



**PREZES
URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ**

T-Mobile Polska S.A.

ul. Marynarska 12
02-674 Warszawa

(dalej „Operator” lub „Najemca”)

SPV Rigoletto Investment sp. z o.o.

Pl. Piłsudskiego 1
00-078 Warszawa

(dalej „SPV Rigoletto”)

3S S.A.

ul. Ligocka 103 bud. 8
40-568 Katowice

(dalej „Wynajmujący”)

(dalej SPV Rigoletto i Wynajmujący
łącznie jako „Udostępniający”)

DECYZJA DR.WWM.6171.15.2022.

Po rozpatrzeniu wniosku Operatora z dnia 9 lutego 2022 r. (dalej „Wniosek”), w przedmiocie wydania decyzji zmieniającej Umowę zawartą w dniu 31 stycznia 2018 r. pomiędzy Operatorem a Udostępniającymi wraz z Aneksem nr 1 sporządzonym w dniu 14 lipca 2021 r. (dalej „Umowa”),

I. na podstawie art. 22 ust. 1 w związku z art. 24a ust. 1 oraz w związku z art. 30 ust. 5 i ust. 5e 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, 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 2022 r. poz. 1648, z późn. zm., dalej „Pt”),

1. zmieniam tytuł § 4 Umowy i nadaję mu następujące brzmienie:

„§ 4 Nieodpłatność i zwrot kosztów dostępu”

2. zmieniam treść § 4 ust. 1 Umowy i nadaję mu następujące brzmienie:

„Dostęp Najemcy do Przedmiotu Najmu jest nieodpłatny.”.

3. zmieniam treść § 4 ust. 2 Umowy poprzez usunięcie treści „*Na czynsz składają się następujące pozycje:*” oraz usunięcie tabeli dotyczącej opłat wyrażonych w Euro, a następnie dodanie w ust. 2 przed pkt 1) postanowienia o następującej treści:

„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.”.

4. w § 4 Umowy usuwam ust. 3, 4 i 9.

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 istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego lub 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).

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. Operator jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym (źródło: rejestr przedsiębiorców telekomunikacyjnych, wpis nr 4).
2. SPV Rigoletto nie jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym (brak wpisu w rejestrze przedsiębiorców telekomunikacyjnych).
3. Wynajmujący jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym (źródło: rejestr przedsiębiorców telekomunikacyjnych, wpis nr 4408).
4. W dniu 31 stycznia 2018 r. Operator, SPV Rigoletto i Wynajmujący zawarli Umowę dotyczącą najmu infrastruktury telekomunikacyjnej na nieruchomościach położonych w Warszawie przy ul. Polnej 11 i ul. Lecha Kaczyńskiego 14 (uprzednio, a obecnie Al. Armii Ludowej), dla których to nieruchomości Sąd Rejonowy dla Warszawy-

Mokotowa w Warszawie, X Wydział Ksiąg Wieczystych, prowadzi księgi wieczyste nr WA4M/00347221/4 i nr WA4M/00135630/5 (dalej odpowiednio „Nieruchomości” i „KW”), w tym do posadowionych na tych Nieruchomościach budynków (dalej „Budynki”), w związku ze świadczeniem przez Operatora usług telekomunikacyjnych w Budynkach na rzecz użytkowników końcowych (dowód: § 1 ust. 1 Umowy przedstawionej jako załącznik do Wniosku).

