

Warszawa, dnia 8 października 2021 r.

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

Udostępniający: Hala Koszyki sp. z o.o.
ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa

Operator: T-Mobile Polska S.A.
ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa
reprezentowana przez:
Wojciecha Zawilińskiego

Numer sprawy: DR.WWM.6171.47.2021.

**STANOWISKO KONSULTACYJNE UDOSTĘPNIAJĄCEGO
W PRZEDMIOCIE PROJEKTU DECYZJI PREZESA URZĘDU KOMUNIKACJI
ELEKTRONICZNEJ W SPRAWIE PROWADZONEJ POD NUMEREM
DR.WWM.6171.47.2021.**

Działając w imieniu spółki Hala Koszyki sp. z o.o. (dalej: „HK” lub „Udostępniający”), składamy stanowisko konsultacyjne w przedmiocie opublikowanego w dniu 9 września 2021 r. projektu decyzji w sprawie ustalenia dla T-Mobile Polska S.A. (dalej: „Operator” lub „T-Mobile”) warunków dostępu do nieruchomości położonej w Warszawie przy ul. Koszykowej 61, 61A, 61B, 63, 65, dla której Sąd Rejonowy dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie, X Wydział Ksiąg Wieczystych, prowadzi księgę wieczystą o numerze WA4M/00162194/4 (dalej odpowiednio „Nieruchomość” i „KW”), w tym do posadowionych na Nieruchomości budynków (dalej „Budynki”), w celu zapewnienia telekomunikacji w Budynkach.

Jednocześnie wnosimy o niepodejmowanie decyzji w przedstawionym kształcie i o umorzenie przedmiotowego postępowania z uwagi na jego bezprzedmiotowość w oparciu o art. 105 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego¹ (dalej: „KPA”).

UZASADNIENIE

Udostępniający wskazuje, że projekt decyzji, który został przedstawiony do konsultacji nie odpowiada przepisom prawa regulującym instytucję dostępu do nieruchomości, która została uregulowana w przepisach ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych² (dalej: „megaustawa”). Kształt projektu decyzji opracowany został także z naruszeniem przepisów KPA. W wyniku powyższych naruszeń nie ma możliwości, aby Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej: „Prezes UKE”) wydał decyzję w przedstawionym kształcie. Jednocześnie wskazuję, że w przedmiotowej sprawie nie doszło do spełnienia ustawowych przesłanek udzielenia dostępu do nieruchomości przez Udostępniającego. Dlatego też z uwagi na brak przesłanki wydania decyzji konieczne jest umorzenie postępowania.

Wynika to okoliczności wskazanych poniżej.

I. Uchybienia formalne**1. Proces negocjacji – kwestia dowodowa**

Projekt decyzji zakłada m.in. prawo do wykonania własnej instalacji telekomunikacyjnej budynku. Aby takie uprawnienie powstało konieczne jest zajście okoliczności jednej z niżej wskazanych okoliczności:

- (i) **nie istnieje** instalacja telekomunikacyjna budynku przystosowana do dostarczania usług szerokopasmowego dostępu do Internetu o przepustowości co najmniej 30 Mb/s lub
- (ii) 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.**

Jak wynika z informacji posiadanych przez HK, Budynki są wyposażone w szybką sieć telekomunikacyjną, tak więc nie ma mowy o spełnieniu przesłanki z punktu (i). Brak jest informacji we wniosku T-Mobile, aby istniejąca instalacja nie spełniała potrzeb Operatora. Brak też podstaw do stwierdzenia, że instalacja znajdująca się na Budynkach jest przestarzała czy też nie spełniania typowych dzisiaj potrzeb przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Prezes UKE w trakcie postępowania powinien więc ocenić, czy istniejąca instalacja jest niedostępna dla Operatora. W postępowaniu nie zaszła żadna z przesłanek stwierdzenia niedostępności instalacji opisanych wprost w art. 30 ust. 1a megaustawy. Organ stwierdził jednak, że „oferowanie warunków, które są niezgodne z wymogami ustawowymi” stanowi przesłankę ustalenia, że instalacja jest niedostępna. Taka okoliczność jednak nie zaszła w niniejszym postępowaniu. O tym szerzej w punkcie II.2. Na pewno jednak nie doszło do jej wykazania w trakcie prowadzonego postępowania. Zgodnie z art. 7 KPA organ administracyjny powinien podjąć wszelkie czynności niezbędne do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz do załatwienia sprawy. Mimo tego organ przy ustalaniu stanu faktycznego nie ustalił wszystkich istotnych okoliczności faktycznych. Ustalił, że tytuł obligacyjny do instalacji znajdującej się w Budynkach

