

Sygn. akt *XVII AmT 9/16*

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 grudnia 2018 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie, XVII Wydział Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
w składzie:

Przewodniczący –	<i>SSO Małgorzata Perdion-Kalicka</i>
Protokolant –	st.sekr.sądowy Jadwiga Skrzyńska

po rozpoznaniu 12 grudnia 2018 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania ***(...) Spółdzielni Mieszkaniowej z siedzibą w B.***

przeciwko ***Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej***

z udziałem zainteresowanego ***(...) Sp. z o.o. z siedzibą w K.***

o wydanie decyzji w sprawie dostępu do nieruchomości

na skutek odwołania od decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z 14 września 2015 r. Nr(...)

1. oddala odwołanie;

2. zasądza od ***(...) Spółdzielni Mieszkaniowej w B.*** na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 360 zł (trzysta sześćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

SSO Małgorzata Perdion-Kalicka

XVII AmT 9/16

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej na mocy decyzji (...) z 14 września 2015 r., wydanej na podstawie art. 28 ust. 1 w zw. z art. 139 ust. 1 pkt 3 i ust. 4 ustawy z 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne(dalej: p.t.) oraz art. 104 § 1 k.p.a. w zw. z art. 62 kpa oraz art. 206 ust. 1 ustawy z 16 lipca 2004 r. p.t., po rozpatrzeniu wniosku (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K. z 1 sierpnia 2013 r. w sprawie wydania decyzji ustalającej warunki dostępu do nieruchomości, w tym do budynków znajdujących się w zasobie (...) Spółdzielni Mieszkaniowej w B., tj. do:

1. nieruchomości położonej w K., przy ul. (...), dla której Sąd Rejonowy w Białogardzie V Wydział Ksiąg Wieczystych prowadzi księgę wieczystą nr (...), w tym do budynku mieszkalnego posadowionego na tej nieruchomości;

2. nieruchomości położonej w K., przy ul. (...), dla której Sąd Rejonowy w Białogardzie V Wydział Ksiąg Wieczystych prowadzi księgę wieczystą nr (...), w tym do budynku mieszkalnego posadowionego na tej nieruchomości;

3. nieruchomości położonej w K., przy ul. (...), dla której Sąd Rejonowy w Białogardzie V Wydział Ksiąg Wieczystych prowadzi księgę wieczystą nr (...), w tym do budynku mieszkalnego posadowionego na tej nieruchomości;
4. nieruchomości położonej w K., przy ul. (...), dla której Sąd Rejonowy w Białogardzie V Wydział Ksiąg Wieczystych prowadzi księgę wieczystą nr (...), w tym do budynku mieszkalnego posadowionego na tej nieruchomości;
5. nieruchomości położonej w K., przy ul. (...), dla której Sąd Rejonowy w Białogardzie V Wydział Ksiąg Wieczystych prowadzi księgę wieczystą nr (...), w tym do budynku mieszkalnego posadowionego na tej nieruchomości;
6. nieruchomości położonej w K., przy ul. (...), dla której Sąd Rejonowy w Białogardzie V Wydział Ksiąg Wieczystych prowadzi księgę wieczystą nr (...), w tym do budynku mieszkalnego posadowionego na tej nieruchomości;
7. nieruchomości położonej w K., przy ul. (...), dla której Sąd Rejonowy w Białogardzie V Wydział Ksiąg Wieczystych prowadzi księgę wieczystą nr (...), w tym do budynku mieszkalnego posadowionego na tej nieruchomości;
8. nieruchomości położonej w K., przy ul. (...), dla której Sąd Rejonowy w Białogardzie V Wydział Ksiąg Wieczystych prowadzi księgę wieczystą nr (...), w tym do budynku mieszkalnego posadowionego na tej nieruchomości;

(dalej: budynki, nieruchomości) zarządzanych przez (...) Spółdzielnię Mieszkaniową z siedzibą w B., w celu zapewnienia telekomunikacji w budynkach,

ustalił warunki dostępu do nieruchomości oraz budynków, w celu zapewnienia telekomunikacji w budynkach na warunkach szczegółowo określonych w decyzji.

W pkt. II decyzji, na podstawie art. 105 § 1 kpa w zw. z art. 206 ust. 1 PT Prezes UKE umorzył postępowanie w zakresie ustalenia warunków dostępu operatora (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K. do infrastruktury telekomunikacyjnej zlokalizowanej w budynkach (decyzja, k. 5-35v).

W odwołaniu od powyższej decyzji (...) Spółdzielnia Mieszkaniowa w B. wniosła o uchylenie zaskarżonej decyzji i umorzenie postępowania, a z ostrożności procesowej wniosła o zmianę zaskarżonej decyzji w części dotyczącej:

– § 3 ust. 2 umowy określonej w decyzji, poprzez ustalenie wysokości kaucji zabezpieczającej należyte wykonanie robót określonych w § 2 ust. 2 lit. a, ust. 8 decyzji w kwocie nie niższej niż 56 000 zł, ewentualnie w kwocie znacznie wyższej niż 8.000 zł,

– § 3 ust. 2 umowy określonej w decyzji, poprzez ustalenie wysokości kaucji zabezpieczającej należyte wykonanie robót określonych w § 2 ust. 10 decyzji w kwocie nie niższej niż 3.000 zł od każdego z budynków, ewentualnie w kwocie znacznie wyższej niż 1.000 zł,

– § 3 ust. 10 umowy określonej w decyzji, poprzez ustalenie wysokości opłaty z tytułu udostępniania powierzchni kolokacyjnej w budynkach pod urządzenia telekomunikacyjne na poziomie 23 zł netto za każdy pełny 1m², ewentualnie w kwocie znacznie wyższej niż 15 zł netto.

Odwołujący zarzucił przedmiotowej decyzji naruszenie:

1. art. 139 ust. 4 prawa telekomunikacyjnego poprzez ustalenie **wysokości kaucji zabezpieczającej** należyte wykonanie przez zainteresowanego robót określonych w § 2 ust. 2 lit. a, ust. 8 oraz ust. 10 zaskarżonej decyzji w sposób całkowicie nieadekwatny do stopnia ryzyka związanego z zakresem szkód jakie może wyrządzić zainteresowany przy realizacji ww. prac;

2. art. 139 ust. 4 w zw. z art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. b prawa telekomunikacyjnego poprzez określenie wysokości **opłaty** z tytułu udostępnienia przez powoda powierzchni **kolokacyjnej** budynku pod urządzenia telekomunikacyjne zainteresowanego w sposób dyskryminujący oraz całkowicie nieadekwatny do stopnia ryzyka;

3. art. 28 ust. 1 w zw. z art. 139 ust. 4 prawa telekomunikacyjnego poprzez wydanie **decyzji** w sprawie dostępu do nieruchomości będących w zasobach pozwanej pomimo jej **bezprzedmiotowości**, z uwagi na równoczesne prowadzenie przez Sąd Rejonowy w Białogardzie z wniosku zainteresowanego postępowania w sprawie o ustanowienie służebności przesyłu na nieruchomościach objętych niniejszym postępowaniem.

(odwołanie, k. 36-45).

W odpowiedzi na odwołanie Prezes UKE wniósł o oddalenie odwołania w całości, oddalenie wniosków dowodowych powoda oraz przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach zgromadzonych w sprawie oraz przekazanych do Sądu Okręgowego w Warszawie z odwołaniem powoda, na okoliczności przebiegu postępowania administracyjnego, ustalonego przez Prezesa UKE stanu faktycznego oraz treści zaskarżonej decyzji, a także o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w podwójnej wysokości kosztów zastępstwa procesowego w tego rodzaju sprawach (odpowieź na odwołanie, k. 80-94).

