



Warszawa, 11 czerwca 2018 r.

**PREZES
URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ**

3PLAY sp. z o.o.
ul. Hrubieszowska 34B
22-400 Zamość
(dalej „Operator” lub „3PLAY”)

Wspólnota Mieszkaniowa
ul. Hrubieszowskiej 34 w Zamościu
ul. Lwowska 4
22-400 Zamość
(dalej „Udostępniający” lub „Wspólnota”)

DECYZJA DHRT.WWM.6171.111.2016.57
(*dotychczasowa sygn. sprawy: DHRT.WWM.6171.132.2015*)

Po rozpatrzeniu wniosku Operatora z dnia 27 października 2015 r., zmodyfikowanego pismem z dnia 21 lipca 2016 r. (dalej „Wniosek I”) oraz wniosku z dnia 2 sierpnia 2017 r. (dalej jako „Wniosek II”, a łącznie jako „Wnioski”) o wydanie decyzji ustalającej warunki, na jakich Udostępniający zapewni Operatorowi dostęp do nieruchomości położonej w Zamościu przy ul. Hrubieszowskiej 34, dla której Sąd Rejonowy w Zamościu, VI Wydział Ksiąg Wieczystych prowadzi księgę wieczystą pod numerem (dane osobowe) (dalej „Nieruchomość”) i do budynku posadowionego na Nieruchomości (dalej „Budynek”), w celu zapewnienia telekomunikacji w Budyńku,

- I. **na podstawie art. 22 ust. 1 w związku z art. 30 ust. 1 w związku z art. 30 ust. 5 pkt 2 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 z art. 104 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1257, z późn. zm., dalej „kpa”) w związku z art. 206 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1907, z późn. zm., dalej „Pt”), ustalám następujące warunki dostępu:**

§ 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 Budyńku, na potrzeby zapewnienia telekomunikacji w Budyńku, tj. świadczenia usług telekomunikacyjnych osobom posiadającym tytuł prawny do lokali w Budyńku (dalej „Abonenci”) przy pomocy

instalacji telekomunikacyjnej Budynku oraz przyłącza telekomunikacyjnego stanowiących własność Operatora.

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 oraz § 4 ust. 4.

§ 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) utrzymywania, eksploatacji, konserwacji, remontu i usuwania awarii elementów infrastruktury telekomunikacyjnej, którą stanowią: wykonana w technologii światłowodowej instalacja telekomunikacyjna znajdująca się w Budynku oraz światłowodowe przyłącze telekomunikacyjne doprowadzone do Budynku stanowiące odcinek linii kablowej podziemnej zaciągniętej do kanalizacji kablowej, połączone ze sobą w punkcie styku znajdującym się w Budynku (dalej „Infrastruktura”), w zakresie niezbędnym do świadczenia usług telekomunikacyjnych,
 - 2) wstępu lub wjazdu na teren Nieruchomości, w tym Budynku, w celu wykonania czynności, o których mowa w pkt 1.
2. Wykonywanie uprawnień określonych w ust. 1 oraz w § 4 ust. 4 nie może naruszać obowiązujących przepisów prawa, 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. Operator jest zobowiązany do prowadzenia prac, o których mowa w ust. 1 pkt 1 i § 4 ust. 4, w sposób niekolidujący z innymi instalacjami znajdującymi się na Nieruchomości, w tym w Budynku, oraz niepowodujący ich uszkodzenia bądź wadliwego działania.
4. Operator jest zobowiązany do używania wyłącznie urządzeń spełniających wszystkie wymagania przewidziane prawem, w tym dotyczące odpowiednich norm bezpieczeństwa oraz posiadania stosownych certyfikatów.
5. 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.
6. Operator ponosi odpowiedzialność za przestrzeganie przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy oraz przeciwpożarowych w trakcie prowadzonych prac instalacyjnych, konserwacyjnych oraz eksploatacji Infrastruktury.
7. Operator ponosi odpowiedzialność za utrzymywanie porządku, w tym sprzątnięcie w czasie prowadzenia prac i uprzątnięcie miejsca po wykonaniu prac związanych z realizacją decyzji.
8. Operator jest zobowiązany do zabezpieczenia Infrastruktury przed ingerencją osób nieuprawnionych.
9. Operator jest zobowiązany do dokonywania okresowych przeglądów technicznych Infrastruktury, nie rzadziej niż raz w roku.

10. 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.
11. Zobowiązuje się Operatora do:
 - 1) ponoszenia kosztów związanych z wykonywaniem uprawnień określonych w ust. 1 oraz § 4 ust. 4 oraz kosztów realizacji obowiązków, o których mowa w ust. 3-10,
 - 2) zwrotu Udostępniającemu wydatków, które Udostępniający poniesie w związku z wykonywaniem przez Operatora uprawnień określonych w ust. 1 oraz § 4 ust. 4, w szczególności kosztów energii elektrycznej zużytej przez Operatora.
12. Zwrot Udostępniającemu przez Operatora kosztów, o których mowa w ust. 11, nastąpi w oparciu o przedstawione przez Udostępniającego dokumenty księgowe w terminie 14 dni od dnia otrzymania tych dokumentów przez Operatora.
13. Operator może powierzyć wykonywanie prac instalacyjnych i konserwacyjnych wybranemu wykonawcy, za którego działania lub zaniechania odpowiada jak za działania własne.
14. Niezwłocznie po zakończeniu prac Operator, o których mowa w ust. 1 pkt 1 oraz § 4 ust. 4, zobowiązany jest do przywrócenia Budynku oraz Nieruchomości do stanu poprzedniego, z uwzględnieniem zmian związanych z realizacją celu tych prac.

§ 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 inwestycyjnych i 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 informacji w zakresie wykonywania uprawnień, o których mowa w § 2 ust. 1 i w § 4 ust. 4 oraz realizowania obowiązków określonych w § 2, a także faktu udostępnienia Infrastruktury innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym.

