

Sygn. akt *XVII AmT 8/17*

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 lutego 2019 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XVII Wydział Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący:	<i>SSO Dariusz Dąbrowski</i>
Protokolant:	starszy sekretarz sądowy Jadwiga Skrzyńska

po rozpoznaniu w dniu 22 lutego 2019 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Z.

przeciwko **Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej**

przy udziale zainteresowanego **Wspólnoty Mieszkaniowej ul. (...) w Z.**

o **ustalenie warunków dostępu do nieruchomości**

na skutek odwołania powoda od decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej

z dnia 6 października 2016 roku nr (...)

1. oddała odwołanie,

2. zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Z. na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 720 zł (siedemset dwadzieścia złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

SSO Dariusz Dąbrowski

*Sygn. akt XVII AmT 8/17*

## UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej decyzją z dnia 6 października 2016 r., (...), na podstawie art. 22 ust. 1 w zw. z art. 30 ust. 1 pkt 2 i pkt 3 lit.b oraz ust. 5 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 1537, dalej „ustawa o wspieraniu rozwoju”) oraz art. 104 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 23 z późn. zm.) w zw. z art. 206 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 1489), po rozpatrzeniu wniosku (...) sp. z o.o. z siedzibą w Z. z dnia 27 października 2015 r., w sprawie wydania decyzji ustalającej warunki dostępu do nieruchomości oraz posadowionego na tej nieruchomości budynku Wspólnoty Mieszkaniowej ul. (...) w Z., dla której Sąd Rejonowy w Zamościu VI Wydział Ksiąg Wieczystych prowadzi księgę wieczystą pod numerem (...),

w celu zapewnienia telekomunikacji w Budynku, ustalił następujące warunki dostępu Operatora do Nieruchomości oraz Budynku, w celu zapewnienia telekomunikacji w Budynku:

### **§ 1. Postanowienia ogólne**

1. Pojęcia i terminy użyte w decyzji rozumie się zgodnie z Pt, ustawą o wspieraniu rozwoju oraz ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 290 z późn. zm., dalej „Prawo budowlane”).
2. Przedmiotem decyzji jest określenie warunków zapewnienia Operatorowi przez Udostępniającego dostępu do Nieruchomości, w tym do Budynku, polegającego na umożliwieniu wykonania przez Operatora w technologii (...) (światłowod do domu) typu (...) (ang. (...) gigabitowa pasywna sieć światłowodowa) instalacji telekomunikacyjnej Budynku oraz doprowadzenia do Budynku przyłącza telekomunikacyjnego, w celu zapewnienia telekomunikacji w Budynku, tj. w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych osobom posiadającym tytuł prawny do lokali w Budynku (dalej „Abonenci”).
3. Decyzja stanowi tytuł prawny Operatora do dysponowania Nieruchomością, w tym Budynkiem, na cele budowlane w związku z wykonaniem instalacji telekomunikacyjnej Budynku oraz wykonaniem przyłącza telekomunikacyjnego do Budynku, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 i 2 sentencji decyzji.

### **§ 2. Prawa i obowiązki Operatora**

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

1) wykonania instalacji telekomunikacyjnej Budynku poprzez:

a) wykonanie okablowania z kabli światłowodowych wraz z osprzętem instalacyjnym i urządzeniami telekomunikacyjnymi począwszy od przełącznicy zlokalizowanej w punkcie połączenia z publiczną siecią telekomunikacyjną do lokali Abonentów,

b) wykonanie na elewacji wewnętrznej Budynku kanalizacji telekomunikacyjnej Budynku, w której umieszczone zostaną kable światłowodowe, o których mowa w pkt 1 lit. a),

c) wykonanie instalacji telekomunikacyjnych w lokalach Abonentów,

2) wykonania przyłącza telekomunikacyjnego do Budynku w szczególności poprzez doprowadzenie do punktu styku znajdującego się w Budynku linii kablowych światłowodowych,

3) utrzymywania, eksploatacji, konserwacji, remontu i usuwania awarii urządzeń wchodzących w skład instalacji telekomunikacyjnych Budynku oraz przyłącza telekomunikacyjnego doprowadzonego do punktu styku znajdującego się w Budynku, o których mowa w pkt 1 i 2 (dalej „Infrastruktura”), w zakresie niezbędnym do świadczenia usług telekomunikacyjnych,

4) wstępu lub wjazdu na teren Nieruchomości, w tym do Budynku, w celu wykonania czynności, o których mowa w pkt 1-3.

2. Wykonywanie uprawnień określonych w ust. 1 nie może naruszać obowiązujących przepisów prawa, nie może uniemożliwiać racjonalnego korzystania z Nieruchomości, w tym z Budynku.

3. Operator jest zobowiązany do prowadzenia prac, o których mowa w ust. 1 pkt 1-3, w sposób niekolidujący z innymi instalacjami znajdującymi się na Nieruchomości, w tym w Budynku, oraz nie powodujący ich uszkodzenia bądź wadliwego działania.

