Warszawa, 8 lutego 2018 r.

PREZES
URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ

Michał Szczygłowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Spidernet Szczygłowski Michał
Al. Pokoju 10/22
42 - 200 Częstochowa

Wspólnota Mieszkaniowa Sempołowskiej 3
ul. Polskiej Organizacji Wojskowej 24
42 - 200 Częstochowa

Zakład Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwo Budownictwa Społecznego w Częstochowie sp. z o.o.
ul. Polskiej Organizacji Wojskowej 24
42 - 200 Częstochowa

DECYZJA DHRT.WWM.6171.19.2017.50

Po rozpatrzeniu wniosku Michała Szczygłowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Spidernet Szczygłowski Michał (dalej „Operator" lub „Spidernet") z dnia 19 grudnia 2016 r. (dalej „Wniosek") o wydanie decyzji w sprawie ustalenia warunków, na jakich Wspólnota Mieszkaniowa Sempołowskiej 3 (dalej „Udostępniający" lub „Wspólnota") zapewni Operatorowi dostęp do nieruchomości położonej w Częstochowie przy ul. Sempołowskiej 3, dla której Sąd Rejonowy w Częstochowie, IX Wydział Ksiąg Wieczystych prowadzi księgę wieczystą pod numerem CZ1C/00025417/9, w tym do budynku posadowionego na tej nieruchomości (dalej odpowiednio „Nieruchomość", „Budynek"),

I. na podstawie art. 22 ust. 1 w związku z art. 30 ust. 1 pkt 5 w związku z ust. 5 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. 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, 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") ustalam następujące warunki dostępu Operatora do Nieruchomości, w tym do Budynku, w celu zapewnienia telekomunikacji w Budynku:

§ 1. Postanowienia ogólne

1. Pojęcia i terminy użyte w decyzji rozumie się zgodnie z Pt, ustawą o wspieraniu rozwoju oraz ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1332, z późn. zm.).
2. Przedmiotem decyzji jest określenie warunków zapewnienia Operatorowi przez Udostępniającego dostępu do Nieruchomości, w tym do Budynku, polegającego

0000020582 63

na umożliwieniu Operatorowi przeprowadzenia modernizacji należącej do Operatora instalacji telekomunikacyjnej Budynku (dalej „Instalacja”) oraz zastąpienia istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego, przyłączem wykonanym w technologii światłowodowej, w celu zapewnienia telekomunikacji w Budynku, tj. w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych osobom posiadającym tytuł prawny do lokali w Budynku (dalej „Abonenci”).

3. Decyzja stanowi tytuł prawny Operatora do dysponowania Nieruchomością, w tym Budynkiem, na cele budowlane w związku z pracami, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1-4 oraz pracami, o których mowa w § 4 ust. 9.

§ 2. Prawa i obowiązki Operatora

1. W oparciu o uzyskany mocą decyzji dostęp do Nieruchomości i do Budynku, Operator, zgodnie z przepisami prawa i na zasadach określonych decyzją, uprawniony jest do:

   1) przeprowadzenia modernizacji Instalacji polegającej na:

      a) wykonaniu brakujących fragmentów okablowania z kabli miedzianych (skrętka Ethernet kat. 6) wraz z osprzętem instalacyjnym i urządzeniami telekomunikacyjnymi pomiędzy punktem styku w Budynku a lokalami w Budynku,

      b) wykonaniu w Budynku brakujących fragmentów kanalizacji telekomunikacyjnej, w której umieszczone zostaną nowe kable telekomunikacyjne, o których mowa w lit. a, w istniejących w Budynku i stanowiących jego części składowe szybach instalacyjnych i kanałach, a jeżeli brak jest takich szybów i kanałów albo ich wykorzystanie jest technicznie niemożliwe, to wykonanie tych kanalizacji natynkowo,

      c) wykonaniu instalacji telekomunikacyjnej w lokalach w Budynku, które nie stanowią odrębnego przedmiotu własności,

      d) usunięciu wszystkich elementów Instalacji, które nie będą wykorzystywane do zapewniania telekomunikacji w Budynku po zakończeniu prac w lit. a-c,

   2) odtworzenia przyłącza telekomunikacyjnego do Budynku, poprzez doprowadzenie do punktu styku telekomunikacyjnej linii kablowej światłowodowej i usunięciu należącego do Operatora dotychczasowego przyłącza telekomunikacyjnego,

   3) utrzymywania, eksploatacji, konserwacji, remontu i usuwania awarii elementów zmodernizowanej Instalacji, o której mowa w pkt 1, oraz odtworzonego przyłącza telekomunikacyjnego, o którym mowa w pkt 2 (dalej „Infrastruktura”) w zakresie niezbędnym do świadczenia usług telekomunikacyjnych,

   4) korzystania z energii elektrycznej w celu wykonywania uprawnień opisanych w pkt 1-3, przy czym zasilanie Infrastruktury Operator może zapewnić poprzez wykorzystanie istniejących na Nieruchomości przyłączy i instalacji elektrycznych po zamontowaniu oddzielnych urządzeń pomiarowych albo wykonanie nowych instalacji elektrycznych, które Operator będzie uprawniony i zobowiązany utrzymać, eksploatować, konserwować i remontować,

   5) wstępu lub wjazdu na teren Nieruchomości, w tym do Budynku, w celu wykonania czynności, o których mowa w pkt 1-4.

2. Wykonywanie uprawnień określonych w ust. 1 nie może naruszać obowiązujących przepisów prawa, nie może uniemożliwiać racjonalnego korzystania z Nieruchomości, w tym z Budynku, oraz powinno być możliwie najmniej uciążliwe dla Udostępniającego oraz innych osób, którym przysługują prawa do Nieruchomości.
3. Niezwłocznie po zakończeniu prac Operator zobowiązany jest do przywrócenia Budynku oraz Nieruchomości do stanu poprzedniego, z uwzględnieniem zmian związanych z wykonaniem Infrastruktury.
4. Operator jest zobowiązany do prowadzenia prac, o których mowa w ust. 1 pkt 1-4, w sposób zapewniający bezkolizyjność z innymi instalacjami znajdującymi się na Nieruchomości i w Budynku, w zakresie ich wzajemnego usytuowania i niekorzystnego oddziaływania.
5. Operator jest zobowiązany do używania wyłącznie urządzeń spełniających wszystkie wymagania przewidziane prawem, w tym dotyczące odpowiednich norm bezpieczeństwa oraz posiadania stosownych certyfikatów.
6. Operator ponosi odpowiedzialność za zainstalowane w ramach wykonanej Infrastruktury urządzenia, w szczególności ich wpływ na bezpieczeństwo Abonentów i innych osób oraz za powodowane przez te urządzenia zakłócenia pracy innych urządzeń.
7. Operator ponosi odpowiedzialność za przestrzeganie przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy oraz przeciwpożarowych w trakcie prowadzonych prac instalacyjnych, konserwacyjnych oraz eksploatacji Infrastruktury.
8. Operator ponosi odpowiedzialność za utrzymywanie porządku, w tym sprzątanie w czasie prowadzenia prac i uprzątnięcie miejsca po wykonaniu prac związanych z realizacją decyzji.
9. Operator jest zobowiązany do zabezpieczenia Infrastruktury przed ingerencją osób nieuprawnionych.
10. Operator jest zobowiązany do dokonywania okresowych przeglądów technicznych Infrastruktury, nie rzadziej niż raz w roku.
11. Operator jest zobowiązany do usunięcia szkód wynikających bezpośrednio z wykonywania uprawnień określonych w ust. 1 niezwłocznie, nie później niż w terminie 14 dni od dnia ich zgłoszenia. W przypadku nieusunięcia szkód w wyżej wymienionym terminie Udostępniający może je usunąć na koszt Operatora.
12. Zobowiązuje się Operatora do:
    1) ponoszenia kosztów związanych z wykonywaniem uprawnień określonych w ust. 1, w tym kosztów realizacji obowiązków, o których mowa w ust. 3-11,
    2) zwrotu Udostępniającemu wydatków, które Udostępniający poniesie w związku z wykonywaniem przez Operatora uprawnień określonych w ust. 1, w szczególności kosztów energii elektrycznej zużytej przez Operatora.
13. Zwrot Udostępniającemu przez Operatora kosztów, o których mowa w ust. 12, nastąpi w oparciu o przedstawione przez Udostępniającego dokumenty księgowe w terminie 14 dni od dnia otrzymania tych dokumentów przez Operatora.

14. Rozliczenia kosztów zużycia energii elektrycznej zasilającej urządzenia zainstalowane przez Operatora będzie następowało na podstawie odrębnej umowy zawartej pomiędzy Operatorem a zakładem energetycznym i w oparciu o odczyty z zainstalowanego przez Operatora podlicznika.
15. Operator może powierzyć wykonywanie prac instalacyjnych i konserwacyjnych wybranemu wykonawcy, za którego działania lub zaniechania odpowiada jak za własne.