§ 4. Eksploatacja Infrastruktury

1. Operator w terminie 14 dni od dnia otrzymania decyzji prześle Udostępniającemu projekty instalacji telekomunikacyjnej Budynku oraz przyłącza telekomunikacyjnego, które przedstawiają rzeczywisty stan Infrastruktury Operatora posadowionej na Nieruchomości i w Budynku Udostępniającego (dalej „Schemat Infrastruktury”).

2. W przypadku nieposiadania przez Operatora Schematu Infrastruktury, Udostępniający jest zobowiązany w terminie 3 dni roboczych od dnia zgłoszenia się z wnioskiem przez Operatora umożliwić Operatorowi dostęp do Nieruchomości i do Budynku, celem przygotowania Schematu Infrastruktury.
3. W sytuacji, o której mowa w ust. 2 przekazanie Udostępniającemu Schematu Infrastruktury nastąpi w terminie 21 dni, od dnia zakończenia weryfikacji stanu Infrastruktury przez Operatora.
4. Operator ma prawo do:
 - 1) wymiany okablowania i pozostałych elementów Infrastruktury, o ile nie będzie to skutkowało 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 Schematu Infrastruktury.
5. Operator może wykonać prace, o których mowa w ust. 4, po uzgodnieniu z Udostępniającym terminu ich rozpoczęcia, a w przypadku niezgodnienia tego terminu, po upływie 7 dni od dnia powiadomienia o planowanych pracach.
6. Decyzja nie uprawnia Operatora do instalowania, eksploataowania lub wymiany elementów Infrastruktury w lokalu Abonenta bez uzyskania zgody Abonenta.
7. Przed przystąpieniem do prac, o których mowa w ust. 4 pkt 1 Operator wpłaci na rzecz Udostępniającego kaucję z tytułu zabezpieczenia należytego wykonania prac w kwocie 1 000,00 zł (słownie: jeden tysiąc złotych).
8. Udostępniający zobowiązany jest zwrócić kaucję, o której mowa w ust. 7, na rachunek bankowy Operatora w terminie 7 dni od dnia przekazania Udostępniającemu informacji o zakończeniu prac instalacyjnych.
9. Operator prześle każdorazowo Udostępniającemu dokumentację wprowadzanych zmian w Infrastrukturze zaistniałą na skutek przeprowadzenia prac, o których mowa w ust. 2, w terminie 7 dni roboczych od dnia dokonania tychże zmian.

§ 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 przedmiotowej decyzji, jakichkolwiek informacji uzyskanych w związku z wykonywaniem niniejszej 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 przedmiotowej 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 lub jej elementów, 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, chyba że Strony ustalą inny sposób informowania.

§ 8. 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 informacji w zakresie: osoby wyznaczonej do kontaktu z Operatorem i Udostępniającym, numeru telefonu kontaktowego, adresu do korespondencji, adresu poczty elektronicznej, numeru rachunku bankowego przeznaczonego do rozliczeń między Stronami. W przypadku braku realizacji tego obowiązku, wszelka korespondencja będzie kierowana na adresy wskazane w dokumentach rejestrowych Operatora i dotychczasowy adres korespondencyjny Udostępniającego, zaś świadczenia pieniężne spełniane będą za pokwitowaniem do rąk drugiej Strony.
3. Strony są 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.

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

- II. **Na podstawie art. 105 § 1 kpa w związku z art. 206 ust. 1 Pt, umarzam postępowanie w części dotyczącej umożliwienia wykonania światłowodowej instalacji telekomunikacyjnej w Budynku oraz doprowadzenia światłowodowego przyłącza do Budynku.**

UZASADNIENIE

1. Uzasadnienie podstawy prawnej żądania Operatora

Zgodnie z art. 30 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju: Właściciel, użytkownik wieczysty lub zarządca nieruchomości, niebędący przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, jest obowiązany zapewnić przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu dostęp do nieruchomości, w tym do budynku oraz punktu styku, polegający w szczególności na: (...)

- 2) umożliwieniu doprowadzenia przyłącza telekomunikacyjnego aż do punktu styku,

- 3) umożliwieniu wykonania instalacji telekomunikacyjnej budynku, jeżeli:
- a) nie istnieje instalacja telekomunikacyjna budynku przystosowana do dostarczania usług szerokopasmowego dostępu do Internetu o przepustowości co najmniej 30 Mb/s lub
 - b) istniejąca instalacja telekomunikacyjna budynku przystosowana do dostarczania usług szerokopasmowego dostępu do Internetu o przepustowości co najmniej 30 Mb/s nie jest dostępna lub nie odpowiada zapotrzebowaniu przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, (...)

- w celu zapewnienia telekomunikacji w tym budynku.

Art. 30 ust. 5 pkt 2 ustawy o wspieraniu rozwoju wskazuje zaś, że: „Do dostępu, o którym mowa w ust. 1 i 3, stosuje się odpowiednio przepisy art. 19 ust. 2 i art. 20-24a, z tym że: (...) Prezes UKE wydaje decyzję o dostępie, o którym mowa w ust. 1, także wówczas, jeżeli dla istniejącej instalacji telekomunikacyjnej budynku lub istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego warunki dostępu nie są określone w umowie, o której mowa w ust. 4, lub umowa taka wygasła”.

Z przytoczonych przepisów 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”), przy czym powyższy obowiązek dotyczy także sytuacji gdy operator posiada już własną infrastrukturę na nieruchomości oraz w budynku, jednak warunki Dostępu operatora do nieruchomości, w tym do budynków, w celu świadczenia przy wykorzystaniu tej infrastruktury usług telekomunikacyjnych, nie są określone w umowie bądź taka umowa wygasła.

