PROJEKT DECYZJI DO KONSULTACJI

Warszawa, 2018 r.

PREZES
URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ

Puławska Spółdzielnia Mieszkaniowa
ul. Centralna 2
24-100 Puławy
(dalej „Udostępniający" lub „Strona")

Orange Polska S.A.
Al. Jerozolimskie 160
02-326 Warszawa
(dalej „Operator" lub „Strona")

DECYZJA DHRT.WWM.6171.88.2018

Po rozpatrzeniu wniosku Udostępniającego (dalej „Wniosek"), który wpłynął do Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej „UKE") w dniu 9 maja 2018 r., dotyczącego wydania decyzji zmieniającej warunki umowy o dostęp do budynków w celu dostarczania publicznej sieci telekomunikacyjnej i świadczenia usług telekomunikacyjnych zawartej w dniu 25 września 2017 r. pomiędzy Udostępniającym a Operatorem (dalej „Umowa"),

na podstawie art. 22 ust. 1 w związku z art. 24a ust. 1 w związku z art. 30 ust. 5 w związku z art. 30 ust. 1 i 1g ustawy z dnia 7 maja 2010 r. 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") 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"), odmawiam zmiany § 1 Umowy w sposób wskazany we Wniosku.

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. 1g ustawy o wspieraniu rozwoju, do właścicieli, użytkowników wieczystych lub zarządców nieruchomości, będących przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, przepisy art. 30 ust. 1 pkt 2 i 3 stosuje się.

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.

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, czyli zmiana umowy o Dostępie powinna nastąpić w terminie 30 dni od dnia wystąpienia przez stronę umowy z wnioskiem o jej zmianę.

Z art. 21 ust. 2 ustawy o wspieraniu rozwoju (stosowanego w sprawie odpowiednio) wynika, że każda ze stron może złożyć do Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej „Prezes UKE”) wniosek o wydanie decyzji w przedmiocie zmiany umowy o Dostępie, jeżeli wcześniej zwróciła się do drugiej strony o taką zmianę i 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.

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 1),
2) Udostępniający jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym (źródło: rejestr przedsiębiorców telekomunikacyjnych, wpis nr 1287), który sprawuje zarząd nieruchomościami objętymi Umową , na podstawie art. 27 ust. 2 ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 845, dalej „usm”),
3) W dniu 25 września 2017 r. Operator i Udostępniający zawarli Umowę,
4) Pismem z dnia 30 stycznia 2018 r. Udostępniający zwrócił się do Operatora z wnioskiem o wszczęcie negocjacji w przedmiocie zmiany Umowy. Pismem z dniem 12 lutego 2018 r. Operator odmówił zmiany Umowy (dowód: w/w pisma),
5) Udostępniający wystąpił do Prezesa UKE z Wnioskiem o wydanie decyzji zmieniającej postanowienie § 1 Umowy poprzez dodanie ust. 2a w brzmieniu „Operator zobowiązuje się do wybudowania na budynkach sieci telekomunikacyjnej, której warunki techniczne będą umożliwiały zaciągnięcie w niej kabli telekomunikacyjnych oraz umieszczenie w niej urządzeń telekomunikacyjnych niezbędnych do świadczenia usług telekomunikacyjnych przez co najmniej czterech operatorów telekomunikacyjnych. W związku z powyższym m.in. instalowana kanalizacja kablowa budynków musi posiadać wymiary umożliwiające zaciągnięcie kabli telekomunikacyjnych poza Operatorem także przez co najmniej trzech innych operatorów telekomunikacyjnych a wymiary instalowanych szafek

telekomunikacyjnych muszą umożliwiać instalację w nich rozgałęzień oraz urządzeń telekomunikacyjnych niezbędnych do świadczenia usług telekomunikacyjnych, poza Operatorem, także przez co najmniej trzech innych operatorów telekomunikacyjnych" oraz dodanie ust. 2b w brzmieniu „W przypadku konieczności przebudowy istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej Budynków w celu udostępnienia miejsca pod budowę sieci telekomunikacyjnej Operatora, prace w zakresie przebudowy istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej zostaną zrealizowane na zasadach ustalonych z właścicielem już zainstalowanej na Budynkach infrastruktury telekomunikacyjnej oraz na koszt Operatora. Niedopuszczalne jest modyfikowanie przebiegu istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej Budynków w trakcie realizacji prac przez Operatora bez uzyskania warunków i wytycznych właściciela istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej", a także zmianę § 1 ust. 4 i ust. 13 lit. a poprzez stosowne dodanie w nich odesłań do ust. 2a i ust. 2b.

