PROJEKT DECYZJI DO KONSULTACJI Warszawa, 2023 r.

PREZES
URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ

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

(dalej „Operator" lub „Dzierżawca)

Słoneczna Radom sp. z o.o.
ul. Zajęcza 2B
00-351 Warszawa

(dalej „Udostępniający" lub „Wydzierżawiający")

DECYZJA DR.WWM.6171.6.2022.

Po rozpatrzeniu wniosku Operatora z dnia 10 stycznia 2022 r. (dalej „Wniosek"), w przedmiocie wydania decyzji zmieniającej umowę dzierżawy zawartą w dniu 5 maja 2015 r. pomiędzy T-Mobile Poland z o.o. z siedzibą w Warszawie (poprzednikiem prawnym Operatora) a Poland Business Park XI sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (poprzednikiem prawnym Udostępniającego) wraz z Aneksem nr 1 do umowy z dnia 9 lutego 2016 r. (dalej „Umowa"),

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 2022 r. poz. 884, 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 2022 r. poz. 2000, dalej „kpa"), w związku z art. 206 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1648, z późn. zm., dalej „Pt"),

I. zmieniam § 4 Umowy, poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„§ 4 Zasady dostępu

1. Dostęp do Nieruchomości i Budynku jest nieodpłatny.
2. Dzierżawca zobowiązany jest do zwrotu Wydzierżawiającemu wydatków, które Wydzierżawiający poniesie w związku z wykonywaniem przez Dzierżawcę uprawnień wynikających z umowy, w szczególności kosztów energii elektrycznej zużytej przez Dzierżawcę.".

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

II. Odmawiam zmiany Umowy w pozostałym zakresie.

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 budynku oraz punktu styku, polegający na:

1) zapewnieniu możliwości wykorzystywania istniejącej instalacji telekomunikacyjnej budynku, jeżeli powielanie takiej infrastruktury byłoby ekonomicznie nieopłacalne lub technicznie niemożliwe,

2) umożliwieniu doprowadzenia przyłącza telekomunikacyjnego aż do punktu styku,

3) umożliwieniu wykonania instalacji telekomunikacyjnej budynku, jeżeli:

   a) nie istnieje instalacja telekomunikacyjna budynku przystosowana do dostarczania usług szerokopasmowego dostępu do Internetu o przepustowości co najmniej 30 Mb/s lub

   b) 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,

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).

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 5 maja 2015 r. poprzednik prawny Operatora i poprzednik prawny Udostępniającego zawarli Umowę dotyczącą uregulowania zasad korzystania przez poprzednika prawnego Operatora z nieruchomości położonej przy ul. Bolesława Chrobrego 1 w Radomiu, dla której Sąd Rejonowy w Radomiu, VI Wydział Ksiąg Wieczystych, prowadzi księgę wieczystą nr RA1R/00140304/8 (dalej odpowiednio „Nieruchomość” i „KW”), w tym do posadowionego na Nieruchomości budynku (dalej „Budynek”), w związku ze świadczeniem przez Operatora usług telekomunikacyjnych w Budynku. W § 1 ust. 4 Umowy wskazano, że „Na mocy niniejszej Umowy Wydzierżawiający udziela Dzierżawcy prawa oraz upoważnia Dzierżawcę do przeprowadzenia (…) światłowodowej linii telekomunikacyjnej „Przyłącza światłowodowego” do pomieszczenia technicznego znajdującego się na poziomie -1 Budynku, a następnie ułożenia okablowania światłowodowego do serwerowni klientów Dzierżawcy (…).”. W § 1 ust. 5 Umowy wskazano natomiast, że „Na warunkach określonych w (…) Umowie Wydzierżawiający oddaje Dzierżawcy do użytkowania i pobierania pożytków: a) istniejącą i nowopowstałą kanalizację teletechniczną do i na terenie Budynku wchodzących w skład Nieruchomości, niezbędną do doprowadzenia Przyłącza światłowodowego do Budynku oraz do wybudowania kabli telekomunikacyjnych przez Dzierżawcę do pomieszczeń najemców Nieruchomości (…). Pod pojęciem kanalizacji technicznej Strony rozumieć będą elementy infrastruktury służącej do układania kabli telekomunikacyjnych, w szczególności zespół podziemnych rur i studni kablowych oraz wewnątrzbudynkowych pionów kablowych służących do układania kabli pomiędzy poszczególnymi kondygnacjami w budynkach i do pomieszczeń właścicieli/najemców Nieruchomości, dzierżawione powierzchnie zwane będą dalej łącznie „Przedmiotem dzierżawy”.” (dowód: Wniosek wraz z załączoną kopią Umowy).

