



**PREZES
URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ**

Warszawa, 7 grudnia 2017 r.

Paweł Ciągło
prowadzący działalność gospodarczą
pod firmą Itekom Paweł Ciągło
ul. Wilczycka 57
55-093 Kiełczów

**Instytut Łączności – Państwowy Instytut
Badawczy w Warszawie**
ul. Szachowa 1
04-894 Warszawa

DECYZJA DHRT.WWM.6171.30.2016.61

(dotychczasowa sygn. sprawy: DRI-ZWZ-6171-34/13)

Po rozpatrzeniu wniosku Pawła Ciągło prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Intelkom” Paweł Ciągło (obecnie Itekom Paweł Ciągło, dalej „Itekom” lub „Operator”) z dnia 13 czerwca 2013 r., o wydanie decyzji w sprawie dostępu do nieruchomości położonej przy ul. Swojczyckiej 38 we Wrocławiu, województwo dolnośląskie, dla której Sąd Rejonowy dla Wrocławia – Krzyków we Wrocławiu IV Wydział Ksiąg Wieczystych prowadzi księgę wieczystą o nr WR1K/00105203/9 (dalej „Nieruchomość”) stanowiącej własność Skarbu Państwa, w użytkowaniu wieczystym Instytutu Łączności – Państwowego Instytutu Badawczego w Warszawie (dalej „IŁ” lub „Udostępniający”), oraz do budynku położonego na tej Nieruchomości (dalej „Budynek”), stanowiącego własność IŁ, w celu zapewnienia telekomunikacji w Budyńku,

I. na podstawie art. 22 ust. 1 w związku z art. 30 ust. 1 pkt 1 i 4 w związku z art. 30 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, dalej „ustawa o wspieraniu rozwoju”) w związku z art. 10 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 9 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 903, dalej „ustawa zmieniająca”) 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”), ustalą 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 na umożliwieniu wykorzystania przez Operatora należącej do Udostępniającego instalacji telekomunikacyjnej Budynku, tzw. kable UTP (dalej „Instalacja”) oraz korzystania z punktu styku, w celu zapewnienia telekomunikacji w Budynku, tj. w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych osobom posiadającym tytuł prawny do lokali w Budynku (dalej „Abonenci”).

§ 2. Prawa i obowiązki Operatora

1. W oparciu o uzyskany mocą decyzji dostęp do Nieruchomości, w tym do Budynku, Operator, zgodnie z przepisami prawa i na zasadach określonych decyzją, uprawniony jest do:
 - 1) korzystania z punktu styku w Budynku poprzez połączenie Instalacji z siecią telekomunikacyjną Operatora – w przypadku gdy Operator uzyska tytuł prawny do doprowadzenia przyłącza telekomunikacyjnego do Budynku lub do korzystania z istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego,
 - 2) eksploatacji Instalacji, a także usuwania, w przypadku, o którym mowa w § 6 ust. 2 sentencji decyzji, awarii Instalacji, w zakresie niezbędnym do świadczenia przez Operatora usług telekomunikacyjnych,
 - 3) wstępu lub wjazdu na teren Nieruchomości, w tym do Budynku, w celu wykonania czynności, o których mowa w pkt 1-2.
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 i Budynku.
3. Operator jest zobowiązany do wykonywania uprawnień, o których mowa w ust. 1 pkt 1-2, w sposób:
 - 1) zapewniający bezkolizyjność z innymi instalacjami znajdującymi się na Nieruchomości, w tym w Budynku, w zakresie ich wzajemnego usytuowania i niekorzystnego oddziaływania,
 - 2) umożliwiający innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym korzystanie z Instalacji w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych Abonentom, którym Operator nie świadczy usług telekomunikacyjnych.
4. Operator jest zobowiązany do używania wyłącznie urządzeń spełniających wszystkie wymagania przewidziane prawem, w tym dotyczące odpowiednich norm bezpieczeństwa oraz posiadania stosownych certyfikatów.

5. W przypadku uzyskania przez Operatora tytułu prawnego do doprowadzenia przyłącza telekomunikacyjnego do Budyńku lub do korzystania z istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego Strony zobowiązane są ustalić zasady, na jakich nastąpi połączenie Instalacji z siecią Operatora.
6. Operator ponosi odpowiedzialność za przestrzeganie przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy oraz przeciwpożarowych w ramach wykonywania uprawnień, o których mowa w ust. 1.
7. Operator ponosi odpowiedzialność za utrzymywanie porządku, w tym sprzątanie w czasie prowadzenia prac i uprzątnięcie miejsca po wykonaniu prac związanych z realizacją decyzji.
8. 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.
9. 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. 3-8,
 - 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 oraz kosztów, jakie Udostępniający będzie musiał ponieść w celu zapewnienia sprawności i funkcjonalności elementów Instalacji wykorzystywanych przez Operatora, w tym kosztów usuwania awarii Instalacji, w zakresie, w jakim Instalacja jest wykorzystywana przez Operatora.
10. Zwrot Udostępniającemu przez Operatora kosztów, o których mowa w ust. 10, nastąpi w oparciu o przedstawione przez Udostępniającego dokumenty księgowe w terminie 14 dni od dnia otrzymania tych dokumentów przez Operatora.
11. Operator może powierzyć usunięcie awarii Instalacji, w przypadku, o którym mowa w § 6 ust. 2 sentencji decyzji, wybranemu wykonawcy, za którego działania lub zaniechania odpowiada jak za własne.
12. W przypadku zaprzestania korzystania przez Operatora z Instalacji lub jej elementów, Operator jest zobowiązany zwrócić ją Udostępniającemu niezwłocznie w stanie niepogorszonym.

§ 3. Prawa i obowiązki Udostępniającego

1. Udostępniający jest zobowiązany do zapewnienia Operatorowi możliwości wykonywania uprawnień określonych w § 2 ust. 1 sentencji decyzji, a także do współdziałania z Operatorem w zakresie niezbędnym do należytego i prawidłowego wykonania decyzji.
2. Udostępniający jest zobowiązany do informowania Operatora o wszelkich pracach remontowych mogących mieć wpływ na punkt styku i Instalację.
3. Udostępniający jest zobowiązany do niezwłocznego poinformowania Operatora o przypadkach naruszenia integralności Instalacji przez osoby nieuprawnione.