przysługuje przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu Multimedia Polska Biznes S.A. Jak wynika z uzasadnienia projektu Decyzji, Prezes UKE ustalił także, że Operator prowadził negocjacje w sprawie warunków dostępu do instalacji telekomunikacyjnej budynku z „Multimedia”. Jednak w samym uzasadnieniu projektu decyzji nie ma informacji czy ustalono w drodze pełnego postępowania dowodowego czy negocjacje było prawidłowo prowadzone, w szczególności w zakresie poprawności formalnej.

Jest to istotna okoliczność, ponieważ z wiedzy, jaką dysponuje HK, wynika, iż Operator zabiegał o zawarcie umowy dostępowej z Multimedia Polska sp. z o.o. (poprzednio Multimedia Polska S.A.) z siedzibą w Gdyni, podczas gdy – jak wykazano w projekcie decyzji – adresatem tego żądania powinna być spółka Multimedia Polska Biznes S.A.

Operator był wielokrotnie informowany, iż zapewnienie dostępu do instalacji telekomunikacyjnej budynku powinno odbyć się w relacji pomiędzy T-Mobile a Multimedia Polska Biznes S.A. Jednak wnioskodawca T-Mobile konsekwentnie oczekiwał zawarcia umowy przez Multimedia Polska sp. z o.o. i nigdy nie zmodyfikował wniosku. Z tych oczywistych względów, zawarcie umowy nie mogło dojść do skutku.

Jest to to tyle ważne, że Multimedia Polska Biznes S.A. oraz Multimedia Polska sp. z o.o. to dwa odrębne podmioty, które są obecne na nieruchomości jednocześnie, jednak w innym charakterze. Zgodnie z treścią uzasadnienia Prezes UKE oparł potrzebę wydania decyzji o fakt, że Multimedia Polska Biznes S.A. miała wymagać odpłatności za udzielenie dostępu do infrastruktury, która należy do Udostępniającego (do tego wątku Udostępniający odniesie się osobno w punkcie II.2. stanowiska). Ustalenie do kogo faktycznie wystosowany został wniosek powinno odbyć się przed podjęciem jakichkolwiek ustaleń co do obowiązujących przepisów. Jak wskazano powyżej, wniosek kierowany był do Multimedia Polska sp. z o.o., który nie ma żadnego powodu do udzielania nieodpłatnego dostępu do instalacji, której jest właścicielem.

Prezes UKE nie ustalił do kogo skierowany został wniosek w przedmiocie dostępu do nieruchomości oraz instalacji telekomunikacyjnej.

2. Numer księgi wieczystej

Zgodnie z art. 30 ust. 5 pkt 1 megaustawy we wniosku o wydanie decyzji o dostępie wskazuje się numer księgi wieczystej prowadzonej dla nieruchomości, do której ma być zapewniony dostęp. Wniosek Operatora jak i opublikowany projekt decyzji wskazuje na nieruchomość, dla której prowadzona jest księga wieczysta o numerze WA4M/00162194/4. Jak wynika z treści tej księgi wieczystej Budynki posadowione na Nieruchomości stanowią odrębny przedmiot prawa własności. W związku z tym mają one odrębne księgi wieczyste. Jeśli wniosek Operatora miał dotyczyć zarówno nieruchomości gruntowej jak i nieruchomości budynkowych powinien zawierać numery ksiąg wieczystych wszystkich tych nieruchomości. Tak jednak nie jest. **Z tego wynika, że wniosek Operatora dotyczy jedynie nieruchomości gruntowej.** Organ administracji, w postępowaniu wszczynanym na wniosek, nie może wydać decyzji wykraczającej poza żądanie tego wniosku. **W konsekwencji zaproponowany projekt decyzji jest sprzeczny z art. 21**

ust. 2 w zw. z art. 30 ust. 5 pkt 4) megaustawy, więc nie może zostać wydany w zaproponowanym kształcie.