4. Nieruchomość stanowi własność Gminy Miasta Radomia i została oddana w użytkowanie wieczyste, natomiast posadowiony na Nieruchomości Budynek jest własnością Udostępniającego (dowód: dane publicznie dostępne w Centralnej Informacji Ksiąg Wieczystych z KW, Wniosek wraz z załączoną kopią Umowy).
5. Negocjacje w sprawie zmiany Umowy trwały od dnia 17 listopada 2021 r., tj. od dnia, w którym Udostępniający odebrał pismo Operatora z dnia 15 listopada 2021 r. stanowiące wniosek o podjęcie negocjacji dotyczących zmiany Umowy (dowód: Wniosek wraz załącznikami).
6. Negocjacje dotyczyły zmiany Umowy „(…) poprzez określenie warunków cenowych i umożliwienia utrzymywania, eksploatacji, przebudowy lub remontu przyłącza telekomunikacyjnego i instalacji telekomunikacyjnej T-Mobile Polska S.A. w celu zapewnienia telekomunikacji użytkownikom końcowym" (dowód: Wniosek wraz załącznikami).
7. Ze względu na niezawarcie aneksu do Umowy w określonym przepisami terminie (30 dni od dnia doręczenia wniosku o zmianę Umowy do Udostępniającego), Operator wystąpił do Prezesa UKE z Wnioskiem. Operator wskazał, że „Umowa zawarta przez poprzedników prawnych Wnioskodawcy i Udostępniającą jest odpłatną umową dzierżawy w zakresie przyłączy telekomunikacyjnych i odpłatnego wykonania instalacji do użytkowników końcowych. Wykonania infrastruktury telekomunikacyjnej dokonuje Wnioskodawca, który ponosi koszty materiałów i instalacji, oraz dodatkowo ponosi koszt samej zgody wykonania tych prac na rzecz Udostępniającego, których ponosić nie powinien. Umowa dostępu w oparciu o uwrust jest umową szczególną względem umowy dzierżawy określoną w kc". Do Wniosku został załączony projekt umowy, który zgodnie z żądaniem Operatora, w całości miał zastąpić postanowienia zwarte w Umowie.

Na tej podstawie Prezes UKE stwierdził, że:

1. Umowa dotyczy Dostępu w zakresie umożliwienia doprowadzenia przyłącza telekomunikacyjnego, wykonania instalacji telekomunikacyjnej Budynku i jej utrzymania oraz wykorzystania kanalizacji kablowej i kanalizacji telekomunikacyjnej Budynku należących do Udostępniającego.
2. Umowa określa warunki Dostępu odpowiadającego dostępowi określonemu w:
   - art. 30 ust. 1 pkt 1 i 5 ustawy o wspieraniu rozwoju (umożliwienie wykorzystania istniejącej w Budynku infrastruktury Udostępniającego),
   - art. 30 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy o wspieraniu rozwoju (umożliwienie wykonania instalacji telekomunikacyjnej Budynku, a następnie jej utrzymywania, eksploatacji, przebudowy i remontu),
   - art. 30 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy o wspieraniu rozwoju (umożliwienie doprowadzenia przyłącza telekomunikacyjnego do Budynku, a następnie jego utrzymywania, eksploatacji, przebudowy i remontu),
   - art. 30 ust. 1 pkt 6 ustawy o wspieraniu rozwoju (w zakresie wejścia na Nieruchomość i do Budynku).

3. Operator i Udostępniający byli uprawnieni do zawarcia aneksu zmieniającego Umowę o Dostępie do Nieruchomości, w tym do Budynku.