4. Udostępniający nie ponosi odpowiedzialności za szkody związane z uszkodzeniem Instalacji i punktu styku, 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 informacji w zakresie wykonywania uprawnień, o których mowa w § 2 ust. 1 oraz realizowania obowiązków określonych w § 2.

§ 4. Katalog usług

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

§ 5. 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 urządzeń, które ewentualnie 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.

§ 6. Usuwanie awarii

1. Strony są obowiązane do współdziałania przy usuwaniu awarii wykorzystywanych przez Operatora elementów Instalacji, rozumianej jako stan techniczny tych instalacji abonenckich lub ich elementów uniemożliwiający lub poważnie ograniczający świadczenie usług telekomunikacyjnych, w szczególności zaś Udostępniający powinien umożliwić Operatorowi każdorazowy dostęp do Nieruchomości, w tym do Budynku, w celu usunięcia awarii, o ile Udostępniający nie przystąpi do usunięcia awarii niezwłocznie po zgłoszeniu jej wystąpienia.
2. O fakcie wystąpienia awarii Instalacji 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 sentencji decyzji.

§ 7. Postanowienia końcowe

1. Wszelka korespondencja pomiędzy Stronami związana z realizacją decyzji będzie kierowana w drodze korespondencji pocztowej lub za pośrednictwem korespondencji e-mail 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 § 6 sentencji decyzji, 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. 22 ust. 1 w związku z art. 30 ust. 1 pkt 2, ust. 1c oraz ust. 5 ustawy o wspieraniu rozwoju w związku z art. 10 ust. 1 pkt 2 ustawy zmieniającej oraz art. 104 § 1 kpa w związku z art. 206 ust. 1 Pt, odmawiam dostępu do Nieruchomości oraz posadowionego na niej Budynku w celu zapewnienia telekomunikacji w Budynku polegającego na zapewnieniu Operatorowi możliwości wykonania bezprzewodowego przyłącza telekomunikacyjnego.

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

UZASADNIENIE

1. Uzasadnienie podstawy prawnej żądania Operatora

Zgodnie z art. 30 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 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:*

- 1) zapewnieniu możliwości wykorzystywania istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego lub istniejącej instalacji telekomunikacyjnej budynku, jeżeli powielenie takiej infrastruktury byłoby ekonomicznie nieopłacalne lub technicznie niemożliwe,*
- 2) umożliwieniu doprowadzenia przyłącza telekomunikacyjnego aż do punktu styku,(...)*
- 4) umożliwieniu korzystania z punktu styku, (...)*

- 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 13 czerwca 2013 r. Operator zwrócił się do Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej „Prezes UKE”) o wydanie decyzji w sprawie dostępu do Nieruchomości oraz Budynku w celu zapewnienia telekomunikacji w Budynku (dalej „Wniosek”). Itekom wniósł o dostęp do Budynku polegający w szczególności na *„umożliwieniu doprowadzenia*

przyłącza telekomunikacyjnego lub wykonania instalacji telekomunikacyjnej budynku, o ile nie jest możliwe wykorzystanie istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego lub istniejącej instalacji telekomunikacyjnej budynku lub do budynku nie jest doprowadzone takie przyłącze lub budynek nie jest wyposażony w taką instalację (art. 30 ust. 1 pkt 2 ustawy szerokopasmowej)”. Do Wniosku Itekom dołączył dokumenty, potwierdzające prowadzenie negocjacji z Udobępniającym. Operator przedstawił „Opis planowanej sieci”, z którego wynika, że dostęp do Nieruchomości ma polegać na umożliwieniu mu wykonania przyłącza radiowego na dachu Budynku, a następnie połączenia go z instalacją telekomunikacyjną Budynku wykonaną w technologii miedzianej (kable UTP), które Operator zamierza wykorzystać w celu świadczenia usług Abonentom.

Pismem z dnia 30 marca 2016 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej, dalej „UKE”: 5 kwietnia 2016 r.) Itekom wskazał, że planuje wybudowanie dwóch anten punkt-punkt („*łącze główne i zapasowe*”). Anteny zostaną zamontowane do istniejącego na Budynku masztu lub na dachu Budynku zostanie zamontowany własny maszt o wysokości do 3m. Anteny zostaną połączone z siecią wewnętrzną Budynku w skrzynce telekomunikacyjnej za pomocą urządzenia rozdzielczego.

Na podstawie tak określonego zakresu żądania Operatora Prezes UKE ustalił, że podstawą prawną żądania wyrażonego we Wniosku jest art. 30 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 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 (dowód: rejestr przedsiębiorców telekomunikacyjnych, wpis nr 4573),
- 2) w dniu 13 maja 2014 r. został dokonany w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej wpis polegający na zmianie firmy, pod którą jest prowadzona działalność gospodarcza przez Pawła Ciągło z Intelkom Paweł Ciągło na Itekom Paweł Ciągło (informacje uzyskane z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej). Prezes UKE wskazuje, że zgodnie z art. 43⁴ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j.: Dz. U. z 2017 r. poz. 459, z późn. zm., dalej „*kc*”) „*Firmą osoby fizycznej jest jej imię i nazwisko. Nie wyklucza to włączenia do firmy pseudonimu lub określeń wskazujących na przedmiot działalności przedsiębiorcy, miejsce jej prowadzenia oraz innych określeń dowolnie obranych*”. Jak wskazuje doktryna „*4. Dopuszczalne są również inne dodatki, które zawierają inną treść. Mogą być to nazwy fantazyjne, które stanowią oznaczenie przedsiębiorstwa. Umieszczenie takiego dodatku ma doniosłe znaczenie praktyczne ze względu na wielość indywidualnych przedsiębiorców, którzy przed wejściem w życie komentowanych przepisów oznaczali swoje przedsiębiorstwa takimi nazwami i pod nimi weszli na rynek oraz zdobyli klientelę*” (Urszula Promińska „*Komentarz do art. 43(4) Kodeksu cywilnego*”).
Odnosząc się do powyższego należy wskazać, że nazwa fantazyjna, w tym jak to miało

miejsce w przedmiotowej sprawie - jej zmiana z Intelkom Paweł Ciągło na Itekom Paweł Ciągło, nie wpływają na status podmiotu jako przedsiębiorcy. W związku z tym, Prezes UKE wskazuje, że na dzień sporządzenia decyzji, w rejestrze przedsiębiorców telekomunikacyjnych prowadzonym przez Prezesa UKE pod numerem 4573 uprawnionym do prowadzenia działalności gospodarczej jest Itekom,

- 3) Udostępniający nie jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym (brak wpisu w rejestrze przedsiębiorców telekomunikacyjnych),
- 4) Prezes UKE ustalił stan prawny i faktyczny Nieruchomości, na której posadowiony jest Budynek. Badając, jakiemu podmiotowi przysługuje tytuł prawny do Nieruchomości, Prezes UKE oparł się na odpisie z księgi wieczystej nr WR1K/00105203/9, prowadzonej przez Sąd Rejonowy dla Wrocławia-Krzyków we Wrocławiu IV Wydział Ksiąg Wieczystych. Prezes UKE stwierdził, iż Nieruchomość stanowi własność Skarbu Państwa i została oddana w użytkowanie wieczyste Udostępniającemu, a Budynek stanowi własność IŁ.

