

PROJEKT DECYZJI DO KONSULTACJI



**PREZES
URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ**

Warszawa, 2018 r.

Koba sp. z o.o.
ul. Mieszka I 4/226
15-054 Białystok

(dalej „Operator”)

**Wspólnota Mieszkaniowa ul. Piasta 13
i Słonimska 32**
ul. Piasta 13
15-044 Białystok

(dalej „Udostępniający” lub „Wspólnota”)

DECYZJA DHRT.WWM.6171.49.2018.

Po rozpatrzeniu wniosku Operatora (dalej „Wniosek”), który wpłynął do Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej „UKE”) w dniu 21 lutego 2018 r., dotyczącego wydania decyzji w zakresie zmiany „Umowy o wykonanie okablowania sieci internetowej i dokonania przyłączenia do Internetu na terenie posesji Piasta 13 i Słonimska 32” (dalej „Umowa”), zawartej w dniu 3 września 2003 r. pomiędzy Operatorem a Wspólnotą, poprzez nadanie nowego brzmienia § 2 ust. 3 Umowy, tj. w zakresie zniesienia przewidzianej w Umowie odpłatności za dostęp do nieruchomości i budynków, w celu zapewnienia telekomunikacji w budynkach, a zatem poprzez dostosowanie postanowień Umowy do treści ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 2062, z późn. zm., dalej „Ustawa o wspieraniu rozwoju”):

na podstawie art. 22 ust. 1 w związku z art. 24a ust. 1 i ust. 2 oraz art. 30 ust. 3a, 3b oraz ust. 5 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. Ustawy o wspieraniu rozwoju oraz art. 104 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1257, 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 2017 r. poz. 1907, z późn. zm., dalej „Pt”),

I. zmieniam § 1 Umowy, poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„Umowa określa warunki udostępnienia powierzchni i instalacji posesji przy ul. Piasta 13 i Słonimska 32 należącej do Wspólnoty Mieszkaniowej firmie KoBa w celu położenia okablowania i przyłączenia do sieci internetowej oraz zasady, według

których pracownicy firmy KoBa mogą przebywać i poruszać się po terenie posesji Wspólnoty. W umowie określa się także sposób rozliczenia kosztów energii elektrycznej zużytej przez firmę KoBa oraz wysokość opłat, jakie firma KoBa będzie pobierała za instalację i serwis, miesięczną opłatą abonamentową”.

II. zmieniam § 2 ust. 3 Umowy, poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„3. Dostęp, o którym mowa w niniejszej umowie jest nieodpłatny”.

III. w § 2 Umowy po ust. 3 dodaję ust. 3a oraz ust. 3b w brzmieniu:

„3a. Firma KoBa zobowiązana jest do:

- a) ponoszenia kosztów związanych z wykonywaniem uprawnień wynikających z niniejszej umowy,
- b) zwrotu Wspólnocie wydatków, które Wspólnota poniesie w związku z wykonywaniem przez firmę KoBa uprawnień wynikających z niniejszej umowy, w szczególności kosztów energii elektrycznej zużytej przez firmę KoBa.”;

„3b. Wspólnota umożliwi firmie KoBa dostęp do instalacji elektrycznej w tym również do zainstalowania podlicznika. Strony rozliczać będą zużycie energii elektrycznej na podstawie wskazań podlicznika, a zwrot tych kosztów następować będzie w oparciu o przedstawione firmie KoBa dokumenty księgowe w terminie 14 dni od dnia ich otrzymania przez firmę KoBa.”

IV. Pozostałe postanowienia Umowy pozostają bez zmian.

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

UZASADNIENIE

1. Podstawa rozpatrzenia Wniosku

Zgodnie z art. 30 ust. 1 Ustawy o wspieraniu rozwoju: „Właściciel, użytkownik wieczysty lub zarządca nieruchomości, niebędący przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, jest obowiązany zapewnić przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu dostęp do nieruchomości, w tym do budynku oraz punktu styku, (...) w celu zapewnienia telekomunikacji w tym budynku”.

Zgodnie z art. 30 ust. 4 Ustawy o wspieraniu rozwoju warunki dostępu, o którym mowa w art. 30 ust. 1 Ustawy o wspieraniu rozwoju (dalej „Dostęp”), określa umowa zawarta między przedsiębiorcą telekomunikacyjnym a odpowiednio właścicielem, użytkownikiem wieczystym lub zarządcą nieruchomości.