4. Operator jest zobowiązany do używania wyłącznie urządzeń spełniających wszystkie wymagania przewidziane prawem, w tym dotyczące odpowiednich norm bezpieczeństwa oraz posiadania stosownych certyfikatów.
5. Operator ponosi odpowiedzialność za zainstalowane w ramach wykonanej Infrastruktury urządzenia, w szczególności ich wpływ na bezpieczeństwo Abonentów i innych podmiotów oraz za powodowane przez te urządzenia zakłócenia pracy innych urządzeń.
6. Operator ponosi odpowiedzialność za przestrzeganie przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy oraz przeciwpożarowych w trakcie prowadzonych prac instalacyjnych, konserwacyjnych oraz eksploatacji Infrastruktury.
7. Operator ponosi odpowiedzialność za utrzymywanie porządku, w tym sprzątanie w czasie prowadzenia prac i uprzątnięcie miejsca po wykonaniu prac związanych z realizacją niniejszej decyzji.
8. Operator jest zobowiązany do zabezpieczenia Infrastruktury przed ingerencją osób nieuprawnionych.
9. Operator jest zobowiązany do dokonywania okresowych przeglądów technicznych Infrastruktury, nie rzadziej niż raz w roku.
10. Operator jest zobowiązany do usunięcia szkód wynikających bezpośrednio z wykonywania uprawnień określonych w ust. 1 niezwłocznie, nie później niż w terminie 14 dni od dnia ich zgłoszenia. W przypadku nieusunięcia szkód w wyżej wymienionym terminie Udostępniający może je usunąć we własnym zakresie na koszt Operatora.
11. Zobowiązuje się Operatora do:
  - 1) ponoszenia kosztów związanych z wykonywaniem uprawnień określonych w ust. 1,
  - 1) zwrotu Udostępniającemu wydatków, które Udostępniający poniesie w związku z wykonywaniem przez Operatora uprawnień określonych w ust. 1, w szczególności:
    - z tytułu wynagrodzenia pracownika z tytułu pracy związanej z dozorem pracowników Operatora w trakcie prowadzenia prac, o których mowa w ust. 1 pkt 1-2,
    - związanych z koniecznością potwierdzenia przez właściwe organy zachowania norm bezpieczeństwa przy realizacji Infrastruktury,
    - wywołanych kolizją techniczną Infrastruktury z innymi instalacjami znajdującymi się w Budynku,
    - kosztów energii elektrycznej zużytej przez Operatora.
12. Zwrot Udostępniającemu przez Operatora kosztów, o których mowa w ust. 11, nastąpi w oparciu o przedstawione przez Udostępniającego dokumenty księgowe w terminie 14 dni od dnia otrzymania tych dokumentów przez Operatora.
13. Operator może powierzyć wykonywanie prac instalacyjnych i konserwacyjnych wybranemu wykonawcy, za którego działania lub zaniechania odpowiada jak za działania własne.

### **§ 3. Prawa i obowiązki Udostępniającego**

1. Udostępniający jest zobowiązany do zapewnienia Operatorowi możliwości wykonywania uprawnień określonych w § 2 ust. 1 sentencji decyzji, a także do współdziałania z Operatorem w zakresie niezbędnym do należytego i prawidłowego wykonania decyzji.
2. Udostępniający jest zobowiązany do informowania Operatora o wszelkich pracach remontowych mogących mieć wpływ na Infrastrukturę.

3. Udostępniający jest zobowiązany do niezwłocznego poinformowania Operatora o przypadkach naruszenia integralności Infrastruktury przez osoby nieuprawnione.
4. Udostępniający nie ponosi odpowiedzialności za szkody powstałe w Infrastrukturze, które zostały wywołane przez osoby trzecie, chyba że co innego wynika z przepisów powszechnie obowiązujących.

#### **§ 4. Wykonanie Infrastruktury**

1. Przed przystąpieniem do prac, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1-2 sentencji decyzji, Operator przedstawi Udostępniającemu sporządzony zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa projekt wykonawczy Infrastruktury (dalej „Projekt”), który będzie składał się z części obejmującej opis techniczny oraz z części rysunkowej i będzie określał zasady, na jakich nastąpi wykonanie Infrastruktury. Projekt nie musi obejmować w części opisowej ani rysunkowej instalacji telekomunikacyjnej w lokalu Abonenta.
2. W celu sporządzenia Projektu Udostępniający na wniosek Operatora, nieodpłatnie i bez zbędnej zwłoki, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia złożenia wniosku, udostępni Operatorowi znajdującą się w jego posiadaniu dokumentację techniczną Budynku w zakresie koniecznym do zaprojektowania, wykonania, utrzymania i eksploatacji Infrastruktury.
3. W sytuacji, gdyby Udostępniający nie posiadał dokumentacji technicznej Budynku, o której mowa w ust. 2 lub jej nie przekazał w terminie, o którym mowa w ust. 2, Udostępniający jest zobowiązany, bez zbędnej zwłoki, nie później niż w terminie 7 dni od dnia wystąpienia przez Operatora z wnioskiem, umożliwić Operatorowi dostęp do Budynku, celem zebrania informacji koniecznych do zaprojektowania i wykonania Infrastruktury.
4. Udostępniający najpóźniej w terminie 30 dni od dnia otrzymania Projektu akceptuje go lub przedstawia uzasadnione stanowisko, w którym zgłosi uwagi lub zażąda od Operatora dodatkowych wyjaśnień lub zmiany przedstawionego Projektu.
5. Projekt uznaje się za uzgodniony, gdy Udostępniający w terminie, o którym mowa w ust. 4, nie wyrazi stanowiska, zaakceptuje Projekt albo gdy Operator rozpatrzy stanowisko Udostępniającego, uwzględniając uzasadnione uwagi, udzielając wyjaśnień oraz nanosząc uzasadnione zmiany zgłoszone przez Udostępniającego, i przekaze ostateczną wersję Projektu Udostępniającemu.
6. Operator przystąpi do prac, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1-2 sentencji decyzji, po uzgodnieniu Projektu, informując Udostępniającego o terminie rozpoczęcia prac na 7 dni przed planowanym rozpoczęciem prac.
7. Po wykonaniu Infrastruktury Udostępniający oraz Operator potwierdzą fakt oraz zakres wykonanych przez Operatora prac w protokole podpisanym przez każdą ze Stron. Po wykonaniu Infrastruktury Operator przekazuje Udostępniającemu, w terminie 7 dni od dnia zakończenia prac, dokumentację powykonawczą, która będzie stanowić załącznik do tego protokołu.
8. W przypadku, gdy do podpisania protokołu, o którym mowa w ust. 7, nie dojdzie w terminie 7 dni od dnia przedstawienia protokołu Udostępniającemu, uznaje się, że protokół został zaakceptowany bez zastrzeżeń.
9. Operator ma prawo do:
  - 1) wymiany okablowania i pozostałych elementów Infrastruktury, o ile nie będzie to skutkowało zmianą technologii świadczenia usług telekomunikacyjnych,
  - 2) instalowania elementów Infrastruktury służących do przyłączenia nowych Abonentów w miarę ich pozyskiwania przez Operatora,jeżeli nie wymaga to zmiany Projektu.

10. Operator może wykonać prace, o których mowa w ust. 9, po uzgodnieniu z Udostępniającym terminu ich rozpoczęcia, a w przypadku niezgodnienia tego terminu, po upływie 7 dni od dnia powiadomienia o planowanych pracach.

11. Decyzja nie uprawnia Operatora do instalowania, eksploataowania lub wymiany elementów Infrastruktury w lokalu Abonenta bez uzyskania zgody Abonenta.