Biorąc powyższe pod uwagę, tj. fakt, że Udostępniający nie jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, ale jest użytkownikiem wieczystym Nieruchomości i właścicielem Budynku, należy stwierdzić, że na mocy art. 30 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju Udostępniający jest zobowiązany do zapewnienia Dostępu. W myśl art. 30 ust. 4 ustawy o wspieraniu rozwoju warunki Dostępu powinna określać umowa zawarta między przedsiębiorcą telekomunikacyjnym a odpowiednio właścicielem, użytkownikiem wieczystym lub zarządcą nieruchomości, niebędącym przedsiębiorcą telekomunikacyjnym.

Na powyższą ocenę co do istnienia po stronie Udostępniającego obowiązku z art. 30 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju nie ma wpływu stanowisko IŁ z dnia 3 marca 2016 r., w którym Udostępniający wniósł o wydanie decyzji odmownej wskazując, że w projekcie zmiany ustawy o wspieraniu rozwoju „w § 30, na który powołuje się m.in. firma ITEKOM Paweł Ciągło, na końcu tego paragrafu jest wprowadzony zapis, że dotyczy on budynków mieszkalnych wielorodzinnych, budynków zamieszkania zbiorowego lub budynków użyteczności publicznej”. Wskazać należy, że ustawa o wspieraniu rozwoju w brzmieniu nadanym ustawą zmieniającą nie zawiera wskazanych zapisów.

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 od dnia złożenia wniosku o Dostęp (art. 21 ust. 2 w związku z art. 30 ust. 5 pkt 1 ustawy o wspieraniu rozwoju).

Prezes UKE ustalił, że:

- 1) Operator, wnioskiem z dnia 16 kwietnia 2013 r., wystąpił do Udostępniającego o zawarcie umowy o Dostępie do Nieruchomości, w tym do Budynku, informując jednocześnie o zamiarze „doprowadzenia do budynku Instytutu Łączności – PIB Oddział we Wrocławiu przy ul. Swojczyckiej 38 publicznej sieci telekomunikacyjnej oraz możliwość wykorzystania (dostępu do) istniejącej sieci telekomunikacyjnej budynku (przewody UTP), w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych (...)”. Udostępniający wskazał, iż nie jest zobowiązany na podstawie ustawy o wspieraniu

rozwoju do zapewnienia Operatorowi dostępu do Budynku. Wskazać także należy, że warunki zaproponowane podczas negocjacji stanowią przedmiot Wniosku. Do Wniosku Operator dołączył niepotwierdzone za zgodność z oryginałem dokumenty dotyczące prowadzenia między Stronami negocjacji.

- 2) Pismem z dnia 13 czerwca 2013 r. Operator wystąpił do Prezesa UKE z wnioskiem o rozstrzygnięcie sporu (dowód: Wniosek).

Jak zostało wskazane powyżej, do Wniosku Operator dołączył niepotwierdzone za zgodność z oryginałem dokumenty dotyczące prowadzenia między Stronami negocjacji. Odnosząc się do tej kwestii Prezes UKE wskazuje, że na podstawie całości materiału zgromadzonego w sprawie ocenił, że negocjacje pomiędzy Stronami były prowadzone prawidłowo a ich przedmiotem były kwestie dotyczące doprowadzenia przez Operatora bezprzewodowego przyłącza telekomunikacyjnego do Budynku, czyli „*planuje się instalacje dwóch anten punkt-punkt (łącze główne i zapasowe)*”, tj. zapewnienia Dostępu, o którym mowa w art. 30 ust. 1 pkt 2 ustawy o wspieraniu rozwoju, połączenia wskazanego przyłącza telekomunikacyjnego z Instalacją oraz umożliwienia korzystania z punktu styku na podstawie art. 30 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy o wspieraniu rozwoju. Zgodnie z art. 75 § 1 kpa jako dowód należy dopuścić wszystko co może się przyczynić do wyjaśnienia sprawy, a jednocześnie nie jest sprzeczne z prawem. Wskazać należy, że zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie „*...jako dokument uznaje się nie tylko oryginały dokumentów, lecz ich kserokopie, czyli także maile. Ponadto różnica pomiędzy oryginałem a kserokopią oznacza, że w oryginale dokument urzędowy korzysta z mocy dowodowej oryginału dokumentu, z kolei dokument w formie kserokopii musi być poddany ocenie w ramach całego zebranego materiału dowodowego.*” (wyrok z dnia 11 października 2016 r., II OSK 3310/14). Biorąc powyższe pod uwagę, Prezes UKE uznał za dowód w sprawie dokumenty dotyczące prowadzenia między Stronami negocjacji, dołączone do Wniosku i zestawiając je z pozostałym materiałem dowodowym ustalił, że w zakresie objętym Wnioskiem Strona przeprowadziły negocjacje.

Z art. 30 ust. 5 ustawy o wspieraniu rozwoju wynika, że do Dostępu stosuje się odpowiednio przepisy art. 19 ust. 2 i art. 20-24a ustawy o wspieraniu rozwoju, z tym że termin zawarcia umowy o Dostęp wynosi 30 dni od dnia wystąpienia przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego z wnioskiem o jej zawarcie.

Okres, jaki upłynął pomiędzy złożeniem przez Operatora wniosku do Udostępniającego w sprawie zawarcia umowy o Dostęp przekroczył 30 dni, których upływ warunkuje możliwość złożenia wniosku do Prezesa UKE o wydanie decyzji w sprawie Dostępu (art. 22 ust. 1 w zw. z art. 30 ust. 5 ustawy o wspieraniu rozwoju). 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).