§ 3. Prawa i obowiązki Udostępniającego

1. Udostępniający jest zobowiązany do zapewnienia Operatorowi możliwości wykonywania uprawnień określonych w § 2 ust. 1, a także do współdziałania z Operatorem w zakresie niezbędnym do należytego i prawidłowego wykonania decyzji.
2. Udostępniający jest zobowiązany do niezwłocznego informowania Operatora o wszelkich pracach remontowych mogących mieć wpływ na Infrastrukturę.
3. Udostępniający jest zobowiązany do niezwłocznego poinformowania Operatora o przypadkach naruszenia integralności Infrastruktury przez osoby nieuprawnione.
4. Udostępniający nie ponosi odpowiedzialności za szkody powstałe w Infrastrukturze, które zostały wywołane przez osoby trzecie, chyba że co innego wynika z przepisów powszechnie obowiązujących.
5. Na żądanie Udostępniającego, bez zbędnej zwłoki, nie później niż w terminie 7 dni od dnia zgłoszenia żądania, Operator jest zobowiązany udzielić Udostępniającemu, w formie pisemnej, informacji w zakresie wykonywania uprawnień, o których mowa w § 2 ust. 1 i w § 4 ust. 9 oraz realizowania obowiązków określonych w § 2, a także faktu udostępnienia Infrastruktury innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym.

§ 4. Wykonanie Infrastruktury

1. Przed przystąpieniem do prac, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1, 2 i 4, Operator przedstawi Udostępniającemu sporządzony zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa projekt wykonawczy modernizacji Instalacji oraz odtworzenia przyłącza telekomunikacyjnego (dalej „Projekt”), który będzie składał się z części obejmującej opis techniczny oraz z części rysunkowej i będzie określał zasady, na jakich nastąpi przeprowadzenie tych prac. Projekt nie musi obejmować ani części opisowej ani rysunkowej instalacji telekomunikacyjnej w lokalu w Budynku.
2. W celu sporządzenia Projektu Udostępniający na wniosek Operatora, nieodpłatnie i bez zbędnej zwłoki, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia złożenia wniosku, udostępni Operatorowi, w formie kserokopii lub do wglądu, znajdującą się w jego posiadaniu dokumentację techniczną Budynku w zakresie koniecznym do wykonania prac, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1, 2, i 4 oraz utrzymania i eksploatacji Infrastruktury.
3. W sytuacji, gdyby Udostępniający nie posiadał dokumentacji technicznej Budynku, o której mowa w ust. 2, lub jej nie przekazał w terminie, o którym mowa w ust. 2, Udostępniający jest zobowiązany, bez zbędnej zwłoki, nie później niż w terminie 7 dni od dnia wystąpienia przez Operatora z wnioskiem, umożliwić Operatorowi dostęp do Nieruchomości i do Budynku, celem zebrania informacji koniecznych do wykonania prac, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1, 2 i 4, oraz utrzymania i eksploatacji Infrastruktury.

4. Udostępniający najpóźniej w terminie 30 dni od dnia otrzymania Projektu akceptuje go lub przedstawia uzasadnione stanowisko, w którym zgłosi uwagi lub zażąda od Operatora dodatkowych wyjaśnień lub zmiany przedstawionego Projektu.
5. Projekt uznaje się za uzgodniony, gdy Udostępniający w terminie, o którym mowa w ust. 4, nie wyrazi stanowiska, zaakceptuje Projekt albo gdy Operator rozpatrzy stanowisko Udostępniającego, uwzględni zgłoszone przez Udostępniającego uzasadnione uwagi dotyczące możliwości naruszenia powszechnie obowiązujących przepisów bądź uniemożliwienia racjonalnego korzystania z Nieruchomości, w tym z Budynku oraz te uwagi Udostępniającego, które uzna za zasadne, udzieli wyjaśnień i przekaże ostateczną wersję Projektu Udostępniającemu.
6. Operator przystąpi do prac, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1, 2 i 4, po uzgodnieniu Projektu, pisemnie informując Udostępniającego o terminie rozpoczęcia prac na 7 dni przed ich planowanym rozpoczęciem.
7. Po zakończeniu prac, o których mowa w § 2 pkt 1-2 i 4, Udostępniający oraz Operator potwierdzą fakt oraz zakres wykonanych przez Operatora prac w protokole podpisanym przez każdą ze Stron, zaś Operator przekaże Udostępniającemu, w terminie 7 dni od dnia zakończenia prac, dokumentację powykonawczą, która będzie stanowić załącznik do tego protokołu.
8. W przypadku, gdy do podpisania protokołu, o którym mowa w ust. 7, nie dojdzie w terminie 7 dni od dnia przedstawienia go Udostępniającemu, uznaje się, że protokół został zaakceptowany bez zastrzeżeń.
9. Operator ma prawo do:
   1) wymiany okablowania i pozostałych elementów Infrastruktury, o ile nie będzie to skutkować zmianą technologii świadczenia usług telekomunikacyjnych,
   2) instalowania elementów Instalacji służących do przyłączenia nowych Abonentów w miarę ich pozyskiwania przez Operatora,

   jeżeli nie wymaga to zmiany Projektu.
10. Operator może wykonać prace, o których mowa w ust. 9, po uzgodnieniu z Udostępniającym terminu ich rozpoczęcia, a w przypadku nieuzgodnienia tego terminu, po upływie 7 dni od dnia powiadomienia o planowanych pracach.
11. Decyzja nie uprawnia Operatora do instalowania, eksploatowania lub wymiany elementów Infrastruktury w lokalu, do którego Abonentowi przysługuje tytuł prawny, bez uzyskania zgody Abonenta.
12. Przed przystąpieniem do prac, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1, 2 i 4, Operator wpłaci na rzecz Udostępniającego kaucję z tytułu zabezpieczenia należytego wykonania prac w kwocie 4 000,00 zł (słownie: cztery tysiące złotych).
13. Udostępniający zobowiązany jest zwrócić kaucję, o której mowa w ust. 12, na wskazany na piśmie rachunek bankowy Operatora w terminie 14 dni od dnia podpisania przez Udostępniającego protokołu, o którym mowa ust. 7, a w przypadku, o którym mowa w ust. 8, w terminie 14 dni od dnia przedstawienia protokołu Udostępniającemu.

14. Przed przystąpieniem do prac, o których mowa w ust. 9 pkt 1, Operator wpłaci na rzecz Udostępniającego kaucję z tytułu zabezpieczenia należytego wykonania prac w kwocie 1 000,00 zł (słownie: jeden tysiąc złotych).
15. Udostępniający zobowiązany jest zwrócić kaucję, o której mowa w ust. 14, na wskazany na piśmie rachunek bankowy Operatora w terminie 7 dni od dnia przekazania Udostępniającemu przez Operatora dokumentacji, o której mowa w ust. 16.
16. Operator przekaże, w formie pisemnej, każdorazowo Udostępniającemu dokumentację wprowadzanych zmian w Infrastrukturze zaistniałą na skutek przeprowadzenia prac, o których mowa w ust. 9, w terminie 7 dni roboczych od dnia dokonania tychże zmian.
17. Udostępniający może w każdym czasie żądać od Operatora dodatkowych wyjaśnień w zakresie prowadzonych przez Operatora prac, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 oraz w § 4 ust. 9.

§ 5. Katalog usług

Operator może świadczyć z wykorzystaniem Infrastruktury wszelkie usługi telekomunikacyjne (w szczególności usługi telefoniczne, dostępu do sieci Internet oraz transmisji radiofonicznych i telewizyjnych) na rzecz Abonentów, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

§ 6. Poufność

Zobowiązuje się Strony do zachowania w tajemnicy, nieudostępniania osobom trzecim bez zgody drugiej Strony i niewykorzystywania w inny sposób niż do celów realizacji decyzji, jakichkolwiek informacji uzyskanych w związku z wykonywaniem decyzji. Dotyczy to zwłaszcza obowiązku zachowania przez Udostępniającego w tajemnicy danych dotyczących Infrastruktury, w tym instalacji i urządzeń, które zostaną zainstalowane przez Operatora na podstawie decyzji. Powyższe zobowiązanie nie dotyczy sytuacji, gdy obowiązek przekazania takich informacji wynika z przepisów powszechnie obowiązujących lub następuje na żądanie właściwego organu.

§ 7. Usuwanie awarii

1. W przypadku wystąpienia awarii Infrastruktury rozumianej jako stan techniczny Infrastruktury uniemożliwiający lub poważnie ograniczający świadczenie usług telekomunikacyjnych, Udostępniający zapewni Operatorowi każdorazowy niezwłoczny dostęp do Nieruchomości i do Budynku, w takim zakresie, w jakim jest to niezbędne do usunięcia awarii.
2. O fakcie wystąpienia awarii Infrastruktury Operator niezwłocznie po wykryciu awarii poinformuje Udostępniającego telefonicznie, a w przypadku nieodebrania telefonu uczyni to za pośrednictwem korespondencji e-mail.
3. Jeżeli informacja o wystąpieniu awarii została zgłoszona telefonicznie, Operator potwierdzi ją za pośrednictwem korespondencji e-mail, w drodze korespondencji pocztowej albo faksem, zgodnie z postanowieniami § 8.

§ 8. Postanowienia końcowe

1. Wszelka korespondencja pomiędzy Stronami związana z realizacją decyzji będzie kierowana w drodze korespondencji pocztowej lub za pośrednictwem korespondencji

e - mail, o ile z decyzji wprost nie wynika obowiązek stosowania formy pisemnej, na adresy ustalone przez Strony.

