



**PREZES
URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ**

T-Mobile Polska S.A.

ul. Marynarska 12
02-674 Warszawa

(dalej „Użytkownik” lub „Wnioskodawca”)

„111 Serwis” sp. z o.o.

ul. Grunwaldzka 34A
60-786 Poznań

(dalej „Operator” lub „Udostępniający”)

DECYZJA DR.WWM.6171.193.2020.

Po rozpatrzeniu wniosku Wnioskodawcy z dnia 18 listopada 2020 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej dnia 18 listopada 2020 r., dalej „Wniosek”), uzupełnionego w dniu 8 grudnia 2020 r., dotyczącego wydania decyzji zmieniającej „Umowę dzierżawy infrastruktury w Budynku UBIQ BUSINESS PARK” z dnia 21 maja 2015 r. zawartą pomiędzy Wnioskodawcą a Udostępniającym (dalej „Umowa”), w zakresie zmiany tytułu Umowy oraz zmiany „§ 1 ust. 2 i 3, § 2 ust. 4, § 3, § 4 i § 5” Umowy,

na podstawie art. 22 ust. 1 w związku z art. 24a ust. 1, art. 30 ust. 5 w zw. z art. 30 ust. 1 pkt 1, 2, 4, 5 i 6 oraz art. 30 ust. 5e ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 777, z późn. 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, z późn. zm., 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 tytuł Umowy z „Umowa dzierżawy infrastruktury w Budynku UBIQ BUSINESS PARK” na „Umowa dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej i nieruchomości UBIQ BUSINESS PARK”,**

II. **dodaję w § 1 Umowy ust. 3 w następującym brzmieniu:**

”

3. Wszędzie, gdzie Umowa odwołuje się do „umowy dzierżawy”, rozumie się przez to dostęp, o którym mowa w art. 30 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych oraz wszędzie gdzie mowa w Umowie o „przedmiocie dzierżawy”, należy przez to rozumieć „przedmiot dostępu”, o którym mowa w ust. 2.”;

III. uchylam § 3 ust. 1 lit. a) Umowy;

IV. dodaję w § 3 Umowy ust. 4 i 5 w następującym brzmieniu:

”

4. Dostęp, o którym mowa w Umowie, jest nieodpłatny. Użytkownik zobowiązany jest do:
- a) ponoszenia kosztów związanych z wykonywaniem uprawnień wynikających z Umowy,
 - b) zwrotu Operatorowi wydatków, które Operator poniesie w związku z wykonaniem przez Użytkownika uprawnień wynikających z Umowy,
5. Zwrot kosztów, o których mowa w ust. 4 pkt a) i b) przez Użytkownika nastąpi w oparciu o przedstawione przez Operatora dokumenty księgowe w terminie 14 dni od dnia otrzymania tych dokumentów przez Użytkownika.”;

V. uchylam § 4 ust. 1 lit. b) i c) Umowy;

VI. uchylam § 4 ust. 2 Umowy;

VII. uchylam § 5 ust. 5 (w pierwszym § 5) Umowy;

VIII. uchylam § 5 ust. 4 (w drugim § 5) Umowy;

IX. 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 pkt 1, 2, 4, 5 i 6 ustawy o wspieraniu rozwoju: „Właściciel, użytkownik wieczysty lub zarządca nieruchomości, niebędący przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, jest obowiązany zapewnić przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu dostęp do nieruchomości, w tym do budynku oraz punktu styku, polegający na: (...),

- 1) zapewnieniu możliwości wykorzystywania istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego lub istniejącej instalacji telekomunikacyjnej budynku, jeżeli powielenie takiej infrastruktury byłoby ekonomicznie nieopłacalne lub technicznie niemożliwe,
 - 2) umożliwieniu doprowadzenia przyłącza telekomunikacyjnego aż do punktu styku, (...)
 - 4) umożliwieniu korzystania z punktu styku
 - 5) umożliwieniu utrzymywania, eksploatacji, przebudowy lub remontu przyłącza telekomunikacyjnego lub instalacji telekomunikacyjnej budynku będących własnością tego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego,
 - 6) umożliwieniu wejścia na teren nieruchomości, w tym do budynku, w zakresie niezbędnym do korzystania z dostępu, o którym mowa w pkt 1-5 i ust.3
- w celu zapewnienia telekomunikacji w tym budynku”.