Ponieważ żądania Wniosku znajdują oparcie w art. 30 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 ustawy o wspieraniu rozwoju, przepisy te stanowią 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 możliwości 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 ustawy o wspieraniu rozwoju 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 rozwoju 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.

W dniu 1 lipca 2016 r. weszła w życie ustawa zmieniająca. Zgodnie z art. 10 ust. 1 pkt 2 ustawy zmieniającej w przypadku, gdy wniosek o wydanie decyzji został złożony na podstawie art. 30 ust. 5 w związku z art. 21 ust. 2 ustawy o wspieraniu rozwoju, a postępowanie w tej sprawie nie zostało zakończone przed dniem wejścia w życie ustawy zmieniającej, postępowanie to jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy o wspieraniu rozwoju w brzmieniu nadanym ustawą zmieniającą. W związku z tym, że Wniosek został złożony przed dniem 1 lipca 2016 r., a postępowanie administracyjne nie zostało przed tym dniem zakończone, z uwagi na postanowienie art. 10 ust. 1 pkt 2 ustawy zmieniającej, postępowanie w sprawie z Wniosku prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy o wspieraniu rozwoju w brzmieniu nadanym ustawą zmieniającą.

Zgodnie z art. 15 ust. 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 11 października 2017 r. – 10 listopada 2017 r. Prezes UKE przeprowadził konsultacje projektu decyzji w postępowaniu prowadzonym na Wniosek. W ramach postępowania konsultacyjnego do Prezesa UKE wpłynęło stanowisko Prezesa UOKiK z dnia 26 października 2017 r. Prezes UOKiK poinformował, iż nie zgłasza uwag do projektu decyzji administracyjnej w sprawie. Jednocześnie Prezes UOKiK stwierdził, że określone w projekcie decyzji warunki dostępu do Nieruchomości w tym do Budynku nie budzą zastrzeżeń co do ich zgodności z regułami konkurencji.

4. Uzasadnienie motywów rozstrzygnięcia – pkt I sentencji decyzji

4.1. Umożliwienie korzystania z punktu styku

Punktem styku jest miejsce, w którym możliwe jest połączenie publicznej sieci telekomunikacyjnej z instalacją telekomunikacyjną budynku (art. 2 ust. 1 pkt 9 ustawy o wspieraniu rozwoju).

Korzystanie z punktu styku jest formą Dostępu, o której mowa w art. 30 ust. 1 pkt 4 ustawy o wspieraniu rozwoju.

Operator żąda wydania decyzji ustalającej warunki Dostępu do Nieruchomości, polegającego m.in. na udostępnieniu punktu styku w Budynku.

Obowiązki Udostępniającego w tym zakresie wynikają wprost z art. 30 ust. 1 pkt 4 ustawy o wspieraniu rozwoju. W aktualnym stanie prawnym na Udostępniającym ciąży obowiązek zapewnienia Dostępu w zakresie umożliwienia korzystania z punktu styku w Budynku bez konieczności spełnienia szczególnych przesłanek (art. 30 ust. 1 pkt 4 ustawy o wspieraniu rozwoju). W konsekwencji Prezes UKE zobowiązany był uwzględnić Wniosek w tym zakresie.

4.2. Zapewnienie możliwości wykorzystywania Instalacji

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).

Wykorzystywanie instalacji telekomunikacyjnej budynku jest formą Dostępu, o której mowa w art. 30 ust. 1 pkt 1 ustawy o wspieraniu rozwoju. Z art. 30 ust. 1 pkt 1 ustawy o wspieraniu rozwoju wynika, że zapewnienie możliwości wykorzystania istniejącej instalacji telekomunikacyjnej jest obowiązkowe, jeżeli powielenie takiej instalacji byłoby ekonomicznie nieopłacalne lub technicznie niemożliwe.

Operator żąda wydania decyzji ustalającej warunki Dostępu do Nieruchomości, polegającego na umożliwieniu korzystania z Instalacji (dowód: załącznik do pisma Operatora z dnia 20 marca 2013 r. - „Opis planowanej sieci”).

W ramach oceny tego, czy na Udostępniającym spoczywa obowiązek umożliwienia Operatorowi wykorzystywania Instalacji, Prezes UKE ustalił, że:

- 1) Budynek został wyposażony w instalację telekomunikacyjną wykonaną w technologii miedzianej (skrętka UTP), która nie stanowi odrębnego od Budynku przedmiotu prawa własności. Instalacja w Budynku wygląda następująco: *„...do każdego pomieszczenia dochodzą kable telefoniczne (skrętka nieekranowa 4 parowa kat. 5e) i komputerowe, a wszystkie są zakończone w jednym pomieszczeniu tzw. serwerowni”* (dowód: pismo Udostępniającego z dnia 18 lipca 2013 r.),
- 2) Operator zamierza świadczyć usługi telekomunikacyjne Abonentom przy wykorzystaniu Instalacji (dowód: Wniosek).

Instalacja składa się z elementów pozwalających Operatorowi na świadczenie usług w Budynku w zamierzonej technologii. Świadcząc usługi przy wykorzystaniu Instalacji Operator jest więc w stanie osiągnąć ten sam cel, co w przypadku wykonania nowych instalacji telekomunikacyjnych Budynku (zapewnienie telekomunikacji w Budynku), przy czym nie musi ponosić kosztów, jakie by poniósł, gdyby wykonał takie instalacje. Ponadto zapewnienie Dostępu polegającego na umożliwieniu wykorzystania istniejącej w Budynku instalacji telekomunikacyjnej na podstawie art. 30 ust. 1 pkt 1 ustawy o wspieraniu rozwoju jest nieodpłatne (art. 30 ust. 3a ustawy o wspieraniu rozwoju), co w znaczący sposób redukuje koszty zapewnienia ciągłości świadczenia usług na rzecz Abonentów.

Z tych powodów Prezes UKE uznał, że powielenie Instalacji byłoby ekonomicznie nieopłacalne, a w konsekwencji, w świetle art. 30 ust. 1 pkt 1 ustawy o wspieraniu rozwoju, na Udostępniającym spoczywa obowiązek zapewnienia Operatorowi Dostępu polegającego na umożliwieniu wykorzystywania Instalacji.