12. Przed przystąpieniem do prac, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1-2 sentencji decyzji Operator wpłaci na rzecz Udostępniającego kaucję z tytułu zabezpieczenia należytego wykonania prac w kwocie 4 000,00 zł (słownie: cztery tysiące złotych).

13. Udostępniający zobowiązany jest zwrócić kaucję, o której mowa w ust. 12, na rachunek bankowy Operatora w terminie 14 dni od dnia podpisania przez Udostępniającego protokołu, o którym mowa ust. 7, a w przypadku, o którym mowa w ust. 8, w terminie 14 dni od dnia przedstawienia protokołu Udostępniającemu.

14. Przed przystąpieniem do prac, o których mowa w ust. 9 Operator wpłaci na rzecz Udostępniającego kaucję z tytułu zabezpieczenia należytego wykonania prac w kwocie 1 000,00 zł (słownie: jeden tysiąc złotych).

15. Udostępniający zobowiązany jest zwrócić kaucję, o której mowa w ust. 14, na rachunek bankowy Operatora w terminie 7 dni od dnia przekazania Udostępniającemu przez Operatora dokumentacji, o której mowa w ust. 16.

16. Operator przekaze każdorazowo Udostępniającemu dokumentację wprowadzanych zmian w Infrastrukturze zaistniałą na skutek przeprowadzenia prac, o których mowa w ust. 9, w terminie 7 dni roboczych od dnia dokonania tychże zmian, a także inne dokumenty i decyzje dotyczące Budynku, a związane z działaniami Operatora. Ponadto Operator przekaze na każdorazowe żądanie Udostępniającego, w terminie 7 dni roboczych, opracowania projektowe i dokumenty techniczne robót budowlanych związanych z wykonaniem Infrastruktury.

17. Udostępniający może w każdym czasie żądać od Operatora dodatkowych wyjaśnień w zakresie prowadzonych przez Operatora prac, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1-3 oraz w § 4 ust. 9 sentencji decyzji.

## **§ 5. Katalog usług**

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

## **§ 6. Poufność**

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

## **§ 7. Usuwanie awarii**

1. W przypadku wystąpienia awarii Infrastruktury rozumianej jako stan techniczny Infrastruktury lub jej elementów uniemożliwiający lub poważnie ograniczający świadczenie usług telekomunikacyjnych, Udostępniający zapewni Operatorowi każdorazowy niezwłoczny dostęp do Nieruchomości, w tym do Budynku, w takim zakresie, w jakim jest to niezbędne do usunięcia awarii.

2. O fakcie wystąpienia awarii Infrastruktury każda ze Stron ma obowiązek, w terminie 60 minut od wykrycia awarii, poinformować telefonicznie drugą Stronę. W przypadku nieodebrania telefonu w powyższym terminie, Strona zobowiązana jest niezwłocznie poinformować drugą stronę o fakcie wystąpienia awarii Infrastruktury za pośrednictwem korespondencji e-mail.

3. Informacja o wystąpieniu awarii oraz o przyjęciu zgłoszenia wystąpienia awarii będą niezwłocznie potwierdzane za pośrednictwem korespondencji e-mail lub na adres pocztowy albo numer faks, ustalone przez Strony zgodnie z postanowieniami § 8 sentencji decyzji.

#### **§ 8. Postanowienia końcowe**

1. Wszelka korespondencja pomiędzy Stronami związana z realizacją decyzji będzie kierowana w drodze korespondencji pocztowej lub za pośrednictwem korespondencji e-mail na adresy ustalone przez Strony.

2. W terminie 7 dni od dnia doręczenia niniejszej decyzji każda ze Stron jest zobowiązana do przekazania drugiej Stronie przesyłką pocztową za potwierdzeniem odbioru, informacji w zakresie: adresu do korespondencji, adresu poczty elektronicznej, numeru rachunku bankowego przeznaczonego do rozliczeń między Stronami oraz numeru telefonu i faksu, na które można zgłaszać awarie, o których mowa w § 7 sentencji decyzji, jak również przekazywać wszelkie inne informacje w związku z realizacją decyzji. W przypadku braku realizacji tego obowiązku, wszelka korespondencja będzie kierowana na adresy wskazane w dokumentach rejestrowych Stron, zaś świadczenia pieniężne spełniane będą za pokwitowaniem do rąk drugiej Strony.

3. Strony są również zobowiązane niezwłocznie, nie później niż w terminie 7 dni, do przekazania sobie informacji o wszelkich zmianach danych, o których mowa w ust. 2.

4. W przypadku niedopełnienia obowiązku, o którym mowa w ust. 3, przyjmuje się, że korespondencja wysłana na dotychczasowy adres została doręczona, a przelew środków pieniężnych dokonany na dotychczasowy numer rachunku bankowego został zrealizowany.

Na podstawie art. 206 ust. 2aa w zw. z art. 206 ust. 2 pkt 6 Pt niniejsza decyzja podlegała natychmiastowemu wykonaniu.

Od powyższej decyzji odwołanie złożył (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Z., zaskarżając § 4 ust. 12-15 sentencji decyzji.

***W zaskarżonym zakresie decyzji odwołujący zarzucił naruszenia przepisów prawa mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, tj.:***

1) ***art. 22 ust. 1 w zw. z art. 30 ust. 5 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych*** (dalej *Ustawa*), poprzez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż:

- ustalenie niedyskryminujących i proporcjonalnych warunków dostępu do nieruchomości wymaga stosowania rozwiązań analogicznych do zastosowanych przez Prezesa UKE w innych podobnych postępowaniach (w innych decyzjach określających warunki dostępu do nieruchomości w celu zapewnienia telekomunikacji), bez względu na warunki na jakich korzystają z konkretnej nieruchomości konkurenci Powoda,
- Prezes UKE uprawniony jest do swobodnego i dowolnego określenia warunków dostępu do nieruchomości bez względu na propozycje i stanowiska stron zgłoszone w toku postępowania administracyjnego (lub ich brak) i bez konieczności prowadzenia postępowania dowodowego na okoliczność warunków korzystania z nieruchomości objętej postępowaniem przez innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych,

- Prezes UKE uprawniony jest do określenia warunków dostępu do nieruchomości w sposób alternatywny wobec propozycji strony przy braku sprzeciwu drugiej strony, w sytuacji gdy propozycja strony zabezpiecza wykonywanie decyzji oraz interesy drugiej strony,
- Prezes UKE uprawniony jest do zabezpieczenia decyzji kaucją w każdym przypadku, a jej wysokość może być ustalona przez organ w sposób całkowicie dowolny i oderwany od wysokości ewentualnej szkody,