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).

Natomiast zgodnie z art. 30 ust. 5e ustawy o wspieraniu rozwoju, przepisy art. 30 ust. 1-1f oraz 2-5d ustawy o wspieraniu rozwoju 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.

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. Wnioskodawca jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym (źródło: rejestr przedsiębiorców telekomunikacyjnych, wpis nr 4).
2. Udostępniający nie jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym (brak wpisu w rejestrze przedsiębiorców telekomunikacyjnych).
3. Umowa obejmuje dostęp do nieruchomości położonej w Poznaniu, przy ul. Grunwaldzkiej 34a, dla której Sąd Rejonowy Poznań-Stare Miasto w Poznaniu, V Wydział Ksiąg Wieczystych prowadzi księgę wieczystą PO1P/00185077/4 (dalej „Nieruchomość”), w tym do posadowionego na Nieruchomości budynku (dalej „Budynek”).

4. W dniu 21 maja 2015 r. poprzednik prawny Wnioskodawcy – T-Mobile Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Udostępniający zawarli Umowę, której przedmiotem są: „2 włókna światłowodowe jednomodowe w relacji: szafa telekomunikacyjna Udostępniającego w pomieszczeniu -1.13 (piwnica budynku B) – szafa telekomunikacyjna firmy Deloitte w pomieszczeniu A.0.16 (parter budynku B)” oraz „miejsce na dachu budynku B przeznaczone do montażu konstrukcji wsporczej pod antenę, trasy kablowe w szachtach do ułożenia kabla antenowego”. W dniu 21 kwietnia 2015 r. zarówno T-Mobile Poland sp. z o.o. oraz Wnioskodawca podjęli uchwały o przejęciu całości majątku T-Mobile Poland sp. z o.o. przez Wnioskodawcę. Tym samym Wnioskodawca stał się następcą prawnym T-Mobile Poland sp. z o.o., co uprawniało go do wystąpienia z żądaniem dokonania zmian Umowy (dowód: Wniosek wraz z załączoną kopią Umowy, dane wskazane w Krajowym Rejestrze Sądowym).
5. Nieruchomość, w tym Budynek, stanowią własność "UBIQ BUSINESS PARK SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ" sp. k. z siedzibą w Poznaniu (dalej „Właściciel”), natomiast Udostępniający jest „zarządcą infrastruktury technicznej (w tym telekomunikacyjnej) zlokalizowanej na terenie nieruchomości należącej do UBIQ, a wynikającej z wewnętrznych porozumień stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa”. Udostępniający potwierdził „istnienie stosunku prawnego uprawniającego 111 SERWIS do zawarcia Umowy oraz jej realizacji”. Również w samej Umowie Udostępniający oświadczył, iż jest uprawniony do zawarcia umowy w zakresie stanowiącym przedmiot Umowy (dowód: dane ujawnione w systemie teleinformatycznym prowadzonym przez Centralną Informację Ksiąg Wieczystych, pismo Udostępniającego z dnia 5 stycznia 2021 r., Umowa).
6. Na dachu Budynku Wnioskodawca posiada antenę będącą radiowym przyłączem telekomunikacyjnym, które zapewnia telekomunikację jedynie najemcy Budynku (dowód: pismo Wnioskodawcy z dnia 8 marca 2021 r.).
7. Negocjacje w sprawie zmiany Umowy trwały od dnia 16 października 2020 r., tj. od dnia, w którym Udostępniający odebrał pismo Wnioskodawcy z dnia 12 października 2020 r. stanowiące wniosek o podjęcie negocjacji i zawarcie aneksu do Umowy (dowód: załączniki do Wniosku). Negocjacje dotyczyły zmiany Umowy w zakresie określonym w przesłanym przy w/w piśmie projekcie aneksu. Zakres zmian Umowy proponowany w aneksie pokrywa się z zakresem żądania zawartym we Wniosku.
8. Ze względu na niezawarcie aneksu do Umowy w określonym przepisami terminie 30 dni, Wnioskodawca wystąpił do Prezesa UKE z Wnioskiem. Wskazał w nim, że wprowadzenie zmian w Umowie ma na celu realizację art. 30 ust. 3a ustawy o wspieraniu rozwoju, tj. zapewnienie dostępu do Nieruchomości i Budynku nieodpłatnie.