Prezes UKE ustalił zatem, że nie występują okoliczności uniemożliwiające wykorzystanie przez Operatora Instalacji. Należy jednak zaznaczyć, że zgodnie z art. 30 ust. 1c ustawy o wspieraniu rozwoju przedsiębiorca telekomunikacyjny jest obowiązany do korzystania z Dostępu w sposób możliwie najmniej uciążliwy dla właściciela, użytkownika wieczystego oraz osób, którym przysługują inne prawa do nieruchomości. Wynika stąd, że wykorzystanie Instalacji przez Operatora musi nastąpić przy zastosowaniu takich rozwiązań technicznych, które będą gwarantowały zachowanie dotychczasowej funkcjonalności zarówno przez inne instalacje znajdujące się w Budynku, jak i przez sam Budynek. Należy także dodać, że przedsiębiorca telekomunikacyjny jest obowiązany do korzystania z Dostępu z poszanowaniem praw innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych do Instalacji i jej współkorzystania.

4.4. 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, lecz nie obciążać Operatora ponad miarę.

Realizacja wymogu zapewnienia niedyskryminacyjnych warunków dostępu wiąże się z tym, by Prezes UKE nie ustalał warunków dostępu w sposób zasadniczo odmienny od tych, jakie są ustalone w innych podobnych przypadkach (tak: S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, 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).

Przedewszystkim decyzja uprawnia Operatora do korzystania punktu styku w Budynku poprzez połączenie Instalacji z siecią telekomunikacyjną Operatora – w przypadku gdy Operator uzyska tytuł prawny do doprowadzenia przyłącza telekomunikacyjnego do Budynku lub do korzystania z istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego (§ 2 ust. 1 pkt 1 sentencji decyzji) a także do eksploatacji Instalacji (§ 2 ust. 1 pkt 2 sentencji decyzji). Ponadto Operator będzie miał możliwość:

- 1) usuwania, w przypadku o którym mowa w § 6 ust. 2 sentencji decyzji, awarii Instalacji, w zakresie niezbędnym do świadczenia przez Operatora usług telekomunikacyjnych (§ 2 ust. 1 pkt 2 sentencji decyzji),
- 2) wstępu lub wjazdu na teren Nieruchomości, w tym do Budynku, w celu wykonania czynności, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1- 2 sentencji decyzji (§ 2 ust. 1 pkt 3 sentencji decyzji).

Wyposażenie Operatora w każde z tych uprawnień jest konieczne dla zapewnienia prawidłowego wykonywania decyzji, w szczególności dla umożliwienia Operatorowi ciągłego i niezakłóconego świadczenia usług telekomunikacyjnych na rzecz Abonentów.

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).

Zgodnie z art. 30 ust. 1c ustawy o wspieraniu rozwoju przedsiębiorca telekomunikacyjny jest obowiązany do korzystania z Dostępu w sposób możliwie najmniej uciążliwy dla właściciela, użytkownika wieczystego, oraz osób, którym przysługują inne prawa do nieruchomości, a także do przywrócenia nieruchomości do stanu poprzedniego, niezwłocznie po wykonaniu przyłącza telekomunikacyjnego, kabla telekomunikacyjnego lub instalacji telekomunikacyjnej budynku. 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 i innych osób, którym przysługują prawa do Nieruchomości i Budynku (§ 2 ust. 2 sentencji decyzji),
- 2) prowadzenia prac, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1-2 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. 3 pkt 1 sentencji decyzji),
- 3) w sytuacji korzystania przez Operatora z udostępnionych Instalacji Operator musi zapewnić bezkolizyjne korzystanie z Instalacji przez innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych Abonentom, którym Operator usług nie świadczy (§ 2 ust. 3 pkt 2 sentencji decyzji),
- 4) wykorzystania urządzeń spełniających odpowiednie normy bezpieczeństwa i posiadających stosowne certyfikaty (§ 2 ust. 4 sentencji decyzji),

- 5) w przypadku uzyskania przez Operatora tytułu prawnego do doprowadzenia przyłącza telekomunikacyjnego do Budynku lub do korzystania z istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego Strony zobowiązane są ustalić zasady, na jakich nastąpi połączenie Instalacji z siecią Operatora (§ 2 ust. 5 sentencji decyzji),
- 6) przestrzegania przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy oraz przeciwpożarowych w ramach wykonywania uprawnień, o których mowa w § 2 ust. 1 sentencji decyzji (§ 2 ust. 6 sentencji decyzji),
- 7) utrzymywania porządku, w tym sprzątnięcia w czasie prowadzenia prac i uprzątnięcia miejsca po wykonaniu prac związanych z realizacją decyzji (§ 2 ust. 7 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 powinien mieć możliwość ich usunięcia na koszt Operatora (§ 2 ust. 8 sentencji decyzji).

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. 3-8 sentencji decyzji (§ 2 ust. 9 pkt 1 sentencji decyzji). Zgodnie z § 2 ust. 9 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, a także koszty, jakie Udostępniający będzie musiał ponieść w celu zapewnienia sprawności i funkcjonalności elementów Instalacji wykorzystywanych przez Operatora, w tym kosztów usuwania awarii Instalacji, w zakresie, w jakim Instalacja jest wykorzystywana przez Operatora.

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. 10 sentencji decyzji).

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 usunięcie awarii Instalacji, w przypadku o którym mowa w § 6 ust. 2 sentencji decyzji, wybranemu wykonawcy (§ 2 ust. 11 sentencji decyzji). W praktyce może się tak zdarzyć, że Operator będzie chciał skorzystać z usług podwykonawcy któremu powierzy wykonanie określonych prac. Takie rozwiązanie może ułatwić Operatorowi sprawniejsze usunięcie awarii Instalacji.

Ponadto Prezes UKE uznał, że wskazanym będzie zobowiązanie Operatora do zwrotu udostępnionych mu Instalacji lub ich elementów, w przypadku gdy Operator nie będzie już ich wykorzystywał (np. na skutek rozwiązania umowy z Abonentem) z uwagi na możliwość jej dalszego wykorzystania przez innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Operator będzie zobowiązany do zwrotu Instalacji lub elementów Instalacji bezzwłocznie, w stanie uwzględniającym zwykłe zużycie rzeczy (§ 2 ust. 12 sentencji decyzji).

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

Warto podkreślić, iż przedmiotem decyzji nie jest określenie w sposób szczegółowy aspektów technicznych wykonania inwestycji, 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.

Usprawiedliwione jest również, aby Udostępniający miał wiedzę co do wykonywania uprawnień, o których mowa w § 2 ust. 1 sentencji decyzji, oraz realizowania obowiązków określonych w § 2 sentencji decyzji (§ 3 ust. 5 sentencji decyzji). Dzięki temu Udostępniający będzie mógł w szczególności uniknąć uszkodzenia Instalacji i związanych z tym roszczeń ze strony Operatora.