2. W terminie 7 dni od dnia doręczenia decyzji każda ze Stron jest zobowiązana do przekazania drugiej Stronie przesyłką pocztową za potwierdzeniem odbioru, informacji w zakresie: adresu do korespondencji, adresu poczty elektronicznej, numeru rachunku bankowego przeznaczonego do rozliczeń między Stronami oraz numeru telefonu i faksu, na które można zgłaszać awarie, o których mowa w § 7, jak również przekazywać wszelkie inne informacje w związku z realizacją decyzji. W przypadku braku realizacji tego obowiązku, wszelka korespondencja będzie kierowana na adresy wskazane w dokumentach rejestrowych Stron, zaś świadczenia pieniężne spełniane będą za pokwitowaniem do rąk drugiej Strony.
3. Strony są również zobowiązane niezwłocznie, nie później niż w terminie 7 dni, do przekazania sobie informacji o wszelkich zmianach danych, o których mowa w ust. 2.
4. W przypadku niedopełnienia obowiązku, o którym mowa w ust. 3, przyjmuje się, że korespondencja wysłana na dotychczasowy adres została doręczona, a przelew środków pieniężnych dokonany na dotychczasowy numer rachunku bankowego został zrealizowany.

II. Na podstawie art. 105 § 1 kpa w związku z art. 206 ust. 1 Pt, umarzam postępowanie w części dotyczącej zapewnienia dostępu do Nieruchomości i Budynku, w celu zapewnienia telekomunikacji w Budynku przez Zakład Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwo Budownictwa Społecznego w Częstochowie sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie (dalej „TBS”).

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

UZASADNIENIE

1. Uzasadnienie podstawy prawnej żądania Operatora

Zgodnie z art. 30 ust. 1 pkt 5 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 w szczególności na: (…)

5) umożliwieniu odtworzenia przyłącza telekomunikacyjnego lub wykonaniu instalacji telekomunikacyjnej budynku, które uległy likwidacji, zniszczeniu, uszkodzeniu lub wymagają modernizacji lub przebudowy

- w celu zapewnienia telekomunikacji w tym budynku”.

Z przytoczonego przepisu wynika obowiązek właściciela, użytkownika wieczystego lub zarządcy nieruchomości, niebędącego przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, zapewnienia przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu dostępu do nieruchomości, w tym do budynku oraz punktu styku, w celu zapewnienia telekomunikacji w tym budynku (dalej „Dostęp”). Powyższemu obowiązkowi odpowiada jednocześnie uprawnienie przedsiębiorcy telekomunikacyjnego do żądania uzyskania Dostępu.

Pismem z dnia 19 grudnia 2016 r. Operator zwrócił się do Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej „Prezes UKE”) o wydanie decyzji w sprawie dostępu do Budynku polegającego na:

- zastąpieniu istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego przyłączem wykonanym w technologii światłowodowej,
- przeprowadzenia modernizacji Instalacji polegającej na: „wykonaniu połączenia pionów teletechnicznych rurkami PVC w piwnicach budynku (lub na strychu jeśli piwnice nie będą dostępne), wymianie należących do naszej firmy skrzynek teletechnicznych, zaciągnięciu do wspomnianych wyżej korytek/rurek: kabli miedzianych (skrętka Ethernet kat.6) pomiędzy skrzynkami, ewentualnym zmianie przebiegu przyłączy abonenckich”.

Operator wyjaśnił, że jest właścicielem Instalacji. Fakt ten, pismem z dnia 17 stycznia 2017 r., potwierdził Udostępniający.

Zasady współpracy pomiędzy Spidernet a Wspólnotą w zakresie wykorzystywania Instalacji nie zostały dotychczas określone w umowie (dowód: Wniosek).

Na podstawie tak określonego zakresu Wniosku Prezes UKE ustalił, że podstawą żądania wyrażonego we Wniosku jest art. 30 ust. 1 pkt 5 ustawy o wspieraniu rozwoju.

2. Ocena dopuszczalności złożenia Wniosku przez Operatora

Warunki Dostępu 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).

Prezes UKE ustalił, że:

1) Operator jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym (źródło: rejestr przedsiębiorców telekomunikacyjnych, wpis nr 759),

2) Udostępniający nie jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym (brak wpisu w rejestrze przedsiębiorców telekomunikacyjnych),

3) Nieruchomość stanowi własność Miasta Częstochowa i została oddana w użytkowanie wieczyste właścicielom wyodrębnionych lokali usytuowanych w Budynku posadowionym na Nieruchomości (dowód: dane ujawnione w systemie teleinformatycznym prowadzonym przez Centralną Informację Ksiąg Wieczystych). Zgodnie z art. 6 ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 1892, z późn. zm., dalej „ustawa o własności lokali”) ogół właścicieli, których lokale wchodzą w skład Budynku, tworzy wspólnotę mieszkaniową, tj. Wspólnotę. Wspólnota mieszkaniowa nie ma osobowości prawnej, ma jednak zdolność prawną, o której mowa w art. 33^1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 459, z późn. zm.) i należy stosować do niej odpowiednio przepisy dotyczące osób prawnych. W sprawach związanych z zarządem Nieruchomością, w tym Budynkiem, Wspólnocie przysługuje przymiot strony postępowania (tak: wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 17 marca 2010 r., sygn. akt II OSK 539/09).

Oznacza to, że Operator i Udostępniający byli uprawnieni do zawarcia umowy o Dostępie do Nieruchomości, w tym do Budynku.

Każda ze Stron może zwrócić się do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji w sprawie Dostępu w przypadku:

1) niepodjęcia negocjacji w sprawie zawarcia umowy o Dostępie,
2) odmowy udzielenia Dostępu,
3) niezawarcia umowy o Dostępie pomimo upływu 30 dni negocjacji (art. 21 ust. 2 w związku z art. 30 ust. 5 pkt 1 ustawy o wspieraniu rozwoju).

Prezes UKE ustalił, że:

1) negocjacje w sprawie zawarcia umowy o Dostępie do Nieruchomości, w tym do Budynku, zainicjował Operator, występując do zarządu Wspólnoty z wnioskiem z dnia 17 listopada 2016 r., na który odpowiedzi udzielił, w imieniu Wspólnoty, TBS pismem z dnia 1 grudnia 2016 r. (dowód: Wniosek),
2) ze względu na niezawarcie umowy o Dostępie, wnioskiem z dnia 19 grudnia 2016 r. Operator wystąpił do Prezesa UKE o wydanie decyzji w sprawie Dostępu do Nieruchomości, w tym do Budynku (dowód: Wniosek).

Negocjacje pomiędzy Operatorem a Udostępniającym były więc prowadzone ponad 30 dni i nie doprowadziły do zawarcia umowy o Dostępie do Nieruchomości, w tym do Budynku. Oznacza to, że złożenie przez Operatora Wniosku skutecznie zainicjowało postępowanie przed Prezesem UKE, którego stronami są Operator i Udostępniający (art. 30 ust. 5b ustawy o wspieraniu rozwoju).

3. Uzasadnienie podstawy prawnej prowadzonego postępowania

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).

Żądania Wniosku znajdują oparcie w art. 30 ust. 1 pkt 5 ustawy o wspieraniu rozwoju. Przepis ten stanowi również podstawę prawną postępowania administracyjnego prowadzonego na Wniosek. Jak wynika z art. 30 ust. 5 ustawy o wspieraniu rozwoju, wydając decyzję o Dostępie na wniosek uprawnionej strony, Prezes UKE musi stosować odpowiednio postanowienia art. 21 ust. 2a i 3, art. 22 i 23 ustawy o wspieraniu rozwoju odnoszące się do decyzji o dostępie do infrastruktury technicznej. Odpowiednie stosowanie wiąże się w tym wypadku z koniecznością uwzględnienia tylko tych przepisów, których możliwość zastosowania nie wyłączają przepisy art. 30 ustawy o wspieraniu rozwoju, i to przy dokonaniu niezbędnych modyfikacji ich treści. Oznacza to, że:

- przepisy art. 22 ust. 2-4 ustawy o wspieraniu rozwoju, które dotyczą odpłatności, nie znajdują w ogóle zastosowania, gdyż na mocy art. 30 ust. 3a Dostęp jest nieodpłatny,
- przepisy art. 22 ust. 6-7 ustawy o wspieraniu rozwoju, które dotyczą uzgadniania decyzji z innymi organami, w ogóle nie znajdują zastosowania ze względu na wyraźne powiązanie przedmiotu działalności organów wymienionych w art. 22 ust. 6 ustawy o wspieraniu z przedmiotem decyzji o dostępie do infrastruktury technicznej,
- art. 21 ust. 2a i 3, art. 22 ust. 1, art. 22 ust. 5 i 8, art. 23 ustawy o wspieraniu rozwoju znajdują zastosowanie z tym zastrzeżeniem, że gdy mowa jest w nich o dostępie do infrastruktury technicznej, to należy przyjąć, że chodzi o Dostęp.

Ponadto z art. 30 ust. 5 pkt 2 ustawy o wspieraniu rozwoju wynika, że Prezes UKE wydaje decyzję o Dostępie także wówczas, gdy dla istniejącej instalacji telekomunikacyjnej budynku lub istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego budynku warunki dostępu nie są określone w umowie zawartej pomiędzy przedsiębiorcą telekomunikacyjnym a właścicielem, użytkownikiem wieczystym lub zarządcą nieruchomości lub taka umowa wygasła. Oznacza to, że nieuregulowanie pomiędzy Wspólnotą a Operatorem warunków Dostępu do Nieruchomości, w tym do Budynku, nie stanowi przeszkody dla wydania decyzji określającej zasady, na jakich Spidernet będzie mógł odtworzyć przyłącze telekomunikacyjne oraz przeprowadzić modernizację Instalacji w celu dalszego świadczenia usług telekomunikacyjnych w Budynku.