Rozpoznając odwołanie Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił następujący stan faktyczny:

(...) Sp. z o.o. z siedzibą w K. jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, który świadczy usługi telekomunikacyjne m. in w zakresie udostępniania internetu (dalej:(...), operator).

(...) Spółdzielnia Mieszkaniowa z siedzibą w B. (dalej: Spółdzielnia, udostępniający) jest również przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, przy czym podmiot ten prowadzi działalność telekomunikacyjną poprzez utworzoną przez niego (...), m.in w zakresie dwukierunkowej transmisji danych (Internet, telemetria). Usługi telekomunikacyjne są świadczone przy wykorzystaniu własnej i zewnętrznej infrastruktury telekomunikacyjnej, która została wykonana w technologii światłowodowej, koncentrycznej i skrętkowej (budynki przy ul. (...) i ul. (...) w K.). W szczególności dosył sygnału do stacji czołowej mieszczącej się przy ul. (...) w K. wykonany jest w technologii światłowodowej. Przyłącza telekomunikacyjne doprowadzone do budynków (od skrzynek do studni kablowych) wykonane są w technologii koncentrycznej miedzianej. „Instalacja wewnątrzbudynkowa” wykonana została również w technologii koncentrycznej miedzianej, a w niektórych przypadkach dostęp do urządzeń w budynku wykonany został za pomocą kabli skrętkowych (pismo Spółdzielni z 23 października 2014 r. skierowane do Prezesa URE).

W budynkach spółdzielni „instalację kablową” posiada także (...)(dalej (...)), Została ona wykonana w technologii miedzianej (koncentryk). (...) nie posiada kanalizacji, a przyłącza telekomunikacyjne doprowadzone do budynków wykonane są doziemnie. Instalacja telekomunikacyjna wykonana jest w korytkach i brak jest możliwości udostępnienia jej innemu operatorowi. Spółdzielnia świadczy swoje usługi w budynkach w oparciu o istniejącą instalację (...). Podobnie w oparciu o instalację (...)usługi w budynkach spółdzielni świadczy Telewizja (...) sp. z o.o. z siedzibą w K. (dalej (...)), która nie posiada własnej infrastruktury.

W niektórych budynkach spółdzielni instalację telekomunikacyjną posiada także (...) Polska. Są to instalacje telekomunikacyjne w technologii miedzianej i istnieje możliwość dostępu do tych instalacji dla operatorów telekomunikacyjnych.

(...) także świadczy usługi telekomunikacyjne w budynkach spółdzielni z wykorzystaniem własnej infrastruktury kablowo/bezprzewodowej, z wykorzystaniem technologii „kablowo (skrętka)/bezprzewodowej” tj przy wykorzystaniu kabli miedzianych. Infrastruktura ta została nabyta od (...) w K. (dalej „(...)”), która wcześniej odkupiła sieć od K. A. (...) w K. (dalej (...)). (...) nie ma w związku z posiadaną infrastrukturą podpisanej ze spółdzielnią umowy określającej warunki dostępu do jej budynków, przez co nie ma dostępu do swojej własności i niemożliwym staje się bieżące usuwanie usterek i przeprowadzanie niezbędnych modernizacji istniejącej sieci telekomunikacyjnej. W związku z potrzebą uregulowania stanu prawnego co do istniejącej i będącej własnością (...) infrastruktury, skierował on w października 2013 r. do Sądu Rejonowego w Białogardzie wniosek o ustanowienie służebności przesyłu. Postępowanie nie zostało zakończone. Wniosek o ustanowienie służebności dotyczy istniejącej już infrastruktury.

(...) zamierzając wybudować w budynkach spółdzielni nowe przyłącza i infrastrukturę kablową w budynkach w technologii światłowodowej (...), wystąpił 15 maja 2013 r. do Spółdzielni z wnioskiem o podjęcie negocjacji w przedmiocie zawarcia umowy o dostęp do 8 budynków będących w zarządzie (...) Spółdzielni Mieszkaniowej w celu dostarczenia publicznej sieci telekomunikacyjnej, za pomocą której operator miałby świadczyć usługi telekomunikacyjne. Do wniosku dołączono projekt umowy o dostęp do budynku w celu dostarczenia publicznej sieci telekomunikacyjnej i świadczenia usług telekomunikacyjnych (pismo (...) wraz z załącznikami, k. 7-11, 14-23, 32-42 akt adm., zaświadczenie o wpisie do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych – (...) Spółdzielnia Mieszkaniowa, k. 162-162v akt adm.) Budynki objęte wnioskiem (...), które stanowią własność spółdzielni, zostały posadowione na gruncie Gminy K., której przysługuje prawo własności do nieruchomości, zaś spółdzielnia oraz ogół właścicieli wyodrębnionych w budynkach lokali posiadają prawo użytkowania wieczystego tych gruntów.

Z powodu braku odpowiedzi Spółdzielni, (...) 4 czerwca 2013 r. ponowił wezwanie (...) Spółdzielni Mieszkaniowej do podjęcia negocjacji w przedmiotowej sprawie (pismo (...), k. 48 akt adm.)

W odpowiedzi na powyższy wniosek, pismem z 17 czerwca 2013 r. Spółdzielnia poinformowała, że nie zgadza się na udostępnienie budynków, których jest właścicielem, użytkownikiem wieczystym oraz zarządcą, ani na prowadzenie negocjacji w celu zawarcia umowy o współkorzystaniu lub o dostępie do infrastruktury technicznej. (...) Spółdzielnia Mieszkaniowa odmówiła współpracy powołując się na art. 30 ust. 1 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i świadczenia usług telekomunikacyjnych. Spółdzielnia podała, iż prowadząc działalność telekomunikacyjną zapewnia ona dostęp telekomunikacyjny do każdego ze swoich budynków, dlatego też nie ma potrzeby udostępniania budynków spółce (...) (pismo Spółdzielni, k. 50-51 akt adm.)

Wnioskiem z 1 sierpnia 2013 r. operator zwrócił się do Prezesa UKE o wydanie decyzji w sprawie dostępu do nieruchomości, w tym do budynków znajdujących się w zasobie (...) Spółdzielni Mieszkaniowej. (wniosek (...), k. 1-5 akt adm.)

W piśmie z 26 sierpnia 2013 r. (...) sprecyzował swój wniosek i wyjaśnił, że ubiega się o dostęp do budynków położonych przy ul. (...), ul. (...), ul. (...), ul. (...) w K.. Operator wskazał, że w ramach dostępu wnosi o możliwość doprowadzenia przyłączy telekomunikacyjnych i wykonania w ww. budynkach instalacji telekomunikacyjnej oraz możliwość zakładania, eksploatacji, nadzoru i konserwacji urządzeń telekomunikacyjnych (pismo (...), k. 91-94 akt adm.)

Kolejnym pismem z dnia 21 maja 2014 r. (...) wskazał, iż domaga się umożliwienia założenia, eksploatacji, nadzoru i konserwacji urządzeń telekomunikacyjnych na podstawie art. 139 ust. 1 pkt 1 PT oraz umożliwienia doprowadzenia przyłączy telekomunikacyjnych na podstawie art. 139 ust. 1 pkt 1 PT. Nadto operator wyjaśnił, że istniejące w budynkach przyłącze telekomunikacyjne i istniejąca w budynkach instalacja telekomunikacyjna nie spełnia wymogów technicznych. Operator zamierza wykonać przyłącze telekomunikacyjne podziemne (kabel światłowodowy) oraz instalacje telekomunikacyjne w budynkach w technologii światłowodowej (...) (pismo (...), k. 135-138 akt adm.)

