym (brak wpisu w rejestrze przedsiębiorców telekomunikacyjnych).
3. W dniu 31 maja 2013 r. poprzednicy prawni Operatora i Udostępniającego zawarli Umowę, która reguluje kwestie dotyczące Dostępu Operatora do nieruchomości położonej w Łodzi (dalej „Nieruchomość"), dla której Sąd Rejonowy w Łodzi, XVI Wydział Ksiąg Wieczystych prowadzi księgę wieczystą nr LD1M/00213896/7, w tym do budynku posadowionego na Nieruchomości przy Al. Piłsudskiego 22 (dalej „Budynek"). Umowa w § 2 ust. 1 wskazuje, że przedmiot najmu odnosi się do: a) części powierzchni dachowej w celu montażu jednej

konstrukcji wsporczej służącej do instalacji anten oraz b) miejsca na dachu i wewnątrz Budynku niezbędnego dla poprowadzenia kabli zasilających i teletechnicznych do należących do Operatora urządzeń znajdujących się na dachu. Ponadto, w § 1 ust. 3 Umowy zawarte jest wskazanie, że sprzęt zainstalowany zgodnie z Umową będzie służył do świadczenia usług telekomunikacyjnych dla klientów Operatora w Budynku. Ponadto, we wniosku o wszczęcie negocjacji z dnia 31 grudnia 2020 r. Operator wskazał, że istniejąca instalacja (radiolinia) została zrealizowana na potrzeby konkretnego klienta w Budynku (dowód: Wniosek wraz z załącznikami).

4. Negocjacje w sprawie zmiany Umowy trwały od dnia 7 stycznia 2021 r., tj. od dnia, w którym Udostępniający odebrał pismo Operatora z dnia 31 grudnia 2020 r. stanowiące wniosek o podjęcie negocjacji w przedmiocie zmiany Umowy. Operator zaproponował Udostępniającemu zawarcie umowy nieodpłatnej w miejsce obowiązującej odpłatnej Umowy. Aktualnie na mocy § 5 ust. 1 Umowy Operator zobowiązany jest do uiszczania czynszu najmu za konstrukcję wsporczą, miejsce na dachu i wewnątrz Budynku w wysokości 400,00 zł brutto za miesiąc (dowód: Wniosek wraz z załącznikami). Ponadto, zgodnie z § 5 ust. 2 Umowy za umieszczenie anteny na konstrukcji wsporczej uiszczany jest dodatkowy czynsz, którego wysokość uzależniona jest od średnicy anteny (dowód: Wniosek wraz z załącznikami).

5. Ze względu na niezawarcie aneksu do Umowy w określonym przepisami terminie 30 dni, Operator wystąpił do Prezesa UKE z Wnioskiem zawierającym żądanie wydania decyzji zmieniającej treść Umowy, poprzez zmianę postanowień Umowy dotyczących odpłatności, które uregulowane są w § 5 Umowy (dowód: Wniosek).

6. Zakres negocjowanych zmian warunków Umowy proponowany pismem Operatora z dnia 31 grudnia 2020 r. Operatora nie pokrywał się z zakresem żądania zawartym we Wniosku. Wniosek zawierał także żądanie Operatora w przedmiocie zmiany umowy z dnia 1 września 2013 r. zawartej między poprzednikami prawnymi Operatora i Udostępniającego, dotyczącej najmu powierzchni przeznaczonej do instalacji kabla światłowodowego (dalej „umowa z dnia 1 września 2013 r.”). W związku z powyższym Prezes UKE wezwał Operatora do wyjaśnienia niejasności żądania Wniosku poprzez przedłożenie dokumentów potwierdzających przeprowadzenie, w terminie co najmniej 30 dni przed dniem złożenia Wniosku, negocjacji z Udostępniającym dotyczących zmiany umowy z dnia 1 września 2013 r. Operator w piśmie z dnia 16 kwietnia 2021 r. wskazał, że nie ma możliwości uzupełnienia braków formalnych Wniosku oraz wniósł o zawężenie przedmiotu postępowania wyłącznie do zmian Umowy. Z uwagi na powyższe, Wniosek w części dotyczącej zmiany umowy z dnia 1 września 2013 r. został pozostawiony bez rozpoznania (dowód: pisma Prezesa UKE z dnia 16 kwietnia 2021 r. oraz 26 kwietnia 2021 r., pismo Operatora z dnia 16 kwietnia 2021 r.).

7. W toku postępowania Operator wskazywał, że realizacja postanowień Umowy i umowy z dnia 1 września 2013 r. była blokowana przez uzależnienie wykonania uprawnień przysługujących Operatorowi zgodnie z Umową od nadzoru pracowników Intelligent Technologies S.A. (dalej „ITSA”) (zgodnie z wyjaśnieniami przekazanymi przez Udostępniającego ITSA „wspomaga” go w zarządzaniu infrastrukturą telekomunikacyjną znajdującą się w Budynku, ale nie jest zarządcą nieruchomości) i wniesienia z tego tytułu opłaty na rzecz ITSA (dowód: Wniosek, pismo Operatora z dnia 10 czerwca 2021 r.).