- podczas gdy z brzmienia art. 22 ust. 1 Ustawy wynika, iż Prezes UKE powinien rozstrzygnąć indywidualny spór (indywidualną sprawę administracyjną), oceniając warunki korzystania z nieruchomości zaproponowane przez strony i warunki korzystania z nieruchomości objętej postępowaniem administracyjnym przez innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, a następnie ustalić warunki dostępu do nieruchomości w sposób niedyskryminujący w stosunku do konkurentów Powoda korzystających już z nieruchomości, stosując proporcjonalne środki (środki najmniej uciążliwe z możliwych do zastosowania i spełniających swoje zadanie), w tym w pierwszej kolejności zaproponowane przez strony lub stronę, jeżeli zabezpieczają wykonywanie decyzji i interesy drugiej strony;

2) **art. 6, art. 7, art. 75 i art. 77 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego** polegające na braku ustalenia zasad na jakich przedsiębiorcy telekomunikacyjni korzystają z nieruchomości objętej postępowaniem, poprzez brak wezwania Zainteresowanego lub tych przedsiębiorców do przedłożenia umów regulujących zasady korzystania z nieruchomości, dokonania ich oceny oraz ustalenia niedyskryminujących warunków dostępu dla Powoda (warunków zbliżonych do tych, jakie mają zapewnione konkurencyjne podmioty), co skutkowało:

- brakiem wyczerpującego zebrania materiału dowodowego,
- brakiem bezpośredniego przeprowadzenia niezbędnych dowodów,
- brakiem wyjaśnienia wszystkich istotnych okoliczności sprawy,
- brakiem weryfikacji czy określone warunki dostępu do nieruchomości są niedyskryminujące - co uniemożliwiło wydanie prawidłowego rozstrzygnięcia w zaskarżonym zakresie,

3) **art. 104 ust. 1 k.p.a. w zw. z art. 1 pkt 1 k.p.a., art. 6 k.p.a. i art. 30 ust. 5 Ustawy**, poprzez przyjęcie, że określając warunki dostępu do nieruchomości Pozwany powinien kierować się przede wszystkim swoją praktyką i polityką regulacyjną, zamiast rozstrzygnąć indywidualną sprawę administracyjną (indywidualny spór) z uwzględnieniem wszystkich istotnych okoliczności danej sprawy (sporu), co skutkowało wydaniem decyzji w oderwaniu od okoliczności konkretnej sprawy i określeniem dyskryminujących i nieproporcjonalnych warunków dostępu do nieruchomości dla Powoda,

4) **art. 107 § 1 k.p.a.** poprzez brak uzasadnienia dla określonej w decyzji wysokości kaucji w stosunku do charakteru prac jakie miała ona zabezpieczać, a które wykonywać będzie Powód na podstawie decyzji, oraz przyczyny, z powodu której Prezes UKE uznał, że obowiązek posiadania polisy ubezpieczeniowej nie jest wystarczającym sposobem zabezpieczenia szkód, a zabezpieczenie szkód kaucjami ma pierwszeństwo przed wprowadzeniem obowiązku posiadania polisy ubezpieczeniowej na kwotę (500.000,00 zł)

- co skutkowało błędnym ustaleniem, że zaskarżone warunki dostępu do nieruchomości są niedyskryminujące i proporcjonalne.

**Mając na uwadze powyższe wnoszę o:**

I. uchylenie decyzji w części zaskarżonej (§ 4 ust. 12-15 sentencji decyzji) względnie o:

II. zmianę zaskarżonej decyzji poprzez:

1) uchylenie § 4 ust. 12-15 sentencji decyzji;

2) nadanie § 4 ust. 12 i 13 następującego brzmienia:

„12. Na czas prowadzenia prac zobowiązuje się Operatora do zawarcia umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej, łącznie na sumę nie mniejszą niż 500.000,00 zł.

13. Uwierzytelnione kopie umowy/polisy ubezpieczenia Operator przekaże Udostępniającemu najpóźniej w chwili przystąpienia do prac, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 i 2. Operator na żądanie Udostępniającego powinien również przedstawiać do wglądu Udostępniającego oryginały dowodów zapłaty rat składki”.

względnie:

„12. Przed przystąpieniem do prac, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1-2 Operator wpłaci na rzecz Udostępniającego kaucję z tytułu zabezpieczenia należytego wykonania prac w kwocie 4.000,00 zł PLN (słownie: cztery tysiące złotych). Przed przystąpieniem do prac, o których mowa w ust. 9 Operator wpłaci na rzecz Udostępniającego kaucję z tytułu zabezpieczenia należytego wykonania prac w kwocie 1.000,00 PLN (słownie: jeden tysiąc złotych). Obowiązek wpłacenia kaucji nie dotyczy instalacji, eksploataowania i wymiany instalacji telekomunikacyjnej do lokali i w lokalach w Budynku. Zwalnia się Operatora z obowiązku wpłacenia kaucji, o których mowa powyżej, w razie przedstawienia Udostępniającemu kopii umowy/polisy ubezpieczenia, jakie Operator zawarł z zakładem ubezpieczeniowym, obejmujących ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej, łącznie na sumę nie mniejszą niż 500.000,00 zł. W ostatnim przypadku Operator na żądanie Udostępniającego powinien również przedstawiać mu do wglądu oryginały dowodów zapłaty składki.

13. Udostępniający zobowiązany jest zwrócić kaucję z tytułu zabezpieczenia należytego wykonania prac, o których mowa w §2 ust. 1 pkt 1-2 lub ust. 9 decyzji, w terminie 14 dni od dnia otrzymania od Operatora wniosku o zwrot kaucji, na rachunek bankowy Operatora. Wniosek o zwrot kaucji może zostać złożony wyłącznie w razie, gdy odpowiednie prace w Budynku, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1-2 lub ust. 9 zostały zakończone podpisaniem protokołu odbioru prac, o którym mowa w ust. 7. W sytuacji, gdy Udostępniający nie podpisze protokołu odbiorczego, zobowiązany jest zwrócić kaucję w terminie 14 dni od dnia przedstawienia Udostępniającemu przez Operatora protokołu odbiorczego prac obejmującego Budynek, w którym została wykonana Infrastruktura. Zwrot kaucji wnoszonej przez Operatora z tytułu zabezpieczenia należytego wykonania prac, o których mowa w ust. 9 decyzji nastąpi w terminie 7 dni od dnia przekazania Udostępniającemu przez Operatora dokumentacji, o której mowa w ust. 16. Wraz ze zwrotem kaucji, Udostępniający zwraca Operatorowi uzyskane przez Udostępniającego odsetki od wpłaconej kaucji”

- tj. ustalenia niedyskryminujących i proporcjonalnych warunków dostępu do nieruchomości objętej wnioskiem o wydanie decyzji administracyjnej.