Powyższemu obowiązkowi odpowiada jednocześnie uprawnienie przedsiębiorcy telekomunikacyjnego do żądania uzyskania Dostępu, jak również uregulowania warunków Dostępu operatora do nieruchomości oraz budynków w przypadku, gdy na tej nieruchomości istnieje infrastruktura telekomunikacyjna operatora a warunki Dostępu nie są określone w umowie bądź taka umowa wygasła.

Wnioskiem I (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej, dalej „UKE”, dnia 3 listopada 2015 r.) 3PLAY zwróciła się do Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej „Prezes UKE”) o wydanie decyzji o Dostępie do Budynku na podstawie art. 30 ust. 1 pkt 2 oraz pkt 3 ustawy o wspieraniu rozwoju, tj. o Dostęp, który miał polegać na wykonaniu w Budynku instalacji telekomunikacyjnej oraz doprowadzeniu do Budynku przyłącza telekomunikacyjnego w technologii FTTH (ang. Fiber to the Home - światłowód do domu) typu GPON (ang. Gigabit Passive Optical Network - gigabitowa pasywna sieć światłowodowa). Pismem z dnia 7 kwietnia 2016 r. (data wpływu do UKE dnia 21 kwietnia 2016 r.) 3PLAY wskazała, że posiada w Budynku instalację telekomunikacyjną oraz doprowadzone do Budynku przyłącze telekomunikacyjne, wykonane w technologii światłowodowej.

Pismem z dnia 21 lipca 2016 r. (data wpływu do UKE dnia 25 lipca 2016 r.) 3PLAY zmodyfikowała Wniosek, wskazując, że „przedmiotem wniosku jest również legalizacja istniejącej na terenie Nieruchomości sieci światłowodowej stanowiącej własność Wnioskodawcy”. 3PLAY stwierdziła, że wnosi o zapewnienie możliwości wykorzystania

należącej do niej i istniejącej na terenie Budynku światłowodowej instalacji telekomunikacyjnej oraz doprowadzonego do Nieruchomości światłowodowego przyłącza telekomunikacyjnego na podstawie art. 30 ust 5 pkt 2 ustawy o wspieraniu rozwoju. 3PLAY wniosła również o możliwość korzystania ze swojego punktu styku.

W dniach 5 lipca 2017 r. – 4 sierpnia 2017 r. Prezes UKE przeprowadził postępowanie konsultacyjne dotyczące projektu decyzji w sprawie.

Pismem z dnia 2 sierpnia 2017 r. (data wpływu do UKE dnia 10 sierpnia 2017 r.) Operator przedstawił stanowisko, w którym zgłosił uwagi do konsultowanego projektu decyzji (dalej „stanowisko konsultacyjne”), a także wskazał, że wnosi o „ponowienie wniosku względnie wniosek o wydanie decyzji w zakresie legalizacji istniejącej sieci (...)” (dowód: Wniosek II).

W dniu 23 listopada 2017 r. Prezes UKE wszczął postępowanie administracyjne o sygnaturze DHRT.WWM.6171.318.2017. Postępowanie zostało wszczęte na podstawie Wniosku II będącego jednocześnie stanowiskiem konsultacyjnym Operatora z dnia 2 sierpnia 2017 r. W tym piśmie pełnomocnik Operatora wniósł o „prowadzenie jednego postępowania w sprawie wniosku z dnia 27 października 2015 r. zmodyfikowanego pismem z dnia 21 lipca 2016 r. i sprawy administracyjnej określonej w niniejszym piśmie oraz wydanie jednej decyzji”.

Pismem z dnia 29 grudnia 2017 r. Prezes UKE wydał postanowienie o połączeniu postępowań prowadzonych dotychczas odrębnie pod sygnaturami akt DHRT.WWM.6171.111.2016 oraz DHRT.WWM.6171.318.2017 i prowadzeniu ich pod sygnaturą DHRT.WWM.6171.111.2016.

Prezes UKE ustalił, że Operator zamierza doprowadzić do Budynku przyłącze telekomunikacyjne, wykonać w Budynku instalację telekomunikacyjną (dowód: Wniosek I), jak również zamierza wykorzystać należącą do niego Infrastrukturę znajdującą się w Budynku (dowód: Wniosek II).

Podstawą rozstrzygnięcia Wniosku I jest art. 30 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy o wspieraniu rozwoju.

Żądanie Operatora zawarte we Wniosku II mieści się w ramach dostępu, o którym mowa w art. 30 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju. Przepis ten w związku z użyciem w jego treści zwrotu „w szczególności” nie tworzy zamkniętego katalogu dostępu, o jaki może wnioskować Operator. Tym samym żądanie Operatora ustalenia dostępu polegającego na ustaleniu warunków dostępu do Infrastruktury, którą Operator posiada już w Budynku i na Nieruchomości należy pochylić jako szczególny przypadek dostępu, który może zostać uregulowany w ramach dostępu, o którym mowa w art. 30 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju. Tym samym podstawą rozstrzygnięcia Wniosku II Operatora jest art. 30 ust. 1 w związku z art. 30 ust. 5 pkt 2 ustawy o wspieraniu rozwoju.

2. Ocena dopuszczalności złożenia Wniosków 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 w związku z ust. 5 pkt 2 ustawy o wspieraniu rozwoju).