Wniosek jak i projekt decyzji nie obejmują budynków, a jedynie nieruchomości gruntową, gdyż nie wskazano wszystkich numerów ksiąg wieczystych.

II. Brak przesłanek do wydania decyzji

Po omówieniu kwestii skupiających się na postępowaniu dowodowym oraz treści wniosku Operatora należy przejść do materialnoprawnych przesłanek wydania decyzji w przedmiocie warunków dostępu do nieruchomości.

1. Dostęp do infrastruktury innych operatorów

Wniosek, który został złożony przez Operatora jasno wskazuje, że nie przeprowadził on wcześniejszych negocjacji w przedmiocie dostępu do instalacji telekomunikacyjnych znajdujących się w Budynkach objętych niniejszym postępowaniem. Tak samo w uzasadnieniu decyzji nie ma śladu po tym, aby Prezes UKE ustalał czy w Budynkach znajduje się infrastruktura innych podmiotów niż Udostępniający i czy jest ona dostępna dla Operatora. Prezes UKE poprzestał jedynie na błędnym ustaleniu, iż niedostępna jest infrastruktura należąca do HK. Jak wynika z treści art. 30 ust. 1 pkt 3 w zw. z ust. 1a megaustawy uprawnienie do wykonania własnej instalacji przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnej ubiegającego się o dostęp do nieruchomości jest możliwe tylko wtedy, gdy nie ma na niej instalacji lub jest ona niedostępna. Nie ma przy tym żadnego znaczenia czy instalacja taka ma należeć do udostępniającego. Nawet jeśli Prezes UKE uzna, że proponowane przez Multimedia Polska Biznes S.A. warunki dostępu są niezgodne z ustawą, nie zwalnia go to od wzięcia pod uwagę dostępu do instalacji należących do innych operatorów znajdujących się na budynku. Jak wynika z informacji zawartych w Punkcie Informacji ds. Telekomunikacji, dostępnych pod adresem: <https://wyszukiwarka.uke.gov.pl/> na nieruchomości znajdują się instalacje należące do Orange Polska S.A., Multimedia Polska sp. z o.o. (która jest podmiotem odrębnym od Multimedia Polska Biznes S.A. i jednocześnie której nie łączy z Udostępniającym żadna umowa o obsługę i zarządzanie siecią), ACO SOLUTIONS sp. z o.o., ATM S.A., Netia S.A. We wniosku Operatora nie ma śladu po tym, aby podjął on próbę negocjacji w sprawie dostępu do tej infrastruktury. Prezes UKE także nie zbadał tego aspektu sprawy. Nie można więc stwierdzić, że spełniła się przesłanka do udzielenia dostępu do nieruchomości poprzez zapewnienie możliwości wykonania własnej instalacji przez T-Mobile (art. 30 ust. 1 pkt 3 megaustawy).

Nie jest wystarczające, żeby jeden z operatorów odmówił dostępu do swojej instalacji, żeby stwierdzić, że budynek nie ma dostępnej instalacji.

2. Dostęp na podstawie art. 30 ust. 5e megaustawy

Jak wskazano powyżej, jedynym powodem sporządzenia projektu decyzji w zaproponowanym kształcie jest to, że Multimedia Polska Biznes S.A. żądała opłat za udzielenie dostępu do instalacji telekomunikacyjnej należącej do HK. To stwierdzenie bazuje na treści art. 30 ust. 5e megaustawy, zgodnie z którym:

„Przepisy ust. 1-1f oraz 2-5d stosuje się odpowiednio do każdego, komu przysługuje skuteczne względem właściciela, użytkownika wieczystego lub zarządcy nieruchomości lub właściciela kabla telekomunikacyjnego, instalacji telekomunikacyjnej budynku lub przyłącza telekomunikacyjnego prawo korzystania z:

- 1) punktu styku;
- 2) kabla telekomunikacyjnego, instalacji telekomunikacyjnej budynku lub przyłącza telekomunikacyjnego”.

