

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 19 czerwca 2012 r. o nr (...), na podstawie art. 22 ust. 1 w zw. z art. 30 ust. 1 i 5 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (dalej: ustawa o wspieraniu rozwoju) oraz 104 § 1 k.p.a. w związku z art. 206 ust. 1 ustawy z dnia 7 maja 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (dalej: PT), po rozpatrzeniu wniosku P. D., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...) P. D.a (dalej zamiennie jako operator), z dnia 7 lutego 2011 r. o wydanie decyzji w sprawie dostępu do budynku wchodzącego w skład zasobu mieszkaniowego Spółdzielni Mieszkaniowej (...) z siedzibą w R. (dalej zamiennie jako udostępniający), posadowionego na nieruchomości położonej przy ul. (...) w R., działka gruntu nr (...), obręb (...) (...), dla której to nieruchomości Sąd Rejonowy w R. VII Wydział Ksiąg Wieczystych prowadzi księgę wieczystą Nr (...), stanowiącego współwłasność udostępniającego, w celu zapewnienia telekomunikacji, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej

I. ustalił warunki dostępu do budynku, w celu zapewnienia telekomunikacji, na warunkach szczegółowo określonych w decyzji,

II. na podstawie art. 108 § 1 k.p.a. nadał decyzji rygor natychmiastowej wykonalności.

(decyzja, k. 4-24).

Odwołanie od powyższej decyzji w dniu 20 lipca 2012 r. wniosła Spółdzielnia Mieszkaniowa (...), zaskarżając decyzję w całości i wnosząc o jej uchylenie w całości i umorzenie postępowania, lub o jej uchylenie w całości i orzeczenie odmowy dostępu wnioskodawcy P. D. do budynku przy ul. (...) w R. w celu zapewnienia telekomunikacji. Niezależnie od powyższego, Spółdzielnia wniosła o stwierdzenie nieważności decyzji i umorzenie postępowania z uwagi na brak legitymacji organu do jej wydania. Ponadto, strona wniosła o zasądzenie zwrotu kosztów postępowania według norm przepisanych, w szczególności kosztów zastępstwa procesowego.

Zaskarżonej decyzji zarzucono w szczególności:

- nieprawidłowe ustalenie stanu faktycznego poprzez przyjęcie, że wnioskodawca (operator) wyczerpał przed złożeniem wniosku konieczność wyczerpania drogi negocjacyjnej oraz doprowadził publiczną sieć do granic nieruchomości.
- określenie warunków dostępu w sposób, który narusza zasadę równości stron postępowania oraz w sposób nieuprawniony zapewnia wnioskodawcy (operatorowi) pozycję dominującą i w sposób rygorystyczny ogranicza prawo własności pozostałych współwłaścicieli budynku oraz narzuca na Spółdzielnię nieuzasadnione i nadmierne obowiązki, związane z eksploatacją urządzeń i sieci operatora.

(odwołanie, k. 25-32).

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 11 stycznia 2013 r. zainteresowany P. D. wniósł o oddalenie odwołania Spółdzielni w całości oraz zasądzenie od niej na rzecz zainteresowanego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa według norm przepisanych i kwoty 17 zł z tytułu opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa.

(odpowiedź na odwołanie, k. 51-60).

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 16 stycznia 2013 r. Prezes UKE wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 1.080 zł, co odpowiada rodzajowi i stopniowi zawłości sprawy, a w przypadku nieuwzględnienia powyższego wniosku, o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych z uwzględnieniem nakładu pracy radcy prawnego, stopnia zawłości sprawy i jej obszerności.

(odpowiedź na odwołanie, k. 68-93).

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

Dnia 1 października 2006 r. pomiędzy Spółdzielnią Mieszkaniową (...) z siedzibą w R. (udostępniającym) a P. D. (operatorem) zawarta została umowa dzierżawy części dachu budynku, położonego w R. przy ul. (...), pod umieszczenie anteny. Zgodnie z postanowieniem § 2 umowy dzierżawy, miesięczny czynsz dzierżawy części dachu wynosił 200,00 zł i nie był kwestionowany przez Spółdzielnię (...). Na mocy ww. umowy operator umieścił na dachu budynku jedną antenę. W trakcie obowiązywania umowy dzierżawy operator zainstalował około 15 anten, bez zgody udostępniającego dokonał montażu i podłączenia do prądu 13 kolejnych anten oraz 2 masztów antenowych.

(dowód: kserokopia umowa dzierżawy, k. 6-7 akt admin.; okoliczności bezsporne – wniosek z 7.02.2011, k. 3 akt admin., pismo Spółdzielni z 8.04.2011, k. 61 akt admin.).

3 marca 2009 r. Spółdzielnia Mieszkaniowa nie wyraziła zgody na wykonanie ruraruzy kablowego oraz przyłącza światłowodowego dla operatora i następnie pismem datowanym na dzień 30 kwietnia 2009 r. Spółdzielnia (...) wypowiedziała operatorowi ww. umowę dzierżawy z zachowaniem miesięcznego okresu wypowiedzenia, ze skutkiem na koniec miesiąca.

(dowód: kserokopia pism z 3.03.2009 i 30.04.2009, k. 8 i 9 akt admin.).