W piśmie z 25 czerwca 2014 r. udostępniający wskazał, że posiada własną instalację telekomunikacyjną w przedmiotowych budynkach. Instalacje te zostały wykonane w technologii światłowodowej, koncentrycznej i skrętkowej. Udostępniający podał, iż świadczy usługi we wszystkich przedmiotowych budynkach (pismo Spółdzielni, k. 158-159 akt adm.)

Od dnia 21 lipca 2015 r. Prezes UKE rozpoczął postępowanie konsultacyjne dotyczące projektu decyzji Prezesa w sprawie dostępu dla (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K. do budynków położonych w K. przy ul. (...), ul. (...), ul. (...), ul. (...), ul. (...), znajdujących się w zasobie (...) Spółdzielni Mieszkaniowej w B. oraz do nieruchomości na których te budynki są posadowione oraz umarzającej postępowanie w zakresie ustalenia warunków dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej zlokalizowanej w tych budynkach. (zawiadomienie Prezesa UKE z 21 lipca 2015 r. ws. ogłoszenia rozpoczęcia postępowania konsultacyjnego, k. 285 akt adm.)

W ramach tego postępowania, swoje stanowisko co do projektu przedstawił w piśmie z 18 sierpnia 2015 r. udostępniający, który wniósł zastrzeżenia co do projektu decyzji. Spółdzielnia zakwestionowała projekt decyzji w zakresie dotyczącym wysokości kaucji zabezpieczającej w kwocie 8 000 zł z tytułu należytego wykonania przez wnioskodawcę prac opisanych w § 2 ust 2 lit. a, ust 8 projektu decyzji (tj. wykonanie infrastruktury telekomunikacyjnej w technologii (...) na terenie nieruchomości i w budynkach poprzez doprowadzenie przyłączy telekomunikacyjnych do budynków i wykonania w budynkach instalacji telekomunikacyjnych budynków, w tym instalacji telekomunikacyjnych w lokalach w tych budynkach, na którą składają się elementy infrastruktury od telekomunikacyjnych skrzynek mieszkaniowych do gniazd abonenckich). Powód podał, iż kwota ta pozostaje rażąco niska i całkowicie nieadekwatna do ewentualnych kosztów, jakie uczestnik postępowania zobowiązany byłby uiścić tytułem naprawienia szkód wyrządzonych przez wnioskodawcę na wypadek nienależytego wykonania ww. prac. Spółdzielnia wskazała, iż z uwagi na liczbę budynków objętych wnioskiem (...) zasadnym pozostaje ustalenie kaucji zabezpieczającej w wysokości nie niższej niż 56 000 zł (po 7 000 zł za każdy budynek, zgodnie ze średnim kosztem malowania klatki schodowej). Powód zakwestionował także wysokość kaucji zabezpieczającej w kwocie 1000 zł od każdego z budynków z tytułu szkód poniesionych w związku z realizacją przez (...) prac opisanych w § 2 ust. 10 projektu decyzji (tj. wymiana okablowania i pozostałych elementów infrastruktury bądź budowy elementów infrastruktury służących do przyłączenia nowych abonentów w budynkach w miarę ich pozyskiwania przez operatora, jeżeli nie wymaga to zmiany projektu wykonawczego infrastruktury i nie doprowadzi do utrudnienia w korzystaniu z budynków lub nieruchomości). Wysokość tejże kaucji Spółdzielnia wyceniła na kwotę 3000 zł od każdego z budynków. Ponadto Spółdzielnia podała, iż w projekcie decyzji Prezesa UKE wysokość opłaty kolokacyjnej została zaniżona. Wskazana w projekcie stawka na poziomie 15 zł netto za każdy pełny 1 m⁽²⁾ zajętej powierzchni nie odpowiada aktualnym cenom rynkowym, a także jest nieadekwatna do stopnia ryzyka, dlatego winna opiewać co najmniej na kwotę 23 zł za każdy pełny 1 m⁽²⁾ zajętej powierzchni. Nadto powód podał, iż w projekcie decyzji nie doprecyzowano warunków określających zasady wyliczenia należnej opłaty (Stanowisko Spółdzielni, k. 287-293 akt admin.)

W piśmie z 19 sierpnia 2015 r. Delegatura Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w G., działając na podstawie upoważnienia Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów do wyrażenia stanowiska w sprawie przedmiotowego postępowania konsultacyjnego, nie zgłosiła uwag do ww. postępowania. Delegatura UOKiK wskazała, że świadczenie usług przez (...) w technologii (...), będzie służyć właściwie pojętym interesom użytkowników sieci telekomunikacyjnych w przedmiotowych nieruchomościach i budynkach, nadto powinno doprowadzić do poszerzenia katalogu usług telekomunikacyjnych oferowanych tym konsumentom pod względem różnorodności i jakości, a także zwiększenia efektywnej konkurencji pomiędzy podmiotami już funkcjonującymi w zasobach mieszkaniowych (...) Spółdzielni Mieszkaniowej, a nowo pojawiającym się podmiotem – (...), co, zdaniem Delegatury UOKiK, jest zgodne z podstawowymi celami ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (pismo Delegatury UOKiK, k. 326-327 akt adm.)

Pismem z 27 sierpnia 2015 r. Prezes UKE poinformował operatora i udostępniającego o możliwości zapoznania się przez strony z materiałem zgromadzonym w sprawie, a także wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań (zawiadomienie, k. 329 akt adm.)

W dniu 14 września 2015 r. Prezes UKE wydał decyzję ustalającą warunki dostępu do nieruchomości, w tym do budynków znajdujących się w zasobie (...) Spółdzielni Mieszkaniowej w B..

Poza podstawowymi dla umowy kwestiami – takimi jak: prawo operatora do wykonania infrastruktury telekomunikacyjnej w technologii (...) (światłowód do domu) poprzez doprowadzenie przyłączy do budynków i wykonanie w budynkach instalacji (też w lokalach § 2 pkt 2a umowy); prawo do utrzymania, eksploatacji, konserwacji remontu i usuwania awarii powyższej infrastruktury; wykorzystania istniejącej w budynkach infrastruktury elektroenergetycznej lub wykonania jej we własnym zakresie – umowa przewidywała wiele szczegółowych kwestii, technicznych jak i organizacyjnych oraz finansowych, związanych z budową nowej infrastruktury telekomunikacyjnej w budynkach.

Między innymi w § 2 ust 8 umowy przewidziano, że „wykonanie infrastruktury przez operatora będzie polegać na:

a) wykonaniu przyłączy telekomunikacyjnych do budynków, w szczególności poprzez doprowadzenie do nieruchomości, w tym do budynków linii kablowej światłowodowej,

b) wykonaniu instalacji telekomunikacyjnej budynków w taki sposób, aby nie doprowadziło to do utrudnienia w korzystaniu z budynków lub nieruchomości w szczególności poprzez:

- wybudowanie kanalizacji telekomunikacyjnej na elewacji wewnętrznej budynków,

- wykonanie okablowania z kabli światłowodowych wraz z osprzętem instalacyjnym i urządzeniami telekomunikacyjnymi począwszy od przełącznicy zlokalizowanej w punkcie połączenia z publiczną siecią telekomunikacyjną do lokalu abonenta, według projektu wykonawczego infrastruktury, na potrzeby podłączenia abonentów do infrastruktury celem świadczenia im usług telekomunikacyjnych w technologii (...),

- wykonanie instalacji telekomunikacyjnych w lokalach abonentów”.