Na tej podstawie Prezes UKE stwierdził, że:

1. Umowa, dotyczy Dostępu w zakresie umożliwienia wykorzystania instalacji telekomunikacyjnej Budynku, umożliwienia wykorzystania istniejącego w Budynku punktu styku oraz wykonania przyłącza radiowego i poprowadzenia przewodu antenowego do punktu styku z wykorzystaniem istniejącej na nieruchomości infrastruktury technicznej.
2. Umowa określa warunki Dostępu odpowiadającego dostępowi określonemu w:

- art. 30 ust. 1 pkt 1 ustawy o wspieraniu rozwoju (w zakresie umożliwienia wykorzystania instalacji telekomunikacyjnych Budynku),
 - art. 30 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy o wspieraniu rozwoju usług (w zakresie wykonania przyłącza telekomunikacyjnego, a następnie jego utrzymywania, eksploatacji, przebudowy i remontu),
 - art. 30 ust. 1 pkt 4 ustawy o wspieraniu rozwoju (w zakresie wykorzystania punktu styku),
 - art. 30 ust. 1 pkt 6 ustawy o wspieraniu rozwoju (w zakresie, w jakim wykonanie powyższych uprawnień będzie wymagało wejścia na Nieruchomość i do Budynku).
3. W piśmie z dnia 5 stycznia 2021 r. zostało zaprezentowane jednocześnie stanowisko Udostępniającego oraz Właściciela, z którego jednoznacznie wynika, iż Udostępniającego i Właściciela wiąże umowa, na mocy której Udostępniający zarządza infrastrukturą telekomunikacyjną i infrastrukturą techniczną należącą do Właściciela. Tym samym wskazać należy, że wobec Udostępniającego zastosowanie ma art. 30 ust. 5e ustawy o wspieraniu rozwoju.

Zgodnie z brzmieniem przywołanego powyżej przepisu, art. 30 ust. 1-1f oraz 2-5d ustawy o wspieraniu rozwoju 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.

Ideą wprowadzenia art. 30 ust. 5e ustawy o wspieraniu rozwoju było zapobieżenie sytuacji, w której z uwagi na zawarte umowy cywilnoprawne, uzyskanie dostępu do nieruchomości w oparciu o art. 30 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju stawałoby się niemożliwe. W uzasadnieniu do projektu ustawy z dnia 9 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 903) wskazano: „W ust. 5e rozszerzono zakres podmiotów zobowiązanych do zapewnienia dostępu, o którym mowa w art. 30 ust. 1 i 3, również na inne podmioty, którym służy skuteczne względem właściciela, użytkownika wieczystego i zarządcy nieruchomości prawo korzystania z punktu styku, kabla, instalacji lub przyłącza telekomunikacyjnego, co uniemożliwi obchodzenie obowiązku poprzez umowy cywilnoprawne i stanowi implementację art. 9 ust. 3 dyrektywy 2014/61/UE, który mówi o każdym posiadaczu prawa użytkowania”.

Z uwagi na oświadczenie Udostępniającego oraz Właściciela przekazane w piśmie z dnia 5 stycznia 2021 r., w świetle art. 30 ust. 5e ustawy o wspieraniu rozwoju należy uznać, iż zarówno Wnioskodawca (przedsiębiorca telekomunikacyjny) oraz Udostępniający byli uprawnieni do zawarcia, a następnie zmiany Umowy.

4. Złożenie przez Wnioskodawcę Wniosku po upływie 30 dni od wystąpienia do Udostępniającego z wnioskiem o zawarcie aneksu do Umowy skutecznie zainicjowało postępowanie przed Prezesem UKE, którego stronami są Wnioskodawca i Udostępniający (art. 30 ust. 5b ustawy o wspieraniu rozwoju).