Spółdzielnia Mieszkaniowa (...) zaproponowała nowe warunki umowy. Pismem z dnia 24 czerwca 2009 r. przesłała P. D. projekt umowy dzierżawy części dachu budynku, w której określono miesięczny czynsz dzierżawy w kwocie 150 zł netto za pojedynczą antenę oraz kaucję zwrotną w wysokości 2 000 zł. Strony nie osiągnęły porozumienia w zakresie wysokości opłat. W kolejnej propozycji umowy dzierżawy, przesłanej dnia 31 grudnia 2009 r., udostępniający ustalił opłatę czynszową na 120 zł netto od anteny oraz kaucję zwrotną w wysokości 10 000 zł. Propozycja ta nie została zaakceptowana przez operatora.

(dowód: kserokopia pisma z dnia 24.06.2009 r. wraz z projektem umowy, k. 10-12 akt admin., projekt umowy z 31.12.2009, k. 13-14 akt admin.).

Operator chciał doprowadzić łącze światłowodu do lokalu nr (...) przy ul. (...) i 19 stycznia 2010 roku Spółdzielnia Mieszkaniowa (...) odmówiła wskazując jakie warunki winne być dopełnione. Jednocześnie w tej samej dacie Spółdzielnia poinformowała P. D. o bezskutecznym upływie terminu do podpisania nowej umowy dzierżawy części dachu budynku, położonego w R. przy ul. (...), upływie terminu do likwidacji masztów i nadajników z dachu. Spółdzielnia wskazała dodatkowo, że nie jest operatorem publicznej sieci telekomunikacyjnej i zapowiedziała skierowanie sprawy do sądu o wydanie nieruchomości stanowiącej część dachu.

(dowód: kserokopia pism z 19.01.2010, k. 15, 16-17 akt admin., pismo procesowe w sprawie V GC 362/10 z 15.04.2010, k. 19 akt admin.).

Pismem datowanym na dzień 7 lutego 2011 r. P. D. wystąpił do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji o dostępie telekomunikacyjnym do budynków i sieci udostępniającego - Spółdzielni (...). Operator wniósł, na zasadzie art. 27 i 28 PT o:

1. wydanie decyzji o dostępie telekomunikacyjnym do części dachu budynku z antenami zajmującymi nie więcej niż 16 m²;
2. wydanie decyzji o dostępie telekomunikacyjnym do pozostałych budynków mieszkalnych będących w gestii udostępniającego;
3. wydanie decyzji o dostępie telekomunikacyjnym do sieci telekomunikacyjnej udostępniającego;

4. przystąpienie Prezesa UKE do toczącego się postępowania przed Prezydentem Miasta R. (sprawa o sygn. akt: (...)) o ograniczenie sposobu korzystania z nieruchomości i porównania zawartego w nim stanowiska Spółdzielni z dowodami we wniosku.

(dowód: wniosek, k. 1-5 akt admin.).

Pismem z dnia 24 lutego 2011 r. Prezes UKE wezwał operatora do uzupełnienia braków formalnych ww. wniosku z dnia 7 lutego 2011 r. poprzez złożenie:

1. projektu umowy o dostępie telekomunikacyjnym do części dachu budynku na potrzeby instalacji masztów antenowych wraz z antenami;
2. projektu umowy o dostępie telekomunikacyjnym do pozostałych budynków mieszkalnych znajdujących się w gestii udostępniającego
3. projektu umowy o dostępie telekomunikacyjnym do sieci telekomunikacyjnej udostępniającego;
4. zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, pod rygorem pozostawienia wniosku bez rozpoznania.

(dowód: pismo znak (...), k. 52-53 akt admin.).

W odpowiedzi na wezwanie Prezesa UKE z dnia 24 lutego 2011 r. wraz z pismem z dnia 11 marca 2011 r. P. D. przedłożył trzy projekty umów:

1. umowa najmu dotycząca udostępnienia najemcy (P. D.) do użytkowania części powierzchni dachu budynku przy ul. (...) w R. w celu montażu trzech konstrukcji podantenowych wraz z prawem montażu anten radiowych,
2. umowa najmu dotycząca udostępnienia najemcy (P. D.) do użytkowania części powierzchni dachu budynku przy ul. (...) w R. w celu montażu trzech konstrukcji podantenowych wraz z prawem montażu 14 anten radiowych
3. umowa o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie korzystania z nieruchomości położonej przy ul. (...) w R. znajdującej się z zarządzie Spółdzielni (...) z siedzibą w R.

oraz kopię zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej. Do powyższego pisma dołączono również kopię umowy darowizny w formie aktu notarialnego z dnia 24 lutego 2011 r., na mocy której operator stał się współwłaścicielem wyodrębnionego lokalu w budynku, położonego w R. przy ul. (...), co – w opinii operatora - zgodnie z art. 33 ust. 2 Ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych przemawia za nieodpłatnością wnioskowanego dostępu telekomunikacyjnego.

(dowód: pismo z dnia 11.03.2011 r. wraz z załącznikami, k. 33-50 akt admin.)

Pismem z dnia 22 marca 2011 r. Prezes UKE zawiadomił strony o wszczęciu w dniu 16 lutego 2011 r. postępowania (...) w sprawie wydania decyzji o dostępie do budynku przy ul. (...) w R. działka nr (...) obr. (...) udostępniającego w celu zapewnienia telekomunikacji. Jednocześnie Prezes UKE na podstawie art. 21 ust. 3 w zw. z art. 30 ust. 5 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych wezwał udostępniającego do przedstawienia swojego stanowiska w sprawie oraz do złożenia wszelkich dokumentów niezbędnych do rozpatrzenia wniosku oraz do ustosunkowania się do postanowień projektu umowy przedstawionej przez operatora.

(dowód: pismo znak (...), k. 54 akt admin.).