Zgodnie z § 4 sentencji decyzji Operator może przy wykorzystaniu Instalacji 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 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 (§ 5 sentencji decyzji).

W celu usprawnienia współpracy między Stronami Prezes UKE wprowadził w § 6 sentencji decyzji zasady postępowania w przypadku wystąpienia awarii Instalacji w zakresie informowania Udostępniającego o takich zdarzeniach oraz współdziałania Stron przy usuwaniu awarii.

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 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 (§ 7 sentencji decyzji).

4. Uzasadnienie motywów rozstrzygnięcia – pkt II sentencji decyzji

W punkcie II decyzji Prezes UKE rozstrzygnął w zakresie wniosku Operatora o dostęp do Budynku w celu wybudowania bezprzewodowego przyłącza telekomunikacyjnego.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju Prezes UKE wydaje decyzję w sprawie dostępu do infrastruktury technicznej, biorąc pod uwagę w szczególności konieczność zapewnienia niedyskryminacyjnych i proporcjonalnych warunków dostępu.

Prezes UKE wskazuje, iż Operator domaga się dostępu do Budynku należącego do IŁ.

IŁ działa m.in. na podstawie ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytutach badawczych (tj.: Dz. U. z 2017 r. poz. 1158, dalej „ustawa o instytutach badawczych”) oraz Decyzji Nr 3 Ministra Cyfryzacji z dnia 13 maja 2016 r. w sprawie zatwierdzenia statutu Instytutu Łączności – Państwowego Instytutu Badawczego w Warszawie, tj. Dz. U. Ministra Cyfryzacji, poz. 16, dalej „Statut”). IŁ posiada status państwowego instytutu badawczego, do którego należy wykonywanie zadań: *„szczególnie ważnych dla planowania i realizacji polityki państwa, których wykonanie jest niezbędne dla zapewnienia obronności i bezpieczeństwa publicznego, działania wymiaru sprawiedliwości, ochrony dziedzictwa narodowego, rozwoju edukacji i kultury, kultury fizycznej i sportu oraz poprawy jakości życia obywateli, dotyczących:*

a) opracowywania i opiniowania standardów w zakresie rynku pracy, ochrony pracy i zabezpieczenia społecznego, ochrony zdrowia, ochrony środowiska, gospodarki żywnościowej, gospodarki przestrzennej, gospodarki bogactwami i zasobami naturalnymi, rozwoju społeczeństwa informacyjnego, bezpieczeństwa technicznego, energetycznego i bezpieczeństwa transportu oraz standardów produktów, procesów i usług, a także warunków przestrzegania tych standardów,

b) monitoringu i zapobiegania skutkom zjawisk i wydarzeń mogących stwarzać zagrożenie publiczne, w tym zapobiegania skutkom katastrof naturalnych lub technicznych, noszących znamiona klęski żywiołowej”,

(art. 22 pkt 2 ustawy o instytutach badawczych). IŁ wykonuje działania, które są niezbędne m.in. dla poprawy jakości życia obywateli oraz rozwoju społeczeństwa informacyjnego w zakresie analizy jakości usług telekomunikacyjnych (Statut). Zgodnie z § 10 Statutu zakres działania IŁ obejmuje m.in. takie obszary jak: telekomunikacja i techniki informacyjne, ukierunkowane na rozwój społeczeństwa informacyjnego i gospodarki opartej na wiedzy;

sieci telekomunikacyjne (w tym także teleinformatyczne); światłowodowe systemy transmisyjne; kompatybilność elektromagnetyczna; budowa środowisk laboratoryjnych do testowania nowych rozwiązań i badania nowych usług w sieciach telekomunikacyjnych; bezpieczne systemy telekomunikacyjne, w tym o szczególnym znaczeniu dla bezpieczeństwa publicznego, ratownictwa i zarządzania kryzysowego; analizy stanu rozwoju infrastruktury telekomunikacyjnej i teleinformatycznej, rynku telekomunikacyjnego i pocztowego; metodyki testowania wykorzystywane w miernictwie elektrycznym, elektronicznym i optoelektronicznym.

Jak zostało wskazane w piśmie IŁ z dnia 3 marca 2016 r. Udostępniający posiada laboratoria, w których „są realizowane prace na rzecz przedsiębiorców i organów administracji Państwa polegające na radiowych emisjach eksperymentalnych, pomiarach sieci radiowych, pomiarach propagacyjnych, pomiarach wzajemnych zakłóceń między systemami radiowymi oraz wzorcowania systemów antenowych i sprzętu radiokomunikacyjnego. Badania tego rodzaju prowadzone są zarówno w celach naukowych jak i na rzecz organów Państwa (UKE, MC, KRRiT, MSW) i instytucji międzynarodowych (ITU, CEPT, ECC, CENELEC) oraz podmiotów rynkowych”. Działanie IŁ wiąże się z możliwością realnego wpływu na funkcjonowanie określonych instytucji państwa w zakresie badania jakości dopuszczanego do użytku sprzętu telekomunikacyjnego i przeciwdziałaniu ewentualnym zagrożeniom w zakresie emisji pól elektromagnetycznych.

Wytwarzanie przez urządzenia Operatora (antenę zamontowaną na dachu Budynku), m.in. dodatkowych emisji radiowych będzie mieć negatywny wpływ na wynik badań prowadzonych przez IŁ (na co zwrócił uwagę IŁ m.in. w piśmie z dnia 3 marca 2016 r. oraz w piśmie z dnia 14 grudnia 2016 r. - „niezależnie od tego, jakie systemy radiowe zastosuje Operator oraz bez względu na to, jaką częścią pasma będzie się posługiwać, korzystanie przez Operatora z dachu Budynku spowoduje brak możliwości wykonywania prac Laboratorium badań EMC, w którym prowadzone są badania parametrów anten nadawczych, odbiorczych pracujących w paśmie 30 MHz do 26 GHz”)., takich jak prowadzenie pomiarów zakłóceń, pomiary parametrów anten nadawczych i odbiorczych, wzorcowanie anten pomiarowych, co może mieć wpływ na wykonywanie zadań IŁ na rzecz przedsiębiorców i organów państwa, o których mowa powyżej. Stwierdzić należy, że Prezes UKE w całości podzielił stanowisko IŁ. Należy wskazać, że IŁ prowadzi prace w zakresie rozwoju sieci telekomunikacyjnej, zapewniając tym samym wsparcie naukowe, badawcze i techniczne instytucjom państwowym. Działalność IŁ jest ukierunkowana przede wszystkim na rozwój nauki. W konsekwencji jakiegokolwiek nieprawidłowości czy zakłócenia do jakich może dojść przy przeprowadzaniu badań przez IŁ będą miały bezpośredni skutek w zakresie jakości zadań jakie IŁ wykonuje na rzecz innych jednostek czy organów państwa.