***W każdym zaś przypadku odwołujący wnioś o:***

III. zasądzenie od Pozwanego na rzecz Powoda kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego;

IV. przeprowadzenie rozprawy również pod nieobecność Powoda.

W odpowiedzi na odwołanie pozwany Prezes Urzędu Komunikacji Energetyki wnioś o:

1. oddalenie odwołania w całości,

oraz

2. zasądzenie od Powoda na rzecz Pozwanego kosztów sądowych, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

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



Operator – (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Z. jest przedsiębiorcą wpisanym do Krajowego Rejestru Sądowego pod pozycją (...), którego przedmiot działalności obejmuje między innymi dostarczanie treści telekomunikacyjnych. /**okoliczność bezsporna**/

(...) zwrócił się pismem z dnia 14 sierpnia 2015 r. (doręczonego 19 sierpnia 2015 r.) do Udostępniającego – Wspólnoty Mieszkaniowej za pośrednictwem T. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą T. S. - (...) Zarząd Wspólnot Mieszkaniowych (...), z wnioskiem o podjęcie negocjacji i zawarcie umowy regulującej m.in. dostęp do Nieruchomości, w tym do Budynku, w celu zapewnienia telekomunikacji mieszkańcom Budynku. Operator wskazał m.in., iż „planuje wykonanie na terenie nieruchomości i budynków sieci telekomunikacyjnej w technologii światłowodowej ( (...)) - (...)) ( (...)), czyli gigabitowa pasywna sieć światłowodowa.(...) zamierza doprowadzić światłowód do każdego lokalu (...) aby każdemu z mieszkańców umożliwić podłączenie do sieci (...)Do przedmiotowego pisma Operator załączył projekt umowy. /**k. 14-19 akt adm.**/

Udostępniający nie udzielił odpowiedzi na powyższy wniosek Operatora. /**bezsporne**/

Pismem z dnia 27 października 2015 r. (data wpływu do UKE - 3 listopada 2015 r.) Operator złożył na podstawie art. 30 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 i art. 23 w zw. z art. 30 ust. 5 ustawy o wspieraniu rozwoju, wniosek o wydanie decyzji w sprawie dostępu do Nieruchomości, w tym do Budynku, w celu zapewnienia telekomunikacji (tj. Wniosek). Operator wskazał, iż dostęp ten ma polegać na:

a) umożliwieniu doprowadzenia do Budynku przyłącza telekomunikacyjnego wykonanego w technologii światłowodowej oraz jego późniejszej eksploatacji i konserwacji, tj. dostępu, o którym mowa w art. 30 ust. 1 pkt 2 Ustawy,

b) umożliwieniu wykonania w technologii światłowodowej instalacji telekomunikacyjnej w Budynku (metodą natynkową) oraz jej późniejszej eksploatacji i konserwacji, tj. dostępu, o którym mowa w art. 30 ust. 1 pkt 2 Ustawy...”. /**k. 1-13 i nast. akt adm.**/

Operator wskazał ponadto, że negocjacje przeprowadzone z Udostępniającym okazały się bezskuteczne. Operator wyjaśnił, iż „planuje wykonanie na terenie Nieruchomości i Budynku sieci telekomunikacyjnej w technologii światłowodowej ( (...)) - (...)) ( (...)) — gigabitowa pasywna sieć światłowodowa), która umożliwi świadczenie mieszkańcom Budynku szerokopasmowych usług telekomunikacyjnych w najwyższej jakości”.

Operator podniósł, iż z przyczyn technicznych (różnice technologiczne) brak jest możliwości wykorzystania znajdującej się w Budynku sieci telekomunikacyjnej innych podmiotów. /**k. 1-13 akt adm.**/

Budynek jest wyposażony w infrastrukturę telekomunikacyjną (...) S.A. z siedzibą w G. (dalej (...)) wykonaną w technologii H.. Infrastruktura ta nie nadaje się do wykorzystania z przyczyn technicznych, jak i z uwagi na deklarowane przez MP: jej stan i zajętość (na dowód czego Operator przedstawił swoją korespondencję z MP, tj. pismo Operatora z dnia 17 września 2015 r. oraz odpowiedź MP z dnia 12 października 2015 r.). /**k. 29-31, k. 33 akt adm.**/

Operator wskazał również, iż w Budynku znajduje się „osiedlowa sieć telewizyjna, której statut właścicielski nie jest znany Wnioskodawcy”. Sieć ta z przyczyn technologicznych również nie nadaje się do wykorzystania w celu świadczenia szerokopasmowych usług telekomunikacyjnych.

We Wniosku Operator przedstawił projekt umowy oraz załączył do niego m.in. korespondencję z Udostępniającym i z MP. /**k. 1-13 akt adm.**/

Pismem z dnia 12 listopada 2015 r. Prezes UKE zawiadomił Udostępniającego oraz Operatora o wszczęciu w dniu 3 listopada 2015 r. postępowania z Wniosku. Jednocześnie, działając na podstawie art. 21 ust. 3 ustawy o wspieraniu rozwoju, Prezes UKE wezwał Udostępniającego do:

- 1) przedstawienia stanowiska w sprawie Wniosku, a także wszelkich dokumentów niezbędnych do jego rozpatrzenia,
- 2) wskazania jaka i czyja infrastruktura telekomunikacyjna znajduje się w Budynku oraz na Nieruchomości (ze wskazaniem technologii, w jakiej wykonano elementy infrastruktury),
- 3) wyjaśnienia, czy R.(...) jest zarządcą Nieruchomości,
- 4) w przypadku udzielenia pozytywnej odpowiedzi na pytanie w pkt 3, przedstawienia tekstu umowy bądź innego dokumentu określającego zakres uprawnień przysługujących T. S. w ramach zarządzania Nieruchomością,
- 5) wyjaśnienia, czy T. S. przekazał Wspólnocie wniosek (...) z dnia 14 sierpnia 2015 r. o podjęcie negocjacji i zawarcie umowy o dostępie do Nieruchomości,
- 6) wskazania numeru księgi wieczystej prowadzonej dla Nieruchomości, w tym dla Budynku. **/k. 45-45v akt adm./**