Spółdzielnia (...) przedstawiła swoje stanowisko w piśmie z dnia 8 kwietnia 2011 r. podkreślając niesolidność finansową operatora oraz samowolną instalację masztów antenowych i anten. Wskazała, że nie jest operatorem publicznej sieci telekomunikacyjnej, ale posiada prywatną sieć telekomunikacyjną. Natomiast wraz z pismem z dnia 11

kwietnia 2011 r. przedłożyła dokumenty wskazujące na zaległości operatora w opłacaniu czynszu za dzierżawę dachu budynku oraz wykaz miejscowości objętych zasięgiem usług telekomunikacyjnych (...)

(dowód: pismo z dnia 8.04.2011 r., k. 57-64 akt admin.; pismo z dnia 11.04.2011 r. wraz z załącznikami, k. 89-96 akt admin.).

Pismem z dnia 11 lipca 2011 r. P. D. sprecyzował swój wniosek wszczynający postępowanie przed Prezydentem R. wskazując, że dotyczy on (i) umożliwienia eksploatacji i konserwacji istniejących na nieruchomości – na dachu budynku (...) – urządzeń infrastruktury telekomunikacyjnej tj. konstrukcji wsporczej składającej się z jednego masztu telekomunikacyjnego o wysokości poniżej 5 m, na którym zamontowane są cztery stacje bazowe do Internetu, na które składają się anteny oraz (ii) umożliwienia umieszczenia na nieruchomości – na dachu budynku (...) – nowych urządzeń infrastruktury telekomunikacyjnej tj. konstrukcji wsporczej składającej się z jednego masztu telekomunikacyjnego kratownicowego o wysokości poniżej 5 m, na którym zamontowane będą dwie stacje bazowe do Internetu, składające się z anten telekomunikacyjnych.

Zaś pismem z dnia 18 lipca 2011 r. wniósł o umorzenie postępowania (...) ws. wydania decyzji o dostępie telekomunikacyjnym do sieci Spółdzielni (...) wskazując, że ma na celu uzyskanie dostępu do budynku i miejsc w budynkach, gdzie zbiegają się kable Spółdzielni doprowadzone do lokali, a nie do korzystania z sieci Spółdzielni jako całości. Zaznaczył, że przedmiotem postępowania (...) jest dostęp do budynku oraz miejsc, gdzie zbiegają się kable w odniesieniu do budynków (...)

(dowód: pismo z dnia 18.07.2011 r., k. 141 akt admin.; kserokopia pisma z dnia 11 lipca 2011 r., k. 142-148 akt admin.)

Pismem z dnia 18 listopada 2011 r. Prezes UKE wezwał operatora do szczegółowego wskazania elementów infrastruktury telekomunikacyjnej, jakie operator zamierza realizować w budynku przy ul. (...) w ramach żądanego dostępu oraz do przedstawienia stanowiska w zakresie szczegółowych wymagań dotyczących finansowych warunków uzyskania dostępu do budynku. Natomiast pismem z dnia 25 listopada 2011 r. organ wezwał operatora do szczegółowego wskazania, czy anteny objęte wnioskiem z dnia 7 lutego 2011 r. wykorzystywane będą wyłącznie w celu zapewnienia świadczenia usług telekomunikacyjnych mieszkańcom budynku, czy również w celu zapewnienia telekomunikacji mieszkańcom innych budynków oraz przedstawienia szczegółowych informacji dotyczących prowadzenia negocjacji w przedmiocie dostępu do budynku, miejsc w budynku gdzie zbiegają się kable doprowadzone do lokalu w budynku, w celu zapewnienia telekomunikacji.

(dowód: pismo znak(...), k. 177-178 akt admin.; pismo znak (...), k. 185-186 akt admin.).

W odpowiedzi na wezwania Prezesa UKE w piśmie z dnia 29 listopada 2011 r., P. D. przedstawił wyjaśnienia w sprawie oraz przedłożył dokumenty dotyczące prowadzenia negocjacji w zakresie dostępu do budynku, wnosząc o dopuszczenie ich jako dowodów w sprawie. W piśmie tym operator ponownie wyjaśnił, że domaga się na podstawie art. 30 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych:

1. umożliwienia eksploatacji i konserwacji istniejących na nieruchomości oznaczonej numerem geodezyjnym (...) (na którą składają się budynki o numerach (...)) – na dachu budynku przy ul. (...) urządzeń infrastruktury telekomunikacyjnej stanowiącej własność operatora umożliwiających bezprzewodowe rozprowadzanie i udostępnianie usług telekomunikacyjnych dostępu do Internetu tj. konstrukcji wsporczej, składającej się z jednego masztu telekomunikacyjnego o wysokości poniżej 5 m, na którym zamontowane są cztery stacje bazowe do Internetu, na które składają się anteny działające w wolnym paśmie o mocy promieniowania poniżej 15 W,

2. umożliwienia wykonania przyłącza światłowodowego i instalacji sieci wewnątrzbudynkowej, w szczególności:

- budowy pionów rozdzielczych w postaci sieci przewodowej wewnątrz budynku w plastikowych listwach (orurowanie PCV);

- montażu szafek rozdzielczych na wybranych klatkach schodowych lub w piwnicach;
- wykonaniu przyłączy w budynku, umożliwiających podłączenie abonentów do sieci;
- połączeniu wykonanej w budynku sieci z siecią operatora z wykorzystaniem przyłącza.

(dowód: pismo z dnia 29.11.2011 r. wraz z załącznikami, k. 188-251 akt admin.).