Zgodnie z art. 2 pkt 27 b Pt 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

- umożliwiające korzystanie w obiekcie budowlanym z publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych.

Jak zostało to już wskazane powyżej, zgodnie z art. 30 ust. 1c ustawy o wspieraniu rozwoju *„Przedsiębiorca telekomunikacyjny jest obowiązany do korzystania z dostępu, o którym mowa w ust. 1, w sposób możliwie najmniej uciążliwy dla właściciela, użytkownika wieczystego oraz osób, którym przysługują inne prawa do nieruchomości, a także do przywrócenia nieruchomości do stanu poprzedniego...”*.

W piśmie z dnia 18 lipca 2013 r. IŁ wskazał, że w swoich zasobach we Wrocławiu ma wysokospecjalistyczne Laboratoria wyposażone w nowoczesną, kosztowną aparaturę, której przesterowanie czy ewentualne uszkodzenie w wyniku pojawienia się, niekontrolowanych przez IŁ, urządzeń radiowych emitujących fale radiowe może spowodować duże szkody dla IŁ. W piśmie z dnia 14 grudnia 2016 r. IŁ wskazał ponadto, że *„...w związku z realizacją Projektów naukowych dla MNiSW i NCBiR, a także przyszłych projektów Instytut Realizuje również próbne emisje radiowe, które będą zakłócone przez emisje Operatora”*.

Biorąc powyższe pod uwagę, Prezes UKE, po dokonaniu analizy zebranego w sprawie materiału dowodowego zgodnie z zasadą proporcjonalności, określoną w art. 22 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju postanowił przychylić się do stanowisk IŁ z dnia 18 lipca 2013 r., z dnia 19 listopada 2014 r., z dnia 3 marca 2016 r. oraz z dnia 14 grudnia 2016 r., w których Udostępniający wyraził sprzeciw przeciwko wybudowaniu na dachu Budynku bezprzewodowego przyłącza telekomunikacyjnego. Prezes UKE, rozważając mające zapaść w sprawie rozstrzygnięcie, wziął pod uwagę podniesioną powyżej okoliczność, iż IŁ jest państwową instytucją badawczo-rozwojową w dziedzinie telekomunikacji i technik informacyjnych prowadzącą prace w zakresie rozwoju sieci telekomunikacyjnej państwa. IŁ, prowadząc tego rodzaju działalność, zapewnia wsparcie naukowe, badawcze i techniczne instytucjom państwa. Z całą pewnością można stwierdzić, że IŁ działa na rzecz ogółu, nieokreślonej liczby osób, co oznacza że jego działalność jest działalnością w zakresie interesu publicznego. Zgodnie zaś z art. 22 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju Prezes UKE, wydając decyzję w sprawie dostępu do budynku, bierze pod uwagę w szczególności konieczność zapewnienia niedyskryminacyjnych i proporcjonalnych warunków dostępu. Przedsiębiorca telekomunikacyjny zobowiązany jest do korzystania z takiego dostępu *„w sposób najmniej uciążliwy dla właściciela, ...”* - art. 30 ust. 1c ustawy o wspieraniu rozwoju. Odnosząc się do zasady proporcjonalności ponownie należy zaznaczyć, że z zasady tej wynika zasada minimalności działania, która oznacza osiągnięcie pożądanego efektu (tu: dostęp do budynku polegający na umożliwieniu doprowadzenia radiowego przyłącza telekomunikacyjnego, tj. posadowienie anteny na dachu Budynku) poprzez jak najmniej inwazyjne działanie. W niniejszej sprawie, Prezes UKE kierując się powyższą zasadą wskazuje, że umożliwienie Operatorowi posadowienia anteny na dachu Budynku byłoby zbyt daleko idącym środkiem w zakresie zapewnienia telekomunikacji w Budynku a dodatkowo zapewnienie takiego dostępu Operatorowi byłoby korzystaniem z dostępu do Budynku w sposób uciążliwy dla Udostępniającego, co miałoby wpływ na wykonywanie zadań IŁ na rzecz przedsiębiorców i organów państwa. Prezes UKE, dzieląc stanowiska IŁ, wskazuje, że prace badawcze wykonywane w Laboratoriach i Zakładzie wymagają odpowiedniej czystości elektromagnetycznej, aby uniknąć niewymuszonych zakłóceń fal radiowych. Dostawienie kolejnych anten przez Operatora – a co się z tym wiąże dodatkowe źródła emisji radiowych wytwarzane przez te urządzenia – na dachu Budynku, tj. w bezpośrednim sąsiedztwie pól pomiarowych, zakłóci prowadzone przez IŁ (a wynikające ze Statutu) badania i może tym samym spowodować utratę posiadanej akredytacji przez

te Laboratoria (stanowisko Udostępniającego z dnia 3 marca 2016 r.). Ponadto urządzenia Operatora (zlokalizowane w pobliżu pól pomiarowych) mogą, poza emisją fal radiowych, wytwarzać również pole elektromagnetyczne lub też wprowadzać zaburzenia do sieci elektromagnetycznej przez swoje kable zasilające, co może spowodować nieprawidłowości w prowadzonych przez Udostępniającego badaniach, a tym samym mieć negatywny wpływ na ogół podmiotów funkcjonujących na rynku, które zlecając IŁ przeprowadzenie tych badań oczekują wiarygodnych i rzetelnych wyników.