5. Strony wskazały w preambule Umowy na następujące okoliczności: „Wynajmującego i SPV Rigoletto łączy umowa w zakresie operatorstwa budynkowego, zgodnie z którą Wynajmujący jest uprawniony do świadczenia na terenie kompleksu biurowego International Business Center budynki A i B,(...) następujących usług: a) Usług telekomunikacyjnych na rzecz najemców Budynków, b) Usług dzierżawy infrastruktury w Budynkach, c) Usług zarządzania infrastrukturą Budynków;”. Następnie Strony podkreśliły, że Najemcę i SPV Rigoletto łączą umowy w zakresie korzystania z infrastruktury w Budynkach jak również okoliczność, że intencją Wynajmującego i SPV Rigoletto jest, aby umowy w zakresie korzystania z infrastruktury budynkowej zostały zawarte bezpośrednio pomiędzy Wynajmującym a Najemcą. Ponadto, w § 1 ust. 3 Umowy Wynajmujący oświadczył, że zawarł z SPV Rigoletto umowę operatorstwa budynkowego, zgodnie z którą przysługuje mu prawo do dysponowania infrastrukturą telekomunikacyjną na Nieruchomości i w Budynkach. Ze względu na powyższe, zarówno SPV Rigoletto (właściciel Nieruchomości i Budynków), jak i Wynajmujący (podmiot, któremu przysługuje skuteczne względem SPV Rigoletto prawo korzystania z: punktu styku; kabla telekomunikacyjnego, instalacji telekomunikacyjnej budynku lub przyłącza telekomunikacyjnego zgodnie z art. 30 ust. 5e ustawy o wspieraniu rozwoju) mogą być Stronami przedmiotowego postępowania administracyjnego, a tym samym adresatami decyzji administracyjnej.
6. W § 1 ust. 1 Umowy wskazano, że „ Przedmiotem Umowy jest najem infrastruktury telekomunikacyjnej w Budynkach położonych przy ul. Polnej 11 (IBC B)/ ul. Lecha Kaczyńskiego 14 (uprzednio, a obecnie Al. Armii Ludowej (IBC A) w Warszawie.”. W § 1 ust. 2 Umowy wyjaśniono, że „Wynajmujący oddaje Najemcy Przedmiot Najmu do używania pod instalację urządzeń telekomunikacyjnych (...), celem świadczenia usług telekomunikacyjnych (...)” (dowód: Wniosek wraz z załączoną kopią Umowy).
7. Nieruchomości i posadowione na nich Budynki stanowią własność SPV Rigoletto (dowód: dane publicznie dostępne w Centralnej Informacji Ksiąg Wieczystych z KW).
8. Negocjacje w sprawie zmiany Umowy trwały:
 - a) z SPV Rigoletto od dnia 3 stycznia 2022 r., tj. od dnia, w którym SPV Rigoletto odebrało pismo Operatora z dnia 30 grudnia 2021 r. stanowiące wniosek o podjęcie negocjacji dotyczących zmiany Umowy (dowód: Wniosek wraz z załącznikami),
 - b) z Wynajmującym od dnia 28 lipca 2021 r., tj. od dnia, w którym Wynajmujący odebrał pismo Operatora z dnia 26 lipca 2021 r. stanowiące wniosek o podjęcie negocjacji dotyczących zmiany Umowy (dowód: Wniosek wraz z załącznikami).
9. Negocjacje dotyczyły zmian Umowy polegających na „uzgodnieniu zasad korzystania z istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego i instalacji telekomunikacyjnej

w budynku, możliwości wykonania instalacji telekomunikacyjnej w budynkach (...)” (dowód: Wniosek wraz załącznikami).

10. Ze względu na niezawarcie aneksu do Umowy w określonym przepisami terminie (30 dni od dnia doręczenia wniosku o zmianę Umowy do SPV Rigoletto i Wynajmującego), Operator wystąpił do Prezesa UKE z Wnioskiem. Operator wskazał, że „Umowa z dnia 31 stycznia 2018 r. jest odpłatną umową dzierżawy w zakresie możliwości i odpłatnego wykonania instalacji do użytkowników końcowych w częściach wspólnych (częściach składowych budynku). Wykonania infrastruktury telekomunikacyjnej (instalacji telekomunikacyjnej) dokonuje Wnioskodawca, który ponosi koszty materiałów i instalacji. Umowa dostępu w oparciu o uwrust jest umową szczególną względem umowy najmu czy dzierżawy określonych w kc”. Do Wniosku został załączony projekt umowy, który zgodnie z żądaniem Operatora zawartym we Wniosku, miał w całości zastąpić postanowienia zwarte w Umowie.