Pismem z dnia 30 listopada 2011 r. Spółdzielnia (...) poinformowała Prezesa UKE, że w spornym budynku usługi internetowe świadczą następujące podmioty: operator, (...) S.A., (...) S.A., (...) sp.z o.o., (...) sp. z o.o., (...). (...) s.c., (...) S. Ł., Gmina Miasto R. - sieć (...), komórkowe sieci ogólnopolskie (...), (...), (...), (...) i inne. (...) S.A. i (...) S.A. świadczą usługi dla mieszkańców Spółdzielni za pośrednictwem wewnątrzbudynkowych instalacji (...) S.A. Pozostałe podmioty, takie jak: (...) sp. z o.o., (...) sp. z o.o., (...). (...) s.c., (...) S. Ł., Gmina Miasto R. (sieć (...)) świadczą usługi internetowe drogą radiową, ale ich nadajniki nie znajdują się na budynkach będących w zasobach udostępniającego. Spółdzielnia oświadczyła również, że na dzień 30 listopada 2011 r. nie posiada żadnych umów określających zasady korzystania przez ww. operatorów z budynku.

Wraz z przedmiotowym pismem Spółdzielnia przekazała Prezesowi UKE:

- projekt umowy, której przedmiotem jest udostępnienie operatorowi części powierzchni dachu budynku do użytkowania oraz klatek schodowych budynku, w celu wykonania przyłączy telekomunikacyjnych dla poszczególnych abonentów;
- kopię wyroku Sądu Rejonowego w R. V Wydział Gospodarczy z dnia 8 września 2011 r., wydanego w sprawie o wydanie nieruchomości z powództwa udostępniającego przeciwko operatorowi, nakazującego operatorowi usunięcie z dachu budynku zamontowanych przez niego anten i innych urządzeń;
- kopię ostatecznej decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 14 października 2011 r. znak (...)umarzającą postępowanie antymonopolowe wszczęte w związku z podejrzeniem nadużywania przez udostępniającego pozycji dominującej na lokalnym rynku udostępniania nieruchomości będących w jej zasobach mieszkaniowych, zlokalizowanych w R., w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych.

(dowód: pismo z dnia 30.11.2011 r. wraz z załącznikami, k. 253-299 akt admin.).

W piśmie z dnia 10 stycznia 2012 r. P. D. wyjaśnił, że dla zapewnienia telekomunikacji wyłącznie w budynku przy ul. (...), w tym dostępu do szerokopasmowego Internetu niezbędne jest korzystanie przez przedsiębiorcę z dwóch stacji bazowych, na które mają się składać minimalnie po 4 anteny działające w wolnym paśmie o mocy promieniowania poniżej 15W, a element nośny stacji i składających się na nie anten stanowi konstrukcja wsporcza, złożona z 1 masztu telekomunikacyjnego o wysokości poniżej 5 m.

(dowód: pismo z dnia 10.01.2012 r., k. 309 akt admin.).

Pismem z dnia 12 stycznia 2012 r. Prezes UKE poinformował udostępniającego i operatora, że wniosek operatora dotyczy dwóch spraw podlegających załatwieniu przez dwa różne organy, mianowicie, sprawa umożliwienia wykonania przyłącza światłowodowego i instalacji sieci wewnątrzbudynkowej należy do właściwości Prezesa UKE, zaś sprawa umożliwienia eksploatacji i konserwacji istniejących na dachu budynku posadowionego na nieruchomości położonej przy ul. (...), urządzeń infrastruktury telekomunikacyjnej, tj. konstrukcji wsporczej, składającej się z jednego masztu telekomunikacyjnego o wysokości poniżej 5 m, na którym zamontowane są cztery stacje bazowe do Internetu, na które składają się anteny działające w wolnym paśmie o mocy promieniowania poniżej 15W, należy do właściwości Prezydenta Miasta R..

(dowód: pismo znak (...), k. 307-308 akt admin.).

Pismem z dnia 16 stycznia 2012 r. Prezes UKE wezwał P. D. do wskazania czy dwie stacje bazowe, wskazane pismem z dnia 10 stycznia 2012 r., stanowią element istniejącej już na dachu tego budynku infrastruktury, czy też mają być nowymi elementami infrastruktury telekomunikacyjnej zamontowanymi na tym budynku.

(dowód: pismo znak (...), k. 310 akt admin.).

W odpowiedzi na powyższe pismo organu, przedsiębiorca poinformował w dniu 17 stycznia 2012 r., że stacje bazowe i maszty zostaną zamontowane dopiero po wydaniu stosownych decyzji odpowiednio przez Prezesa UKE, oraz Prezydenta Miasta R. po uzgodnieniu z Prezesem UKE, oraz stanowić będą całkowicie nowe, tzn. nieznajdujące się na dachu urządzenia telekomunikacyjne zarówno w odniesieniu do anten, jak i konstrukcji wsporczej, tj. nowego masztu kratownicowego. Operator wyjaśnił, że dla osiągnięcia realizowanego przez niego celu inwestycyjnego w zakresie telekomunikacji, istnieje konieczność zamontowania na dachu budynku (...) dodatkowych, nowych stacji bazowych, składających się z co najmniej 4 anten każda. Dwie stacje są objęte postępowaniem (...) na podstawie art. 30 Ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych a dwie postępowaniem prowadzonym przez Prezydenta Miasta R. na podstawie art. 33 Ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych. Postępowanie przed Prezydentem Miasta R. dotyczy również umożliwienia eksploatacji i konserwacji istniejącej już infrastruktury telekomunikacyjnej, która została zamontowana na dachu na podstawie wcześniej obowiązującej pomiędzy (...) a Spółdzielnią (...) umowy najmu.