Na tej podstawie Prezes UKE stwierdził, że:

1) Podstawą żądania Udostępniającego 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. 1g ustawy o wspieraniu rozwoju,
2) Złożenie przez Udostępniającego Wniosku 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 jest zawsze związana ze specyficznymi i konkurencyjnymi interesami. 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. 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).

Analizując całość materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie Prezes UKE zbadał wszystkie okoliczności faktyczne z nią związane, 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) i stwierdził, że w rozpatrywanej sprawie brak jest podstaw prawnych do zmiany Umowy zgodnie z Wnioskiem.

Wydając decyzję Prezes UKE działa zgodnie z zasadą legalizmu (art. 6 kpa) nakazującą aby organy administracji publicznej działały na podstawie przepisów prawa powszechnie obowiązującego. W obecnym stanie prawnym żaden z obowiązujących przepisów nie daje podstaw do nałożenia na Operatora w ramach uzyskanego Dostępu obowiązku wykonania w budynkach Udostępniającego instalacji przeznaczonej na potrzeby podmiotów trzecich, w szczególności innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych wykonujących działalność

gospodarczą polegającą na dostarczaniu sieci telekomunikacyjnych, świadczeniu usług towarzyszących lub świadczeniu usług telekomunikacyjnych.

Podkreślić należy, że ustalenie parametrów sieci (np. wielkość wewnątrzbudynkowej kanalizacji kablowej) jaką planuje zrealizować Operator, na udostępnionej mu nieruchomości, jest jego decyzją jako podmiotu gospodarczego, ponieważ wiąże się m.in. z określonymi skutkami finansowymi, w tym przypadku niewątpliwie ze zwiększeniem nakładów inwestycyjnych. W ocenie Prezesa UKE, w ramach swobody działalności gospodarczej i swobody kontraktowania, Operator może realizować wspólne inwestycje z zainteresowanymi przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, na warunkach uzgodnionych przez strony. Prezes UKE popiera takie inicjatywy, gdyż ich skutkiem jest zapewnienie efektywnego inwestowania w nowoczesną infrastrukturę telekomunikacyjną, niemniej nie może nakazywać ich podejmowania, skoro brak jest przepisów przyznających mu do tego kompetencje.

Z uwagi na brak prawnego obowiązku realizacji przez Operatora inwestycji na potrzeby podmiotów trzecich, uwzględnienie żądania zawartego we Wniosku byłoby nie tylko sprzeczne z zasadą wyrażoną w art. 6 kpa, ale także prowadziłoby do naruszenia przez Prezesa UKE obowiązków określonych w art. 22 ust. 1 w związku z art. 30 ust. 5 ustawy o wspieraniu rozwoju. Narzucone decyzją administracyjną warunki współpracy nieznajdujące podstaw w prawnych obowiązkach Stron nie mogą bowiem być uznane za proporcjonalne. Ponadto byłyby one dyskryminujące, gdyż Prezes UKE w swojej praktyce orzeczniczej nie stawia przed stronami decyzji wymagań nieznajdujących źródeł w sytuacji prawnej tych stron.

Dlatego też, Prezes UKE nie wprowadził wnioskowanych przez Udostępniającego zmian w § 1 Umowy, polegających na dodaniu ust. 2a w brzmieniu określonym Wnioskiem, jak również na dodaniu ust. 2b oraz zmianie ust. 4 i ust. 13 lit. a., w brzmieniu określonym Wnioskiem. Dwie ostatnie wnioskowane zmiany Umowy są bezpośrednio skorelowane z treścią nieuwzględnionego ust. 2a.

Prezes UKE, dokonując oceny wnioskowanej zmiany ust. 2b, po analizie treść Umowy (w szczególności postanowień § 1 ust. 5) stwierdził, że na gruncie jej postanowień, Udostępniający ma wpływ na przebieg planowanej sieci Operatora, tym samym ma zdolność do określania warunków i wytycznych w celu ochrony istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej.

3. Stanowiska zgłaszane w toku postępowania

Prezes UKE jako centralny organ administracji rządowej realizuje politykę regulacyjną w ramach swoich kompetencji przy wykorzystaniu ogółu środków wyznaczonych na podstawie prawa i w granicach prawa. Wbrew temu, na co wskazywał Udostępniający we Wniosku, Prezes UKE nie może realizować celów, o których wspomina Udostępniający, tj. prowadzenie polityki regulacyjnej mającej na celu m.in. wspieranie konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych, w tym poprzez zapewnienie użytkownikom, także użytkownikom niepełnosprawnym, osiągania maksymalnych korzyści w zakresie cen oraz różnorodności i jakości usług oraz efektywne inwestowanie w dziedzinie infrastruktury oraz promocję technologii innowacyjnych (art. 189 ust.1 pkt 1 lit. a i c Pt), działając wbrew przepisom prawa lub bez podstawy prawnej. Brak istnienia obowiązku nałożonego przepisami prawa na Operatora uniemożliwia uwzględnienie Wniosku.