2. Uzasadnienie motywów rozstrzygnięcia

Z uwagi na fakt, iż Udostępniający jest podmiotem, o którym mowa w art. 30 ust. 5e ustawy o wspieraniu rozwoju, Prezes UKE dokonał analizy Umowy, badając, czy dostęp do Nieruchomości i Budynku na podstawie Umowy jest zapewniony zgodnie z art. 30 ustawy o wspieraniu rozwoju.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż analizowana Umowa została nazwana umową dzierżawy, a w jej konsekwencji przedmiot umowy został określony jako przedmiot dzierżawy. Zgodnie z umową Wnioskodawca z tytułu dzierżawy Przedmiotu Umowy zobligowany był do ponoszenia stałych opłat określonych w § 4 Umowy, które w sytuacji korzystania z nomenklatury typowej dla tego rodzaju stosunku prawnego powinna zostać określona jako czynsz.

Należy wskazać, iż w orzecznictwie sądów powszechnych za ugruntowaną należy uznać zasadę, zgodnie z którą ocena charakteru umowy zależy nie od jej nazwy, ale od rzeczywistej treści oraz celu i zgodnego zamiaru stron (np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 2010 r., sygn. I CSK 703/2009). W tym miejscu należy wskazać, iż „dzierżawa” określona w Umowie obejmuje:

1. „2 włókna światłowodowe jednodomowe w relacji: szafa telekomunikacyjna Operatora w pomieszczeniu -1.13 (piwnica budynku B) – szafa telekomunikacyjna firmy Deloitte w pomieszczeniu A.0.16 (parter budynku B),
2. miejsce na dachu budynku B przeznaczone do montażu konstrukcji wsporczej pod antenę, trasy kablowe w szachtach do ułożenia kabla antenowego”.

W ocenie Prezesa UKE, zgodnie z punktem 1, Udostępniający na podstawie umowy zawartej z Właścicielem, zapewnił Wnioskodawcy dostęp do Budynku poprzez umożliwienie korzystania mu z istniejącej instalacji telekomunikacyjnej Budynku oraz z punktu styku znajdującego się w Budynku. Należy również wskazać, iż brzmienie art. 30 ustawy o wspieraniu rozwoju w dacie, w której została zawarta Umowa (tj. 21 maja 2015 r.) nie stosowało pojęcia „punkt styku”. Oznacza to, iż „szafy”, o których mowa powyżej powinny być rozumiane jako punkt styku, zgodnie z aktualnym brzmieniem ustawy o wspieraniu rozwoju. Potwierdzeniem takiej interpretacji Umowy jest stanowisko Udostępniającego wyrażone w piśmie z dnia 5 stycznia 2021 r., w którym wskazał, że Wnioskodawca „posiada nieodpłatny dostęp do nieruchomości i położonego na niej budynku, w tym znajdującego się w nim punktu styku”.

Natomiast przedmiot „dzierżawy” określony w punkcie 2 stanowi umożliwienie wykorzystania przez Wnioskodawcę infrastruktury technicznej w celu doprowadzenia przyłącza radiowego do punktu styku. Należy zauważyć, iż Udostępniający w piśmie z dnia 5 stycznia 2021 r. wskazał, że „ w ramach Umowy poprzednik prawny Operatora [Wnioskodawcy] oraz 111 SERWIS uzgodnili warunki współpracy w ramach infrastruktury technicznej zamontowanej w budynku (...). A także warunki w zakresie infrastruktury zlokalizowanej na dachu budynku pod urządzenia antenowe Operatora [Wnioskodawcy] oraz szachtów do doprowadzenia kabli antenowych”. Ponownie wskazać należy, iż celem zawartej Umowy, nie była „dzierżawa miejsca na dachu”, a umożliwienie doprowadzenia przyłącza radiowego aż do punktu styku przy wykorzystaniu infrastruktury technicznej znajdującej się na Nieruchomości.