Natomiast § 2 ust 10 przewidywał, że „operator ma prawo do wymiany okablowania i pozostałych elementów infrastruktury, bądź budowy elementów infrastruktury służących do przyłączenia nowych abonentów w budynkach w miarę ich pozyskiwania przez operatora, jeżeli nie wymaga to zmiany projektu wykonawczego infrastruktury i nie doprowadzi do utrudnienia w korzystaniu z budynków lub nieruchomości. Postanowienie powyższe nie dotyczy wymiany okablowania lub elementów infrastruktury, które będą skutkować zmianą technologii świadczonych przez operatora usług telekomunikacyjnych w budynkach. Operator ma prawo do instalowania, eksploataowania lub wymiany instalacji telekomunikacyjnych w lokalach w budynku w ramach odrębnych umów zawieranych z abonentami.”

Z uwagi na potrzebę zabezpieczenia interesu spółdzielni umowa w § 3 przewidywała liczne obowiązki operatora. Między innymi:

„1. Zobowiązuje się Operatora do wykonania Infrastruktury, o której mowa w § 2 ust. 2 lit. a, ust. 8 i ust. 10 decyzji oraz prac, o których mowa w § 2 ust. 2 lit. d decyzji w sposób, który nie będzie uniemożliwiał racjonalnego korzystania z Nieruchomości, w tym z Budynków.

2. Przed przystąpieniem do prac, o których mowa w § 2 ust. 2 lit. a, ust. 8 decyzji, lub przed rozpoczęciem budowy nowych przyłączy i instalacji elektroenergetycznych operator wpłaci na rzecz udostępniającego kaucję z tytułu zabezpieczenia należytego wykonania prac **w kwocie 8 000 zł** . Przed przystąpieniem do prac, o których mowa w § 2 ust. 10 decyzji Operator wpłaci na rzecz udostępniającego **kaucję z tytułu zabezpieczenia należytego wykonania prac w kwocie 1 000 zł** za każdy budynek, w którym mają być prowadzone te prace. Obowiązek wpłacenia kaucji nie dotyczy instalacji, eksploataowania i wymiany instalacji telekomunikacyjnej w lokalach w budynkach.

8. W przypadku wyrządzenia przez operatora **szkód wynikających bezpośrednio z prac związanych z wykonaniem** , eksploatacją, konserwacją, remontem, usunięciem awarii infrastruktury lub jej wymianą, operator zobowiązany jest do ich usunięcia niezwłocznie, nie później niż w terminie 14 dni od dnia ich zgłoszenia. W przypadku nieusunięcia szkód w wyżej wymienionym terminie, udostępniający może je usunąć we własnym zakresie na koszt operatora.

10. Operator jest zobowiązany do uiszczenia na rzecz udostępniającego miesięcznych opłat z tytułu **udostępnienia powierzchni kolokacyjnej** w budynkach pod urządzenia telekomunikacyjne operatora w wysokości **15 zł netto** (słownie: piętnaście złotych) **za każdy pełny 1 m²** faktycznie udostępniony w danym budynku. Opłata ta obejmuje udostępnienie budynku pod instalację urządzeń operatora, ale nie obejmuje udostępnienia

powierzchni nieruchomości, w tym budynków, na użytek instalacji kabli telekomunikacyjnych, przewodów, czy kanalizacji (kablowej przyłącza telekomunikacyjnego oraz telekomunikacyjnej w budynkach) ”.

Powyżej opisany stan faktyczny Sąd ustalił w oparciu o dowody z dokumentów zgromadzone w postępowaniu administracyjnym, których prawdziwość, wiarygodność i moc dowodowa nie była podważana w postępowaniu sądowym, jak też na podstawie twierdzeń stron. Sąd pominął natomiast wnioskowany przez powoda dowód z przesłuchania stron, gdyż wezwany na termin rozprawy, pod rygorem pominięcia dowodu z przesłuchania stron, Prezes zarządu spółdzielni nie stawiał się i nie usprawiedliwił swojej nieobecności w sposób przewidziany przez przepisy kodeksu postępowania cywilnego (brak zaświadczenia lekarza sądowego o niemożności stawiennictwa z powodu choroby na którą wskazywał pełnomocnik powoda).

Sąd dopuścił dowód z opinii biegłego sądowego z zakresu wyceny wartości nieruchomości, czy wysokość opłaty kolokacyjnej za udostępnianie powierzchni w budynkach spółdzielni pod urządzenia telekomunikacyjne operatora telekomunikacyjnego ustalona w § 3 pkt 10 umowy ustalonej decyzją Prezesa UKE z 14 września 2015r odpowiada wartościom rynkowym takich opłat, ewentualnie ustalenia jaka jest wysokość rynkowa tego typu opłat.

W oparciu o opinię biegłego Z. J. (1) z 25 października 2018 r. Sąd ustalił, że wysokość opłaty kolokacyjnej za udostępnianie powierzchni w budynkach spółdzielni pod urządzenia telekomunikacyjne, ustalona w § 3 pkt 10 umowy na poziomie 15 zł netto za 1m² odpowiada wartościom rynkowym takich opłat i stanowi wartość średnią wyliczoną na podstawie 14 umów udostępnienia powierzchni kolokacji.

Zdaniem Sądu opinia biegłego Z. J. jest wiarygodna, gdyż biegły poddał analizie opłaty ponoszone przez innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych za udostępnienie nieruchomości, w tym budynków, na terenie miast i miejscowości mających poniżej 10 tys mieszkańców, a więc takich jak B., gdzie działa spółdzielnia. Ustalona przez Prezesa UKE na podstawie dostępnych mu umów cena minimalna 9,09 zł/ m² i cena maksymalna 29,03 zł, jaką uiszczają przedsiębiorcy telekomunikacyjni tytułem opłaty kolokacyjnej, wskazuje zdaniem biegłego, że wysokość opłaty ustalona w niniejszej sprawie na poziomie 15 zł/m² mieści się w przedziale pomiędzy ceną maksymalną i minimalną. Nadto biegły zasugerował, iż w jego ocenie uzasadnione byłoby zastosowanie dolnej granicy stawki w zakresie 8-10 zł/m² m. in. w związku z zamiarem realizowania celów społecznych, mających pośrednio wpływ na rozwój społeczno-gospodarczy mieszkańców bloku, brakiem uciążliwości dla użytkowników budynków, oraz rynkowym poziomem stawek czynszu za pomieszczenia magazynowo produkcyjne na lokalnym rynku (opinia biegłego z dnia 25 października 2018 r., k. 169-187).

Sąd Okręgowy zważył, co następuje.

Odwołanie powoda nie jest uzasadnione, gdyż w świetle poczynionych ustaleń faktycznych zaskarżona decyzja Prezesa UKE odpowiada prawu.

Przedmiotem wniosku operatora o dostęp w sprawie niniejszej jest wybudowanie, w technologii światłowodowej (...), infrastruktury, tj przyłącza telekomunikacyjnego do każdego z 8 budynków spółdzielni oraz instalacji telekomunikacyjnej w każdym z tych budynków.

Podstawę obowiązku spółdzielni, która jednocześnie jest operatorem telekomunikacyjnym w rozumieniu art. 2 pkt 27 pt, udzielenia operatorowi takiego dostępu stanowi przepis art. 139 prawa telekomunikacyjnego.