(dowód: pismo z dnia 17.01.2012 r., k. 318-320 akt admin.).

We wniosku z dnia 21 marca 2012 roku P. D. wnosząc o przyspieszenie rozpoznania sprawy dostępu do budynku przy ul. (...) w R. działka nr (...) obr. (...) zaznaczył, że istnieją przesłanki do wydania decyzji zarówno na podstawie art. 30 i art. 33 Ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych.

(dowód: pismo z dnia 21.03.2012r., k. 334 akt admin.).

Zgodnie z prowadzonym przez Prezesa UKE rejestrem przedsiębiorców telekomunikacyjnych P. D. i Spółdzielnia (...) są podmiotami wpisanym do tego rejestru pod numerami (...) i 291.

(dowód: pismo znak (...), k. 339 akt admin., dane z rejestru wg stanu na dzień 2012-01-19, k. 316 i 317 akt admin.).

W dniu 19 czerwca 2012 r. Prezes UKE wydał decyzję, która została zaskarżona w niniejszym postępowaniu.

Stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie dowodów z dokumentów zgromadzonych w postępowaniu administracyjnym, których prawdziwość nie była podważana w postępowaniu sądowym.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Jako podstawa prawna zaskarżonej decyzji został wskazany art. 22 ust. 1 w związku z art. 30 ust. 1 i 5 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, a wniosek, który zainicjował postępowanie to wniosek z dnia 7 lutego 2011 r. o wydanie decyzji w sprawie dostępu do budynku wchodzącego w skład zasobu mieszkaniowego Spółdzielni Mieszkaniowej (...) posadowionego na nieruchomości położonej przy ul. (...) w R.. Organ regulacyjny wydając decyzję wskazał zakres przedmiotowy postępowania jako dostęp do budynku oraz miejsc w budynku, w których zbiegają się kable w celu zapewnienia telekomunikacji co wynika z wniosku operatora z dnia 7 lutego 2011 r. sprecyzowanego pismami z dnia 29 listopada 2011 roku i 17 stycznia 2012 roku (strona 27 decyzji).

Jeżeli rozważymy wniosek z dnia 7 lutego 2011 roku pod kątem jego żądania, to obejmowało ono:

1. wydanie decyzji o dostępie telekomunikacyjnym do części dachu budynku z antenami zajmującymi nie więcej niż 16 m²;

2. wydanie decyzji o dostępie telekomunikacyjnym do pozostałych budynków mieszkalnych będących w gestii udostępniającego;

3. wydanie decyzji o dostępie telekomunikacyjnym do sieci telekomunikacyjnej udostępniającego.

Prezes UKE jak wynika z akt postępowania administracyjnego prowadził pod osobnymi sygnaturami sprawy: (i) nr (...) o dostęp do budynku przy ul. (...) w R. działka nr (...) obr. (...) (zawiadomienie o wszczęciu postępowania, k. 54) i (ii) nr (...) o dostęp do sieci Spółdzielni (...) w R. (wniosek o umorzenie postępowania, k. 141). Dostęp do pozostałych budynków według oświadczenia operatora zawartego we wniosku o umorzenie, miał być przedmiotem odrębnych wniosków i postępowań na podstawie art. 30 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych.

Wniosek z 7 lutego 2011 roku został zmodyfikowany pismem z dnia 29 listopada 2011 roku utrzymującym, że operator domaga się na podstawie art. 30 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych:

1. umożliwienia eksploatacji i konserwacji istniejących na nieruchomości oznaczonej numerem geodezyjnym (...) (na którą składają się budynki o numerach (...)) – na dachu budynku przy ul. (...) urządzeń infrastruktury telekomunikacyjnej stanowiącej własność operatora umożliwiających bezprzewodowe rozprowadzanie i udostępnianie usług telekomunikacyjnych dostępu do Internetu tj. konstrukcji wsporczej, składającej się z jednego masztu telekomunikacyjnego o wysokości poniżej 5 m, na którym zamontowane są cztery stacje bazowe do Internetu, na które składają się anteny działające w wolnym paśmie o mocy promieniowania poniżej 15 W,

2. umożliwienia wykonania przyłącza światłowodowego i instalacji sieci wewnątrzbudynkowej, w szczególności:

- budowy pionów rozdzielczych w postaci sieci przewodowej wewnątrz budynku w plastikowych listwach (orurowanie PCV);

- montażu szafek rozdzielczych na wybranych klatkach schodowych lub w piwnicach;

- wykonaniu przyłączy w budynku, umożliwiających podłączenie abonentów do sieci;

- połączeniu wykonanej w budynku sieci z siecią operatora z wykorzystaniem przyłącza.

Prezes UKE poinformował 12 stycznia 2012 roku, że jego kompetencja obejmuje jedynie sprawę umożliwienia wykonania przyłącza światłowodowego i instalacji sieci wewnątrzbudynkowej, zaś sprawa umożliwienia eksploatacji i konserwacji istniejących na dachu budynku przy ul. (...), urządzeń infrastruktury telekomunikacyjnej umożliwiających bezprzewodowe rozprowadzanie i udostępnianie usług telekomunikacyjnych dostępu do Internetu, tj. konstrukcji wsporczej, składającej się z jednego masztu telekomunikacyjnego o wysokości poniżej 5 m, na którym zamontowane są cztery stacje bazowe do Internetu, na które składają się anteny działające w wolnym paśmie o mocy promieniowania poniżej 15W, należy do właściwości Prezydenta Miasta R..