W ocenie Prezesa UKE, powyższe okoliczności wskazują, iż przedmiotowa Umowa stanowi *de facto* umowę o Dostępie. Należy zatem wskazać, iż z uwagi na fakt, że Udostępniający spełnia kryteria, o których mowa w art. 30 ust. 5e ustawy o wspieraniu rozwoju, zastosowanie mają przepisy art. 30 ust. 1-1f oraz 2-5 ustawy o wspieraniu rozwoju. Oznacza to, iż dostęp do Nieruchomości powinien być realizowany przez Udostępniającego zgodnie z postanowieniami ustawy o wspieraniu rozwoju, co z kolei uprawniało Prezesa UKE do analizy, czy Umowa spełnia ww. kryteria, zwłaszcza w zakresie nieodpłatności Dostępu.

Argumentacja Udostępniającego, iż Wnioskodawca posiada nieodpłatny dostęp do Nieruchomości i Budynku nie odnajduje uzasadnienia w postanowieniach Umowy. Udostępniający wskazał, iż Strony Umowy zgodnie postanowiły, iż Udostępniający „zobowiązany będzie do utrzymania udostępnionej infrastruktury, w tym zachowania wszelkich jej parametrów jakościowych, fizycznych i elektrycznych, a w razie jej uszkodzenia do nieodpłatnej naprawy w terminie 4 godzin od jej stwierdzenia”. Dodatkowo § 2 ust. 2 Umowy wskazuje, że Udostępniający zobowiązuje się do „utrzymania właściwych parametrów jakościowych, fizycznych i elektrycznych wydzierżawionym Użytkownikowi włókien zgodnie z obowiązującymi przepisami, w tym nieodpłatnego usuwania uszkodzeń i awarii, które nie powstały na skutek okoliczności za które odpowiada Użytkownik”. W ocenie Udostępniającego opłaty, o których mowa § 4 Umowy stanowią opłatę za jego pełną dyspozycyjność w zakresie usuwania awarii infrastruktury. Zdaniem Udostępniającego, został on obciążony nie tylko kosztami utrzymania udostępnionej infrastruktury polegającej na jej konserwacji i naprawie, ale również kosztami zapewnienia ciągłego zaplecza osobowo-materiałowego, a tym samym opłaty przewidziane w Umowie stanowią *de facto* koszt, który powinien być ponoszony przez Wnioskodawcę.

W zakresie podniesionych przez Udostępniającego okoliczności Prezes UKE wskazuje, iż w Umowie nie wskazano by opłaty, o których mowa w § 4 obejmowały również gotowość Udostępniającego do podejmowania czynności w zakresie utrzymania infrastruktury telekomunikacyjnej znajdującej się w Budynku oraz naprawy jej awarii. Natomiast z § 5 ust. 5-7 Umowy wynika, iż powstanie awarii będzie stanowiło podstawę do zastosowania obniżenia opłaty, a interwencja polegająca na konieczności wymiany włókien światłowodowych nie będzie obciążała dodatkowo Wnioskodawcy. Świadczy to zatem o tym, iż opłaty *de facto* nie obejmowały kwestii związanych z gotowością Udostępniającego do utrzymania lub naprawy awarii infrastruktury telekomunikacyjnej.

W ocenie Prezesa UKE i wobec podniesionych powyżej okoliczności, wyjaśnienia przekazane przez Udostępniającego należy uznać za sprzeczne wprost z postanowieniami Umowy, która w § 4 przewidywała wprost obowiązek wnoszenia przez Wnioskodawcę miesięcznych opłat z tytułu dzierżawy.

Mając zatem na względzie fakt, iż infrastruktura telekomunikacyjna znajdująca się w Budynku stanowi przedmiot własności Właściciela, natomiast Udostępniający na podstawie umowy z Właścicielem pozyskał w prawo do zarządzania nią, należy uznać, iż w świetle obowiązków wynikających z art. 30 ust. 1 w zw. z 30 ust. 5e ustawy o wspieraniu rozwoju Udostępniający zobowiązany był do umożliwienia nieodpłatnego skorzystania z ww. infrastruktury przez Wnioskodawcę. W konsekwencji, postanowienia Umowy sprzeczne z zasadami wynikającymi z art. 30 ustawy o wspieraniu rozwoju (nieodpłatność dostępu) zostały zmienione niniejszą decyzją.