Zgodnie z art. 30 ust. 5 Ustawy o wspieraniu rozwoju do umowy o Dostępie stosuje się odpowiednio art. 19 ust. 2 i art. 20 – 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 wtedy, gdy wcześniej wystąpił do drugiej strony umowy o zawarcie aneksu zmieniającego treść umowy, a następnie wystąpiła jedna z trzech okoliczności:

- 1) nie podjęto negocjacji w sprawie zawarcia aneksu do umowy o Dostępie,
- 2) odmówiono zawarcia aneksu do umowy o Dostępie,
- 3) 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 1102),
- 2) Udostępniający nie jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym (brak wpisów w rejestrze przedsiębiorców telekomunikacyjnych),
- 3) W dniu 3 września 2003 r. Operator i Udostępniający zawarli Umowę, która reguluje kwestię dotyczącą dostępu Operatora do nieruchomości, w tym do budynków Wspólnoty w celu „położenia okablowania i przyłączenia do sieci internetowej”,
- 4) Początek negocjacji w sprawie zmiany Umowy nastąpił w dniu 27 grudnia 2017 r., tj. w dniu odbioru przez administratora nieruchomości Wspólnoty Mieszkaniowej wniosku Operatora z dnia 21 grudnia 2017 r. dotyczącego zmiany Umowy (dalej „Wniosek o zmianę Umowy”),
- 5) Udostępniający nie podjął negocjacji, w konsekwencji czego Operator wystąpił do Prezesa UKE z Wnioskiem (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej w dniu 21 lutego 2018 r.) o wydanie decyzji zmieniającej treść Umowy, poprzez zmianę postanowienia Umowy dotyczącego obowiązku uiszczania na rzecz Udostępniającego opłaty z tytułu dzierżawy powierzchni Wspólnoty (§ 2 ust. 3 w związku z § 1 Umowy). Na mocy Umowy, Operator zobowiązany był do uiszczania opłaty za korzystanie z przyłączy elektrycznych oraz dzierżawę powierzchni Wspólnoty w wysokości 300 zł brutto za miesiąc (§ 2 ust. 3 Umowy),
- 6) Do Wniosku Operator załączył:
 - a) tekst jednolity Umowy, stosownie do wymagań art. 24a ust. 2 Ustawy o wspieraniu rozwoju,
 - b) projekt aneksu do Umowy, co do którego strony nie doszły do porozumienia, stosownie do art. 21 ust. 2a Ustawy o wspieraniu rozwoju.

Na tej podstawie Prezes UKE stwierdził, że:

- 1) Umowa, której stronami są Operator i Udostępniający, reguluje Dostęp.

- 2) Podstawą żądania Operatora są art. 24a ust. 1 w związku z art. 22 ust. 1 w związku z art. 30 ust. 5 w związku z art. 30 ust. 1, ust. 3a i 3b Ustawy o wspieraniu rozwoju.
- 3) Złożenie przez Operatora Wniosku po upływie 30 dni od wystąpienia do Wspólnoty z wnioskiem o zawarcie umowy o Dostępie skutecznie zainicjowało postępowanie przed Prezesem UKE, którego stronami są Operator i Udostępniający (art. 30 ust. 5b ustawy o wspieraniu rozwoju).

2. Uzasadnienie motywów rozstrzygnięcia

Zgodnie z przepisami Ustawy o wspieraniu rozwoju, Prezes UKE wydaje decyzję zmieniającą umowę o Dostępie, biorąc pod uwagę w szczególności konieczność 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. Zasada proporcjonalności jest zawsze związana ze specyficznymi i konkurencyjnymi interesami. 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.

Realizacja wymogu zapewnienia niedyskryminacyjnych warunków Dostępu wiąże się z tym, by Prezes UKE nie ustalał warunków Dostępu w sposób zasadniczo odmienny od tych, jakie są ustalone w innych podobnych przypadkach (tak: S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 249-250). Stosując się do tej zasady warunki Dostępu zostały sformułowane w decyzji w analogiczny sposób jak w innych podobnych przypadkach, z uwzględnieniem charakteru sporu (decyzje publikowane są na stronie: bip.uke.gov.pl/decyzje/dostep-do-nieruchomosci).