W oparciu o powyższy materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, Prezes UKE stwierdził, że:

1. Umowa dotyczy Dostępu w zakresie umożliwienia Operatorowi doprowadzenia przyłączy telekomunikacyjnych do Budynków oraz wykorzystania elementów infrastruktury telekomunikacyjnej Budynków w celu zapewnienia telekomunikacji w Budynku. Infrastruktura telekomunikacyjna w Budynku stanowi własność SPV Rigoletto, ale jest w posiadaniu Wynajmującego ze względu na obowiązującą umowę operatorstwa budynkowego zawartą pomiędzy SPV Rigoletto a Wynajmującym (preambuła Umowy, § 2 ust. 1 i 2 Umowy).
2. Umowa określa warunki Dostępu odpowiadającego dostępowi określonemu w:
 - art. 30 ust. 1 pkt 1 i 5 w związku z ust. 5e ustawy o wspieraniu rozwoju (umożliwienie Operatorowi wykorzystania istniejącej w Budynkach infrastruktury stanowiącej własność SPV Rigoletto, a będącej w posiadaniu Wynajmującego (§ 4 ust. 2 pkt 3) - 15) Umowy, w których wskazane zostało, że „Wynajmujący udostępni powierzchnię wewnątrz Nieruchomości niezbędną do instalacji przełącznicy światłowodowej oraz położenia kabla światłowodowego w relacji (...)”, a także, że „Wynajmujący udostępni powierzchnię wewnątrz Nieruchomości niezbędną do przeprowadzenia kabla światłowodowego w relacji (...)”.
 - art. 30 ust. 1 pkt 2 i 5 w związku z ust. 5e ustawy o wspieraniu rozwoju (umożliwienie Operatorowi doprowadzenia przyłączy telekomunikacyjnych do Budynków, a następnie ich utrzymywania, eksploatacji, przebudowy i remontu (§ 5 ust. 4 Umowy),
 - art. 30 ust. 1 pkt 3 i 5 w związku z ust. 5e ustawy o wspieraniu rozwoju (umożliwienie Operatorowi wykonania instalacji telekomunikacyjnej Budynków, a następnie jej utrzymywania, eksploatacji, przebudowy i remontu (§ 4 ust. 2 pkt 1) - 15) Umowy),
 - art. 30 ust. 1 pkt 6 w związku z ust. 5e ustawy o wspieraniu rozwoju (w zakresie wejścia na Nieruchomości i do Budynków (§ 6 Umowy).
3. Operator, SPV Rigoletto i Wynajmujący byli uprawnieni do zawarcia aneksu zmieniającego Umowę.

2. Uzasadnienie motywów rozstrzygnięcia w pkt I sentencji decyzji

Analizowana Umowa została nazwana umową najmu, a w jej konsekwencji przedmiot Umowy został określony jako przedmiot najmu. Zgodnie z Umową Operator z tytułu najmu Przedmiotu Umowy zobligowany był do ponoszenia stałych opłat określonych w § 4 Umowy, które zostały określone jako czynsz z tytułu wykorzystywania przez Operatora elementów infrastruktury telekomunikacyjnej w Budynkach.

Należy wskazać, iż w orzecznictwie sądów powszechnych za ugruntowaną uznano 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 Umowa precyzuje, iż „Przedmiotem najmu objętym niniejszą Umową jest udostępnienie Najemcy do wyłącznego używania infrastruktury telekomunikacyjnej w Budynkach położonych przy ul. Polnej 11 (IBC B)/ ul. Lecha Kaczyńskiego 14 (IBC A) w Warszawie (...)”.

W ocenie Prezesa UKE, Udostępniający zapewnił Operatorowi Dostęp do Nieruchomości, w tym do Budynków, poprzez umożliwienie korzystania mu z istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej Budynków na potrzeby wykonania przez Operatora własnej instalacji telekomunikacyjnej w Budynkach oraz doprowadzenia przyłączy telekomunikacyjnych do Budynków.

Powyższe wskazuje, iż Umowa stanowi w istocie umowę o Dostęp. Oznacza to, iż Dostęp do Nieruchomości oraz Budynków, w celu zapewnienia telekomunikacji w Budynkach, powinien być realizowany przez SPV Rigoletto i Wynajmującego zgodnie z postanowieniami ustawy o wspieraniu rozwoju, co z kolei uprawniało Prezesa UKE do analizy, czy Wniosek o zmianę Umowy, zwłaszcza w zakresie nieodpłatności Dostępu, może zostać uwzględniony.