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. 353¹ 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 Wnioskodawcy 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 Wnioskodawcy, z drugiej zaś będą możliwie najmniej uciążliwe dla Udostępniającego. Także postanowienia dotyczące zabezpieczenia praw Udostępniającego zostały skonstruowane tak, by zapewnić Udostępniającemu należytą ochronę jego interesów, lecz nie obciążać Wnioskodawcę 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, Warszawa 2019, Legalis, komentarz do art. 28, teza 7). Prezes UKE stosując się do tej zasady, wydając rozstrzygnięcie w sprawie, miał na względzie to jakie warunki Dostępu zostały sformułowane w innych podobnych przypadkach (projekty decyzji publikowane są na stronie: bip.uke.gov.pl/konsultacje-i-wyniki-konsultacji), przy czym wziął pod uwagę interes obu stron postępowania oraz uwzględnił stanowiska stron przedstawione w toku postępowania.

Po analizie całości materiału dowodowego w sprawie Prezes UKE dokonał częściowo zmiany Umowy z uwzględnieniem Wniosku oraz z uwzględnieniem słusznego interesu Udostępniającego w następującym zakresie:

1. zmiana nazwy umowy na „Umowa dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej i nieruchomości UBIQ BUSINESS PARK”

Prezes UKE uznał za uzasadnioną modyfikację Umowy polegającą na zmianie jej nazwy oraz nazewnictwa w zakresie przedmiotu umowy. Umowa, która podlega zmianie zakresem swym wskazuje, iż stanowi *de facto* umowę o dostępie do Nieruchomości i Budynku, co zostało omówione powyżej. O intencji stron w tym zakresie świadczy

również stanowisko Udostępniającego z dnia 5 stycznia 2021 r. Wobec powyższego Prezes UKE uznał za uzasadnione dokonanie zmiany nazwy Umowy;

2. dodanie ust. 3 w § 1 Umowy

Przedmiotowa zmiana stanowi konsekwencję zmiany nazwy Umowy. W ocenie Prezesa UKE, za niewłaściwe i sprzeczne z celem Umowy należało uznać dalsze posługiwanie się nomenklaturą właściwą dla umowy dzierżawy. Wobec powyższego Prezes UKE uznał za uzasadnione dokonanie zmiany, zgodnie z Wnioskiem.

3. wykreślenie pkt a) w § 3 ust. 1 Umowy

Omawiane postanowienie Umowy odnosiło się do kwestii związanych z comiesięcznym uiszczaniem czynszu. Z uwagi na fakt, iż w wyniku analizy treści Umowy ustalono, iż dotyczy ona zapewnienia dostępu Wnioskodawcy do Nieruchomości, który to dostęp zgodnie z art. 30 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju powinien odbywać się nieodpłatnie, konieczne stało się wykreślenie powyższego postanowienia.

4. dodanie ust. 4 i 5 w § 3 Umowy

Ww. zmiana Umowy stanowi realizację art. 30 ust. 3b ustawy o wspieraniu rozwoju, a jednocześnie zabezpieczenie interesu Udostępniającego w zakresie poniesionych przez niego kosztów, związanych z utrzymaniem infrastruktury.

Zgodnie z art. 30 ust. 3b ustawy o wspieraniu rozwoju, w przypadku uzyskania dostępu do nieruchomości, przedsiębiorca telekomunikacyjny ponosi koszty:

- 1) związane z udostępnieniem nieruchomości w celu wykorzystywania istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego lub istniejącej instalacji telekomunikacyjnej budynku albo doprowadzenia do budynku przyłącza telekomunikacyjnego lub wykonania instalacji telekomunikacyjnej budynku, w tym przywrócenia stanu pierwotnego;
- 2) utrzymania udostępnionego przyłącza telekomunikacyjnego, instalacji telekomunikacyjnej budynku lub całości lub części kabla telekomunikacyjnego.