Zgodnie z art. 15 pkt 4 Pt w związku z art. 23 i art. 30 ust. 5 ustawy o wspieraniu rozwoju, Prezes UKE przed podjęciem rozstrzygnięcia w sprawie Dostępu przeprowadza postępowanie konsultacyjne, umożliwiając zainteresowanym podmiotom wyrażenie na piśmie w określonym terminie stanowiska do projektu rozstrzygnięcia. Zgodnie z art. 16 ust. 1 zdanie drugie Pt, Prezes UKE informuje o wszczęciu postępowania konsultacyjnego Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej „Prezes UOKiK").

W dniach 8 grudnia 2017 r. – 8 stycznia 2018 r. Prezes UKE przeprowadził postępowanie konsultacyjne projektu decyzji w postępowaniu prowadzonym na Wniosek.

Pismem z dnia 29 grudnia 2017 r. (data wpływu do UKE w dniu 3 stycznia 2018 r.) Prezes UOKiK wskazał, iż nie zgłasza uwag do projektu decyzji poddanego konsultacjom. W ocenie Prezesa UOKiK, określone w projekcie decyzji „warunki dostępu zostały sformułowane w analogiczny sposób, jak w innych podobnych przypadkach będących przedmiotem rozstrzygnięć Prezesa UKE w ramach podobnych postępowań administracyjnych, z uwzględnieniem interesów obu stron postępowania".

Pismem z dnia 28 grudnia 2017 r. (data wpływu do UKE w dniu 8 stycznia 2018 r.) Wspólnota przedstawiła stanowisko konsultacyjne, w którym zgłosiła uwagi do konsultowanego projektu decyzji (dalej „stanowisko konsultacyjne Wspólnoty").

Pismem z dnia 2 stycznia 2018 r. (data wpływu do UKE w dniu 8 stycznia 2018 r.) TBS przedstawił stanowisko, w którym zgłosił uwagi do konsultowanego projektu decyzji (dalej „stanowisko konsultacyjne TBS").

4. Uzasadnienie motywów rozstrzygnięcia w pkt I sentencji

4.1. Umożliwienie odtworzenia przyłącza telekomunikacyjnego i przeprowadzenia modernizacji Instalacji

Operator żąda wydania decyzji ustalającej warunki Dostępu do Nieruchomości, polegającego na zastąpieniu istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego, przyłączem wykonanym w technologii światłowodowej (dowód: Wniosek). Obowiązki Udostępniającego w tym zakresie wynikają wprost z art. 30 ust. 1 pkt 5 ustawy o wspieraniu rozwoju.

Przyłącze telekomunikacyjne to:

a) odcinek linii kablowej podziemnej, linii kablowej nadziemnej lub kanalizacji kablowej, zawarty między złączem rozgałęźnym a zakończeniem tych linii lub kanalizacji w obiekcie budowlanym,

b) system bezprzewodowy łączący instalację wewnętrzną obiektu budowlanego z węzłem publicznej sieci telekomunikacyjnej

- umożliwiający korzystanie w obiekcie budowlanym z publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych (art. 2 pkt 27b Pt).

Poprzez instalację telekomunikacyjną budynku rozumie się elementy infrastruktury telekomunikacyjnej, w szczególności kable i przewody wraz z osprzętem instalacyjnym i urządzeniami telekomunikacyjnymi, począwszy od punktu połączenia z publiczną siecią telekomunikacyjną (przełącznica kablowa) lub od urządzenia systemu radiowego do gniazda abonenckiego (art. 2 pkt 8a Pt).

W ocenie Operatora Instalacja oraz obecne przyłącze telekomunikacyjne wymagają modernizacji. Operator jest właścicielem Instalacji i przyłącza telekomunikacyjnego, które wykorzystuje do świadczenia usług telekomunikacyjnych na rzecz lokatorów Budynku. Spidernet nie jest przy tym stroną umowy określającej warunki dostępu do Nieruchomości, w tym do Budynku, w celu zapewnienia telekomunikacji (dowód: Wniosek, pismo TBS w imieniu Wspólnoty z dnia 17 stycznia 2017 r.).

Wspólnota i TBS w swoich stanowiskach konsultacyjnych podnieśli, że Nieruchomość została już udostępniona innemu operatorowi, z którym Spidernet nie przeprowadził negocjacji. Ta okoliczność świadczy, zdaniem Wspólnoty i TBS, o tym, że decyzja umożliwiająca Operatorowi przeprowadzenie modernizacji swojej instalacji telekomunikacyjnej rażąco narusza prawo.

Art. 30 ust. 1 pkt 5 ustawy o wspieraniu rozwoju przewiduje, że obowiązek zapewnienia możliwości wykonania instalacji telekomunikacyjnej budynku, która wymaga modernizacji lub przebudowy, nie jest zależny od tego, czy w danym budynku znajduje się już inna instalacja telekomunikacyjna przystosowana do dostarczania usług szerokopasmowego dostępu do Internetu o przepustowości co najmniej 30 Mb/s, która jest dostępna dla przedsiębiorcy telekomunikacyjnego i odpowiada jego zapotrzebowaniu. Taki warunek został przewidziany w przypadku ubiegania się przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o zgodę na wykonanie nowej instalacji telekomunikacyjnej (art. 30 ust. 1 pkt 3 ustawy o wspieraniu rozwoju). Różnica pomiędzy oboma przypadkami zapewnienia Dostępu polega na tym, że modernizacja czy przebudowa polega nie tylko na umieszczeniu nowych elementów infrastruktury telekomunikacyjnej w budynku, lecz także na usunięciu starych elementów, które nie będą już wykorzystywane do świadczenia usług telekomunikacyjnych w budynku. W takim przypadku przedsiębiorca telekomunikacyjny nie spowoduje powielenia infrastruktury telekomunikacyjnej – po przeprowadzonej modernizacji nadal będzie dysponował tylko jedną instalacją telekomunikacyjną budynku.

W związku z powyższym, w świetle postanowienia art. 30 ust. 1 pkt 5 ustawy o wspieraniu rozwoju, na Udostępniającym spoczywa obowiązek zapewnienia Operatorowi Dostępu polegającego na zastąpieniu istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego, przyłączem wykonanym w technologii światłowodowej oraz na przeprowadzeniu modernizacji Instalacji polegającej na wykonaniu nowej instalacji telekomunikacyjnej Budynku i usunięciu tych elementów Instalacji, które po przeprowadzonej modernizacji nie będą służyły do świadczenia usług telekomunikacyjnych w Budynku.

Niezasadne jest zatem twierdzenie zawarte w stanowisku konsultacyjnym Wspólnoty oraz stanowisku konsultacyjnym TBS.

4.2. Ustalenie warunków współpracy Stron

Przy ustalaniu 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 najpierw ocenić, 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 zostały skonstruowane tak, by zapewnić Udostępniającemu należytą ochronę jego interesów oraz 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, C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 249-250). Stosując się do tej zasady w decyzji warunki Dostępu zostały sformułowane w analogiczny sposób jak w innych podobnych przypadkach będących przedmiotem rozstrzygnięć Prezesa UKE w ramach podobnych postępowań administracyjnych, z uwzględnieniem interesów obu stron postępowania.

Prezes UKE określił przedmiot decyzji (§ 1 ust. 2 sentencji decyzji), a także zakres Dostępu Operatora do Nieruchomości, w tym do Budynku, (§ 2 ust. 1 sentencji decyzji) zgodnie z treścią żądania Operatora, przy jednoczesnym uwzględnieniu celu, jakiemu służy Dostęp (zapewnienie telekomunikacji w Budynku).

Przede wszystkim decyzja uprawnia Operatora do przeprowadzenia modernizacji Instalacji oraz odtworzenia przyłącza do Budynku, poprzez doprowadzenie do punktu styku telekomunikacyjnej linii kablowej światłowodowej. Wykonanie tych prac musi się wiązać z usunięciem z Nieruchomości i Budynku tych wszystkich elementów modernizowanej Instalacji oraz przyłącza, które nie staną się elementami Infrastruktury (§ 2 ust. 1 pkt 1 i 2 sentencji decyzji). Ponadto Operator będzie miał możliwość:

1) utrzymywania, eksploatacji, konserwacji, remontu i usuwania awarii elementów Infrastruktury w zakresie niezbędnym do świadczenia usług telekomunikacyjnych (§ 2 ust. 1 pkt 3 sentencji decyzji),
2) podłączenia zainstalowanych przez siebie urządzeń do istniejącej w Budynku instalacji elektrycznej, w celu zasilenia Infrastruktury (§ 2 ust. 1 pkt 4 sentencji decyzji),

3) wstępu lub wjazdu na teren Nieruchomości, w tym do Budynku, w celu wykonania czynności, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1-4 sentencji decyzji (§ 2 ust. 1 pkt 5 sentencji decyzji).

Wyposażenie Operatora w każde z tych uprawnień jest konieczne dla zapewnienia prawidłowego wykonywania decyzji, a w konsekwencji, dla zapewnienia, że Operator będzie w stanie świadczyć usługi telekomunikacyjne na rzecz Abonentów.

W § 1 ust. 3 sentencji decyzji Prezes UKE potwierdził, że decyzja stanowi tytuł prawny Operatora do dysponowania Nieruchomością i Budynkiem na cele budowlane w związku z wykonaniem Infrastruktury oraz podjęciem innych czynności, które przewiduje decyzja.