Pismem z dnia 11 grudnia 2015 r. (wpływ do UKE - 14 grudnia 2015 r.) R.(...) wskazał, iż wysłane przez Prezesa UKE zawiadomieni o wszczęciu postępowania wraz z wezwaniem zostały mu doręczone omyłkowo. W przedmiotowym piśmie R.(...) poinformował, iż nie jest zarządcą Budynku oraz Nieruchomości ustanowionym w trybie art. 18 ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 1892, dalej „ustawa o własności lokali”) oraz, że nie jest uprawniony do przyjmowania wniosków o dostęp do Nieruchomości, w tym do Budynku i podpisywania w imieniu Udostępniającego przedmiotowych umów. R.(...) wskazał, iż nie jest również stroną postępowania prowadzonego z Wniosku. **/k. 46 akt adm./**

Pismem z dnia 21 grudnia 2015 r. Prezes UKE wezwał R.(...) do:

- 1) wskazania adresu, w tym adresu do korespondencji dla Wspólnoty/zarządu Wspólnoty,
- 2) przekazania umowy bądź innego dokumentu określającego zakres uprawnień przysługujących R.(...) w ramach zarządzania Budynkiem oraz Nieruchomością. **/k. 82-82v akt adm./**

Pismem z dnia 22 stycznia 2016 r. (wpływ do UKE - 26 stycznia 2016 r.) Operator wskazał, iż zgodnie z art. 6 ustawy o własności lokali, wspólnota mieszkaniowa może nabywać prawa i zaciągać zobowiązania, pozywać i być pozywana. Podmiot ten jest bezpośrednim adresatem praw i obowiązków określonych przepisami powszechnie obowiązującego prawa, a sama wspólnota mieszkaniowa jest podmiotem reprezentującym 100% udziałów w prawie własności nieruchomości wspólnej. Operator wskazał także na ciężące na wspólnocie mieszkaniowej obowiązki w zakresie statystyki publicznej, oraz że zaświadczenie o wpisaniu podmiotu do rejestru Regon należy traktować jako urzędowy dokument w rozumieniu art. 76 § 1 kpa. Zdaniem Operatora, brak przeciwdowodu skutkować będzie koniecznością uznania, iż adres Udostępniającego wskazany w rejestrze Regon jest właściwy i aktualny. Operator wskazał, iż przepisy ustawy o wspieraniu rozwoju nie definiują pojęcia zarządcy nieruchomości, w związku z czym należy przyjąć szerokie rozumienie omawianego zwrotu. Operator podniósł, iż R.(...) nie wskazał, iż nie jest zarządcą nieruchomości, lecz, że nie jest podmiotem uprawnionym do zawarcia umowy dostępowej. Jeśli jednak R.(...) jest zarządcą nieruchomości (a w ocenie Operatora tak jest), to jest on uprawniony i zobowiązany do prowadzenia negocjacji i zawarcia umowy dostępowej na rzecz wspólnoty mieszkaniowej. Operator zaznaczył, że zarówno wniosek o wszczęcie negocjacji, jak i Wniosek zostały zaadresowane bezpośrednio do Udostępniającego - na adres wskazany w jedynym publicznie dostępnym i urzędowym rejestrze zawierającym dane wspólnot mieszkaniowych (tj. rejestr Regon), a R.(...) był jedynie pośrednikiem korespondencji kierowanej do Udostępniającego - jako zarządca nieruchomości. Operator wskazał, iż wniosek o wszczęcie negocjacji został prawidłowo wystosowany, a uczestnikiem postępowania jest Udostępniający, którego adres jest wskazany w rejestrze Regon. **/k. 84-87 akt adm./**

Pismem z dnia 3 lutego 2016 r. (wpływ do UKE - 8 lutego 2016 r.) Operator ponownie wskazał na brak możliwości wykorzystania instalacji telekomunikacyjnej znajdującej się w Budynku dla zamierzenia inwestycyjnego planowanego przez Operatora. **/k. 89-92 akt adm./**

Pismem z dnia 23 lutego 2016 r. Prezes UKE ponownie wezwał Udostępniającego do:

- 1) wskazania, jaka i czyja infrastruktura telekomunikacyjna znajduje się w Budynku oraz na Nieruchomości (ze wskazaniem technologii, w jakiej wykonano elementy infrastruktury),
- 2) wskazania, czy w ocenie Wspólnoty istnieje możliwość wykorzystania przez Operatora infrastruktury telekomunikacyjnej znajdującej się w Budynku oraz na Nieruchomości, w celu świadczenia usług w Budynku,
- 3) wskazania numeru księgi wieczystej prowadzonej dla Nieruchomości, w tym dla Budynku. **/k. 93-94 akt adm./**

Prezes UKE zwrócił się do Wydziału Geodezji i Gospodarki Nieruchomościami Urzędu Miejskiego w Z. (pismo z 23 lutego 2016 r.) o przekazanie numeru księgi wieczystej m.in. dla Nieruchomości.

Na podstawie danych zawartych w Systemie Informacyjnym o Infrastrukturze Szerokopasmowej Prezes UKE ustalił, że możliwość świadczenia usług telekomunikacyjnych w Budynku zadeklarowali: (...) S.A. z siedzibą w W. (dalej (...)), (...) S.A. z siedzibą w W. (dalej (...)), K. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe (...) (dalej (...)).