W jego świetle przedsiębiorca telekomunikacyjny jest obowiązany umożliwić innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym, dostęp do nieruchomości, w tym do budynku, oraz infrastruktury telekomunikacyjnej, polegający w szczególności na:

1) zakładaniu, eksploatacji, nadzorze i konserwacji urządzeń telekomunikacyjnych, jeżeli wykonanie tych czynności bez uzyskania dostępu do nieruchomości i infrastruktury telekomunikacyjnej jest niemożliwe lub niecelowe z punktu

widzenia planowania przestrzennego, zdrowia publicznego, ochrony środowiska lub bezpieczeństwa i porządku publicznego;

2) wykorzystywaniu istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego lub istniejącej instalacji telekomunikacyjnej budynku, jeżeli powielenie takiej infrastruktury byłoby ekonomicznie nieopłacalne lub technicznie niemożliwe;

3) doprowadzeniu przyłącza telekomunikacyjnego lub wykonaniu w budynku instalacji telekomunikacyjnej budynku, o ile nie jest możliwe wykorzystanie istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego lub istniejącej instalacji telekomunikacyjnej budynku lub do budynku nie jest doprowadzone takie przyłącze lub budynek nie jest wyposażony w taką instalację.

Warunki zapewnienia dostępu, o którym mowa w powołanym wyżej przepisie, przedsiębiorcy telekomunikacyjni ustalają w umowie, która powinna być zawarta w terminie 30 dni od dnia wystąpienia o jej zawarcie (art. 139 ust 2 pt)

Do zapewnienia powyższego dostępu stosuje się przepisy art. 27-30, art. 31 ust. 1 oraz art. 33 prawa telekomunikacyjnego. (art. 139 ust 4. Pt).

Zastosowanie art. 27 pt oznacza, że w przypadku: niepodjęcia negocjacji przez podmiot zobowiązany do zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego (tu spółdzielnię), odmowy udzielenia dostępu lub niezawarcia umowy o dostępie telekomunikacyjnym w terminie 30 dni od dnia wystąpienia z wnioskiem o zawarcie umowy o dostępie telekomunikacyjnym, każda ze stron sporu może się zwrócić do Prezesa UTK z wnioskiem o wydanie decyzji w sprawie rozstrzygnięcia kwestii spornych lub określenia warunków współpracy.

W myśl art. 28 prawa telekomunikacyjnego Prezes UKE podejmując decyzję o dostępie telekomunikacyjnym bierze pod uwagę następujące kryteria:

- 1) interes użytkowników sieci telekomunikacyjnych;
- 2) obowiązki nałożone na przedsiębiorców telekomunikacyjnych;
 - 2a) rozwój nowoczesnej infrastruktury telekomunikacyjnej, w tym promowanie efektywnego inwestowania w dziedzinie infrastruktury oraz technologii innowacyjnych;
- 3) promocję nowoczesnych usług telekomunikacyjnych;
- 4) charakter zaistniałych kwestii spornych oraz praktyczną możliwość wdrożenia rozwiązań dotyczących technicznych i ekonomicznych aspektów dostępu telekomunikacyjnego, zarówno zaproponowanych przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych będących stronami negocjacji, jak też mogących stanowić rozwiązania alternatywne;
- 5) zapewnienie:
 - a) integralności sieci oraz interoperacyjności usług,
 - b) niedyskryminujących warunków dostępu telekomunikacyjnego,
 - c) rozwoju konkurencyjnego rynku usług telekomunikacyjnych;
- 6) pozycje rynkowe przedsiębiorców telekomunikacyjnych, których sieci są łączone;
- 7) interes publiczny, w tym ochronę środowiska;
- 8) utrzymanie ciągłości świadczenia usługi powszechnej.

W świetle powołanych wyżej przepisów art. 27 ust 2b w zw z art. 139 ust 4 pr, (...) był uprawniony do wystąpienia do Prezesa UKE o rozstrzygnięcie sporu o dostęp poprzez wydanie decyzji zstępującej umowę o dostępie do budynków

spółdzielni, z uwagi na odmowę zawarcia umowy przez spółdzielnię i bezskuteczny upływ 30 dni od rozpoczęcia negocjacji, a organ był uprawniony do rozstrzygnięcia tego sporu.

W ocenie Sądu prawidłowo także organ przyjął, że spółdzielnia była obowiązana umożliwić (...), dostęp do nieruchomości, w tym do budynku, polegający w szczególności na: doprowadzeniu przyłącza telekomunikacyjnego i wykonaniu w budynku instalacji telekomunikacyjnej budynku, gdyż spełniona była przesłanka z art. 139 ust 1 pkt 3 pt, tj nie było możliwe wykorzystanie istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego lub istniejącej instalacji telekomunikacyjnej budynku a także do budynku nie było doprowadzone takie przyłącze lub budynek nie był wyposażony w taką instalację.

Zdaniem Sądu powyższa przesłanka niemożliwości wykorzystania istniejącej infrastruktury została spełniona, pomimo faktycznego istnienia w budynku infrastruktury telekomunikacyjnej, bowiem infrastruktura ta nie odpowiadała zapotrzebowaniu powoda. W szczególności było ona wybudowana z zastosowaniem innej techniki, tzw. miedzianej koncentrycznej i skrętkowej, nie zapewniającej technicznych możliwości szybkości transmisji sygnału, oczekiwanej przez wnioskodawcę. (...) bowiem zamierzał zrealizować przyłącza telekomunikacyjne oraz instalacje wewnątrzbudynkowe w technologii światłowodowej, która zapewnia znacznie wyższą jakość oraz prędkość transmisji sygnału telekomunikacyjnego. Takiej infrastruktury spółdzielnia w swoich budynkach nie zapewniała. Tymczasem inwestycja (...)zmierzała do wybudowania infrastruktury zapewniającej abonentom usługi przyłączenia zakończenia sieci do sieci telekomunikacyjnej w oparciu technologię światłowodową (...) a więc światłowodową.

Warto także zaznaczyć, że (...) dla wybudowania infrastruktury telekomunikacyjnej planował wykorzystać środki finansowe z funduszy Unii Europejskiej, a kryteria projektów finansowanych z tych funduszy przewidywały wybudowanie sieci telekomunikacyjnej od podstaw.

Odnośnie braku zbieżności technologicznej istniejącej infrastruktury i tej planowanej przez powoda, to Sąd przyjął za pozwanym Prezesem UKE, który jest organem wyspecjalizowanym w zakresie telekomunikacji, zatem i technologii telekomunikacyjnej infrastruktury i posiada w tym zakresie wiedzę specjalistyczną, że medium transportowym dla transmisji sygnału w technologii miedzianej są przewody miedziane (skrętka jedna para lub więcej par skręconych żył miedzianych lub koncentryk zbudowany z dwóch przewodów koncentrycznie (współosiowo) umieszczonych jeden wewnątrz drugiego), zaś innym medium transportowym, alternatywnym dla kabli miedzianych, są kable światłowodowe, zbudowane z włókien szklanych zapewniających transmisję sygnału – fali elektromagnetycznej w zakresie podczerwieni. Zasadnicza różnica między tymi dwoma rodzajami kabli tkwi w przepływowości. Za pomocą kabli miedzianych (skrętek 4 par) można uzyskać przepływowość powyżej 1 Gb/s, podobnie jak w kablach współosiowych (koncentrycznych). Kable światłowodowe, z uwagi m.in. na większą odporność na zakłócenia sygnału, umożliwiają transmisję o szybkości kilku TB/s. Ta zasadnicza różnica nie pozwala postawić znaku równości pomiędzy nimi, w szczególności w zakresie odporność na zakłócenia (...) (Radio (...)) oraz (...) ((...)), dużej przepustowości z powodu szerokiego pasma, odporności na korozję, większego zasięgu a przede wszystkim szybkość transmisji. Dlatego te dwa rodzaje przewodowych mediów transmisyjnych nie mogą stanowić swojego substytutu. W tym kontekście należy uznać, że nie jest możliwe wykorzystanie istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego lub istniejącej instalacji telekomunikacyjnej. Zwrot zawarty w treści przepisu art. 139 ust 1 pkt 3 pt „o ile do budynku nie jest doprowadzone takie przyłącze lub budynek nie jest wyposażony w taką instalację” należy interpretować w ten sposób, że w określeniu „takie” i „taką” chodzi właśnie o takie same technicznie przyłącza i instalacje telekomunikacyjne. Przyjęcie przeciwnej interpretacji zahamowałoby możliwość jakiegokolwiek rozwoju technicznego w dziedzinie telekomunikacji, o ile postępu technicznego nie miał woli wdrożyć właściciel budynku i przyłącza, co z kolei pozbawiałoby odbiorców (abonentów) dostępu do nowoczesnych systemów komunikacji opartych na nowych technologiach. Sąd podziela w tym zakresie także argumentację organu, że standard jaki powinien być priorytetem przedsięwzięć inwestycyjnych w budynkach mieszkaniowych w zakresie sieci telekomunikacyjnych służących do transmisji można wywieść z innych regulacji prawnych. Mianowicie w myśl Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 75 poz. 690 z późn. zm., dalej „Rozporządzenie”) zmienionego Rozporządzeniem Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 6 listopada 2012 r. (Dz. U. poz. 1289), nowobudowane budynki wielorodzinne powinny