Operator kolejnym pismem z 17 stycznia 2012 roku wyjaśnił, że dla osiągnięcia realizowanego przez niego celu inwestycyjnego w zakresie telekomunikacji, istnieje konieczność zamontowania na dachu budynku przy ul. (...) czterech dodatkowych, nowych stacji bazowych, składających się z co najmniej 4 anten każda. Dwie stacje są objęte postępowaniem (...) na podstawie art. 30 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych a dwie postępowaniem prowadzonym przez Prezydenta Miasta R. na podstawie art. 33 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych. Postępowanie przed Prezydentem Miasta R. dotyczy również umożliwienia eksploatacji i konserwacji istniejącej już infrastruktury telekomunikacyjnej, która została zamontowana na dachu na podstawie wcześniej obowiązującej pomiędzy (...) a Spółdzielnią (...) umowy najmu.

Mając na uwadze, że na podstawie wniosku z dnia 7 lutego 2011 roku zostało wszczęte postępowanie nr (...) o dostęp do budynku przy ul. (...) w R. działka nr (...) obr. (...) (zawiadomienie o wszczęciu postępowania, k. 54), staje się zasadne pytanie, jak ma się do tego zakresu postępowania zmiana żądania dokonana wnioskami: 29 listopada 2011 roku na umożliwienie wykonania przyłącza światłowodowego i instalacji sieci wewnątrzbudynkowej (bo tylko dla

takiego żądania Prezes UKE uznał się właściwy) i 17 stycznia 2012 roku na zamontowanie na dachu budynku przy ul. (...) dodatkowych, nowych stacji bazowych, składających się z co najmniej 4 anten każda, z czego dwie stacje są objęte postępowaniem (...) na podstawie art. 30 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych. Tym bardziej, że Prezes UKE według informacji z dnia 12 stycznia 2010 roku wskazał na swoją właściwość w sprawie umożliwienia wykonania przyłącza światłowodowego i instalacji sieci wewnątrzbudynkowej.

Jak wskazano w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 18 maja 2012r., III SK 37/11, merytoryczny charakter postępowania sądowego i nadzoru nad działalnością Prezesa Urzędu nie oznacza, że z zakresu kognicji Sądu Okręgowego (lub Sądu Apelacyjnego orzekającego jako sąd odwoławczy) wyłączone są zarzuty dotyczące przepisów odnoszących się do postępowania, jakie poprzedzało wydanie samej decyzji. Przedmiotem merytorycznej oceny Sądu powszechnego powinny być bowiem dowody zgromadzone i ustalenia poczynione w prawidłowo przeprowadzonym postępowaniu. Ponadto, przepisy Kodeksu postępowania cywilnego dotyczące postępowania sądowego w sprawach z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu nie wyłączają w żaden sposób możliwości weryfikacji respektowania przez Prezesa Urzędu standardów proceduralnych. Co do zasady w przypadku formułowania w odwołaniu zarzutów dotyczących ustaleń faktycznych, środków dowodowych, oceny dowodów, niektórych wad formalnych samej decyzji i stwierdzenie przez Sąd Okręgowy ewentualnych uchybień w tym zakresie w postępowaniu przed Prezesem Urzędu umożliwia poczynienie stosownych ustaleń, oceny środków dowodowych. Uzupełnienie materiału dowodowego nie jest bowiem zastrzeżone do wyłącznej kompetencji Prezesa Urzędu, ponieważ po przekazaniu sprawy na drogę sądową – należy do sądu (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2012 r., III SK 67/12 www.sn.pl). Niemniej w niniejszej sprawie uzupełnienie materiału dowodowego było niemożliwe, gdyż ciężar dowodu obciąża Prezesa UKE a organ uznawał, że stan faktyczny został ustalony prawidłowo.

W obu przypadkach istota postępowania była co prawda taka sama (dostęp do budynku), ale zgodnie z wnioskiem z dnia 7 lutego 2011 r., utrudnienie dostępu polegało jedynie na odmowie uregulowania stawek czynszu za urządzenia posadowione na części dachu, podczas gdy w myśl wniosku z dnia 29 listopada 2011 r. postępowanie dotyczyło już generalnie odmowy wykonania przyłącza światłowodowego i instalacji wewnątrzbudynkowej. U podstaw wniosku z 7 lutego 2011 roku leżało wypowiedzenie umowy najmu części dachu budynku przy ul. (...) i złożone projekty umów mają charakter czysto cywilno-prawny związany z uregulowaniem użytkowania części powierzchni dachu w celu montażu trzech konstrukcji podantenowych z prawem montażu anten radiowych. Złożony projekt umowy o dostępie telekomunikacyjnym ma zaś za przedmiot „nieodpłatne korzystanie z budynku przy ul. (...) stanowiącego siedzibę firmy operatora (...) z wykorzystaniem części wspólnych budynku tj. piwnic, klatek schodowych i dachu, wynikających z prawa własności”. Z tego ostatniego nie wynika jakiego rodzaju sieć ma operator, jedynie w połączeniu z umowami najmu można zakładać, że chodzi o anteny mające być zamontowane na dachu. Wyłącznie sprawa części dachu z antenami w kontekście stawek czynszu i wprowadzenia kaucji była przedmiotem wymiany pism między stronami w dniach 24 czerwca 2009 r. (k. 225 akt admin.), 29 grudnia 2009 r. (k. akt admin.), 4 stycznia 2010 r. (k. 232 akt admin.), 9 czerwca 2010 r. (k. 233 akt admin.), 12 lipca 2010 r. (k. 240 akt admin.), 27 lipca 2010 r. (k. 243 akt admin.). Spór co do bezprawnego zamontowania kolejnych anten, stawek czynszu i wprowadzenia kaucji potwierdziła Spółdzielnia. Materiał dowodowy przemawia za negocjacjami w sprawie dostępu do części budynku (dachu) i posadowienia tam anten.