Przepis ten nie był wcześniej stosowany przez Prezesa UKE w swojej praktyce orzeczniczej. Dlatego trzeba bardzo ostrożnie i rzetelnie podejść do jego zastosowania w niniejszej sprawie.

A. Wola Operatora

Po pierwsze (jak wskazano w punkcie I.1.) Prezes UKE nie ustalił z kim T-Mobile prowadził negocjacje w przedmiocie warunków dostępu do infrastruktury należącej do Udostępniającego. Wniosek o udzielenie dostępu sporządzony przez T-Mobile kierowany do „Multimediów” wskazuje jednoznacznie, że jego podstawą jest art. 139 Prawa telekomunikacyjnego. Operator nie zwrócił się więc ogóle z żądaniem udzielenia dostępu na zasadzie nieodpłatności na podstawie art. 30 megaustawy. Nie można więc czynić zarzutu komukolwiek, iż nie doszło do udzielenia dostępu na zasadzie nieodpłatności. Przepis art. 30 ust. 3a ustanawia uprawnienie dla przedsiębiorcy telekomunikacyjnego do żądania dostępu na zasadzie nieodpłatności. Nie można przy tym zapomnieć, że umowa o dostępie do nieruchomości jest umową cywilnoprawną. Wiąże się to oczywiście z zasadą swobody umów, która zawiera w sobie m.in. swobodę ułożenia stosunku pomiędzy stronami według ich uznania. Jeśli T-Mobile nie zdecydował się na skorzystanie z uprawnienia do żądania dostępu na zasadzie nieodpłatności, to nie można wyciągać z tego powodu negatywnych konsekwencji wobec Udostępniającego.

T-Mobile nie wystosował względem „Multimediów” żądania udzielenia mu dostępu do instalacji znajdujących się w budynkach.

B. Zastosowanie art. 30 ust. 5e megaustawy

Prezes UKE dopuścił się w przedmiotowej sprawie błędów w zastosowaniu art. 30 ust. 5e megaustawy. Żeby w ogóle zastosować przepis art. 30 ust. 5e megaustawy konieczne jest ustalenie, że podmiot, którego dotyczy sytuacja dysponuje „skutecznym względem właściciela [...] prawo korzystania z” określonych elementów infrastruktury. Konieczne jest więc ustalenie, że prawo obligacyjne przynależne temu podmiotowi jest (i) skuteczne względem właściciela oraz

(ii) polega na korzystaniu z określonych elementów infrastruktury. Te dwie przesłanki muszą być spełnione łącznie. W przedmiotowej sprawie brak jest spełnienia ani jednej z nich.

Jak wynika z uzasadnienia projektu decyzji Multimedia Polska Biznes S.A. zajmuje się obsługą oraz zarządzaniem infrastrukturą należącą do HK. Z tego stosunku nie wynika, aby było to prawo skuteczne względem właściciela. Innymi słowy Multimedia Polska Biznes S.A. nie przysługuje prawo do posiadania tej infrastruktury z wyłączeniem uprawnień właścicielskich HK. Tak jak ma to miejsce w przypadku dostępu do nieruchomości ustanowionego na podstawie art. 30 ust. 1 megaustawy czy też zwykłego stosunku najmu lub dzierżawy.

Jak wskazano powyżej stosunek pomiędzy HK, a Multimedia Polska Biznes S.A. nie polega na korzystaniu z infrastruktury. Rolą jaką pełni Multimedia Polska Biznes S.A. na nieruchomości jest rola tzw. integratora sieci. Polega ona na obsłudze i zarządzaniu siecią, ale nie na korzystaniu z niej. Korzystanie z sieci polega na świadczeniu za jej pośrednictwem usług telekomunikacyjnych. Jak widać w <https://wyszukiwarka.uke.gov.pl/> swoje usługi na nieruchomości świadczy Multimedia Polska sp. z o.o., nie zaś Multimedia Polska Biznes S.A.