Z wymienionymi w § 2 ust. 1 sentencji decyzji uprawnieniami Operatora połączony jest obowiązek Udostępniającego polegający na zapewnieniu Operatorowi możliwości korzystania z tych uprawnień, a także do współdziałania z Operatorem w zakresie niezbędnym do należytego i prawidłowego wykonywania decyzji (§ 3 ust. 1 sentencji decyzji).

Prezes UKE miał na względzie konieczność zapewnienia racjonalnego korzystania z Nieruchomości, w tym z Budynku, zminimalizowania ingerencji w prawa Udostępniającego, a także zapewnienia bezpieczeństwa przy realizacji uprawnień wynikających z decyzji. W związku z tym Prezes UKE zobowiązał Operatora do:

1) wykonywania uprawnień, o których mowa w § 2 ust. 1 sentencji decyzji, w taki sposób, aby nie naruszało to obowiązujących przepisów prawa oraz nie uniemożliwiało racjonalnego korzystania z Nieruchomości, w tym z Budynku, oraz było jak najmniej uciążliwe dla Udostępniającego (§ 2 ust. 2 sentencji decyzji),

2) przywrócenia Budynku oraz Nieruchomości do stanu poprzedniego, z uwzględnieniem zmian związanych z wykonaniem Infrastruktury (§ 2 ust. 3 sentencji decyzji), co stanowi obowiązek wprost wynikający z art. 30 ust. 1c ustawy o wspieraniu rozwoju,

3) prowadzenia prac, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1-4 sentencji decyzji, w sposób zapewniający bezkolizyjność z innymi instalacjami znajdującymi się na Nieruchomości, w tym w Budynku, w zakresie ich wzajemnego usytuowania i niekorzystnego oddziaływania (§ 2 ust. 4 sentencji decyzji),

4) wykorzystania urządzeń spełniających odpowiednie normy bezpieczeństwa i posiadających stosowne certyfikaty (§ 2 ust. 5 sentencji decyzji),

5) ponoszenia odpowiedzialności za zainstalowane w ramach wykonanej Infrastruktury urządzenia, w szczególności za ich wpływ na bezpieczeństwo Abonentów i innych osób oraz za powodowane przez te urządzenia zakłócenia pracy innych urządzeń (§ 2 ust. 6 sentencji decyzji),

6) przestrzegania przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy oraz przeciwpożarowych w trakcie prowadzonych prac instalacyjnych, konserwacyjnych oraz eksploatacji Infrastruktury (§ 2 ust. 7 sentencji decyzji),

7) utrzymywania porządku, w tym sprzątania w czasie prowadzenia prac i uprzątnięcia miejsca po wykonaniu prac związanych z realizacją decyzji (§ 2 ust. 8 sentencji decyzji),

8) zabezpieczenia Infrastruktury przed ingerencją osób nieuprawnionych (§ 2 ust. 9 sentencji decyzji),
9) dokonywania okresowych przeglądów technicznych Infrastruktury, nie rzadziej niż raz w roku (§ 2 ust. 10 sentencji decyzji).

Ponadto Prezes UKE uznał, że w celu zabezpieczenia słusznego interesu Udostępniającego Operator powinien być zobowiązany do usunięcia szkód wynikających z wykonywania uprawnień określonych w § 2 ust. 1 sentencji decyzji niezwłocznie, nie później niż w terminie 14 dni od dnia ich zgłoszenia. W przypadku nieusunięcia tych szkód we wskazanym wyżej terminie Udostępniający powinni mieć możliwość ich usunięcia na koszt Operatora (§ 2 ust. 11 sentencji decyzji).

Prezes UKE nie uwzględnił propozycji zgłoszonej w stanowisku konsultacyjnym Wspólnoty oraz stanowisku konsultacyjnym TBS dotyczącej zmiany postanowienia § 2 ust. 11 sentencji decyzji, polegającej na wprowadzeniu zapisu, że w przypadku nieusunięcia szkód przez Operatora w terminie 14 dni, Udostępniający może je usunąć na koszt i ryzyko Operatora. Zgodnie z art. 30 ust. 1c ustawy o wspieraniu rozwoju przedsiębiorca telekomunikacyjny jest zobowiązany do przywrócenia nieruchomości do stanu poprzedniego niezwłocznie. W ocenie Prezesa UKE wprowadzenie do decyzji propozycji Wspólnoty i TBS naruszałoby wymóg proporcjonalności i byłoby sprzeczne z art. 30 ust. 3b pkt 1 ustawy o wspieraniu rozwoju. W ocenie Prezesa UKE dla ochrony interesu Udostępniającego wystarczający jest zapis, że po upływie 14 dni Udostępniający usunie szkody na koszt Operatora.

Prezes UKE nie zawarł w decyzji postanowień dotyczących pobierania przez Udostępniającego opłat od Operatora. Z art. 30 ust. 3a ustawy o wspieraniu rozwoju wprost wynika, że Dostęp jest nieodpłatny. Zatem za zapewnienie Dostępu do nieruchomości, w tym do budynku lub do wskazanych w ustawie o wspieraniu rozwoju elementów infrastruktury telekomunikacyjnej podmiot zobowiązany do zapewnienia Dostępu nie ma prawa naliczać żadnych opłat lub wynagrodzeń. Udostępniający nie może więc pobierać żadnych opłat czy wynagrodzeń za wyrażenie zgody i umożliwienie Operatorowi realizacji przysługującego mu prawa Dostępu. Jednakże, w myśl art. 30 ust. 3b ustawy o wspieraniu rozwoju, w przypadku uzyskania Dostępu 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.

Stosownie do powyższego Prezes UKE zobowiązał Operatora do ponoszenia kosztów wykonywania uprawnień, o których mowa w § 2 ust. 1 sentencji decyzji, a także kosztów realizacji obowiązków, o których mowa w § 2 ust. 3-11 sentencji decyzji (§ 2 ust. 12 pkt 1 sentencji decyzji). Zgodnie z § 2 ust. 11 pkt 2 sentencji decyzji Operator jest zobowiązany do zwrotu Udostępniającemu wydatków, które Udostępniający poniesie w związku z wykonywaniem przez Operatora uprawnień określonych w § 2 ust. 1 sentencji decyzji. Takimi wydatkami (kosztami) przewidzianymi przez Prezesa UKE są w szczególności koszty energii elektrycznej zużytej przez Operatora. Zasadnym jest przy tym, by koszt energii elektrycznej zużytej przez zainstalowane przez Operatora urządzenia obciążał Operatora bezpośrednio, tzn. Operator powinien zawrzeć odrębną umowę z zakładem energetycznym

i zainstalować podlicznik, którego odczyty będą podstawą do ustalenia wysokości opłat ponoszonych na rzecz zakładu energetycznego (§ 2 ust. 14 sentencji decyzji).

Zwrot opisanych wyżej kosztów przez Operatora będzie następował w oparciu o przedstawione przez Udostępniającego Operatorowi dokumenty księgowe, a termin uiszczenia tych kosztów będzie wynosił 14 dni od dnia otrzymania tych dokumentów przez Operatora (§ 2 ust. 13 sentencji decyzji). Wyjątek w tym zakresie stanowi rozlicznie kosztów energii elektrycznej wykorzystywanej przez urządzenia Operatora, które następować będzie w sposób opisany powyżej.

Koszty podlegające zwrotowi powinny w każdym wypadku pozostawać w adekwatnym związku z faktem prowadzenia przez Operatora prac zarówno w zakresie tego, na co Udostępniający ponosi wydatki, jak i tego, czy wysokość tych wydatków nie spowoduje, że ich zwrot przez Operatora spowoduje bezpodstawne wzbogacenie Udostępniającego.

Prezes UKE za uzasadnione uznał wprowadzenie do decyzji rozwiązania, zgodnie z którym Operator może powierzyć wykonywanie prac instalacyjnych i konserwacyjnych wybranemu wykonawcy (§ 2 ust. 15 sentencji decyzji). W praktyce przedsiębiorcy telekomunikacyjni niejednokrotnie przy budowaniu czy też konserwacji sieci telekomunikacyjnych posługują się podwykonawcami, którym powierzają wykonanie określonych prac. Takie rozwiązanie pozwala w szczególności na optymalizację kosztów, jakie pociąga za sobą budowa sieci telekomunikacyjnej.

Mając na względzie zasadę optymalizacji kosztów Prezes UKE zdecydował się nie uwzględnić uwagi zgłoszonej w stanowisku konsultacyjnym Wspólnoty oraz stanowisku konsultacyjnym TBS, odnoszącej się do konieczności doprecyzowania § 2 ust. 15 sentencji decyzji poprzez wskazanie obowiązku uzyskania od Wspólnoty przez Operatora akceptacji wyboru wykonawcy, któremu powierzy wykonywanie prac instalacyjnych i konserwacyjnych. W ocenie Prezesa UKE Operator może powierzyć wykonywanie prac instalacyjnych i konserwacyjnych wybranemu wykonawcy, za którego działania lub zaniechania odpowiada jak za własne. Zatem bezzasadne jest dodatkowe wymaganie uzyskania akceptacji wybranego wykonawcy przez Udostępniającego. Ponadto w decyzjach dotyczących podobnych przypadków Prezes UKE nie przewidywał obowiązku w formie zaproponowanej w stanowiskach konsultacyjnych, w związku z czym nieuwzględnienie propozycji Wspólnoty podyktowane jest również koniecznością realizacji zasady niedyskryminacji i proporcjonalności.