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. 353¹ 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 SPV Rigoletto oraz Wynajmującego.

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 niniejszej sprawie, miał na względzie warunki Dostępu, jakie 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 przeanalizował treść projektu umowy przekazanej przez Operatora przy Wniosku, który zgodnie z żądaniem Operatora powinien zastąpić Umowę, oraz przedstawione przez niego we Wniosku uzasadnienie proponowanych zmian, a także przedstawione przy Wniosku dokumenty z negocjacji.

W piśmie z dnia 4 marca 2022 r. złożonym w toku postępowania, stanowisko w sprawie przedstawił SPV Rigoletto, wskazując, że zgodnie z art. 30 ust. 3b ustawy o wspieraniu rozwoju Operator ponosi koszty związane z udostępnieniem nieruchomości w celu wykorzystywania istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego lub istniejącej instalacji telekomunikacyjnej budynku lub doprowadzenia do budynku przyłącza telekomunikacyjnego lub wykonania instalacji telekomunikacyjnej budynku, w tym przywrócenia stanu pierwotnego oraz utrzymania udostępnionego przyłącza telekomunikacyjnego, instalacji telekomunikacyjnej budynku lub całości lub części kabla telekomunikacyjnego. W ocenie SPV Rigoletto, w świetle przytoczonego wyżej przepisu ustawy o wspieraniu rozwoju, Operator ma obowiązek ponieść wszelkie koszty związane z udostępnieniem instalacji, doprowadzenia, wykonania, utrzymania łączy telekomunikacyjnych. Jednocześnie w swoim piśmie SPV Rigoletto przywołał uzasadnienie ustawodawcy dotyczące nowelizacji ustawy o wspieraniu rozwoju z października 2012 r.¹, w którym wskazano, że intencją zmiany art. 30 ustawy o wspieraniu rozwoju było nałożenie na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego obowiązku związanego z uzyskaniem dostępu do nieruchomości, w szczególności zwrotu kosztów energii elektrycznej oraz najmu. Dodatkowo SPV Rigoletto przywołał wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego z 12 kwietnia 2017 r. w sprawie o sygn. akt II GSK 1905/15 oraz z dnia 13 lutego 2018 r. w sprawie o sygn. akt II GSK 1429/16, w których Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, że koszty związane z udostępnieniem nieruchomości w celu wykorzystania istniejącej instalacji telekomunikacyjnej w budynku, w szczególności koszty energii elektrycznej oraz najmu ponosi przedsiębiorca telekomunikacyjny i zostały one uregulowane w art. 30 ust. 3b ustawy o wspieraniu rozwoju. SPV Rigoletto wskazał również, że pobieranie czynszu za korzystanie z infrastruktury telekomunikacyjnej Budynków oraz najem określonych części Budynków nie może być utożsamiane z płatnym dostępem Operatora do Budynków, bowiem w opinii SPV Rigoletto takie działanie

¹ Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, VII kadencja, *Projekt ustawy o zmianie ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych oraz ustaw o drogach publicznych*, druk nr 541.

ma na celu rozszerzenie nieodpłatnego dostępu do nieruchomości na każde działanie Operatora na terenie Budynków.

W piśmie z dnia 11 marca 2022 r. Wynajmujący podtrzymał argumentację przedstawioną przez SPV Rigoletto w piśmie z dnia 4 marca 2022 r.

Prezes UKE wyjaśnia, że Umowa zapewnia Operatorowi możliwość wykorzystania istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej znajdującej się w Budynkach (Dostęp, o którym mowa w art. 30 ust. 1 pkt 1 ustawy o wspieraniu rozwoju), jak i możliwość wykonania własnej instalacji telekomunikacyjnej (Dostęp, o którym mowa w art. 30 ust. 1 pkt 3 ustawy o wspieraniu rozwoju) odpłatnie, wbrew brzmieniu art. 30 ust. 3a ustawy o wspieraniu rozwoju, który wprost wskazuje, że Dostęp do nieruchomości i budynków w celu zapewnienia telekomunikacji w budynku jest nieodpłatny.