Prezes UKE ustalił, że:

- 1) Operator jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym (dowód: rejestr przedsiębiorców telekomunikacyjnych, wpis nr 10116),

- 2) Udostępniający nie jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym (brak wpisu w rejestrze przedsiębiorców telekomunikacyjnych),
- 3) Nieruchomość stanowi własność Miasta Zamość i została oddana w użytkowanie właścicielom wyodrębnionych lokali w Budynku posadowionym na Nieruchomości oraz Polskim Kolejom Państwowym S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „PKP”) (dowód: dane ujawnione w systemie teleinformatycznym prowadzonym przez Centralną Informację Ksiąg Wieczystych z KW nr (dane osobowe)),
- 4) Na Nieruchomości znajduje się Budynek o przeznaczeniu mieszkalnym, w którym wyodrębniono 67 lokali. Budynek stanowi odrębną nieruchomość, do której prawo własności przysługuje ogółowi właścicieli lokali stanowiących odrębny przedmiot własności oraz PKP, przy czym PKP nie jest właścicielem żadnego z powołanych lokali (dowód: dane ujawnione w systemie teleinformatycznym prowadzonym przez Centralną Informację Ksiąg Wieczystych z KW nr (dane osobowe) oraz księgi lokalowe wskazane w dziale I tej KW),
- 5) Podmiotem zobowiązanym do udostępnienia Budynku jest Wspólnota, co wynika z przepisów ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 1892, dalej „ustawa o własności lokali”). Zgodnie z art. 6 ustawy o własności lokali „Ogół właścicieli, których lokale wchodzi w skład określonej nieruchomości, tworzy wspólnotę mieszkaniową. Wspólnota mieszkaniowa może nabywać prawa i zaciągać zobowiązania, pozywać i być pozwana”. Zatem z chwilą wydzielenia pierwszego lokalu powstaje z mocy prawa wspólnota mieszkaniowa, którą tworzy ogół właścicieli, których lokale wchodzi w skład określonej nieruchomości, a więc zarówno właściciele odrębnych lokali, jak i dotychczasowy właściciel budynku, z którego lokale zostały wyodrębnione. Stanowisko to potwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 9 czerwca 2005 r. (sygn. akt: III CZP 33/05, publ. OSNC 2006/4/62), w której wskazał, iż wspólnota mieszkaniowa powstaje w razie sukcesywnego wyodrębnienia lokali przez właściciela nieruchomości z jednoczesnym oddawaniem w użytkowanie wieczyste części gruntu, choćby niektóre lokale pozostawały niewyodrębnione, a zwrot „ogół właścicieli” bez ograniczeń, czy wyłączeń oznacza, że wspólnotę tworzą właściciele lokali wydzielonych i właściciel budynku. Wspólnota mieszkaniowa nie ma osobowości prawnej, ma jednak zdolność prawną, o której mowa w art. 33¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 459) i należy stosować do niej odpowiednio przepisy dotyczące osób prawnych, w związku z tym może nabywać prawa i zaciągać zobowiązania w stosunku do własnego majątku. Zakres przysługującej wspólnotie mieszkaniowej zdolności do czynności prawnych jest ograniczony do praw i obowiązków związanych z zarządzaniem (administrowaniem) nieruchomością wspólną. Ponieważ zarząd nieruchomością wspólną należy do wspólnoty mieszkaniowej, to w sprawach związanych z tym zarządem wspólnotie przysługuje również legitymacja procesowa oraz zdolność do czynności procesowych podejmowanych we własnym imieniu. Powyższe potwierdza m. in. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 17 marca 2010 r. (sygn. akt II OSK 539/09, LEX nr 597676), w którym Sąd stwierdził, iż „wspólnota mieszkaniowa, co do zasady może być stroną w postępowaniu administracyjnym mimo, że nie posiada osobowości prawnej (...)”.

Operator jest właścicielem znajdującej się na Nieruchomości i w Budynku Infrastruktury, co wynika z umowy zawartej w dniu 2 października 2014 r. pomiędzy nieprawidłowo

reprezentowaną Wspólnotą a Operatorem (dalej „Umowa”). Przedmiotem Umowy miało być udzielenie przez Udostępniającego dostępu do Budynku w celu wybudowania Infrastruktury.

W ramach Umowy Operator wykonał Infrastrukturę na Nieruchomości i w Budynku.

Infrastruktura stanowi własność Operatora, przy czym z uwagi na wadliwość Umowy Operator nie ma możliwości jej wykorzystywania (dowód: stanowisko konsultacyjne, pismo Operatora z dnia 14 grudnia 2017 r., pismo Udostępniającego z dnia 11 grudnia 2017 r.).

Operator (jako przedsiębiorca telekomunikacyjny, będący właścicielem Infrastruktury posadowionej na Nieruchomości i w Budynku) i Udostępniający (Wspólnota), niebędący przedsiębiorcą telekomunikacyjnym) są podmiotami uprawnionymi do zawarcia umowy o Dostępie.

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 wystąpienia przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego z wnioskiem o Dostęp (art. 21 ust. 2 w związku z art. 30 ust. 5 pkt 1 i 2 ustawy o wspieraniu rozwoju).

Prezes UKE ustalił, że:

- 1) pismem z dnia 5 grudnia 2014 r. Operator zwrócił się do Wspólnoty z wnioskiem o podjęcie negocjacji w zakresie dostępu do istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej znajdującej się na Nieruchomości i w Budynku należącej do 3PLAY (dowód: zwrotne potwierdzenie odbioru w dniu 11 grudnia 2014 r. pisma z dnia 5 grudnia 2014 r.),
- 2) pismem z dnia 14 sierpnia 2015 r. Operator wysłał do Udostępniającego propozycję zawarcia umowy ustalającej warunki dostępu do Nieruchomości i Budynku w celu zapewnienia telekomunikacji, w którym 3PLAY wskazała, że „planuje wykonanie na terenie nieruchomości i budynków sieci telekomunikacyjnej światłowodowej (FTTH) - GPON (...)” (dowód: zwrotne potwierdzenie odbioru w dniu 19 sierpnia 2015 r. pisma z dnia 14 sierpnia 2015 r.),
- 3) pismem z dnia 5 maja 2017 r. Operator zwrócił się ponownie do Wspólnoty o przystąpienie do negocjacji w sprawie legalizacji istniejącej sieci (dowód: zwrotne potwierdzenie odbioru z dnia 16 maja 2017 r. pisma z dnia 5 maja 2017 r.),
- 4) ze względu na niezawarcie umowy o Dostępie, Operator wystąpił do Prezesa UKE z wnioskami o wydanie decyzji w sprawie Dostępu do Nieruchomości, w tym do Budynku (dowód: Wnioski),