być wyposażone. w światłowodową infrastrukturę telekomunikacyjną doprowadzoną do każdej telekomunikacyjnej skrzynki mieszkaniowej, jak również w okablowanie wraz z osprzętem i urządzeniami telekomunikacyjnymi. Z kolei znajdująca się w budynkach mieszkalnych wielorodzinnych instalacja telekomunikacyjna powinna umożliwiać świadczenie usług przez różnych dostawców, w tym usług szerokopasmowego dostępu do Internetu, programów radiofonicznych i telewizyjnych, w tym telewizji cyfrowej wysokiej rozdzielczości. W nowych budynkach należy zapewnić pomieszczenia lub miejsca na osprzęt i urządzenia do montażu instalacji telekomunikacyjnej wraz z zapewnieniem zasilania elektrycznego. Właściwie więc wnioskował Prezes UKE, że skoro nowe budynki mają być wyposażone w instalację zapewniającą nowoczesną technologię, to należy dążyć, aby takie same możliwości dostępu do usług telekomunikacyjnych świadczonych w oparciu o najnowsze technologie zapewnić także użytkownikom końcowym również w budynkach wybudowanych przed wejściem w życie nowych regulacji.

Skoro więc dla osiągnięcia przepływowości zamierzonej przez (...) przy użyciu światłowodowych kabli nie jest możliwe wykorzystanie kabli miedzianych istniejących w budynkach oraz przyłącza wykonanego także w tej technologii, to należy stwierdzić brak możliwości wykorzystania istniejącej infrastruktury (miedziovej) i uprawnione jest twierdzenie i żądanie (...) umożliwienia jej dostępu do budynku w celu wybudowania nowej infrastruktury w innej niż istniejąca technologii. Warto w tym miejscu tylko przypomnieć, że celem (...) było zapewnienie mieszkańcom Spółdzielni dostępu do usług telekomunikacyjnych z wykorzystaniem technologii (...).

Zgodzić się należy także z organem, że ustalony w sprawie stan faktyczny także nie wskazywał, że możliwe jest wykorzystanie przez (...) istniejącej kanalizacji telekomunikacyjnej budynków, tzn elementów osłonowych umożliwiających rozprowadzenie kabli w budynku (m.in. przepustów kablowych, rur instalacyjnych, szybów instalacyjnych, koryt, duktów i kanałów instalacyjnych). W tym wypadku także z powodów technicznych nie było możliwe wykorzystanie istniejących kanalizacji, w której umieszczone są kable miedziane, do wprowadzenia do nich dodatkowo kabli światłowodowych. Kable światłowodowe wymagają z uwagi na swoje właściwości specjalnych osłon, zapobiegających uszkodzeniu włókien szklanych, co wymaga dodatkowego miejsca na te osłony w istniejącej kanalizacji, a co nie jest wymagane dla kabli miedzianych, które zasadniczo potrzebują mniej miejsca niż światłowody z uwagi na mniejszy przekrój. W technologii (...) wyłączona jest też możliwość zginania takich kabli, tak jak zwykłych przewodów miedzianych, co także wyklucza wykorzystanie istniejącej kanalizacji dedykowanej kablom miedzianym które takich wymogów nie mają.

Reasumując, brak przystosowania kanalizacji kablowej do kabli światłowodowych wykluczało zaciągnięcie w nich tych ostatnich kabli, szczególnie że są w nich już zaciągnięte kable miedziane.

Ostatecznie należy więc stwierdzić, że istniejąca infrastruktura telekomunikacyjna nie była możliwa do wykorzystania przez (...) z uwagi na inwestycyjne założenie dotyczące planowanej przez (...) sieci telekomunikacyjnej, w której medium transmisyjnym miał być światłowód.

Podejmując decyzję o dostępie Prezes UKE, stosownie do treści art. 139 ust 4 pt, wziął także pod uwagę kryteria określone w art. 28 pt.

W szczególności niewątpliwie jest, że uwzględnienie wniosku (...) i przyznanie mu dostępu do budynków w zakresie opisanym w decyzji, służy interesowi użytkowników sieci telekomunikacyjnych, tj. posiadaczom lokali w budynkach spółdzielni objętych wnioskiem. (art. 28 ust. 1 pkt 1 pt). Skutkiem uzyskanie przez (...) dostępu jest uzyskanie przez mieszkańców możliwości korzystania z usług telekomunikacyjnych w technologii (...), o znacznie większej niż w innych technologiach prędkości przesyłowej, jaką gwarantuje światłowodowy kabel telekomunikacyjny (nawet do 1 Gb/s). Jest to istotny aspekt, gdyż korzystanie ze wszystkich współczesnych usług multimedialnych (telewizja, Internet, telefonia) wymaga szybkiej transmisji danych.

Kolejna telekomunikacyjna oferta dla mieszkańców, jaką może przynieść wybudowanie przez (...) infrastruktury telekomunikacyjnej w budynkach spółdzielni, oznacza z ich punktu widzenia wzrost różnorodności i atrakcyjności

oferowanych usług telekomunikacyjnych, zarówno pod względem jakościowym, jak i pod względem cenowym. Interes użytkowników sieci jest w tym wypadku szczególnie wyraźny.

Powyższy techniczny aspekt sieci światłowodowej jaką zamierza wybudować (...) w oparciu o przedmiotową decyzję wskazuje, że decyzja jednocześnie realizuje przesłankę rozwoju nowoczesnej infrastruktury telekomunikacyjnej (art. 28 ust. 1 pkt 2a pt) jak i promocji nowoczesnych usług telekomunikacyjnych (art. 28 ust. 1 pkt 3 Pt), co nie wymaga odrębnego komentarza, w świetle powyżej przedstawionych rozważań o zaletach światłowodów, a co także znalazło potwierdzenie w stanowisku konsultacyjnym Prezes UOKK.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania, które de facto koncentrują się na finansowych aspektach umowy, to zasadniczo należy zwrócić uwagę, że treść umowy zgodnie z art. 27 ust 3 w zw za rt 139 ust 4 pt, opiera się na projekcie umowy, który został załączony do wniosku skierowanego do Prezesa UKE. Odwołująca się spółdzielnia zasadniczo także w toku postępowania administracyjnego nie kwestionowała innych aspektów umowy niż finansowe.