Nieodpłatność Dostępu nie oznacza jednak, że przedsiębiorca telekomunikacyjny nie jest zobowiązany do ponoszenia żadnych kosztów wynikających z tego Dostępu. Zapisy wskazane w art. 30 ust. 3b ustawy o wspieraniu rozwoju, jak również wskazane przez SPV Rigoletto i Wynajmującego wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego wskazują wprost na istnienie takiego zobowiązania. Obowiązek ten reguluje również zmiana wprowadzona niniejszą decyzją, która zobowiązuje Operatora do zwrotu kosztów wynikających z Dostępu do Nieruchomości i Budynku, które zaistniały w wyniku zapewnienia Dostępu: *„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”*. Podmiot zobowiązany do zapewnienia Dostępu, ze względu na brak podstaw prawnych, nie ma zatem prawa naliczać żadnych opłat lub wynagrodzeń za zapewnienie Dostępu. Stanowisko to potwierdza również doktryna: *„Dostęp, o którym mowa w wyżej wymienionych ust. 1 i ust. 3, jest bezwzględnie nieodpłatny, co wynika bezpośrednio z treści art. 30 ust. 3a u.w.u.s.t. [tj. Ustawy o wspieraniu rozwoju – przyp. aut.]”* (Jakub Mazurkiewicz, LEX, komentarz praktyczny, ABC nr 120335). Podkreślenia wymaga, iż Dostęp należy rozumieć nie tylko jako prawo do budowy instalacji telekomunikacyjnej na terenie budynków, ale również jako prawo jej eksploatacji.

Należy jednocześnie wskazać, że ustawowe zwolnienie z opłat za Dostęp oznacza w istocie brak możliwości uzyskania przez podmiot udostępniający dochodów z tytułu dostępu do nieruchomości/budynku. 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 tym zakresie Prezes UKE wskazuje, że o tym, czy dostęp jest odpłatny czy nieodpłatny, decyduje zaistnienie okoliczności, o których mowa w art. 30 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju, co jak już zostało wyżej wskazane w niniejszej sprawie miało miejsce.

Rozstrzygając sprawę, Prezes UKE wziął pod uwagę, że:

- 1) zgodnie z informacją uzyskaną od stron w toku postępowania, SPV Rigoletto jest wyłącznym właścicielem infrastruktury telekomunikacyjnej w Budynkach (dowód: pismo SPV Rigoletto z dnia 4 marca 2022 r.),
- 2) ze względu na zawartą przez SPV Rigoletto i Wynajmującego umowę cywilnoprawną, Wynajmujący uzyskał skuteczne względem SPV Rigoletto - właściciela infrastruktury telekomunikacyjnej w Budynkach, prawo do wyłącznego korzystania z tej infrastruktury; Wynajmujący jest zatem podmiotem zobowiązanym do zapewnienia Dostępu do Nieruchomości i Budynków na zasadach wynikających z art. 30 ust. 1 w związku z art. 30 ust. 5e ustawy o wspieraniu rozwoju.

Zawarte w § 4 ust. 1, 2, 3, 4 i 9 postanowienia Umowy określają czynsz i opłaty, do których poniesienia zobowiązany jest Operator (ust. 1 – zawiera wskazanie wysokości miesięcznego czynszu Operatora z tytułu przedmiotu najmu wyrażonego w Euro oraz przeliczenia go po kursie NBP; ust. 2 - zawiera tabelę ze wskazaniem pozycji, które wchodzi w skład czynszu, ze wskazaniem przedmiotu najmu, klienta oraz jednostkowej kwoty wyrażonej w Euro); ust. 3, 4 i 9 – zawierają wskazanie, jak należny czynsz będzie płacony przez Operatora (ze wskazaniem waluty, daty wymagalności wpłaty, sposobu wystawienia dokumentu finansowego oraz jego indeksowania)). Opłaty zwarte w Umowie nie mogą być jednak uznane za dodatkowe koszty związane z realizacją Dostępu, o których mowa w art. 30 ust. 3b ustawy o wspieraniu rozwoju, z tego też względu Prezes UKE uznał, że są to opłaty bezpośrednio za Dostęp (w umowie wyraźnie bowiem wskazano, że Operator jest zobowiązany do ponoszenia cyklicznych opłat) których ustanawianie jest niezgodne z art. 30 ust. 3a ustawy o wspieraniu rozwoju.