Prezes UKE, dokonując rozstrzygnięć administracyjnych w zakresie Dostępu, zawsze kieruje się uzasadnionym interesem udostępniającego nieruchomość, ustalając możliwie najmniej uciążliwe warunki korzystania z nieruchomości przy jednoczesnym zapewnieniu niedyskryminujących warunków dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych, tak by możliwe było oferowanie użytkownikom końcowym konkurencyjnych warunków świadczenia usług, w tym cenowych i jakościowych.

Prezes UKE, stosownie do zakresu rozpatrywanych wniosków, przy wydawaniu decyzji z zakresu Dostępu, umożliwiających danemu przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu wykonanie nowej instalacji telekomunikacyjnej w budynku, ustala przede wszystkim czy jest możliwość korzystania z już istniejących zasobów. O ile nie zachodzą przesłanki określone art. 30 ust. 1 pkt 3 lit. b ustawy o wspieraniu rozwoju, niezasadne jest powielanie infrastruktury wewnątrzbudynkowej, tym samym nadmierne obciążanie nieruchomości. Przedsiębiorcy telekomunikacyjni powinni przede wszystkim współkorzystać z istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej. Działania Prezesa UKE pozostają bez wpływu na decyzje udostępniających nieruchomości, którzy o ile uznają to za zasadne, mogą wyrazić zgodę na dostęp dla wszystkich wnioskujących o to przedsiębiorców telekomunikacyjnych i budowę przez nich własnych instalacji telekomunikacyjnych budynku.

Tam, gdzie istnieje już odpowiednia infrastruktura telekomunikacyjna i jest możliwość współkorzystania z niej, przedsiębiorcy telekomunikacyjni powinni współpracować ze sobą na zasadach ustalonych w umowach zawartych m.in. na podstawie art. 139 Pt lub art. 17 ustawy o wspieraniu rozwoju. Prezes UKE w ramach swoich kompetencji czuwa nad wykonywaniem wyżej wskazanych obowiązków nałożonych na przedsiębiorców telekomunikacyjnych, czego przejawem są m.in. konsultowane decyzje, jakie Udostępniający przywołał we Wniosku. Zgodnie z art. 30 ust. 7 ustawy o wspieraniu rozwoju to właściciel budynku jest adresatem obowiązku wyposażenia budynku w instalację telekomunikacyjną w rozumieniu przepisów wykonawczych do ustawy Prawo budowlane (tj. Dz.U. z 2018 r. poz. 1202, z późn. zm.). Nie istnieją podstawy prawne, odmiennie niż podnosi Udostępniający, do przeniesienia tego obowiązku na Operatora.

W toku postępowania administracyjnego Operator, pismem z dnia 15 czerwca 2018 r., przedstawił stanowisko w sprawie proponowanych zmian w Umowie. W stanowisku Operator zauważył, że „z zapisów prawa nie wynika, że operator jest zobowiązany do zapewnienia w budowanej instalacji telekomunikacyjnej przestrzeni w kanalizacji budynkowej dla X kolejnych operatorów”. Stanowisko to jest zbieżne z wyżej wyrażonym stanowiskiem Prezesa UKE.

Istotną kwestią, na jaką wskazał Operator w swoim piśmie, był brak wiedzy o tym czy Udostępniający wystąpił również do innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych z analogiczną propozycją zmian w łączącej ich umowie. Z treści Wniosku wynika, że po dacie zawarcia Umowy, tj. 25 września 2017 r. Udostępniający zawarł kolejną umowę o Dostęp z UPC Polska sp. z o.o. Udostępniający, na co wskazuje Wniosek, skierował swoje oczekiwania zmiany warunków umowy o Dostęp tylko do Operatora jako tego, który pierwszy przystąpił do jej wykonywania i przedstawił do akceptacji projekt wykonawczy swojej sieci. W ocenie Prezesa UKE na gruncie rozpatrywanej sprawy ustalenie wymogów Udostępniającego względem innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych nie jest konieczne, gdyż sam brak obowiązku Operatora do wykonania elementów infrastruktury telekomunikacyjnej na potrzeby podmiotów trzecich decyduje o niedopuszczalności

uwzględnienia żądania zawartego we Wniosku. Prezes UKE zwraca jednocześnie uwagę, że Udostępniający przy zawieraniu umów o Dostęp jest zobowiązany do przestrzegania przepisów Ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 798) w szczególności tych zawartych w art. 9 ust. 2 pkt 3.

Biorąc powyższe pod uwagę, 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. 479^{58} § 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 2018 r. poz. 300, z późn. zm., 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.