Ponieważ ewentualne prace remontowe na Nieruchomości, w tym w Budynku, mogą mieć wpływ na Infrastrukturę, a co za tym idzie, mogą wpłynąć na stabilność świadczenia usług przez Operatora, Udostępniający powinien przekazywać informacje na ich temat Operatorowi (§ 3 ust. 2 sentencji decyzji).

W § 4 sentencji decyzji Prezes UKE zawarł szereg postanowień określających zasady współpracy Stron w zakresie wykonania Infrastruktury. Prezes UKE uznał, że przed wykonaniem przez Operatora prac, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 sentencji decyzji konieczne jest uzgodnienie między Stronami Projektu. Z tego względu zgodnie z § 4 ust. 1 sentencji decyzji Operator jest zobowiązany do sporządzenia i przedstawienia Udostępniającemu Projektu, który będzie się składał z części obejmującej opis techniczny oraz z części rysunkowej i będzie określał zasady, na jakich nastąpi wykonanie Infrastruktury.

Prezes UKE nie uwzględnił w tym zakresie stanowiska konsultacyjnego Wspólnoty oraz stanowiska konsultacyjnego TBS, w których Wspólnota i TBS wnieśli o określenie terminu, w jakim nastąpi przekazanie Projektu Udostępniającemu. Zdaniem Prezesa UKE określenie czasu przekazania Projektu przez Operatora jako „przed przystąpieniem do prac", o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 sentencji decyzji, jest określeniem wystarczającym. Udostępniający ma następnie 30 dni od dnia otrzymania Projektu na akceptację lub zgłoszenie uwag.

Prezes UKE nie uwzględnił także stanowiska konsultacyjnego Wspólnoty oraz stanowiska konsultacyjnego TBS, w których Wspólnota i TBS wnieśli o udział w czynnościach związanych z wykonaniem Infrastruktury inspektora nadzoru budowlanego. Koszt udziału inspektora miałby w całości obciążać Operatora. Prezes UKE wyjaśnia, że przyjęte w decyzji rozwiązanie pozwala Udostepniającemu na dokładną analizę dokumentacji wraz z możliwością skorzystania z porad specjalistów w dziedzinie budowy instalacji telekomunikacyjnych. Należy przy tym wyjaśnić, że w obecnym stanie prawnym brak jest podstaw do nałożenia na Operatora takich obowiązków, szczególnie, że możliwość zapewnienia obecności pracowników organów nadzoru budowlanego przy pracach związanych z budową przyłącza telekomunikacyjnego czy instalacji telekomunikacyjnej budynku nie została przewidziana żadnym przepisem prawa. Jednocześnie Prezes UKE wskazuje, że Operator przedstawia Udostępniającemu sporządzony zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa projekt wykonawczy modernizacji Instalacji oraz odtworzenia przyłącza telekomunikacyjnego.

Zgodnie z § 4 ust. 2 sentencji decyzji Udostępniający jest zobowiązany bez zbędnej zwłoki, nie później niż w terminie 7 dni od dnia złożenia wniosku, udostępnić Operatorowi znajdującą się w jego posiadaniu dokumentację techniczną Budynku w zakresie koniecznym do zaprojektowania, wykonania, utrzymania i eksploatacji Infrastruktury. Udostępnienie Operatorowi wyżej wymienionej dokumentacji bez wątpienia ułatwi mu przygotowanie rzetelnego Projektu, a co za tym idzie istotnie ograniczy ryzyko uszkodzenia już istniejącej Instalacji. Przekazanie dokumentacji technicznej Budynku jest nieodpłatne. Pobieranie przez Udostępniającego opłat za przekazanie dokumentacji technicznej byłoby działaniem niezgodnym z art. 30 ust. 3a ustawy o wspieraniu rozwoju. W § 4 ust. 3 sentencji decyzji Prezes UKE wskazał, że w sytuacji, gdyby Udostępniający nie posiadał dokumentacji technicznej Budynku, Udostępniający jest zobowiązany, bez zbędnej zwłoki, nie później niż w terminie 7 dni od dnia wystąpienia przez Operatora z wnioskiem, umożliwić Operatorowi dostęp do Budynku, celem zebrania informacji koniecznych do zaprojektowania i wykonania Infrastruktury.

Przystąpienie do prac, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 sentencji decyzji będzie możliwe dopiero po uzgodnieniu przez Operatora i Udostępniającego Projektu (§ 4 ust. 6 sentencji decyzji). Prezes UKE wskazał sytuacje, w których należy przyjąć, że Projekt został uzgodniony. Jak wynika z § 4 ust. 4 sentencji decyzji, Udostępniający najpóźniej w terminie 30 dni od dnia otrzymania Projektu akceptuje go lub przedstawia uzasadnione stanowisko, w którym zgłasza uwagi lub zażąda od Operatora dodatkowych wyjaśnień lub zmiany przedstawionego projektu. Jeżeli Udostępniający zaakceptował przedstawiony mu Projekt bądź nie przedstawi uzasadnionego stanowiska w terminie, o którym mowa wyżej, wówczas Operator może rozpocząć prace, informując Udostępniającego o terminie ich rozpoczęcia na 7 dni przed ich planowanym rozpoczęciem (§ 4 ust. 6 sentencji decyzji). Jeżeli jednak stanowisko zostało zgłoszone w terminie, Operator obowiązany jest je rozpatrzyć, uwzględniając przynajmniej te zgłoszone przez Udostępniającego uwagi wraz

z uzasadnieniem, które dotyczą możliwości naruszenia powszechnie obowiązujących przepisów bądź uniemożliwienia racjonalnego korzystania z Nieruchomości, w tym z Budynku, w związku z wykonaniem Infrastruktury zgodnie z przedstawionym Udostępniającemu Projektem. Następnie Operator przekaże Udostępniającemu ostateczną wersję Projektu (§ 4 ust. 5 sentencji decyzji). W tym wypadku, dopiero po spełnieniu przez Operatora powyższych wymogów prace mogą być rozpoczęte zgodnie z § 4 ust. 6 sentencji decyzji.

W ocenie Prezesa UKE opisana wyżej procedura będzie z jednej strony przeciwdziałać przewlekaniu rozpoczęcia prac przez Udostępniającego, z drugiej zaś zapewni, Operatorowi by mógł zwrócić uwagę na wady Projektu, których skutkiem mogłoby być spowodowanie szkód związanych z wykonaniem i eksploatacją Infrastruktury. Prezes UKE podkreśla, że za takie szkody odpowiedzialność ponosi Operator (§ 2 ust. 5 i 6 sentencji decyzji).

Prezes UKE nie uwzględnił uwagi zgłoszonej w stanowisku konsultacyjnym Wspólnoty oraz stanowisku konsultacyjnym TBS, dotyczącej zmiany brzmienia § 4 ust. 8 sentencji decyzji poprzez dopisanie, że „protokół nie zostanie zaakceptowany w przypadku zgłoszenia Operatorowi przez Udostępniającego uwag do wykonanej instalacji, które Operator zobowiązany będzie rozpoznać, ustosunkować się do nich i uwzględnić, co w dalszej kolejności skutkować będzie podpisaniem protokołu odbioru”. Zdaniem Prezesa UKE Udostępniający oraz Operator potwierdzają w protokole fakt oraz zakres prac wykonanych przez Operatora zgodnie z zaakceptowanym wcześniej Projektem. Zgodnie z brzmieniem decyzji Operator jest zobowiązany do wykonania Infrastruktury zgodnie z przedstawionym Udostępniającemu Projektem, uzgadniając który ma obowiązek uwzględnić wszelkie uwagi Udostępniającego, zgodnie z § 4 ust. 5 sentencji decyzji. Udostępniający nie ma przymusu podpisania protokołu – może zgłosić do niego uwagi. W takiej sytuacji nie można stwierdzić, że protokół został zaakceptowany bez zastrzeżeń (zgodnie z treścią § 4 ust. 8 sentencji decyzji). Taki protokół może być dowodem w toku kontroli prawidłowości wykonywania decyzji przez Operatora, jak również w sprawie o odszkodowanie związanego z nieprawidłowym wykonaniem decyzji.

Opisane wyżej rozwiązanie umożliwia Stronom uzgodnienie szczegółowych kwestii technicznych odpowiednio do parametrów Budynku oraz sieci telekomunikacyjnej Operatora. Warto podkreślić, iż przedmiotem decyzji nie jest określenie w sposób szczegółowy aspektów technicznych wykonania Infrastruktury, ale zapewnienie Operatorowi uprawnień określonych w § 2 ust. 1 sentencji decyzji w taki sposób, aby ich zakres i sposób realizacji nie budziły wątpliwości ani Operatora ani Udostępniającego.

Prezes UKE za uzasadnione uznał również zobowiązanie Operatora do wpłacenia na rachunek bankowy Udostępniającego:

1) przed przystąpieniem do realizacji prac, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 sentencji decyzji, kaucji w wysokości 4 000,00 zł (§ 4 ust. 12 sentencji decyzji),
2) przed przystąpieniem do realizacji prac, o których mowa w § 4 ust. 9 pkt 1 sentencji decyzji, kaucji w wysokości 1 000,00 zł (§ 4 ust. 14 sentencji decyzji).