Prezes UKE dokonał zatem stosownych zmian w Umowie, formułując postanowienia odnoszące się do zasad ponoszenia kosztów przez Wnioskodawcę w sposób analogiczny jak ustalony w podobnych przypadkach i adekwatnie do wynikającego z Umowy zakresu Dostępu, o którym mowa w art. 30 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju.

5. wykreślenie lit. b) i c) w § 4 ust. 1 Umowy, wykreślenie ust. 2 w § 4 Umowy, wykreślenie ust. 5 w § 5 (w pierwszym § 5) Umowy oraz wykreślenie ust. 4 § w 5 (w drugim § 5) Umowy

Prezes UKE nie dokonał zmian w treści § 4 Umowy postulowanych przez Wnioskodawcę, natomiast postanowił wykreślić regulacje wskazane w § 4 ust. 1 lit. b) i c), § 4 ust. 2, w § 5 ust. 5 (w pierwszym § 5) oraz w § 5 ust. 4 (w drugim § 5) Umowy, gdyż postanowienia te odnosiły się do kwestii opłat miesięcznych z tytułu dzierżawy przedmiotu Umowy. Dotychczasowe brzmienie § 4 Umowy wskazywało na kwestie rozliczeń między Wnioskodawcą a Udostępniającym w zakresie dzierżawy elementów wskazanych w § 1 ust. 2 Umowy. Dodatkowo Umowa zawierała postanowienie dotyczące jednorazowej opłaty instalacyjnej. Jak już powyżej zostało wskazane, umowa o Dostępie nie powinna ustalać opłat z tytułu zapewnienia dostępu do nieruchomości na

rzecz przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. Regulacja ustawowa ogranicza się jedynie do zwrotu kosztów poniesionych przez Udostępniającego, o których mowa w art. 30 ust. 3b ustawy o wspieraniu rozwoju. Stąd też realizując częściowo żądanie Wnioskodawcy Prezes UKE postanowił uchylić postanowienia zawarte w lit. b) i c) w § 4 ust. 1 Umowy.

W związku z uchyleniem przywołanych powyżej postanowień, koniecznym stało się także uchylenie:

- § 4 ust. 2 Umowy, który odnosił się do kwestii sposobu płatności opłaty za dzierżawę („Należności, o których mowa w ust. 1 pkt b) i c) płatne będą przelewem na konto wskazane przez Operatora w terminie 30 dni od daty wystawienia faktury VAT przez Użytkownika”),
- § 5 ust. 5 (w pierwszym § 5) Umowy, który odnosił się do kwestii bonifikaty udzielanej przez Udostępniającego w opłatach miesięcznych za dzierżawę z tytułu awarii („Operator udzieli Użytkownikowi bonifikaty w opłatach miesięcznych określonych w § 4 ust. 1 ppkt b) lub c)- w zależności od tego którego z elementów dotyczy awaria, w wysokości 10% odpowiednich miesięcznych opłat dzierżawnych za każdą rozpoczętą godzinę przekroczenia gwarantowanego wyżej czasu naprawy włókien”), a także
- § 5 ust. 4 (w drugim § 5) Umowy, gdzie mowa jest o wzajemnych rozliczeniach między Stronami na wypadek rozwiązania Umowy z winy Udostępniającego („W przypadku rozwiązania umowy z winy Operatora przed upływem terminu, za który dokonana została płatność z tytułu rocznej dzierżawy, Operator zobowiązany jest do dokonania zwrotu nadpłaconej należności”).

Powyższe zmiany w Umowie odpowiadają regulacji przewidzianej w art. 30 ustawy o wspieraniu rozwoju, a tym samym przesądzą o nieodpłatności Dostępu.

Jednocześnie Prezes UKE nie dostrzegł podstaw do uchylenia pkt a) w § 4 ust. 1 Umowy dotyczącego opłaty instalacyjnej, która to opłata uległa skonsumowaniu w ciągu 30 dni od podpisania Umowy.