Zasadniczy sprzeciw spółdzielni budziła opłata kolokacyjna z tytułu udostępnienia przez Spółdzielnię powierzchni kolokacyjnej każdego z budynków pod urządzenia telekomunikacyjne (...), której wysokość Prezes UKE ustalił w § 3 ust 10 umowy, w oparciu o 14 umów i aneksów do umów regulujących warunki dostępu do nieruchomości, w tym do budynków, oraz infrastruktury telekomunikacyjnej zawartych w latach 2010-2013 w miejscowościach, które mają poniżej 10 000 mieszkańców. Organ dokonał analizy tych umów, uznając, że są one najbardziej podobne do umowy między spółdzielnia a (...), bo regulują dostęp do budynków w celu doprowadzeniu przyłącza, jak też podobieństwo odnosi się do wielkości miast, w których znajdowały się budynki w stosunku do lokalizacji w której znajdują się budynki spółdzielni objęte decyzją. Są więc one miarodajne do zastosowania dla opłat w miejscowości K.. Przy czym organ nie uwzględnił umów z 2014r, do czego odnosił się zarzut powoda, gdyż takich umów nie posiadał.

Analiza powołanych umów wskazuje, że opłaty ustalone przez organ są porównywalne do opłat, które funkcjonują na rynku udostępnienia nieruchomości na cele telekomunikacyjne i stanowią średnią wartość opłat z tych umów. Z umów wynika, że stawki za udostępnienie powierzchni kolokacji budynku pod urządzenia wahają się od 9,09 zł/m² do 29,03 zł/m² netto. Stawka opłaty 15 zł/m² nie odbiega więc poziomem od opłat uiszczanych przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych za udostępnienie budynków na terenie miast i miejscowości, które mają poniżej 10 000 mieszkańców. Słusznie organ zwrócił uwagę, że przyjęcie stawki w wyższej wysokości, jak tego oczekiwała spółdzielnia, prowadziłoby do naruszenia przez Prezesa UKE obowiązku zapewnienia niedyskryminacyjnych warunków dostępu telekomunikacyjnego, o czym stanowi art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. b pt, zasada ta bowiem oznacza, że przedsiębiorcy telekomunikacyjni ubiegający się o dostęp do sieci, w podobnych warunkach, powinni być traktowani jednakowo. Dlatego też wobec faktu, że praktyka rynku telekomunikacyjnego, ustalona w oparciu o umowy analizowane przez organ, nie wskazywała, aby opłaty za dostęp obejmowały także korzystania z nieruchomości w celu wybudowania przyłącza telekomunikacyjnego do budynku oraz korzystania z powierzchni na ścianach budynku, na których umieszczono kable, przewody oraz szachty, to organ słusznie także w umowie spółdzielni z (...) opłat takich nie przewidywał.

Sąd aprobuje także argumentację organu, że wobec tego, że Spółdzielnia nie udostępnia (...) klasycznej przestrzeni kolokacyjnej, czyli takiej w której operatorzy instalują urządzenia innych operatorów i które to przestrzenie muszą być do takiej funkcji właściwie przystosowane, a jedynie miejsce w budynku mieszkalnym, opłata ta nie może być ustalona na wyższym poziomie, a więc np. takim jaki stosuje O. Polska w standardowych umowach tego typu. Należy także podkreślić, że spółdzielnia udostępniając (...) powierzchnię kolokacyjną nie ponosi w związku z tym żadnych kosztów, ani też nic nie wskazuje na to, że w związku z udostępnieniem tej powierzchni spółdzielnia poniesie jakiegokolwiek straty majątkowe np. w postaci utraconych korzyści, w związku z niemożnością wykorzystania udostępnionej powierzchni w inny sposób przynoszący korzyści.

Mając na uwadze powyższe, Sąd doszedł do przekonania, że ustalona w decyzji opłata kolokacyjna na poziomie 15 zł/m² jest adekwatna do poziomu cen rynkowych za udostępnianie powierzchni kolokacyjnych w budynkach mieszkalnych spółdzielni i wspólnot mieszkaniowych. Powyższe znalazło potwierdzenia także w opinii biegłego,

który na zlecenie Sądu przeprowadził badanie rynku w celu ustalenie średniej wartości tych opłat. W istocie biegły nie stwierdził, aby badane spółdzielnie lub wspólnoty stosowały podobnego typu opłaty, gdyż najczęściej umowy zawierane były na innej podstawie prawnej, a ta nie dawała podstaw do pobierania opłat (chodzi o ustawę o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych). Biegły natomiast ustalił, że opłaty podobnego typu za umieszczenie infrastruktury technicznej przewidują gminy. Stawki tych opłat oscylowały w granicach od kilku złotych rocznie (w Gminie K. 1,15 zł/m²) do 22 zł/m² miesięcznie (Gmina A.). Powyższe skłoniło biegłego do przyjęcia za organem, że opłata w stawce 15 zł może być przyjęta jako średnia stawka, także w oparciu o umowy wskazane przez organ, a które były także przedmiotem analiz biegłego. Przy czym należy zwrócić uwagę, że nie było właściwe przyjęcie stawki w górnych granicach stosowanych na rynku, gdyż należy mieć na uwadze, że wysokość opłaty ze względu na realizowane przez umowę cele opisane w art. 28 pt nie może stanowić bariery dla (...) w dostępie do budynków spółdzielni.

Co do wielkości tej stawki, to należy podkreślić, że strona która tę opłatę kwestionowała, czyli spółdzielnia, nie przedstawiła żadnych dowodów, które wskazywałyby, że wartość średnich opłat jest wyższa niż 15 zł/m² oraz powodów dla których stawka ta winna wynosić 23 zł. Spółdzielnia także nie kwestionowała opinii biegłego i stawki opłaty w niej określonej.

Odnosząc się do kolejnych zarzutów odwołania, to Sąd także nie znalazł podstaw do ich uwzględnienia. Powód zarzucał w nich organowi, że ustalona w umowie kaucja zabezpieczająca należyte wykonanie przez (...) robót określonych w § 2 ust 2 lit a i ust 8 oraz ust 10 decyzji jest nieadekwatna do stopnia ryzyka związanego z zakresem szkód, jakie może wyrządzić (...) przy realizacji prac.

Umowa przewidywała w swojej zasadniczej części, że (...) ma prawo wykonać infrastrukturę telekomunikacyjną a więc „wykonać przyłącza telekomunikacyjne do budynków oraz wybudować kanalizację telekomunikacyjną na elewacji wewnętrznej budynków i wykonać okablowanie z kabli światłowodowych wraz z osprzętem instalacyjnym i urządzeniami telekomunikacyjnymi począwszy od przełącznicy zlokalizowanej w punkcie połączenia z publiczną siecią telekomunikacyjną do lokalu abonenta a także wykonać instalację telekomunikacyjną w lokalach abonentów” (§ 2 ust 8) ponadto (...) w świetle umowy uzyskiwał również prawo do „wymiany okablowania i pozostałych elementów infrastruktury, bądź budowy elementów infrastruktury służących do przyłączenia nowych abonentów w budynkach w miarę ich pozyskiwania przez operatora oraz prawa do instalowania, eksploataowania lub wymiany instalacji telekomunikacyjnych w lokalach w budynku w ramach odrębnych umów zawieranych z abonentami” (§ 2 ust 10). Przed przystąpieniem do prac związanych z budową infrastruktury, określonych w § 2 ust 2a i ust 10, w myśl § 3 ust 2 umowy (...) został zobowiązany do uiszczenia kaucji z tytułu zabezpieczenia należytego wykonania tych prac w kwocie 8.000 zł. Kaucja dotycząca wykonania prac opisanych w § 2 ust 10 decyzji wynosiła 1.000 zł za każdy budynek.