Prezes UKE nie uwzględnił w tym zakresie stanowiska konsultacyjnego Wspólnoty oraz stanowiska konsultacyjnego TBS, w których Wspólnota i TBS wnieśli o wprowadzenie wyższej kaucji. Prezes UKE wskazuje, że działanie zgodne z zasadą niedyskryminacji wyraża się w ustaleniu przez Prezesa UKE warunków Dostępu w analogiczny sposób jak w innych podobnych przypadkach (w innych tego typu postępowaniach). Prezes UKE wskazuje,

iż ustalenie kaucji jako sposobu zabezpieczenia roszczeń z tytułu naprawienia szkody, która mogłaby powstać w związku z realizowanymi pracami związanymi z uzyskaniem Dostępu, jest ugruntowaną praktyką stosowaną przez Prezesa UKE w wielu innych decyzjach ustalających warunki Dostępu. Przyjęcie natomiast koncepcji Wspólnoty oraz TBS, prowadziłoby do tego, że Prezes UKE musiałby dla każdej nieruchomości przyznawać inne warunki dostępu, przez co działania Prezesa UKE pozbawione byłyby spójności i przejrzystości nawet w postępowaniach między tymi samymi podmiotami w stosunku do wielu budynków. Dodatkowo należy zauważyć, że zarówno Wspólnota jak i TBS wnosząc o wyższą kwotę kaucji, nie wskazali konkretnej kwoty, która ich zdaniem zabezpieczyłaby w całości ewentualne roszczenia Udostępniającego względem Operatora.

Kaucja w polskim prawie cywilnym traktowana jest jako zabezpieczenie wykonania zobowiązania i odszkodowanie w razie jego niewykonania bądź nienależytego wykonania. Operator w ramach zapewnionego decyzją dostępu uzyskał prawo do wykonania Infrastruktury w sposób określony w § 2 ust. 1 pkt 1-2 sentencji decyzji. Realizacja tych uprawnień może doprowadzić do powstania szkód po stronie Udostępniającego, w związku z tym ustanowienie kaucji należy uznać za uzasadnione. W ocenie Prezesa UKE przyjęte wysokości kaucji są adekwatne do charakteru prac, do realizacji których Operator jest uprawniony.

Prezes UKE zobowiązał Udostępniającego do zwrotu kaucji, o której mowa w § 4 ust. 12 sentencji decyzji, w terminie 14 dni od dnia podpisania przez Udostępniającego protokołu, o którym mowa w § 4 ust. 7 sentencji decyzji, bądź, w przypadku, gdy do podpisania protokołu nie doszło, w terminie 14 dni od dnia przedstawienia tego protokołu Udostępniającemu. Z kolei zwrot kaucji, o której mowa w § 4 ust. 14 sentencji decyzji, powinien nastąpić w terminie 7 dni od dnia przekazania Udostępniającemu przez Operatora dokumentacji, o której mowa w § 4 ust. 16 sentencji decyzji.

Prezes UKE wskazuje, że przepisy prawa nie regulują sposobu zabezpieczenia ewentualnych roszczeń Udostępniających względem Operatora, a kaucja jest wystarczającym sposobem ich zabezpieczenia. Prezes UKE zwraca przy tym uwagę, że kaucja określona w § 4 ust. 12 sentencji decyzji jest wpłacana Udostępniającemu na określony czas, tj. na okres wykonania Infrastruktury, po którym podlega ona zwrotowi. Tymczasowy charakter zabezpieczenia decyduje więc o tym, że kwota kaucji nie wpływa na zwiększenie kosztu inwestycji, który z kolei decydowałby o niższej konkurencyjności oferty detalicznej Operatora względem ofert jego konkurentów działających w Budynku.

Ponadto Prezes UKE stwierdził, że Operator powinien być uprawniony do:

1) wymiany elementów Infrastruktury, o ile nie będzie to skutkować zmianą technologii świadczenia usług telekomunikacyjnych,
2) instalowania elementów Infrastruktury służących do przyłączenia nowych Abonentów w miarę ich pozyskiwania przez Operatora,

jeżeli nie wymaga to zmiany Projektu (§ 4 ust. 9 sentencji decyzji). Postanowienie to reguluje szczególne przypadki wykonywania przez Operatora uprawnień określonych w § 2 ust. 1 pkt 1 i 3 sentencji decyzji. Wskazane prace będą mogły zostać wykonane po uzgodnieniu z Udostępniającym terminu ich rozpoczęcia, a jeżeli taki termin nie zostanie ustalony, po upływie 7 dni od dnia powiadomienia o planowanych pracach (§ 4 ust. 10 sentencji decyzji). Zastosowanie w tym wypadku uproszczonego modelu współpracy pomiędzy Operatorem a Udostępniającym jest uzasadnione niewielkim wpływem prac na stan

Budynku, nieprzekraczaniem przez te prace ram inwestycji określonych w Projekcie, a także potrzebą zapewnienia przez Operatora ciągłości świadczenia usług telekomunikacyjnych i możliwości sprawnego pozyskiwania nowych klientów.

W ocenie Prezesa UKE Udostępniający powinien każdorazowo mieć wiedzę o zamiarze wykonania przez Operatora prac, o których mowa w § 4 ust. 9 sentencji decyzji, gdyż ingerują one w substancję Budynku, nawet jeśli sama ingerencja jest nieznaczna. Zdaniem Prezesa UKE wykonywanie przez Operatora uprawnień związanych z zapewnianiem telekomunikacji w Budynku powinno w jak najmniejszym stopniu ograniczać prawo własności Nieruchomości. Do zakresu tego prawa należy zaś uprawnienie do uzyskania pełnej wiedzy na temat działań wpływających bezpośrednio na stan Budynku jeszcze przed ich podjęciem. Ponadto usunięcie obowiązku powiadomienia Udostępniającego o zamiarze wykonywania prac, o których mowa w § 4 ust. 9 sentencji decyzji, mogłoby skutkować wystąpieniem problemów z zapewnianiem Operatorowi wstępu do Budynku. Wprowadzone przez Prezesa UKE terminy odpowiadają zasadom rynkowym. Termin 7 dni nie jest minimalnym terminem oczekiwania na wykonanie prac, Udostępniający i Operator mają bowiem możliwość ustalenia, że prace instalacyjne zostaną wykonane nawet jeden dzień po zawiadomieniu Udostępniającego. Takie rozwiązanie umożliwi Operatorowi szybkie dokonywanie czynności, które nie będą zmieniały czy rozszerzały zakresu ingerencji Operatora w Budynek, względem tego, co zostało określone w Projekcie.

Usprawiedliwione jest również, aby Udostępniający miał wiedzę co do:

- wykonanej Infrastruktury (§ 4 ust. 7 sentencji decyzji),
- wprowadzonych zmian w Infrastrukturze (§ 4 ust. 16 sentencji decyzji),
- wykonywania uprawnień, o których mowa w § 2 ust. 1 sentencji decyzji, oraz realizowania obowiązków określonych w § 2 sentencji decyzji (§ 3 ust. 5 sentencji decyzji),
- aktu udostępnienia Infrastruktury innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym (§ 3 ust. 5 sentencji decyzji).

Dzięki temu Udostępniający będzie mógł w szczególności uniknąć uszkodzenia Infrastruktury i związanych z tym roszczeń ze strony Operatora.

Prezes UKE nie uwzględnił propozycji zgłoszonej w stanowisku konsultacyjnym Wspólnoty oraz stanowisku konsultacyjnym TBS dotyczącej zmiany § 4 ust. 17 sentencji decyzji, polegającej na doprecyzowaniu terminu na przekazanie Udostępniającemu informacji przez Operatora, poprzez wskazanie 3 dni na odpowiedź. W ocenie Prezesa UKE obecny zapis jest wystarczający. Pozwala on Udostępniającemu w każdym czasie żądać od Operatora dodatkowych wyjaśnień w zakresie prowadzonych przez Operatora prac i zobowiązuje Operatora do niezwłocznej odpowiedzi Udostępniającemu, przy czym postanowienie to należy odczytywać w kontekście § 3 ust. 5 sentencji decyzji, który zakreśla Operatorowi 7 dniowy termin na udzielenie odpowiedzi dotyczącej sposobu wykonywania uprawnień i obowiązków wynikających z wykonywania decyzji.

Co istotne, aby prowadzić w lokalach w Budynku prace instalacyjne lub aby eksploatować w nich, bądź wymieniać elementy Infrastruktury, Operator musi uzyskać odrębną zgodę Abonenta (§ 4 ust. 11 sentencji decyzji).

Zgodnie z § 5 sentencji decyzji Operator może przy wykorzystaniu Infrastruktury świadczyć na rzecz Abonentów wszelkie usługi telekomunikacyjne, o ile nie sprzeciwiają się temu przepisy prawa.

Prezes UKE stwierdził również, iż warunki współpracy określone decyzją wiążą się z koniecznością wymiany szczegółowych informacji pomiędzy Stronami. Informacje te, w szczególności dane dotyczące zainstalowanej przez Operatora Infrastruktury, mogą mieć charakter poufny. W związku z powyższym Prezes UKE zobowiązał Strony do zachowania w tajemnicy, nieudostępniania osobom trzecim bez zgody drugiej Strony i niewykorzystywania w inny sposób niż do celów realizacji decyzji, jakichkolwiek informacji uzyskanych w związku z wykonywaniem decyzji. Obowiązek zachowania poufności w wyżej określonym zakresie może być jednak wyłączony na mocy przepisów powszechnie obowiązujących lub w przypadku gdy takich informacji zażąda właściwy organ (§ 6 sentencji decyzji).