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

Kierując się powyższą interpretacją Prezes UKE zmienił § 2 ust. 3 Umowy poprzez wprowadzenie nowego zapisu o nieodpłatnym dostępie do budynków i nieruchomości. Zmiana ta usuwa obowiązek wnoszenia przez Operatora miesięcznych opłat w wysokości 300 zł brutto za korzystanie z przyłączy elektrycznych oraz dzierżawę powierzchni Wspólnoty. W związku z powyższym konieczna stała się również zmiana § 1 Umowy określającego przedmiot i zakres Umowy (poprzez usunięcie fragmentu dotyczącego opłaty za dzierżawienie powierzchni wspólnych Wspólnoty i dodanie fragmentu o kosztach energii elektrycznej zużytej przez Operatora).

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, instalacji telekomunikacyjnej budynku lub całości lub części kabla telekomunikacyjnego.

Biorąc powyższe pod uwagę, wskazać warto, że Operator nie może być w całości zwolniony z rozliczeń z Udostępniającym. 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.

Mając na uwadze powyższe, Prezes UKE uznał, iż zasadnym będzie dodanie do § 2 Umowy ust. 3a, którym zobowiązał Operatora do ponoszenia kosztów związanych z wykonywaniem uprawnień wynikających z Umowy (lit. a) oraz zwrotu Udostępniającemu wydatków (ale bez określenia ich konkretnej wysokości), które Udostępniający może ponieść (bądź ponieść) (lit. b), np. w związku z modernizacją sieci przez Operatora. W tym względzie Prezes UKE, mając na uwadze zasadę niedyskryminacji, dokonał zmiany Umowy zgodnie z analogicznymi warunkami w zakresie rozliczeń, jakie stosuje w decyzjach administracyjnych rozstrzygających wszystkie spory pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi ubiegającymi się o Dostęp a podmiotami zobowiązanymi do zapewnienia takiego Dostępu.

Prezes UKE uznał ponadto, iż do Umowy należy również wprowadzić postanowienie, które przewiduje zasady rozliczeń za energię elektryczną zużytą przez Operatora. Z tego powodu, Prezes UKE, dodał do § 2 Umowy ust. 3b., który stanowi, iż rozliczenia będą następować na podstawie wskazań uprzednio zainstalowanego podlicznika, a zwrot tych kosztów następować będzie w oparciu o przedstawione Operatorowi dokumenty księgowo.

Prezes UKE nie wprowadził do Umowy zapisu w kształcie zaproponowanym przez Operatora, zgodnie z którym rozliczenia za zużytą energię elektryczną miałyby następować ryczałtowo w oparciu o faktury wystawione przez Wspólnotę na koniec każdego kwartału na podstawie jednorazowego odczytu podlicznika z dnia jego demontażu, który to licznik miałby być uprzednio zainstalowany przez Operatora jedynie na okres 31 dni kalendarzowych. Zdaniem

Prezesa UKE zaproponowana przez Operatora treść postanowienia Umowy nie chroni bowiem w należyty sposób interesu obu stron. Może się bowiem zdarzyć, iż zużycie energii elektrycznej będzie się istotnie różnić (np. w czasie ewentualnej modernizacji infrastruktury przez Operatora), co w konsekwencji powodowałoby, że koszty energii elektrycznej, które powinien pokryć Operator, ponosiłaby Wspólnota. Zdaniem Prezesa UKE, koszty podlegające zwrotowi powinny w każdym wypadku odpowiadać rzeczywistemu zużyciu energii elektrycznej przez Operatora, czego realizację zapewnia zamontowanie przez Operatora osobnego podlicznika.

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

Biorąc powyższe pod uwagę, Prezes UKE orzekł jak w sentencji.

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 2018 r. poz. 155, 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.

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).

W trakcie biegu terminu do wniesienia odwołania Strona może zrzec się prawa do wniesienia odwołania wobec Prezesa UKE. Z dniem doręczenia Prezesowi UKE oświadczenia o zrzeczeniu się prawa do wniesienia odwołania przez ostatnią ze stron postępowania, decyzja staje się ostateczna i prawomocna (art. 127a § 1 i 2 kpa).

Zgodnie z art. 32 ust. 3 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tj. Dz. U. z 2016 r. poz. 623, dalej „ustawa o kosztach”) wniesienie odwołania od decyzji Prezesa UKE wymaga uiszczenia opłaty sądowej w wysokości stałej 100 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.