2. Uzasadnienie motywów rozstrzygnięcia w pkt I sentencji decyzji

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 Operator z tytułu dzierżawy Przedmiotu Umowy zobligowany był do ponoszenia stałych opłat określonych w § 4 Umowy, które zostały określone 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. tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 2010 r., sygn. I CSK 703/2009). W tym miejscu należy wskazać, że „Na mocy niniejszej Umowy Wydzierżawiający udziela Dzierżawcy prawa oraz upoważnia Dzierżawcę do przeprowadzenia (…) światłowodowej linii telekomunikacyjnej „Przyłącza światłowodowego" do pomieszczenia technicznego znajdującego się na poziomie -1 Budynku, a następnie ułożenia okablowania światłowodowego do serwerowni klientów Dzierżawcy (…).". Na warunkach określonych w (…) Umowie Wydzierżawiający oddaje Dzierżawcy do użytkowania i pobierania pożytków: a) istniejącą i nowopowstałą kanalizacje teletechniczną do i na terenie Budynku wchodzących w skład Nieruchomości, niezbędną do doprowadzenia Przyłącza światłowodowego do Budynku oraz do wybudowania kabli telekomunikacyjnych przez Dzierżawcę do pomieszczeń najemców Nieruchomości (…). Pod pojęciem kanalizacji technicznej Strony rozumieć będą elementy infrastruktury służącej do układania kabli telekomunikacyjnych, w szczególności zespół podziemnych rur i studni kablowych oraz wewnątrzbudynkowych pionów kablowych służących do układania kabli pomiędzy poszczególnymi kondygnacjami w budynkach i do pomieszczeń właścicieli/najemców Nieruchomości, dzierżawione powierzchnie zwane będą dalej łącznie „Przedmiotem dzierżawy".".

W ocenie Prezesa UKE, Udostępniający zapewnił Operatorowi Dostęp do Nieruchomości, w tym Budynku poprzez umożliwienie korzystania mu z istniejącej infrastruktury technicznej Budynku na potrzeby wykonania przez Operatora własnej instalacji telekomunikacyjnej w Budynku oraz doprowadzenia przyłącza telekomunikacyjnego do Budynku.

Powyższe okoliczności wskazują, iż Umowa stanowi umowę o Dostępie. Oznacza to, iż Dostęp do Nieruchomości oraz Budynku w celu zapewnienia telekomunikacji, 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.

Prezes UKE przy dokonywaniu zmian warunków Dostępu określonych w Umowie, miał na względzie, 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 2022 r. poz. 1360, z późn. zm., dalej „kc")). 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. Także postanowienia dotyczące zabezpieczenia praw Udostępniającego wynikających z Umowy zostały 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, 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, przy czym wziął pod uwagę interes obu stron postępowania oraz uwzględnił stanowiska stron przedstawione w toku postępowania.

Prezes UKE zapoznał się z treścią projektu umowy przekazanej przez Operatora przy Wniosku, który zgodnie z żądaniem Operatora powinien zastąpić Umowę, oraz z przedstawionym przez niego we Wniosku uzasadnieniem proponowanych zmian, a także przedstawionymi przy Wniosku dokumentami z negocjacji. Umowa, o której zmianę wnioskuje Operator została nazwana umową dzierżawy. Zgodnie z Umową Operator zobligowany jest do opłaty miesięcznego czynszu z tytułu dzierżawy ciągów kablowych pod ułożenie okablowania mającego zapewnić dostęp do usług telekomunikacyjnych jego klientom.

W piśmie z dnia 7 lutego 2022 r. Udostępniający wskazał, że „wyraża gotowość do dostosowania treści zawartej przez strony umowy do zmian w przepisach prawa powszechnego obowiązującego, w tym na udzielenie nieodpłatnego dostępu do nieruchomości, w celu zapewnienia telekomunikacji w budynku, z zastrzeżeniem konieczności partycypowania przez Operatora w kosztach wskazanych w przepisie art. 30 ust 3b (…)" ustawy o wspieraniu rozwoju. Udostępniający w treści pisma wskazał koszty, w których w jego ocenie Operator powinien partycypować. Udostępniający wskazał jednocześnie, że „(…) nie wyraża zgody na zastąpienie w całości postanowień zawartej z Operatorem umowy postanowieniami proponowanymi przez Operatora w projekcie umowy załączonym do Wniosku." Udostępniający podniósł, że projekt umowy

załączony do Wniosku nie przewiduje obowiązku partycypacji Operatora w kosztach wskazanych przez Udostępniającego, oraz że „zakres zmian żądanych przez Operatora jest zbyt szeroki, ponieważ w praktyce powinien on ograniczyć się wyłącznie do wykreślenia z treści umowy czynszu oraz dodania obowiązku partycypacji w ww. kosztach.”.