Zgodnie ze Statutem (§ 11) IŁ zajmuje się m.in. wzorcowaniem anten pomiarowych. Pomiarowa antena odbiorcza musi być poddana procesowi wzorcowania w specjalistycznym laboratorium pomiarowym (jakie posiada IŁ), czyli musi być przekalibrowana i mieć oznaczone współczynniki antenowe (WA). W zależności od przeznaczenia anteny pomiarowej, warunki, w jakich jest ona wzorcowana, muszą być ściśle określone. Jak wskazywał IŁ w piśmie z dnia 3 marca 2016 r. możliwość wytwarzania, przez urządzenia Operatora (przyłącze bezprzewodowe na dachu Budynku) dodatkowych emisji radiowych może mieć negatywne znaczenie na wykonywane przez IŁ pomiary zakłóceń czy wzorcowanie anten. W związku z powyższym Prezes UKE, biorąc pod uwagę konieczność zapewnienia proporcjonalnych warunków dostępu (tj. najmniej inwazyjne i możliwie najmniej uciążliwe działanie – art. 30 ust. 1c ustawy o wspieraniu rozwoju) uznał, iż w opisanym powyżej stanie faktycznym i prawnym brak jest podstaw do rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania zgodnie z wnioskiem Operatora.

Zgodnie z treścią art. 30 ust. 1c ustawy o wspieraniu rozwoju przedsiębiorca telekomunikacyjny (tu: Itekom) jest zobowiązany do korzystania z Dostępu „w sposób możliwie najmniej uciążliwy” dla Udostępniającego. Posadowienie anteny zgodnie z zamierzeniem Operatora, doprowadzi do sytuacji uniemożliwiającej statutowe działania IŁ o których mowa powyżej, a zarazem będzie dla IŁ uciążliwe. W związku z tym Prezes UKE wskazuje, iż nie można w tym przypadku wskazać ograniczenia korzystania z Nieruchomości w tym Budynku w sposób możliwie jak najmniej uciążliwy dla Udostępniającego. Posadowienie na Budynku bezprzewodowego przyłącza w pobliżu pola pomiarowego IŁ – w postaci dwóch anten punkt – punkt, a tym samym uniemożliwienie wykonywania statutowej działalności IŁ będzie ograniczeniem jego działalności, czy też ogólnie będzie stanowić brak takiej działalności. Wskazać jednak należy, że środkiem mniej uciążliwym a zarazem najmniej inwazyjnym dla Udostępniającego, zgodnym z zasadą proporcjonalności byłoby doprowadzenie, przez Operatora, do punktu styku w Budynku przyłącza kablowego, celem świadczenia przez Itekom usług telekomunikacyjnych w Budynku. Jak wskazał Udostępniający w piśmie z dnia 18 lipca 2013 r. „Instytut Łączności (...) umożliwia instalacje odpowiednich urządzeń o ile sygnał telekomunikacyjny jest przesyłany drogą przewodową (światłowodem, kablem miedzianym lub kablem koncentrycznym)”. Takie działanie nie wpływałoby na wykonywanie statutowych działań IŁ i spowodowałoby, że Operator mógłby korzystać z Dostępu „w sposób najmniej uciążliwy dla właściciela, użytkownika wieczystego oraz osób, którym przysługują inne prawa do nieruchomości (...)”.

Zarówno art. 22 jak również art. 30 ustawy o wspieraniu rozwoju nie wskazują na szczególny charakter podmiotu jakim jest Udostępniający (o czym była już mowa powyżej). Biorąc jednak pod uwagę działalność IŁ, a więc m.in. wykonywanie przez IŁ nowatorskich prac na rzecz przedsiębiorców i organów administracyjnych Państwa i instytucji międzynarodowych, polegających na radiowych emisjach eksperymentalnych, pomiarach sieci radiowych, pomiarach wzajemnych zakłóceń między systemami radiowymi oraz

wzorcowanie systemów antenowych i sprzętu radiokomunikacyjnego, biorąc pod uwagę zasadę proporcjonalności, o której mowa art. 22 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju, Prezes UKE uznał, iż w opisanym powyżej stanie faktycznym brak jest podstaw do rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania zgodnie z Wnioskiem. Wskazać należy, że wykonując swoje funkcje, organ administracji publicznej (tu: Prezes UKE) ma zgodnie z zasadą proporcjonalności, działać z jak najmniejszym uszczerbkiem dla obywateli oraz jak najmniejszym kosztem dla społeczeństwa i jednostek. W zasadzie proporcjonalności zawiera się bowiem zarówno ważenie ochrony dobra ogólnego i interesu indywidualnego, jak i ogólny nakaz miarkowania środków w taki sposób, aby były one adekwatne do celu objętego zamiarem osiągnięcia.

Prezes UKE wydając decyzję o zapewnieniu dostępu do nieruchomości musi wziąć pod uwagę wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju. Samo wystąpienie kwestii spornych pomiędzy stronami postępowania nie jest warunkiem wystarczającym do ingerencji Prezesa UKE i wydanie decyzji zastępującej umowę w sprawie Dostępu. W przypadku, gdy wnioskowany przez Operatora Dostęp stoi w sprzeczności z którąkolwiek z przesłanek wskazanych w art. 22 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju, Prezes UKE powinien odmówić ustalenia Dostępu. Wystarczającym dla odmowy wydania decyzji o Dostępie jest sprzeczność proponowanego rozstrzygnięcia z jedną z przesłanek określonych w art. 22 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju, nie jest natomiast konieczne, aby planowany Dostęp musiał stać w sprzeczności łącznie z wszystkimi przesłankami, o których mowa powyżej. W praktyce, tak jak w przedmiotowej sprawie, mogą bowiem zaistnieć sytuacje, w których część z określonych w art. 22 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju przesłanek może przemawiać za wydaniem Operatorowi decyzji o Dostępie, natomiast część może wykluczać takie rozstrzygnięcie.

Wobec faktu, iż zapewnienie Dostępu zgodnie z Wnioskiem jest sprzeczne z przesłanką z art. 22 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju (tj. zasadą proporcjonalności) Prezes UKE odmawia wydania decyzji o Dostępie do Nieruchomości, w tym do Budynku, w zakresie wybudowania na dachu Budynku bezprzewodowego przyłącza telekomunikacyjnego, bez konieczności analizowania pozostałej przesłanki z art. 22 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju.

Zgodnie z art. 22 ust. 5 w związku z art. 30 ust. 5 ustawy o wspieraniu rozwoju, decyzja (w pkt I sentencji decyzji) zastępuje umowę o dostępie, o którym mowa w art. 30 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju.

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

Na podstawie art. 206 ust. 2aa w związku z art. 206 ust. 2 pkt 6 Pt decyzja 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. 479⁶³ 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.

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. 479⁵⁸ § 1 kpc).

z up. Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej
Zastępca Prezesa

Karol Krzywicki