Po analizie całości materiału dowodowego w sprawie Prezes UKE uznał za zasadne dokonanie zmiany brzmienia § 4 ust. 1 i ust. 2 Umowy, przy jednoczesnym usunięciu z § 4 Umowy ust. 3, 4 i 9, polegające na modyfikacji postanowień przewidujących odpłatność Dostępu. 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. Prezes UKE uwzględnił jednocześnie niniejszą decyzją obowiązek Operatora do zwrotu kosztów wynikających z Dostępu Operatora do Nieruchomości i Budynków.

Biorąc powyższe pod uwagę, Operator nie może być w całości zwolniony z rozliczeń z Udośćpniającym. Przedsiębiorca telekomunikacyjny ponosi bowiem koszty związane z udostępnieniem nieruchomości oraz budynków. Dotyczy to wszystkich kosztów związanych z realizacją inwestycji telekomunikacyjnej przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego (*a contrario* art. 30 ust. 3b ustawy o wspieraniu rozwoju). Można wśród nich wyróżnić koszty, które bezpośrednio obciążają przedsiębiorcę

telekomunikacyjnego i koszty, które ponosi Udostępniający w związku z realizacją inwestycji i eksploatacją sieci przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, a które, zgodnie z brzmieniem art. 30 ust. 3b Ustawy o wspieraniu rozwoju, przedsiębiorca telekomunikacyjny jest zobowiązany zwrócić Udostępniającemu. Operator jest więc zobowiązany zwrócić Udostępniającemu wydatki, których normalnie Udostępniający by nie poniósł (np. opłata za energię elektryczną), gdyby nie realizacja przez Operatora inwestycji i eksploatacja sieci.

W przedmiotowym stanie faktycznym opłata z tytułu najmu, której przedmiotem jest udostępnienie, m.in. 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 (ustanowiony przez strony Umowy „czynsz” nie może zostać uznany za koszt, o którym mowa w art. 30 ust. 3b pkt 1 i 2 ustawy o wspieraniu rozwoju). W Umowie strony jednoznacznie ustaliły bowiem, iż Operator będzie uiszczal 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 najmu w zakresie odpłatności. Zgodnie z brzmieniem art. 659 § 1 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 Budynków i Nieruchomości (zmiana w § 4 ust. 1 Umowy) oraz ograniczeniu rozliczeń stron wyłącznie do zwrotu kosztów związanych z realizacją Dostępu (zmiana w § 4 ust. 2 Umowy). 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, na tej samej podstawie Prezes UKE usunął w § 4 Umowy ustępy 3, 4 i 9,

gdyż odnosiły się do zasad pobierania czynszu. 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 umowy z 31 stycznia 2018 r. postanowieniami umowy wskazanymi w projekcie umowy załączonego do wniosku z 26 lipca 2021 r.”.

W treści Wniosku brak jest uzasadnienia Operatora w zakresie konieczności dokonania innych niż zmiana zasad odpłatności, 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 postanowieniami dotyczącymi 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 § 2 ust. 1 i ust. 2 Umowy Operator uzyskał prawo do wyłącznego używania przedmiotu najmu na terenie Nieruchomości (tym w Budynkach) w celu posadowienia instalacji telekomunikacyjnych, na podstawie § 5 ust. 5 Umowy Operator posiada możliwość modernizacji instalacji znajdujących się w przedmiocie najmu, a zgodnie z § 6 ust. 1 Umowy Operator posiada swobodny dostęp do przedmiotu najmu, 24 godziny na dobę, we wszystkie dni w roku także w niedziele i święta. 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 zmiany całości postanowień Umowy w drodze decyzji administracyjnej. Prezes UKE wskazuje, że wnioskowana przez Operatora zmiana całości Umowy nie jest zasadna, gdyż Umowa, poza postanowieniami dotyczącymi odpłatności, wypełnia przesłanki wskazane w art. 22 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju.

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. 479⁶³ 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. 479⁵⁸ § 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.