Multimedia Polska Biznes S.A. nie spełnia przesłanek zastosowanie do niej art. 30 ust. 5e megaustawy.

C. Wykładnia systemowa art. 30 ust. 5e megaustawy

Zastosowanie przepisu art. 30 ust. 5e megaustawy w przedmiotowej sprawie jest błędne nie tylko z uwagi na okoliczności wskazane w punkcie II.2.B. Prezes UKE stosując ten przepis nie uwzględnił przy jego wykładni etapu systemowego – nie odniósł literalnej treści tego przepisu do całości systemu prawa, a w szczególności regulacji odnoszącej się do rynku telekomunikacyjnego. W rzeczywistości norma wynikająca z omawianego przepisu w ogóle nie może dotyczyć stanu faktycznego sprawy z uwagi na to, że:

- ogólną zasadą przepisów prawa regulującego rynek telekomunikacyjny jest, że dostęp do infrastruktury telekomunikacyjnej innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego jest odpłatny,
- brak odpłatności w zakresie udzielania dostępu do infrastruktury w stosunkach pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi stanowić będzie naruszenie prawa konkurencji, gdyż decyzja sankcjonująca taki stan rzeczy prowadzi do polepszenia pozycji rynkowej jednego operatora względem drugiego, nie w drodze mechanizmów rynkowych, ale w drodze władczej decyzji Prezesa UKE.

Przepis art. 30 ust. 5e megaustawy ma zapewnić pełne stosowanie art. 9 ust. 3 unijnej dyrektywy kosztowej³. Treść tego przepisu wskazuje na odpowiednie stosowanie przepisów odnoszących się do nieodpłatnego dostępu do nieruchomości do konkretnej kategorii podmiotów. Trzeba podkreślić, że jest to stosowanie odpowiednie, a nie stosowanie wprost. Z uzasadnienia decyzji Prezesa UKE nie wynika jednak w jaki sposób Prezes UKE ocenił właściwy sposób stosowania określonych przepisów w przedmiotowej sytuacji. Treść art. 9 ust. 3

³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/61/UE z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie środków mających na celu zmniejszenie kosztów realizacji szybkich sieci łączności elektronicznej (Dz.U. UE L 155/1 (2014))

dyrektywy kosztowej wskazuje jasno, że „Państwa członkowskie zapewniają, aby każdy posiadacz prawa do użytkowania punktu dostępu oraz wewnątrzbudynkowej infrastruktury technicznej pozytywnie rozpatrywał wszystkie uzasadnione wnioski o zapewnienie dostępu składane przez dostawców publicznych, jakie mogą nałożyć dostawcy publicznej sieci łączności na uczciwych i niedyskryminacyjnych warunkach, w tym – w odpowiednich przypadkach – cenowych” [pogrubienie własne]. Przepis unijny nakazuje więc stosowanie zasady odpłatności na niedyskryminacyjnych warunkach. To prowadzi do wniosku, że wykładnia przepisu art. 30 ust. 5e megaustawy nie może prowadzić do wniosku, iż dostęp do nieruchomości na jego podstawie ma być nieodpłatny.

Przepis art. 30 ust. 5e megaustawy nie powoduje, że przedsiębiorca telekomunikacyjny ma zapewnić dostęp do nieruchomości na zasadzie nieodpłatności.

3. Spełnienie przesłanek z art. 30 ust. 1 megaustawy

Nawet jeśliby uznać, że art. 30 ust. 5e megaustawy znajduje zastosowanie w niniejszej sprawie, to nie można zapomnieć, że udzielenie dostępu do nieruchomości jest możliwe, kiedy dochodzi do spełnienia warunków określonych w art. 30 ust. 1 megaustawy.