Po analizie całości materiału dowodowego w sprawie Prezes UKE uznał za zasadne dokonanie całościowej zmiany brzmienia § 4 Umowy.

Wydając decyzję, Prezes UKE wziął pod uwagę obowiązki nałożone na właścicieli, użytkowników wieczystych, zarządców nieruchomości przez 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 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.

W przedmiotowym stanie faktycznym opłata z tytułu dzierżawy, której przedmiotem jest udostępnienie ciągów kablowych pod ułożenie okablowania telekomunikacyjnego koniecznego do świadczenia usług klientom Operatora została wprost określona w Umowie jako „czynsz”. Nie można zatem uznać, że przedmiotowa opłata stanowi zwrot kosztów, jakich Udostępniający mógłby dochodzić od Operatora zgodnie z art. 30 ust. 3b ustawy o wspieraniu rozwoju. W Umowie strony jednoznacznie ustaliły, iż Operator będzie uiszczał na rzecz Udostępniającego czynsz o określonej wysokości, w terminach miesięcznych. Należy zatem wskazać, iż mimo, że Umowa stanowi umowę o Dostępie w rozumieniu art. 30 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju, Strony zastosowały w niej rozwiązania właściwe dla umowy dzierżawy w zakresie odpłatności. Zgodnie z brzmieniem art. 693 i art. 699 kc istotą czynszu jest ponoszenie stałej, ustalonej przez strony wysokości czynszu w zamian za oddanie rzeczy do używania. Natomiast dostęp do nieruchomości i budynku mający na celu zapewnienie telekomunikacji w budynku, zgodnie z przywołanym już art. 30 ust. 3a ustawy o wspieraniu rozwoju jest nieodpłatny – niezależnie od tego, czy dostęp ten zostanie zapewniony w drodze umowy zawartej pomiędzy stronami, czy też w drodze decyzji Prezesa UKE zastępującej taką umowę.

Jak wskazał Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie w wyroku z dnia 12 grudnia 2018 r., sygn. XVII AmT92/18 „przepis art. 30 ust. 3a ustawy o wspieraniu

rozwoju, ma za zadanie zapobiegać stosowanej przez podmioty zobowiązane praktyki pobierania czy to jednorazowych, czy to cyklicznych opłat za samo wyrażenie zgody na udostępnienie nieruchomości lub budynku, kabla telekomunikacyjnego, instalacji telekomunikacyjnej budynku lub przyłącza telekomunikacyjnego. Praktyki takie stanowią poważną przeszkodę w prowadzeniu inwestycji w nowoczesną infrastrukturę telekomunikacyjną, a przepis art. 30 ust. 3a ustawy o wspieraniu rozwoju ma za zadanie im przeciwdziałać". Oznacza to zatem brak podstawy prawnej do funkcjonowania na gruncie obowiązującej Umowy opłaty miesięcznej wnoszonej z góry za dany miesiąc, tj. bez analizy okoliczności, jakie w danym miesiącu wystąpiły koszty zapewnienia Dostępu. Podkreślenia wymaga, iż Dostęp obejmuje nie tylko prawo do budowy przyłączy i instalacji telekomunikacyjnej na terenie budynku, ale również prawo ich eksploatacji.

Kierując się powyższą interpretacją przepisów prawa, Prezes UKE zmienił § 4 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 jako „czynsz" i reguluje zasady ponoszenia kosztów wynikających z wykonywania Umowy, zgodnie z art. 30 ust. 3b ustawy o wspieraniu rozwoju. Prezes UKE dokonał stosownych zmian tego postanowienia, formułując jego brzmienie 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.

3. Uzasadnienie motywów rozstrzygnięcia zawartego w pkt II sentencji decyzji

Operator jako załącznik do Wniosku przedstawił projekt umowy, który miał zastąpić brzmienie Umowy w całości bez sprecyzowania, które postanowienia Umowy powinny być zmienione, a także bez wskazania powodów przemawiających za zasadnością dokonania zmiany Umowy w całości. Operator wskazał jedynie, iż Wniosek „dotyczy zastąpienia w całości postanowień Umowy postanowieniami proponowanymi przez TMPL w projekcie umowy załączonym do Wniosku TMPL w szczególności w zakresie postanowień dotyczących odpłatności".