Zgodnie z powyższym, Stronami postępowania prowadzonego przez Prezesa UKE są Operator i Udostępniający gdyż to oni byli uprawnieni do prowadzenia negocjacji w sprawie zawarcia umowy o Dostępie do Nieruchomości i do Budynku (art. 30 ust. 5b ustawy o wspieraniu rozwoju). Zgodnie z art. 30 ust. 5b ustawy o wspieraniu rozwoju, w przypadku niezawarcia umowy, o której mowa w art. 30 ust. 4, stroną postępowania w sprawie wydania decyzji o dostępie, o którym mowa w art. 30 ust. 1 i 3 ustawy o wspieraniu rozwoju, jest właściciel, użytkownik wieczysty lub zarządca nieruchomości,

do którego przedsiębiorca telekomunikacyjny wystąpił z wnioskiem o zapewnienie tego dostępu.

Jak wynika ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Operator pismami z dnia 5 grudnia 2014 r., 14 sierpnia 2015 r. i 5 maja 2017 r. zwrócił się do Udostępniającego (za pośrednictwem Tomasza Sawczuka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Tomasz Sawczuk - „REK-IN” Zarządzanie Nieruchomościami Zarząd Wspólnot Mieszkaniowych „REK-IN” (dalej „Rek-in” lub „Tomasz Sawczuk”)) z wnioskami o podjęcie negocjacji i zawarcie umowy regulującej Dostęp do Nieruchomości i do Budynku, w celu zapewnienia telekomunikacji mieszkańcom Budynku. Pismem z dnia 27 października 2015 r. Operator złożył Wniosek I.

Pismem z dnia 30 listopada 2015 r. Prezes UKE zawiadomił Udostępniającego o wszczęciu postępowania, wysyłając zawiadomienie na adres Udostępniającego (ul. Lwowska 4, 22-400 Zamość). Pismo prawidłowo awizowane wróciło niepodjęte. W kilku analogicznych postępowaniach prowadzonych z wniosku Operatora o dostęp do nieruchomości położonych w Lublinie, pismem z dnia 11 grudnia 2015 r., REK-in wskazał, iż wysłane przez Prezesa UKE zawiadomienia o wszczęciu postępowania wraz z wezwaniem zostały mu doręczone omyłkowo. Rek-in informował wówczas, iż nie jest zarządcą budynków oraz nieruchomości oraz, że nie jest uprawniony do przyjmowania wniosków o dostęp do nieruchomości, w tym do budynków i podpisywania w imieniu wspólnot mieszkaniowych nieruchomości umów. Prezes UKE wskazuje, że stroną zobowiązaną do udzielenia dostępu do Budynku nie jest Rek-in. Oba pisma (tj. zarówno wniosek Operatora o rozpoczęcie negocjacji, jak i zawiadomienie Prezesa UKE o wszczęciu postępowania z Wniosku) zostały skierowane docelowo do Udostępniającego i wysłane na jego adres ujawniony w rejestrze Regon poz. 8462/711/09, tj. ul. Lwowska 4, 22-400 Zamość (który to adres jest również adresem REK-in), a wskazany w tej pozycji numer kontaktowy Udostępniającego jest jednocześnie numerem kontaktowym REK-in odstepnym na jego stronie internetowej <http://www.rek-in.pl/>. Ponadto REK-in odebrał wysłane na powyższy adres pismo Prezesa UKE z dnia 23 listopada 2017 r. i pismem z dnia 11 grudnia 2017 r. złożył wyjaśnienia w ramach przedmiotowego postępowania. Z tego też względu Prezes UKE uznał, iż zarówno negocjacje z Udostępniającym rozpoczęte przez Operatora, jak i postępowanie wszczęte z Wniosku I, zostały zainicjowane w sposób prawidłowy na właściwy adres do korespondencji. Stroną postępowania od momentu wszczęcia był Udostępniający a nie Rek-in. W tym miejscu należy wyjaśnić, iż Wspólnota (rozumiana jako ogół właścicieli lokali w Budynku) nie odbiera sama korespondencji, a zawsze czyni to w jej imieniu określona osoba fizyczna.

Okres, jaki upłynął pomiędzy złożeniem przez Operatora wniosków do Udostępniającego w sprawie zawarcia umowy o Dostęp do Budynku a złożeniem Wniosków przekroczył 30 dni, co oznacza to, że złożenie przez Operatora Wniosków skutecznie zainicjowało postępowania przed Prezesem UKE, których stronami są Operator i Udostępniający (art. 30 ust. 5b ustawy o wspieraniu rozwoju).

3. Podstawa prawna 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 Wnioskami następuje więc w drodze wydania decyzji (art. 104 § 1 kpa w związku z art. 206 ust. 1 Pt).

Ponieważ żądania Wniosków znajdują oparcie w art. 30 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz art. 30 ust. 1 z ust. 5 pkt 2 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 stosuje odpowiednio postanowienia m.in. 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 wyłącza przepisy art. 30 ustawy o wspieraniu rozwoju, i to przy dokonaniu niezbędnych modyfikacji ich treści.

Zgodnie z art. 15 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.

W dniach 13 kwietnia 2018 r. – 14 maja 2018 r. Prezes UKE przeprowadził postępowanie konsultacyjne projektu decyzji w postępowaniu prowadzonym na Wniosek.

Do Prezesa UKE w ramach postępowania konsultacyjnego nie wpłynęło żadne stanowisko.