Zapewnienie dostępu do nieruchomości jest możliwe jedynie wtedy, gdy służy to zapewnieniu telekomunikacji w budynkach znajdujących się na nieruchomości. Po pierwsze jeszcze raz zwracam uwagę, że ani wniosek, ani projekt decyzji nie obejmują budynków znajdujących się na nieruchomości. Nie ma więc możliwości, aby dostęp miał na celu zapewnienie telekomunikacji w budynku.

Co jednak ważniejsze, T-Mobile posiada już swoją infrastrukturę na nieruchomości. Jak wynika z informacji widocznych pod adresem: <https://pitmap.uke.gov.pl/> w budynku znajdującym się pod adresem ul. Koszykowa 61 w Warszawie znajduje się już węzeł telekomunikacyjny T-Mobile o numerze identyfikacyjnym 25584463. Tym samym dostęp do nieruchomości nie może służyć zapewnieniu telekomunikacji, gdyż cel ten został już spełniony.

T-Mobile posiada już infrastrukturę na przedmiotowej nieruchomości, więc cel art. 30 ust. 1 jakim jest zapewnienie telekomunikacji w budynku został już zrealizowany.

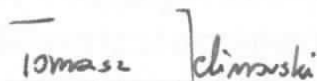
III. Podsumowanie

Podsumowując powyższe uwagi co do treści projektu decyzji należy wskazać, że projekt decyzji jest obarczony wadami formalnymi. Prezes UKE nie ustalił przecież do kogo dokładnie skierowany został wniosek w przedmiocie dostępu do nieruchomości oraz instalacji telekomunikacyjnej. Nie zostało więc wykazane w postępowaniu spełnienie przesłanki uprzedniego przeprowadzenia negocjacji przez odpowiednie podmioty. Ani wniosek do Prezesa UKE, ani projekt decyzji nie obejmują budynków, a jedynie nieruchomość gruntową, gdyż nie

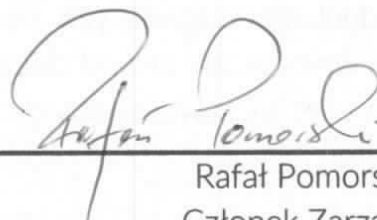
wskazano numerów wszystkich ksiąg wieczystych. Już to przemawia za tym, żeby stwierdzić, iż wniosek T-Mobile nie zasługuje na uwzględnienie.

U podstaw projektu decyzji leżą błędy także z zakresu prawa materialnego. T-Mobile nie wystosował względem „Multimediów” żądania udzielenia mu dostępu do instalacji znajdujących się w budynkach na zasadzie nieodpłatności. Nie można przy tym obarczać Udostępniającego następstwem zaniechania po stronie T-Mobile. Nawet pomimo tego nie jest wystarczające, żeby jeden z operatorów odmówił dostępu do swojej instalacji, żeby stwierdzić, że budynek nie ma dostępnej instalacji. Wbrew temu co wskazuje Prezes UKE w uzasadnieniu projektu decyzji Multimedia Polska Biznes S.A. nie spełnia przesłanek zastosowanie do niej art. 30 ust. 5e megaustawy. Przepis art. 30 ust. 5e megaustawy nie powoduje, że przedsiębiorca telekomunikacyjny ma zapewnić dostęp do nieruchomości na zasadzie nieodpłatności. Jest to wbrew ogólnym zasadom rządzącym prawem telekomunikacyjnym, ale także prawem unijnym. To powoduje, że brak jest przesłanek do udzielenia T-Mobile prawa do wykonania własnej instalacji telekomunikacyjnej.

Co więcej wniosek o dostęp do nieruchomości w ogóle nie zasługuje na uwzględnienie, nie tylko w zakresie budowy własnej instalacji telekomunikacyjnej budynku przez T-Mobile, gdyż T-Mobile dysponuje już dostępem do nieruchomości. Tak więc niniejsze postępowanie jest bezprzedmiotowe i z uwagi na to powinno zostać umorzone na podstawie art. 105 § 1 KPA.



Tomasz Piotr Jelinowski
Członek Zarządu



Rafał Pomorski
Członek Zarządu

Załączniki:

- wydruk informacji odpowiadającej odpisowi pełnemu z KRS Hala Koszyki sp. z o.o.