Zdaniem spółdzielni wysokość kaucji była zbyt niska, gdyż nie zabezpieczała ewentualnych szkód z tytułu niewłaściwego wykonania prac przez (...). Powód wskazywał, że średni koszt malowania klatki schodowej to 7.000 zł, a więc i kaucja, która powinna zabezpieczać naprawienie tego typu szkody na klatce schodowej, powinna stanowić wielokrotność tej kwoty i ilości budynków, a więc kwotę 56.000 zł (7.000 zł x 8 budynków). Podobnie kaucja z tytułu szkód wyrządzonych przy wykonywaniu prac określonych w § 2 ust 10 powinna wynosić 3.000 zł za każdy budynek.

W ocenie Sądu powyższe twierdzenia powoda o nieadekwatności wysokości kaucji do ryzyka wyrządzenia szkód w majątku spółdzielni nie są uzasadnione.

W pierwszym rzędzie należy stwierdzić, że kaucja w tego typu umowach nie jest uregulowana ustawowo. Zatem w myśl zasady swobody zawierania umów, strony mogą ją kreować w sposób dowolny, jednak nie sprzeczny z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 2 k.c.).

Według słownika języka polskiego - kaucją jest suma pieniężna złożona jako gwarancja dotrzymania zobowiązania i stanowiąca odszkodowanie w razie niewywiązania się z zobowiązania.

W praktyce gospodarczej, z istoty zabezpieczającego jedynie charakteru kaucji wynika, że nie jest ona ostatecznym świadczeniem kompensującym szkodę, gdyż to rozmiar ewentualnej szkody ostatecznie decyduje o wysokości

odszkodowania. W zależności od sytuacji może więc kaucja podlegać zwrotowi, gdy szkoda nie powstanie lub powstanie w mniejszym rozmiarze niż kaucja, lub też może być kaucja niewystarczająca na pokrycie odszkodowania i wówczas kaucja zwrotowi nie podlega, a zobowiązany do odszkodowania musi pokryć różnicę pomiędzy wysokością szkody a kaucją, która tylko częściowo zaspokoila roszczenie poszkodowanego. Warto podkreślić, że kaucja inaczej niż np. zastrzeżona w umowie kara umowna nie stanowi zryczałtowanej formy odszkodowania.

Nie jest jednak możliwe ustalenie kaucji na poziomie, który będzie rekompensował wszelki możliwe i także niemożliwe do przewidzenia przyszłe szkody, gdyż nie taki cel ma kaucja. Przy jej ustaleniu należy zawsze wyważyć interesy obu stron umowy, gdyż należy pamiętać, że nadmiernie wygórowana kaucja może unicestwić transakcję. Zawsze bowiem obowiązek uiszczenia kaucji powoduje zamrożenie kapitału na znaczny okres czasu, co w realiach gospodarczych oznacza ograniczenia możliwości inwestycyjnych składającego kaucję. Wysokość kaucji musi być więc dostosowana tak to faktycznego ryzyka jakie wiąże się z powstaniem szkody w związku z zawarciem transakcji z kontrahentem uiszczającym kaucję i ewentualnym wystąpieniem szkód przy wykonywaniu umowy jak i do jego możliwości finansowych.

Oczekiwana przez spółdzielnię wysokość kaucji wskazuje, że zakłada ona, że jej kontrahent jest dyletantem w dziedzinie którą się zajmuje i z pewnością doprowadzi do takiej dewastacji każdego z budynków, że konieczne będzie malowanie wszystkich klatek schodowych. Sąd jednak poglądu powoda nie podziela, gdyż z racji działalności powoda w branży telekomunikacyjnej należy założyć, że prace związane z instalacją przyłączy i okablowania czy kanalizacji w budynku pod to okablowanie są standardowymi czynnościami w jego działalności. Jednocześnie prace związane z położeniem instalacji światłowodowej nie wskazują, aby mogło dojść do takich uszkodzeń klatki schodowej, że aż będzie konieczne jej całościowe malowanie i to w każdym z budynków. Tym bardziej wydaje się to mało prawdopodobne, że (...) ma obowiązek zgłaszania rozpoczęcia robót, a wcześniej przedstawienia i uzyskania od spółdzielni zatwierdzenia projektu wykonawczego infrastruktury, a spółdzielnia ma prawo te prace nadzorować, co znacznie eliminuje możliwość powstanie szkód o znacznych rozmiarach, gdyż spółdzielnia w każdym momencie może interweniować u wykonawcy. Oczywiście jest przy tym, że (...) ma obowiązek po wykonaniu prac przywrócić budynek do stanu pierwotnego, co wprost wynika z § 3 ust 11 pkt a umowy.

Wysokość kaucji żądanej przez spółdzielnię nie może przy tym stanowić bariery przed udostępnieniem przez spółdzielnię jej zasobów mieszkaniowych na potrzeby budowy nowej infrastruktury telekomunikacyjnej.

Zważywszy więc, że zakres prac w budynku nie jest bardzo szeroki, a (...) jest profesjonalistą w branży budowy sieci światłowodowej, w ocenie Sądu ustalona w decyzji wysokość kaucji w wystarczającym stopniu zabezpiecza interesy spółdzielni i stanowi gwarancję właściwego wykonania prac a jednocześnie nie obciąża ponad miarę (...). Ustalony w decyzji poziom kaucji waży w sposób właściwy interesy obu stron umowy. W szczególności także znikome jest ryzyko, że mogą powstać w związku z działaniem (...) szkody w tak znacznym rozmiarze, że aż konieczne będzie całościowe malowanie wszystkich klatek schodowych we wszystkich budynkach.

Co się tyczy zarzutu powoda wskazującego na bezprzedmiotowość żądania (...), w związku z toczącą się między stronami sprawą sądową o ustanowienie służebności przesyłu dla posiadanej przez (...) infrastruktury w budynkach zrealizowanej przez jego poprzednika w przestarzałej technologii, to zarzut ten był bezzasadny.

Po pierwsze należy stwierdzić, że postępowanie to dotyczyło innej sieci telekomunikacyjnej, która z uwagi na technologię nie mogła być wykorzystana przez (...) do świadczenia usług telekomunikacyjnych w technologii światłowodowej.

Po wtóre przedmiotem postępowania o ustanowienie służebności jest uregulowanie stanu prawnego infrastruktury telekomunikacyjnej w budynkach spółdzielni, którą (...) posiada, ale posiadanie to nie znajduje podstawy prawnej. Przedmiotem postępowania przed Prezesem UKE jest natomiast udzielenie dostępu do nieruchomości powoda w celu wybudowania nowej infrastruktury w technologii (...).

Zatem brak jest zdaniem Sądu sugerowanej tożsamości żądań (...) w obu postępowaniach, bo inny jest przedmiot obu postępowań, skoro to postępowanie toczące się przed Prezesem UKE dotyczy zupełnie nowej sieci telekomunikacyjnej.

Mając na uwadze powyższe, Sąd na podstawie art. 479⁶⁴ § 1 k.p.c., orzekł jak w sentencji wyroku.

O kosztach procesu Sąd orzekł zgodnie z art. 98 § 3 w zw. z art. 99 k.p.c. Do kosztów niezbędnych do celowej obrony pozwanego, który proces wygrał, zaliczono poniesione przez niego koszty zastępstwa procesowego w wysokości 360 zł określonej w § 18 ust 2 pkt 3) rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. z 2002 r., nr 163, poz. 1349 ze zm.).

SSO Małgorzata Perdion-Kalicka