Nie była przedmiotem negocjacji sprawa umożliwienia wykonania przyłącza światłowodowego i instalacji sieci wewnątrzbudynkowej. Spółdzielnia nie wyraziła zgody na wykonanie rurarku kablowego oraz przyłącza światłowodowego 3 marca 2009 roku i po tej dacie nie było żadnych propozycji ze strony operatora. Dopiero wezwaniem przedsądowym z dnia 17 marca 2011 roku operator i jego rodzice zwrócili się do Spółdzielni o wyrażenie zgody na wykonanie przyłącza światłowodu do budynku (k. 221 akt admin.). Projekt techniczny proponowanego przyłącza światłowodowego został Spółdzielni złożony (pisma z 1 kwietnia 2011 r., k. 220 akt admin., 20 maja 2011 roku, k. 213 akt admin.). Pismami z dnia 7 lipca 2011 r., 28 sierpnia 2011 r. i 29 września 2011 r. poruszano temat wymogów technicznych złożonego projektu, przy czym Spółdzielnia wskazywała, że sam w sobie jest jedynie częścią projektu budowlanego. W toku postępowania administracyjnego Spółdzielnia nie otrzymała pisma operatora z dnia

29 listopada 2011 roku i swoje stanowisko prezentowała w odniesieniu do sprawy anten i dachu oraz przyłączy do poszczególnych abonentów (pismo z 30 listopada 2011r., k. 253 akt admin.).

Ustawa z dnia 7 maja 2010 roku o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych weszła w życie 17 lipca 2010 roku. Tylko te negocjacje, które miały miejsce po tej dacie można zakwalifikować jako negocjacje spełniające warunki zastosowania trybu z art. 21 ust. 2 w związku z art. 30 ust. 5 ustawy. Prezes UKE wszczął zaś postępowanie na podstawie wniosku z 7 lutego 2011 roku przyjmując jego modyfikację w dniu 29 listopada 2011 roku. Tymczasem w ocenie Sądu zmiana wniosku z 29 listopada 2011 roku wprowadziła nowe żądania w szerokim pojęciu dostępu do budynku, które nie były objęte procesem negocjacji. Forma wystąpienia o zawarcie umowy powinna umożliwiać wykazanie, że miało ono miejsce (wystąpienie), kiedy to nastąpiło i jaka była treść wniosku. Fakt wystąpienia o zawarcie umowy, jak i jego data mają istotne znaczenie prawne, m.in. w kontekście terminu prowadzenia negocjacji w sprawie zawarcia umowy (art. 21 ust. 1 ustawy). Treść wniosku o zawarcie umowy ma znaczenie dla ustalenia rozbieżności pomiędzy stronami (art. 21 ust. 3 ustawy).

Sąd uznaje za trafny zarzut strony odwołującej, braku spełnienia przesłanki z art. 30 ust. 5 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych tj. przesłanki wyczerpania przez operatora drogi negocjacyjnej - z uwagi na to, że skoro ww. ustawa weszła w życie z dniem 17 lipca 2010 r., to ze względu na zasadę *lex retro non agit*, pewnych zachowań stron nie można traktować jako dokonanych w trybie przywołanego przepisu, gdy w dacie ich dokonania ustawa jeszcze nie funkcjonowała w obrocie prawnym.

Odnosnie zarzutu braku spełnienia przesłanki doprowadzenia przez operatora publicznej sieci telekomunikacyjnej do nieruchomości, Sąd wskazuje, że Prezes UKE nie ustalił jaką sieć telekomunikacyjną posiada odwołujący co przekłada się na nieprawidłowe użycie art. 30 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych w brzmieniu obowiązującym na datę wydania decyzji. Warunkiem zastosowania cytowanego przepisu jest zapewnienie przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu dostępu do budynku, ale tylko takiemu przedsiębiorcy, który doprowadził publiczną sieć telekomunikacyjną do nieruchomości. O ile P. D. jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym co potwierdza wpis do rejestru prowadzonego przez Prezesa UKE, o tyle nie ma dowodu na posiadanie przez niego sieci publicznej telekomunikacyjnej. W materiale zgromadzonym w postępowaniu przed Prezesem UKE cały czas przewija się kwestia anten umieszczonych na dachu budynku przy ul. (...). Nie można pominąć, iż prawomocny wyrok Sądu Rejonowego w R. nakazuje usunięcie anten i masztów z dachu budynku, co dla niniejszej sprawy oznacza, że urządzenia, które winne być usunięte z nieruchomości nie tworzą sieci doprowadzonej do nieruchomości. Jest to o tyle znamienne, że Prezes UKE nie uznawał się za właściwy do rozpoznawania wniosku o umożliwienie eksploatacji i konserwacji istniejących urządzeń, a jedynie przyjmował do swojej kompetencji sprawę przyłącza światłowodowego i instalacji sieci wewnątrzbudynkowej. Nie sposób wywnioskować na podstawie dokumentów zgromadzonych w aktach sprawy, jakiego rodzaju sieć telekomunikacyjną posiada P. D., która była doprowadzona do nieruchomości i wymagała jedynie przyłącza do budynku przy ul. (...). Przeczy istnieniu takiej sieci treść pisma Spółdzielni z dnia 29 września 2011 r., która zwracała się o złożenie umowy dzierżawy kanalizacji kablowej (...) SA doprowadzającej kabel światłowodowy do projektowanego przyłącza (k. 218 akt admin.). Publiczna sieć telekomunikacyjna zdefiniowana jest w art. 2 pkt 29 Pt oznacza sieć telekomunikacyjną wykorzystywaną głównie do świadczenia publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych. Z kolei definicja sieci telekomunikacyjnej obejmuje systemy transmisyjne oraz urządzenia komutacyjne lub przekierowujące, a także inne zasoby, które umożliwiają nadawanie, odbiór lub transmisję sygnałów za pomocą przewodów, fal radiowych, optycznych lub innych środków wykorzystujących energię elektromagnetyczną, niezależnie od ich rodzaju (art. 2 pkt 35 Pt).