4. Uzasadnienie motywów rozstrzygnięcia w pkt I sentencji

Przy ustalaniu warunków Dostępu Operatora do Nieruchomości i do Budynku, Prezes UKE wziął pod uwagę przedstawione w toku postępowania stanowiska Stron, kierując się jednocześnie kryteriami określonymi w art. 22 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju, tj. koniecznością zapewnienia niedyskryminacyjnych i proporcjonalnych warunków Dostępu.

Zasada proporcjonalności oznacza, że obowiązki ustalone w ramach decyzji administracyjnej, muszą być „(...) odpowiednie i konieczne do osiągnięcia celów, których realizacja dopuszczalna jest przy pomocy danej regulacji. Przy czym w razie istnienia kilku odpowiednich środków należy wybrać te, które są najmniej uciążliwe, nadto nałożone obciążenia muszą pozostawać w odpowiednim stosunku do zamierzonych celów” (wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 lipca 1989 r. w sprawie 265/87, ECLI:EU:C:1989:303). Przed zastosowaniem konkretnego środka trzeba więc ocenić najpierw, czy nie istnieje alternatywa w postaci środka mniej surowego. Ocena konieczności i zakresu działania należy do kompetencji organu, który weryfikuje przesłanki przewidziane w przepisach. Zasada proporcjonalności jest zawsze związana ze specyficznymi i konkurencyjnymi interesami. Dlatego też ustalając warunki Dostępu Prezes UKE dobrał takie środki, które z jednej strony będą gwarantowały realizację uprawnień przysługujących Operatorowi, z drugiej zaś będą możliwie najmniej uciążliwe dla Udostępniającego. Także postanowienia dotyczące zabezpieczenia praw Udostępniającego zostały skonstruowane tak, by zapewnić Udostępniającemu należyłą 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, z uwzględnieniem interesów obu stron postępowania.

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

Decyzja uprawnia Operatora do Dostępu do Nieruchomości i Budynku w zakresie niezbędnym do zapewnienia Operatorowi dostępu do Infrastruktury stanowiącej jego własność. W ramach tego Dostępu Operator będzie miał możliwość:

- 1) utrzymywania, eksploatacji, konserwacji, remontu i usuwania awarii Infrastruktury, w zakresie niezbędnym do świadczenia usług telekomunikacyjnych (§ 2 ust. 1 pkt 1) sentencji decyzji),
- 2) wstępu lub wjazdu na teren Nieruchomości, w tym do Budynku, w celu wykonania czynności, o których mowa w pkt 1 (§ 2 ust. 1 pkt 2) 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 dostępu do Nieruchomości, Budynku oraz Infrastruktury oraz dysponowania Nieruchomością i Budynkiem, w związku z podjęciem czynności, które przewiduje decyzja w § 2 ust. 1 pkt 1) oraz § 4 ust. 4 sentencji decyzji.

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 oraz § 4 ust. 4 sentencji decyzji, w taki sposób, aby nie naruszało to obowiązujących przepisów prawa oraz nie uniemożliwiało racjonalnego korzystania z Nieruchomości i z Budynku, oraz było jak najmniej uciążliwe dla Udostępniającego (§ 2 ust. 2 sentencji decyzji),
- 2) prowadzenia prac, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1) sentencji decyzji, w sposób zapewniający bezkolizyjność z innymi instalacjami znajdującymi się na Nieruchomości i w Budynku, w zakresie ich wzajemnego usytuowania i niekorzystnego oddziaływania (§ 2 ust. 3 sentencji decyzji),
- 3) używania urządzeń spełniających odpowiednie normy bezpieczeństwa i posiadających stosowne certyfikaty (§ 2 ust. 4 sentencji decyzji),

- 4) ponoszenia odpowiedzialności za zainstalowane w ramach wykonanej Infrastruktury urządzenia, w szczególności za ich wpływ na bezpieczeństwo Abonentów i innych podmiotów oraz za powodowane przez te urządzenia zakłócenia pracy innych urządzeń (§ 2 ust. 5 sentencji decyzji),
- 5) przestrzegania przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy oraz przeciwpożarowych w trakcie prowadzonych prac instalacyjnych, konserwacyjnych oraz eksploatacji Infrastruktury (§ 2 ust. 6 sentencji decyzji),
- 6) utrzymywania porządku, w tym sprzątania w czasie prowadzenia prac i uprzątnięcia miejsca po wykonaniu prac związanych z realizacją decyzji (§ 2 ust. 7 sentencji decyzji),
- 7) zabezpieczenia Infrastruktury przed ingerencją osób nieuprawnionych (§ 2 ust. 8 sentencji decyzji),
- 8) dokonywania okresowych przeglądów technicznych Infrastruktury, nie rzadziej niż raz w roku (§ 2 ust. 9 sentencji decyzji),
- 9) przywrócenia Budynku oraz Nieruchomości do stanu poprzedniego, z uwzględnieniem zmian wynikających z realizacji uprawnień wynikających z decyzji (§ 2 ust. 14 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 pkt 1 oraz § 4 ust. 4) 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. 10 sentencji decyzji).

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 i § 4 ust. 4 sentencji decyzji, a także kosztów realizacji obowiązków, o których mowa w § 2 ust. 3-10 sentencji decyzji (§ 2 ust. 11 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.

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. 12 sentencji decyzji).

Prezes UKE za uzasadnione uznał wprowadzenie do decyzji rozwiązania, zgodnie z którym Operator może powierzyć wykonywanie prac, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1) sentencji decyzji wybranemu wykonawcy (§ 2 ust. 13 sentencji decyzji). W praktyce przedsiębiorcy telekomunikacyjni niejednokrotnie przy remoncie czy też konserwacji sieci telekomunikacyjnych posługują się podwykonawcami, którym powierzają wykonanie określonych prac. Takie rozwiązanie pozwala w szczególności na optymalizację kosztów.