8. Operator nie zawarł z ITSA umowy na korzystanie z infrastruktury telekomunikacyjnej w Budynku, a Umowa w § 7 ust. 3 gwarantuje Operatorowi dostęp do zamontowanych urządzeń w obecności przedstawiciela Udostępniającego. Umowa nie przewiduje obowiązku

wnoszenia przez Operatora opłaty za nadzór (dowód: Wniosek, pismo Udostępniającego z dnia 13 maja 2021 r.).

9. W toku postępowania Udostępniający wskazał, że Wniosek jest niezasadny, gdyż Operator jako następca prawny GTS Poland sp. z o.o. posiada już dostęp do Nieruchomości i Budynku, regulowany przez Umowę oraz umowę z dnia 1 września 2013 r., a w budynku znajduje się infrastruktura telekomunikacyjna przystosowana do dostarczania usług szerokopasmowego dostępu do internetu o przepustowości co najmniej 30 Mb/s, należąca do innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, z której Operator może skorzystać (dowód: pisma Udostępniającego z dnia 13 maja 2021 r. oraz z dnia 22 czerwca 2021 r.).

Na tej podstawie Prezes UKE stwierdził, że:

1. Umowa, której stronami są Operator i Udostępniający, reguluje Dostęp.
2. Podstawą żądania Operatora są art. 24a ust. 1 w związku z art. 22 ust. 1 w związku z art. 30 ust. 5 w związku z art. 30 ust. 1, ust. 3a i 3b ustawy o wspieraniu rozwoju.
3. Złożenie przez Operatora Wniosku po upływie 30 dni od wystąpienia do Udostępniającego z wnioskiem o zmianę Umowy skutecznie zainicjowało postępowanie przed Prezesem UKE, którego stronami są Operator i Udostępniający (art. 30 ust. 5b ustawy o wspieraniu rozwoju).

2. Uzasadnienie motywów rozstrzygnięcia

Prezes UKE przy dokonywaniu zmian warunków Dostępu, miał na względzie to, że decyzja zastępuje w części Umowę, czyli jest rozstrzygnięciem administracyjnym, które kształtuje stosunek zobowiązaniowy. Treść tego stosunku nie może sprzeciwiać się naturze tego stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego (art. 353^1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 1740, z późn. zm)). Przy dokonywaniu zmian warunków Dostępu Operatora do Nieruchomości, w tym do Budynku, Prezes UKE wziął pod uwagę przedstawione w toku postępowania stanowiska Stron, kierując się jednocześnie kryteriami określonymi w art. 22 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju, tj. koniecznością zapewnienia niedyskryminacyjnych i proporcjonalnych warunków Dostępu.

Zasada proporcjonalności oznacza, że obowiązki ustalone w ramach decyzji administracyjnej, muszą być „odpowiednie i konieczne do osiągnięcia celów, których realizacja dopuszczalna jest przy pomocy danej regulacji. Przy czym w razie istnienia kilku odpowiednich środków należy wybrać te, które są najmniej uciążliwe, nadto nałożone obciążenia muszą pozostawać w odpowiednim stosunku do zamierzonych celów" (wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 lipca 1989 r. w sprawie 265/87, ECLI:EU:C:1989:303). Przed zastosowaniem konkretnego środka trzeba więc ocenić najpierw, czy nie istnieje alternatywa w postaci środka mniej surowego. Ocena konieczności i zakresu działania należy do kompetencji organu, który weryfikuje przesłanki przewidziane w przepisach. Zasada proporcjonalności jest zawsze związana ze specyficznymi i konkurencyjnymi interesami. Dlatego też ustalając warunki dostępu Prezes UKE dobrał takie środki, które z jednej strony będą gwarantowały realizację uprawnień przysługujących Operatorowi, z drugiej zaś będą możliwie najmniej uciążliwe dla Udostępniającego. Postanowienia dotyczące zabezpieczenia praw Udostępniającego zostały zatem skonstruowane tak, by zapewnić Udostępniającemu należytą ochronę jego interesów, lecz nie obciążać Operatora ponad miarę.

Realizacja wymogu zapewnienia niedyskryminacyjnych warunków Dostępu wiąże się z tym, by Prezes UKE nie ustalał warunków Dostępu w sposób zasadniczo odmienny od tych, jakie są ustalone w innych podobnych przypadkach (tak: S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, C.H. Beck, Warszawa 2019, Legalis, komentarz do art. 28, teza 7). Stosując

się do tej zasady warunki Dostępu zostały sformułowane w decyzji w analogiczny sposób jak w innych podobnych przypadkach, z uwzględnieniem charakteru sporu (projekty decyzji publikowane są na stronie: bip.uke.gov.pl/konsultacje-i-wyniki-konsultacji/).

Wydając decyzję, Prezes UKE wziął pod uwagę obowiązki nałożone na właścicieli, użytkowników wieczystych, zarządców nieruchomości oraz brzmienie art. 30 ustawy o wspieraniu rozwoju. Art. 30 ust. 3a ustawy o wspieraniu rozwoju wprost określa, że Dostęp jest nieodpłatny. Podmiot zobowiązany do zapewnienia Dostępu, ze względu na brak podstaw prawnych, nie ma zatem prawa naliczać żadnych opłat lub wynagrodzeń za zapewnienie Dostępu.