Prezes UKE nie uwzględnił propozycji zgłoszonej w stanowisku konsultacyjnym Wspólnoty oraz stanowisku konsultacyjnym TBS, dotyczącej zmiany § 6 sentencji decyzji, polegającej na rozszerzeniu trwania obowiązku zachowania poufności również „po zakończeniu wykonywania obowiązków i uprawnień wynikających z decyzji". Prezes UKE wskazuje, że postanowienia zawarte w decyzji obowiązują Strony w czasie trwania i obowiązywania decyzji. Jednocześnie Prezes UKE informuje, że wszelkie kwestie związane z relacjami Stron poza czasem obowiązywania decyzji mogą zostać uregulowane na podstawie odrębnej umowy cywilno-prawnej.

W celu usprawnienia współpracy między stronami Prezes UKE wprowadził w § 7 sentencji decyzji zasady postępowania w przypadku wystąpienia awarii Infrastruktury.

Prezes UKE nie uwzględnił propozycji zgłoszonej w stanowisku konsultacyjnym Wspólnoty oraz stanowisku konsultacyjnym TBS, dotyczącej zmiany § 7 sentencji decyzji, polegającej na doprecyzowaniu terminu „niezwłocznie" poprzez wskazanie , że informacja przekazana zostanie nie później niż w dniu, w którym doszło do awarii. Prezes UKE wskazuje, że użyte w sentencji decyzji sformułowanie „niezwłocznie" w praktyce definiuje się jako „bez zbędnej zwłoki". Sformułowania nie należy utożsamiać z terminem natychmiastowym, termin „niezwłocznie" oznacza bowiem termin realny, mający na względzie okoliczności miejsca i czasu. Pojęcie „niezwłocznie" jest zatem określone na podstawie wszystkich okoliczności sprawy, a przede wszystkim w oparciu o sytuację osoby zobowiązanej do wykonania określonej czynności prawnej w takim właśnie terminie. O fakcie wystąpienia awarii Infrastruktury Operator po wykryciu awarii bez zbędnej zwłoki, w najbliższej chwili gdy tylko będzie to możliwe, poinformuje Udostępniającego telefonicznie, a w przypadku nieodebrania telefonu uczyni to za pośrednictwem korespondencji e-mail.

Jak wynika z powyższego, wykonanie niektórych postanowień decyzji wymaga współpracy Udostępniającego i Operatora, istotne znaczenie ma więc kwestia wzajemnego komunikowania się Stron. Z tego względu Prezes UKE postanowił, że wszelka korespondencja pomiędzy Udostępniającym a Operatorem związana z realizacją decyzji będzie kierowana w drodze korespondencji pocztowej lub za pośrednictwem korespondencji e-mail, o ile z decyzji wprost nie wynika obowiązek stosowania formy pisemnej, na adresy ustalone przez Strony, a każda ze Stron będzie zobowiązana powiadomić drugą Stronę na piśmie o zmianie adresów do korespondencji pocztowej lub elektronicznej, numerów faksów, numerów telefonicznych, numerów rachunków bankowych (§ 8 sentencji decyzji).

Ponadto Prezes UKE uwzględnił stanowisko konsultacyjne Wspólnoty oraz stanowisko konsultacyjne TBS dotyczące przestrzegania formy pisemnej w korespondencji z Operatorem. Zdaniem Prezesa UKE propozycja Wspólnoty i TBS nie tworzy dla Operatora znaczącego utrudnienia. Skoro więc w ocenie Wspólnoty zmiana zmierzałaby do ochrony jej interesu w wyższym stopniu niż przewidywał to konsultowany projekt decyzji, to uwagę Udostępniającego należy uwzględnić ze względu na treść art. 30 ust. 1c ustawy o wspieraniu rozwoju.

Z informacji przedstawionych przez Udostępniającego w piśmie z dnia 17 stycznia 2017 r. wynika, że działania podejmowane przez Spidernet w innych budynkach, znajdujących się w zarządzie TBS, były nieprawidłowe lub niezgodne z warunkami technicznymi. W związku z powyższym, Prezes UKE informuje, że nieprawidłowe wykonywanie zapisów przedmiotowej decyzji, np. nieuprawnione odstępowanie od wymogów określonych w § 4 sentencji decyzji, będzie wiązało się z możliwością wszczęcia postępowania o nałożenie na Operatora kary pieniężnej, zgodnie z art. 209 Pt.

Prezes UKE nie uwzględnił propozycji zgłoszonej w stanowisku konsultacyjnym Wspólnoty oraz stanowisku konsultacyjnym TBS aby zapis dotyczący możliwości wszczęcia postępowania o nałożenie na Operatora kary pieniężnej, zgodnie z art. 209 Pt, umieścić w sentencji decyzji. Procedura wynika wprost z obowiązujących przepisów prawa i nie ma konieczności aby powielać rozwiązania przewidziane w ustawie w rozstrzygnięciu decyzji.

Na podstawie art. 206 ust. 2aa w związku z art. 206 ust. 2 pkt 6 Pt decyzja w pkt I sentencji podlega natychmiastowemu wykonaniu. Oznacza to, że pomimo ewentualnego złożenia przez którąkolwiek ze Stron odwołania zgodnie z poniższym pouczeniem, decyzja będzie podlegała wykonaniu, a więc na jej podstawie Operator będzie mógł podejmować czynności zmierzające do wykonania Infrastruktury. 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 2016 r. poz. 1822, 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.

5. Uzasadnienie motywów rozstrzygnięcia w pkt II sentencji

Odnosząc się do rozstrzygnięcia, o którym mowa w pkt II sentencji decyzji, tj. umorzenia na podstawie art. 105 § 1 kpa postępowania administracyjnego w części dotyczącej zapewnienia dostępu do Nieruchomości i Budynku przez TBS wskazać należy co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 105 § 1 kpa, gdy postępowanie z jakiejkolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe w całości albo w części, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania odpowiednio w całości albo w części.

Bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego, o której mowa w art. 105 § 1 kpa, to brak przedmiotu postępowania. Tym przedmiotem jest zaś konkretna sprawa, w której organ administracji państwowej jest władny i jednocześnie zobowiązany rozstrzygnąć na podstawie przepisów prawa materialnego o uprawnieniach lub obowiązkach indywidualnego podmiotu. Sprawa administracyjna jest więc konsekwencją istnienia stosunku administracyjnoprawnego, a więc takiej sytuacji prawnej, w której strona ma prawo żądać od organu administracyjnego skonkretyzowania jej indywidualnych uprawnień

wynikających z prawa materialnego. Na stosunek materialnoprawny składają się cztery elementy:

- podmiot stosunku,
- przedmiot stosunku,
- sfera faktów mających znaczenie dla możliwości konkretyzacji stosunku,
- sfera prawna, z której wywodzi się określony stosunek prawny (interes prawny) i który przesądza o możliwości i kształcie konkretyzacji tego stosunku.

Brak któregokolwiek z wyżej wymienionych elementów tego stosunku materialnoprawnego stanowi o bezprzedmiotowości postępowania (por. m.in. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 26 marca 1998 r., sygn. akt II SA 70/98, LEX Nr 43205). Przesłanką umorzenia postępowania na podstawie art. 105 § 1 kpa jest bezprzedmiotowość postępowania „z jakiejkolwiek przyczyny", czyli z każdej przyczyny powodującej brak jednego z elementów materialnego stosunku prawnego w odniesieniu do jego strony podmiotowej lub przedmiotowej (tak uzasadnienie wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 21 stycznia 1999 r., sygn. akt SA/Sz 1029/97, LEX Nr 36139).

Operator, pismem z dnia 17 listopada 2016 r., wystąpił do Wspólnoty, za pośrednictwem TBS, o rozpoczęcie negocjacji m.in. w sprawie ustalenia warunków dostępu do Nieruchomości, w tym do Budynku, w celu zapewnienia telekomunikacji w Budynku. Następnie Operator prowadził korespondencję z TBS (występującego w imieniu mieszkańców Budynku, tj. w imieniu Wspólnoty) w tej sprawie. Pismem z dnia 29 grudnia 2016 r. Prezes UKE zawiadomił TBS o wszczęciu postępowania w sprawie prowadzonej na Wniosek. W toku prowadzonego postępowania Prezes UKE ustalił w oparciu o przekazaną przez TBS umowę o zarządzaniu częściami wspólnymi Nieruchomości z dnia 19 lutego 2001 r., że TBS jest administratorem Budynku nieposiadającym uprawnienia do zawierania umów o Dostępie.

Tym samym TBS nie jest podmiotem zobowiązanym do zapewnienia żądanego przez Operatora Dostępu, albowiem nie jest zarządcą Nieruchomości w rozumieniu art. 30 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju, uprawnionym do zawarcia umowy, o której mowa w art. 30 ust. 4 ustawy o wspieraniu rozwoju.

W zaistniałym stanie faktycznym brak jest podstaw do podjęcia merytorycznego rozstrzygnięcia w części dotyczącej obowiązku TBS polegającego na zapewnieniu Operatorowi Dostępu do Nieruchomości i Budynku, bowiem obowiązek taki ciąży na Wspólnocie. Dlatego postępowanie w tej części jest bezprzedmiotowe i zachodzi konieczność jego umorzenia na podstawie art. 105 § 1 kpa.

W konsekwencji powyższego, zgodnie z dyspozycją art. 105 § 1 kpa, konieczne stało się umorzenie postępowania w zakresie TBS.

Biorąc powyższe pod uwagę i uwzględniając całokształt materiału dowodowego, Prezes UKE orzekł jak w sentencji.

POUCZENIE

Od przedmiotowej 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).

z up. Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej
Zastępca Prezesa

Karol Krzywicki

Otrzymują:

1. Operator
2. Wspólnota
3. TBS