Ponieważ ewentualne prace remontowe na Nieruchomości i 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 z 7-dniowym wyprzedzeniem (§ 3 ust. 2 sentencji decyzji).

W związku z faktem, że przedmiotem decyzji jest 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.

Ponadto przedmiotem decyzji jest ustalenie warunków dostępu Operatora m.in. do Infrastruktury, a zatem w § 4 ust. 1 sentencji decyzji Prezes UKE zobowiązał Operatora do przekazania Udostępniającemu Schematów Infrastruktury, które to Schematy Infrastruktury przedstawiają rzeczywisty, na dzień wydania decyzji, stan Infrastruktury Operatora posadowionej na Nieruchomości i w Budynku znajdujących się w zasobach Udostępniającego.

W ocenie Prezesa UKE usprawiedliwione jest, aby Udostępniający miał wiedzę co do wprowadzanych zmian w Infrastrukturze zaistniałych na skutek przeprowadzenia prac, o których mowa w § 4 ust. 4 sentencji decyzji, dokumentów i decyzji dotyczących Budynku związanych z działaniami Operatora, a także, w razie potrzeby, opracowań projektowych i dokumentów technicznych robót budowlanych związanych z wykonaniem i eksploatacją Infrastruktury (§ 4 ust. 9 sentencji decyzji). Dzięki temu Udostępniający będzie mógł w szczególności uniknąć jej uszkodzenia i związanych z tym roszczeń ze strony Operatora.

Prezes UKE za uzasadnione uznał również zobowiązanie Operatora do wpłacenia na rachunek bankowy Udostępniającego, przed przystąpieniem do realizacji prac, o których mowa w § 4 ust. 4 sentencji decyzji, kaucji w wysokości 1 000,00 zł (§ 4 ust. 7 sentencji decyzji).

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 wymiany okablowania i pozostałych elementów Infrastruktury oraz instalowania elementów Infrastruktury służących do przyłączenia nowych Abonentów w miarę ich pozyskiwania przez Operatora (§ 4 ust. 4 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 przyjęta wysokość kaucji jest adekwatna do charakteru prac, do realizacji których Operator jest uprawniony.

Prezes UKE zobowiązał Udostępniającego do zwrotu kaucji, o której mowa w § 4 ust. 7 sentencji decyzji, w terminie 7 dni od dnia przekazania Udostępniającemu przez Operatora dokumentacji, o której mowa w § 4 ust. 9 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. 7 sentencji decyzji jest wpłacana Udostępniającemu na określony czas, tj. realizacji uprawnień, o których mowa w § 4 ust. 4 sentencji decyzji, 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.

Prace, o których mowa w § 4 ust. 4 sentencji decyzji 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. 5 sentencji decyzji). Zastosowanie w tym wypadku uproszczonego modelu współpracy pomiędzy Operatorem a Udostępniającym jest uzasadnione niewielkim wpływem prac na stan Budynku, 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. 4 sentencji decyzji, gdyż prace te ingerują 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. 4 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 sentencji decyzji.

Usprawiedliwione jest również, aby Udostępniający miał wiedzę co do:

- wprowadzonych zmian w Infrastrukturze (§ 4 ust. 9 sentencji decyzji),
- wykonywania uprawnień, o których mowa w § 2 ust. 1 i § 4 ust. 4 sentencji decyzji, oraz realizowania obowiązków określonych w § 2 sentencji decyzji (§ 3 ust. 5 sentencji decyzji),
- okoliczności udostępnienia Infrastruktury innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym (§ 3 ust. 5 sentencji decyzji).

Co istotne, aby prowadzić w lokalach Abonenta prace instalacyjne lub aby eksploatować w nich, bądź wymieniać elementy Infrastruktury, Operator musi uzyskać odrębną zgodę Abonenta (§ 4 ust. 6 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).

W celu usprawnienia współpracy między stronami Prezes UKE wprowadził w § 7 sentencji decyzji zasady postępowania w przypadku wystąpienia awarii Infrastruktury w zakresie informowania się o tych zdarzeniach oraz współdziałania przy ich usuwaniu.

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 (§ 8 sentencji decyzji).

Na podstawie art. 206 ust. 2aa w związku z art. 206 ust. 2 pkt 6 Pt decyzja w pkt I 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 przewidziane w w pkt I sentencji decyzji. Wstrzymanie wykonalności decyzji może nastąpić wyłącznie w trybie art. 479⁶³ ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 155, z późn. zm., dalej „kpc”), a więc postanowieniem Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wydanym na wniosek Strony, która wniosła odwołanie, o ile zachodzi niebezpieczeństwo wyrządzenia znacznej szkody lub spowodowania trudnych do odwrócenia skutków.

5. Uzasadnienie motywów rozstrzygnięcia w pkt II sentencji

Zgodnie z art. 105 § 1 kpa „gdy postępowanie z jakiegokolwiek 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 materialno-prawny 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, dalej „NSA”, w Warszawie z dnia 26 marca 1998 r., sygn. akt II SA 70/98, LEX nr 43205). Taki brak skutkuje tym, „iż nie można załatwić sprawy przez rozstrzygnięcie jej co do istoty”. Bezprzedmiotowość postępowania jest to zatem „orzeczenie formalne, kończące postępowanie bez jego merytorycznego rozstrzygnięcia” (tak wyrok NSA z dnia 24 kwietnia 2003 r., sygn. akt II SA 2225/01, publ. Biuletyn Skarbowy 2003/6/25; podobnie NSA w wyroku z dnia 18 kwietnia 1995 r., sygn. akt SA/Łd 2424/94, publ. ONSA 1996/2/80). Należy ponadto wskazać, że przesłanką umorzenia postępowania na podstawie art. 105 § 1 kpa jest bezprzedmiotowość postępowania „z jakiegokolwiek przyczyny”, czyli z każdej przyczyny powodującej brak jednego z elementów materialnego stosunku prawnego w odniesieniu do jego strony podmiotowej lub przedmiotowej (tak wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 21 stycznia 1999 r., sygn. akt SA/Sz 1029/97, LEX Nr 36139).