Ustawowe zwolnienie z opłat za Dostęp oznacza w istocie brak możliwości uzyskania przez podmiot udostępniający dochodów z tytułu dostępu do nieruchomości/budynków.
Tę okoliczność trzeba jednak odróżnić od sytuacji, gdy w wyniku realizacji Dostępu przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego podmiot zobowiązany ponosi dodatkowe koszty z tym związane. W myśl bowiem art. 30 ust. 3b ustawy o wspieraniu rozwoju, w przypadku uzyskania dostępu, o którym mowa w art. 30 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju, przedsiębiorca telekomunikacyjny ponosi koszty:

1) związane z udostępnieniem nieruchomości w celu wykorzystywania istniejących przyłączy telekomunikacyjnych lub istniejących instalacji telekomunikacyjnych budynków albo doprowadzenia do budynków przyłączy telekomunikacyjnych lub wykonania instalacji telekomunikacyjnych budynków, w tym przywrócenia stanu pierwotnego,
2) utrzymania udostępnionych przyłączy, instalacji telekomunikacyjnych budynków lub całości lub części kabli telekomunikacyjnych.

W przedmiotowym stanie faktycznym opłata za udostępnienie powierzchni dachowej w celu montażu konstrukcji wsporczej oraz anteny oraz miejsca wewnątrz Budynku niezbędnego dla poprowadzenia kabli nie stanowi zwrotu kosztów, jakich Udostępniający mógłby dochodzić od Operatora, co oznacza, że brak jest podstawy prawnej do jej funkcjonowania na gruncie obowiązującej Umowy. Podkreślenia wymaga, iż Dostęp należy rozumieć nie tylko jako prawo do budowy przyłączy i instalacji telekomunikacyjnych na terenie budynków, ale również jako prawo ich eksploatacji.

Kierując się powyższą interpretacją Prezes UKE zmienił § 5 Umowy poprzez wprowadzenie postanowienia o nieodpłatnym dostępie do Budynku i Nieruchomości oraz ograniczeniu rozliczeń stron wyłącznie do zwrotu kosztów związanych z realizacją Dostępu. Zmiana ta usuwa obowiązek wnoszenia przez Operatora miesięcznych opłat określonych w dotychczasowym brzmieniu Umowy i reguluje zasady ponoszenia kosztów wynikających z wykonywania Umowy, zgodnie z art. 30 ust. 3b ustawy o wspieraniu rozwoju.

W ocenie Prezesa UKE, wbrew twierdzeniom Udostępniającego, fakt posiadania przez Operatora Dostępu do Budynku na podstawie Umowy i umowy z dnia 1 września 2013 r. nie przesądza o niezasadności Wniosku, którego przedmiotem jest wprowadzenie zmian w Umowie w zakresie zasad odpłatności. Umowa wymagała bowiem dostosowania do przepisów prawa powszechnie obowiązującego tj. art. 30 ust. 3a ustawy o wspieraniu rozwoju, który wskazuje, że Dostęp jest nieodpłatny.

Analizując całość materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie Prezes UKE wnikliwie i kompleksowo zbadał wszystkie okoliczności faktyczne związane z niniejszą sprawą, zgodnie z zasadami prawdy obiektywnej i oficjalności (art. 7 kpa i art. 77 kpa) oraz zasadą budzenia zaufania obywateli do organów Państwa (art. 8 kpa).

Na podstawie art. 206 ust. 2aa w zw. z art. 206 ust. 2 pkt 5 Pt decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu. Oznacza to, że pomimo ewentualnego złożenia przez którąkolwiek ze Stron odwołania zgodnie z poniższym pouczeniem, decyzja będzie podlegała wykonaniu. Wstrzymanie wykonalności decyzji może nastąpić wyłącznie w trybie art. 479^{63} ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1575, ze zm., dalej „kpc"), a więc postanowieniem Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wydanym na wniosek Strony, która wniosła odwołanie, o ile zachodzi niebezpieczeństwo wyrządzenia znacznej szkody lub spowodowania trudnych do odwrócenia skutków.

Uwzględniając powyższe Prezes UKE orzekł jak w sentencji.

POUCZENIE

Od decyzji Stronom przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów za pośrednictwem Prezesa UKE w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia decyzji (art. 206 ust. 2 pkt 6 i ust. 3 Pt w związku z art. 479^{58} § 1 kpc).

Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 755, dalej „ustawa o kosztach") wniesienie odwołania od decyzji Prezesa UKE wymaga uiszczenia opłaty sądowej w wysokości stałej 1000 zł.

Zgodnie z art. 101 i następnymi ustawy o kosztach sąd może przyznać zwolnienie od kosztów sądowych osobie prawnej, osobie fizycznej lub jednostce organizacyjnej niebędącej osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, jeżeli wykazała, że nie ma dostatecznych środków na ich uiszczenie. Po spełnieniu wymagań określonych przepisami kpc strona może domagać się ustanowienia dla niej adwokata lub radcy prawnego.