Prezes UKE nie przychylił się do żądania Wnioskodawcy w zakresie dodania w Umowie postanowienia: „Operator zapewnia Użytkownikowi dostęp do nieruchomości w tym do budynków polegający na zapewnieniu wykorzystania infrastruktury telekomunikacyjnej budynku lub możliwości wykonania infrastruktury telekomunikacyjnej przez Użytkownika zgodnie z przepisami art. 30 Ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych” oraz „zapewnia nieodpłatny dostęp do nieruchomości i posadowionego na niej budynku oraz do infrastruktury telekomunikacyjnej”. W ocenie Prezesa UKE, Umowa określa precyzyjnie w jakim zakresie Wnioskodawca może korzystać z instalacji telekomunikacyjnej Budynku oraz infrastruktury znajdującej się w Budynku. Wprowadzenie proponowanej przez Wnioskodawcę modyfikacji zwiększa jego uprawnienia i nie jest adekwatne do określonego w Umowie zakresu dostępu. Tym samym Prezes UKE, nie uwzględnił żądania Wnioskodawcy co do zmiany Umowy poprzez dodanie postanowień o ww. treści w § 1 Umowy oraz w § 2 pkt 4 Umowy.

Prezes UKE nie przychylił się także do żądania Wnioskodawcy w zakresie zmiany postanowienia zawartego w § 5 ust. 6 (w drugim § 5) Umowy poddającego rozstrzygnięcia sporów wynikłych z realizacji Umowy przez sądy powszechne zamiast aktualnego

postanowienia poddającego rozstrzygnięcia tych sporów przez sądy powszechne w Poznaniu. Kwestia uregulowania w Umowie, jakie sądy będą właściwe do rozstrzygania sporów pomiędzy stronami Umowy leży poza kognicją Prezesa UKE, zatem w tym zakresie Prezes UKE pozostawił postanowienia Umowy bez zmian, a Strony mogą je uregulować odmiennie w drodze odpowiedniego porozumienia.

Odnosząc się do zarzutu Udostępniającego wyrażonego w piśmie z dnia 5 stycznia 2021 r., że Wniosek powinien zostać zwrócony, ponieważ Prezes UKE nie posiada kompetencji do rozwiązania zaistniałego sporu w zakresie, w jakim obowiązuje Umowa, a strony Umowy postanowiły oddać rozwiązywanie wszelkich sporów powstałych na jej tle sądom powszechnym należy wskazać, iż zgodnie z art. 6 kpa organy administracji publicznej działają na podstawie przepisów prawa, co oznacza, iż podstawą działania Prezesa UKE są przepisy przekazujące mu kompetencje do podejmowania określonych czynności. Takie umocowanie, uprawniające Prezesa UKE do zmiany Umowy zostało zawarte w art. 22 ust. 1 w związku z art. 24a ust. 1, art. 30 ust. 5 i art. 30 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju. Przywołane przepisy uprawniają Prezesa UKE do dokonania zmian umowy o Dostępie, która stoi w sprzeczności z postanowieniami wynikającymi z art. 30 ustawy o wspieraniu rozwoju. Wobec podjęcia działań na podstawie i w granicach prawa, Prezes UKE nie znalazł podstaw do zwrotu Wniosku.

Prezes UKE wskazuje, że dokonując zmian w Umowie nie wprowadził, stosowanych zwykle w wydawanych przez niego decyzjach o Dostępie, dodatkowych zabezpieczeń związanych z realizacją prac przez Wnioskodawcę tj. kaucji z uwagi na to, że takie zabezpieczenie nie było określone w pierwotnej Umowie, a podczas negocjacji żadna ze Stron o to nie wniosła.

Na podstawie art. 206 ust. 2aa w związku z art. 206 ust. 2 pkt 6 Pt decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu. Oznacza to, że pomimo ewentualnego złożenia przez którąkolwiek ze Stron odwołania zgodnie z poniższym pouczeniem, decyzja będzie podlegała wykonaniu, a więc na jej podstawie Operator będzie mógł podejmować czynności, które przewiduje decyzja. Wstrzymanie wykonalności decyzji może nastąpić wyłącznie w trybie art. 479⁶³ ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1805, z późn. 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. 479⁵⁸ § 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.