Jak podkreśla się w orzecznictwie NSA wycofanie wniosku przez wnioskodawcę w toku postępowania administracyjnego skutkuje jego bezprzedmiotowością i podlega umorzeniu w trybie art. 105 § 1 kpa. Jak podkreślił NSA w wyroku z dnia 4 lutego 2011 r.: „Powyższe wynika z faktu, że zgodnie z art. 61 § 1 kpa postępowanie administracyjne wszczyna się na żądanie strony lub z urzędu. Jeżeli przepisy administracyjnego prawa materialnego stanowią, że w danej sprawie postępowanie administracyjne może zostać wszczęte wyłącznie na żądanie strony (zasada skargowości), to wówczas taki wniosek strony zakreśla ramy podmiotowe i przedmiotowe tego postępowania. Wnioskodawca domaga się bowiem od organu w określonej sytuacji faktycznej konkretyzacji w formie decyzji administracyjnej jego uprawnień lub obowiązków wynikających z przepisów prawa materialnego.

W przypadku, gdy postępowanie administracyjne może być wszczęte tylko na wniosek strony, cofnięcie wniosku przez jedynego wnioskodawcę lub wszystkich wnioskodawców oznacza, że przestaje istnieć przedmiot postępowania administracyjnego, ponieważ brak jest żądania uprawnionego podmiotu konkretyzacji jego praw lub obowiązków w określonych okolicznościach faktycznych. W takiej sytuacji organ administracji publicznej traci kompetencje do dalszego prowadzenia postępowania i wydania decyzji rozstrzygającej sprawę co do istoty wbrew woli wnioskodawcy, powinien więc umorzyć postępowanie na podstawie art. 105 § 1 kpa” (wyrok NSA sygn. akt II OSK 246/10 z dnia 4 lutego 2011 r.).

Za powyższą interpretacją NSA opowiedział się w wyroku z dnia 4 sierpnia 2011 r.: „Nie mieści się natomiast w dyspozycji przepisu art. 105 § 2 k.p.a. sytuacja, w której wnioskodawca składa wyraźne oświadczenie o wycofaniu wniosku. Na skutek wycofania wniosku przestaje istnieć element warunkujący nawiązanie stosunku materialnego, a organ prowadzący postępowanie pozbawiony wniosku strony nie może orzekać w sposób merytoryczny o żądaniu nieistniejącym. W przeciwnym razie zaistniałby przypadek, gdzie dalsze prowadzenie postępowania byłoby działaniem z urzędu, które w postępowaniach określanych jako wnioskowe, jest wyraźnie zakazane w art. 61 § 2 k.p.a. Wycofanie

pierwotnie złożonego wniosku można porównać więc do niewyrażenia zgody na kontynuowanie postępowania wszczętego z urzędu przez organ w sytuacji, gdy przepis wymaga złożenia wniosku przez uprawniony podmiot. Jeżeli strona nie wyraża zgody na kontynuowanie wszczętego postępowania, to ustawodawca w treści art. 61 § 2 k.p.a. nie zobowiązuje organu do pytania o opinię pozostałych stron wszczętego procesu, tylko nakazuje umorzyć postępowanie na podstawie art. 61 § 2 i art. 105 § 1 k.p.a. Zatem cofnięcie wniosku powoduje powstanie obiektywnej okoliczności bezprzedmiotowości postępowania” (wyrok NSA z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt. I OSK 1397/10).

W toku prowadzonego postępowania 3PLAY zwróciła się do Prezesa UKE z Wnioskiem I.

Stosunek administracyjnoprawny w sprawie wynika z uprawnienia przedsiębiorcy telekomunikacyjnego do żądania od Prezesa UKE wydania decyzji rozstrzygającej kwestie sporne lub określającej warunki współpracy w zakresie dostępu do budynku, w celu zapewnienia telekomunikacji na podstawie art. 22 ust. 1 w związku z art. 30 ust. 5 ustawy o wspieraniu rozwoju. Konkretyzacja tego stosunku administracyjnoprawnego następuje zatem poprzez określenie przez Prezesa UKE warunków (rozstrzygnięcie kwestii spornych lub określenie warunków współpracy), jakie obowiązywać będą między przedsiębiorcą telekomunikacyjnym a właścicielem, użytkownikiem wieczystym lub zarządcą nieruchomości, niebędącym przedsiębiorcą telekomunikacyjnym.

Operator składając Wniosek I wyznaczył zakres prowadzonego postępowania administracyjnego. W toku postępowania, pismem z dnia 19 marca 2018 r., Operator wycofał Wniosek I, podtrzymując jednocześnie w całości żądanie zawarte we Wniosku II. Zatem brak jest jakichkolwiek kwestii spornych, które Prezes UKE byłby zobowiązany odpowiednio rozstrzygnąć w zakresie Wniosku I. W związku z powyższym należy stwierdzić, iż postępowanie w zakresie udzielenia dostępu polegającego na umożliwieniu wykonania światłowodowej instalacji telekomunikacyjnej w Budynku oraz doprowadzenia światłowodowego przyłącza do Budynku, stało się bezprzedmiotowe i zachodzi konieczność jego obligatoryjnego umorzenia. Ponieważ przedmiot postępowania przestał istnieć w jego toku, należy stwierdzić, że bezprzedmiotowość postępowania ma charakter wtórny.

Zgodnie z art. 22 ust. 5 w związku z art. 30 ust. 5 ustawy o wspieraniu rozwoju, decyzja 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.

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 Pł w związku z art. 479⁵⁸ § 1 kpc).