Przepis art. 30 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych jest w swojej treści jednoznaczny i wymaga doprowadzenia sieci do nieruchomości. W odpowiedzi na odwołanie organ wskazał, że operator doprowadził publiczną sieć telekomunikacyjną do budynku, czego potwierdzeniem są przedstawione kopie umów abonenckich o świadczenie usług dostępu do Internetu w budynku oraz kopia pisma Spółdzielni z dnia 13 kwietnia 2011 r. wzywającego zainteresowanego do usunięcia posiadanych na dachu budynku anten i urządzeń z zakresu infrastruktury telekomunikacyjnej. Jako nie budzący wątpliwości został uznany fakt, że na terenie spornego budynku istnieje co najmniej jedna bezprzewodowa sieć telekomunikacyjna zainteresowanego, którą ze względu na jej

przeznaczenie należało zakwalifikować jako publiczną sieć telekomunikacyjną. Jeżeli w odwołaniu ten fakt jest negowany z powołaniem się na prawomocny wyrok Sądu Rejonowego w R. z dnia 8 września 2011 r. w sprawie V GC 362/10, a zainteresowany w swoim stanowisku uznaje treść wyroku za nie mającą znaczenia (k. 54), to na Prezesie UKE pozostaje wykazanie, że istnieje sieć w znaczeniu art. 2 pkt 35 Pt poza elementami podlegającymi usunięciu.

Według Spółdzielni Mieszkaniowej (...), zaskarżona decyzja jest bezwzględnie nieważna i powinna zostać wyeliminowana z porządku prawnego, ponieważ Prezes UKE wydał tę decyzję na podstawie art. 22 ust. 1 w zw. z art. 30 ust. 1 i 5 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych oraz 104 § 1 k.p.a. w związku z art. 206 ust. 1 ustawy z dnia 7 maja 2004 r. Prawo telekomunikacyjne, zapewniając rodzaj dostępu określony w tych artykułach, podczas gdy wnioskodawca (operator) wnioskował o zupełnie inny rodzaj dostępu na podstawie art. 27 i 28 PT.

Zarzut jest o tyle trafny, że przejście na tryb ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych nastąpiło bez stosownego wniosku strony. Nie jest takim wnioskiem, wniosek z dnia 29 listopada 2011 roku, gdyż postanowienie z dnia 11 lutego 2011 roku odwołuje się do wniosku z 7 lutego 2011 roku.

Odesłanie z art. 30 ust. 5 do przepisów art. 19-24, w tym 22 ust. 1 oznacza, że Prezes UKE wydaje decyzję w sprawie dostępu na podstawie wniosku o jej wydanie. Nie ma możliwości działania Prezesa UKE z urzędu, jeżeli strony nie zawarły umowy o dostępie (art. 20 ustawy). Prezes UKE może bowiem z urzędu, w drodze decyzji, zmienić treść umowy lub zobowiązać strony umowy do jej zmiany, czyli umowy jako aktu istniejącego. Działanie organu regulacyjnego jest zatem niezależne od woli którejkolwiek ze stron. Kompetencje Prezesa UKE z art. 21-22 ustawy są konsekwencją poddania sporu rozstrzygnięciu przez co najmniej jedną ze stron umowy. Przy wydawaniu decyzji w sprawie współkorzystania lub dostępu do infrastruktury technicznej (art. 22 ustawy) Prezes UKE nie jest związany stanowiskami stron, tzn. niektóre kwestie może rozstrzygnąć w inny sposób, niż tylko przyjmując stanowisko jednej bądź drugiej strony, to jednak sama zawisłość sprawy przed Prezesem UKE wynika z woli co najmniej jednej ze stron (por. T. Grossmann, W. Knopkiewicz, J. Sebzda-Załużka, M. Szydło, J. Wilczewski, Ustawa o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych. Komentarz 2013, www.legalis.pl).

Mając na uwadze skuteczność podniesionych zarzutów naruszenia art. 22 ust. 1 w związku z art. 30 ust. 1 i 5 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych zbędne jest badanie podnoszonych zarzutów odnoszących się do oceny prawidłowości treści umowy dostępu.

Sąd Okręgowy uznając, że postępowanie wszczęte z zakresie odmiennym od wniosku i następnie zmiany tego wniosku doprowadziły do uchybień, które przełożyły się na niewłaściwe ustalenie stanu faktycznego, uchylił decyzję na podstawie art. 479⁶⁴ §2 k.p.c.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sporu, w oparciu o treść art. 98 i 99 k.p.c. Do niezbędnych kosztów procesu zaliczono poniesione przez odwołującego koszty opłaty sądowej i wynagrodzenie radcy prawnego należne stosownie do § 14 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r. poz. 490) w wysokości 360,00 zł oraz opłatę skarbową 17,00 zł.

SSO Jolanta de Heij-Kaplińska