W treści Wniosku brak jest uzasadnienia Operatora w zakresie konieczności dokonania pozostałych zmian w Umowie. W ocenie Operatora, projekt umowy załączony do Wniosku jest standardowym projektem umowy proponowanym obecnie przez Operatora w trakcie negocjacji prowadzonych z podmiotami, o których mowa w art. 30 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju.

W ocenie Prezesa UKE, Umowa, poza kwestią odpłatności, wypełnia kryteria wskazane w art. 22 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju, tj. zapewnia Operatorowi Dostęp do Nieruchomości i Budynku na zasadach proporcjonalności i niedyskryminacji. Umowa gwarantuje bowiem Operatorowi Dostęp do Nieruchomości i Budynku, w celu zapewnienia telekomunikacji w Budynku, w szczególności na podstawie Umowy (§ 2 ust. 2 Umowy) Operator posiada całodobowy nieograniczony dostęp do własnych urządzeń zainstalowanych na terenie Nieruchomości (tym w Budynku). W powyższej sytuacji zmiana całości postanowień Umowy byłaby sprzeczna z zasadami proporcjonalności i niedyskryminacji wynikającymi z art. 22 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju. W konsekwencji brak jest podstaw do ich zmiany całości postanowień Umowy w niniejszym postępowaniu. Prezes UKE wskazuje, że wnioskowana przez Operatora

zmiana całości Umowy w celu ustandaryzowania jej treści do aktualnego brzmienia umów zawieranych przez Operatora nie uprawnia Prezesa UKE do ingerencji w treść Umowy, jeżeli jak zostało wskazane wyżej Umowa, poza kwestią odpłatności, wypełnia przesłanki wskazane w art. 22 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju.

Operator zwrócił się również do Prezesa UKE z żądaniem o zawezwanie do udziału w czynnościach Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej „Prezes UOKiK") na podstawie art. 192 ust. 1 pkt 14 Pt, celem zweryfikowania „czy Udostępniający proponuje tożsame warunki finansowe wszystkim przedsiębiorcom telekomunikacyjnym celem zbadania czy nie dochodzi do nierównego traktowania firm telekomunikacyjnych lub eliminowania konkurencji poprzez narzucanie bezpodstawnych opłat" (dowód: pismo Operatora z dnia 17 maja 2022 r.).

Prezes UKE wskazuje, iż czynności, o których przeprowadzenie wnosi Operator, Prezes UOKIK dokonuje na podstawie ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2021 poz. 275). Natomiast Pt ani ustawa o wspieraniu rozwoju nie zawierają regulacji, które przewidują badanie przez Prezesa UKE umów zawartych między podmiotami prywatnymi w zakresie naruszenia przez nie zasad uczciwej konkurencji. Z uwagi na fakt, iż Prezesowi UKE nie przyznano kompetencji w powyższym zakresie, a także mając na względzie, że Prezes UKE jako organ administracji publicznej działa w granicach i na podstawie przepisów prawa (art. 6 kpa), brak jest podstaw do wezwania Prezesa UOKIK do udziału w czynnościach w ramach niniejszego postępowania, którego przedmiotem jest zmiana Umowy. Art. 192 ust. 1 pkt 14 Pt, nie może stanowić w tym przypadku podstawy do zawezwania Prezesa UOKiK do czynności, które zostały objęte żądaniem Operatora. Wskazać także należy, że zgodnie z art. 16 Pt, Prezes UOKiK jest powiadamiany o prowadzonym postępowaniu konsultacyjnym dotyczącym wydania decyzji o Dostępie i ma możliwość wypowiedzenia się co do przedmiotu postępowania prowadzonego na Wniosek.

W związku z powyższym, Prezes UKE nie widzi podstaw do zawezwania do udziału w czynnościach Prezesa UOKiK w zakresie objętym żądaniem Operatora.

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 2021 r. poz. 1805, 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.

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 z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1125, 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.