Pismami z dnia 3 marca 2016 r. Prezes UKE wezwał: (...), N., (...) oraz MP do wskazania:

- 1) czy posiadają instalację telekomunikacyjną w Budynku, a jeśli tak, wskazanie w jakiej technologii jest ona wykonana (miedź, światłowód, radiodostęp) i czy istnieje możliwość jej wykorzystania przez Operatora (zarówno w zakresie dostępu do kabli, jak i dostępu do samej kanalizacji kablowej w celu ułożenia kabli przez Operatora), tak by Operator mógł świadczyć usługi w Budynku w takim standardzie, jaki zostałby osiągnięty w przypadku wybudowania przez Operatora własnej sieci w technologii (...),
- 2) czy posiadają przyłącze telekomunikacyjne doprowadzone do Budynku, a jeśli tak, wskazanie w jakiej technologii jest ono wykonane (miedź, światłowód, radiodostęp) i czy jest możliwość jego wykorzystania przez Operatora (zarówno w zakresie dostępu do kabli, jak i dostępu do samej kanalizacji kablowej w celu ułożenia kabli przez Operatora), tak by Operator mógł świadczyć usługi w Budynku w takim standardzie, jaki zostałby osiągnięty w przypadku wybudowania przez Operatora własnej sieci w technologii (...),
- 3) jacy operatorzy świadczą usługi w oparciu o należące do nich przyłącze telekomunikacyjne doprowadzone do Budynku oraz instalację telekomunikacyjną w Budynku (zarówno w zakresie dostępu do kabli, jak i dostępu do samej kanalizacji kablowej). **/k. 95-96, k. 97-98, k. 99-100, k. 101-102 akt adm./**

Pismem z dnia 16 marca 2016 r. (wpływ do UKE - 18 marca 2016 r.) (...) wskazała, iż w Budynku „istnieją instalacje telekomunikacyjne wykonane w technologii miedzianej. Istnieje możliwość wykorzystania istniejącej instalacji telekomunikacyjnej przez innego operatora jednak standard usługi nie będzie taki jak w przypadku wybudowania przez (...) sieci w technologii (...)” oraz że „pod wskazanym adresem istnieje przyłącze telekomunikacyjne wykonane w technologii miedzianej. Nie ma możliwości wykorzystania istniejącego przyłącza, tak aby (...) mógł świadczyć usługi w Budynku w takim standardzie, jaki zostałby osiągnięty w przypadku wybudowania przez tego operatora własnej sieci (...)”. **/k. 103-103v akt adm./**

Pismem z dnia 11 marca 2016 r. (wpływ do UKE - 18 marca 2016 r.) Wydział Geodezji i Gospodarki Nieruchomościami Urzędu Miejskiego w Z. przekazał numer księgi wieczystej m.in. dla Nieruchomości. **/k. 104 akt adm./**

Pismem z dnia 10 marca 2016 r. (wpływ do UKE - 23 marca 2016 r.) MP wskazała, iż nie jest właścicielem infrastruktury telekomunikacyjnej na Nieruchomości, w tym w Budynku, a właścicielem takim jest (...) sp. z o.o. z siedzibą w G. (dalej (...)). **/k. 105 akt adm./**

Pismem z dnia 21 marca 2016 r. (wpływu do UKE - 24 marca 2016 r.) N. wskazała, iż na Nieruchomości, w tym w Budynku, „nie posiada własnych instalacji telekomunikacyjnych oraz przyłączy telekomunikacyjnych”. **/k. 106 akt adm./**

Pismem z dnia 24 marca 2016 r. (wpływ do UKE - 31 marca 2016 r.) (...) wskazał, iż jego infrastruktura w Budynku jest wykonana w technologii miedzianej, a „kanalizacja blokowa jak i doziemna jest wykorzystana w 100%.” Nie jest możliwe wykorzystanie istniejących okablowań (...) z powodu różnic technologii ich wykonania. **/k. 107 akt adm./**

Pismem z dnia 25 kwietnia 2016 r. (wpływu do UKE - 28 kwietnia 2016 r.) (...) wskazała, iż w Budynku posiada „sieć w technologii H. (koncentryczna - miedź). Zastosowana technologia nie pozwala na wykorzystanie jej przez innego Operatora zwłaszcza dla technologii (...), brak możliwości ułożenia dodatkowych kabli w istniejący rurarz (wypełnienie praktycznie w 100%). Przyłącze do budynku (...) wykonane jest również w technologii H. (koncentryczna - miedź) w kanalizacji dzierżawionej od (...)”. (...) wskazała, iż powyższa infrastruktura jest wykorzystywana przez MP w celu zapewnienia telekomunikacji w Budynku na podstawie umowy obligacyjnej. **/k. 112, k. 113 akt adm./**

W dniach 1 czerwca 2016 r. - 1 lipca 2016 r. Prezes UKE, zgodnie z art. 15 pkt 4 Pt, przeprowadził postępowanie konsultacyjne dotyczące projektu decyzji administracyjnej w sprawie. Pismem z dnia 1 czerwca 2016 r. Prezes UKE zawiadomił Strony o rozpoczęciu w dniu 1 czerwca 2016 r. postępowania konsultacyjnego dotyczącego projektu decyzji w sprawie. **/k. 114 akt adm./**

Pismem z dnia 3 czerwca 2016 r. Prezes UKE zawiadomił Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o rozpoczęciu w dniu 1 czerwca 2016 r. postępowania konsultacyjnego dotyczącego projektu decyzji w sprawie. **/k. 115 akt adm./**

Pismem z dnia 30 czerwca 2016 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej w wersji elektronicznej w dniu 1 lipca 2016 r.) Operator przedstawił stanowisko konsultacyjne odnośnie projektu decyzji. Operator wskazał, iż wydawana przez Prezesa UKE decyzja powinna stwarzać Operatorowi podobne warunki do tych, wedle których z Nieruchomości korzystają inni operatorzy, a „Prezes UKE nie może ustalić dla Operatora mniej korzystnych warunków korzystania z nieruchomości, niż te które ustalił Uczestnik postępowania (...) w umowach z innymi operatorami świadczącymi usługi na Nieruchomości”. Operator przekazał następujące uwagi (propozycje zmian) do konsultowanego projektu decyzji:

- w zakresie zabezpieczenia szkód (§ 4 ust. 12-15 projektu decyzji) Operator wskazał, iż brak jest podstaw do wprowadzenia kaucji zabezpieczającej. Operator przywołał decyzję Prezesa UOKiK, w której organ ten przedstawił wytyczne odnośnie określenia wysokości kaucji oraz okoliczności jej zastrzegania. W ocenie Operatora wpłata i ustalony sposób rozliczenia kaucji stwarzają realną barierę dla Operatora, co może stawiać konkurentów Operatora w uprzywilejowanej sytuacji, a żadna ze stron w toku sprawy nie żądała kaucji. Zdaniem Operatora wpłata oraz zwrot kaucji jedynie niepotrzebnie wydłużają proces realizacji inwestycji, rodzi problemy fiskalne oraz realnie zwiększa koszty funkcjonowania Operatora, jak i Udostępniającego. W związku z powyższym Operator wniósł, aby mógł: przedstawić Udostępniającemu polisę na dowód zawarcia umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą, łącznie na sumę nie mniejszą niż 500 000 zł (wariant I) albo, według własnego wyboru, wpłacić na rzecz Udostępniającego kaucję zabezpieczającą lub przedstawić Udostępniającemu polisę na dowód zawarcia umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą, łącznie na sumę nie mniejszą niż 500 000 zł (wariant II). W ocenie Operatora wysokość kaucji jest ponadto wygórowana jak na budowę sieci metodą natynkową;
- § 2 ust. 1 pkt 1 lit. a projektu decyzji — Operator wniósł, aby doprecyzować, iż jest uprawniony do budowy sieci metodą natynkową;

- § 2 ust. 3 projektu decyzji - dotyczący kolizji sieci z innymi instalacjami - Operator wniósł o sprecyzowanie, że nie chodzi o całkowity brak kolizji, lecz o to, by prace były prowadzone w sposób nienaruszający istniejących przewodów;
- § 2 ust. 10 projektu decyzji - dotyczący zastępczego usunięcia szkody - Operator wniósł, aby wydłużyć przewidziany termin z 14 do 30 dni, a Udostępniający, zanim przystąpi do usunięcia szkody na koszt Operatora, powinien wezwać go do usunięcia szkody;
- § 2 ust. 11 pkt 2 tiret pierwsze - dotyczący wynagrodzenia za dozоровanie pracowników Operatora - zdaniem Operatora brak jest podstaw, aby podczas prac związanych z wykonaniem Infrastruktury obecny miałby być pracownik ochrony zatrudniony przez Udostępniającego. Operator zaproponował wykreślenie tego postanowienia, względnie wskazania ryczałtowej wysokości tego wynagrodzenia (10 zł brutto za każdą rozpoczętą godzinę wykonywania czynności dozoru);
- § 2 ust. 11 pkt 2 tiret drugie - dotyczący kosztów potwierdzenia zachowania norm -Operator wskazał, iż nie znajduje w przepisach obowiązku potwierdzania przez właściwe organy norm bezpieczeństwa, w związku z czym postanowienie to powinno zostać albo usunięte albo doprecyzowane;
- § 2 ust. 11 pkt 2 tiret czwarte - dotyczący kosztów związanych z energią elektryczną - Operator wniósł o wykreślenie tego postanowienia, z uwagi na fakt, iż Operator umieści na terenie Nieruchomości wyłącznie urządzenia pasywne, które nie wymagają zasilania w energię elektryczną;
- § 2 ust. 12 projektu decyzji - dotyczący zasad zwrotu kosztów - Operator wniósł o doprecyzowanie, iż zwrot tych kosztów nastąpi w oparciu o dodatkowo „dokumenty potwierdzające wysokość poniesionych kosztów”, po otrzymaniu „kompletu tych dokumentów”;
- § 4 ust. 1 projektu decyzji - poprzez doprecyzowanie, iż Projekt nie będzie obejmował instalacji abonenckich;
- § 4 ust. 3 projektu decyzji - poprzez dodanie postanowienia, uprawniającego Operatora do samodzielnego dokonania oględzin Budynku w celu uzyskania informacji niezbędnych do przygotowania Projektu;
- § 4 ust. 5 projektu decyzji - poprzez doprecyzowanie podmiotu uprawnionego do oceny zasadności uwag Udostępniającego - wskazanie wprost, iż jest to Operator;
- § 4 ust. 10 projektu decyzji - dotyczący uzgodnienia terminu przyłączenia nowego Abonenta lub wymiany okablowania - Operator wskazał, iż brak jest podstaw, ze względu na które miałyby uzgadniać z Udostępniającym termin wykonania podłączenia konkretnego Abonenta. W ocenie Operatora postanowienie to jest sprzeczne z § 4 ust. 6 projektu decyzji, w którym jest mowa jedynie o zawiadomieniu, a nie uzgodnieniu terminu rozpoczęcia prac. Ponadto, samo uzgadnianie z Udostępniającym terminu wykonania podłączenia konkretnego Abonenta stanowi naruszenie prawnie chronionej tajemnicy, utrudnia Abonentom szybsze skorzystanie z usług, daje Udostępniającemu niczym nieuzasadnione możliwości blokowania i paraliżowania działalności Operatora oraz rodzi problemy organizacyjne związane z koordynacją terminów. Operator wniósł o skrócenie przewidzianego terminu z 7 dni do 1 dnia;
- § 4 ust. 16 projektu decyzji - dotyczący dokumentacji związanej z przyłączaniem nowych Abonentów - poprzez doprecyzowanie, iż obowiązek przekazywania Udostępniającemu dokumentacji wprowadzonych zmian oraz opracowań projektowych i dokumentów technicznych robót budowlanych związanych z wykonaniem Infrastruktury nie dotyczy prac polegających na budowie nowych elementów Infrastruktury służących do przyłączenia nowych Abonentów oraz dokumentów już wcześniej przekazanych;
- § 4 ust. 17 projektu decyzji - poprzez jego wykreślenie lub doprecyzowanie, iż żądanie dodatkowych wyjaśnień w zakresie prowadzonych przez Operatora prac nie powoduje ich wstrzymania;

- § 7 ust. 2 projektu decyzji - dotyczący sposobu informowania o awarii - poprzez dodanie formy e-mail, w przypadku gdyby druga strona nie odebrała telefonu;
- § 8 ust. 2 projektu decyzji - poprzez wykreślenie zdania drugiego. Operator wskazał, iż w dokumentach rejestrowych nie podaje się numeru konta bankowego oraz adresu e-mail (ten jest podawany fakultatywnie), a dla wspólnot mieszkaniowych nie prowadzi się stosownych rejestrów. **/k. 117-125v, k. 126-127v, k. 128-129v, k. 130 akt adm./**

Pismem z dnia 7 lipca 2016 r. Prezes UKE zawiadomił Strony, iż zgodnie z art. 10 § 1 kpa mogą zapoznać się z materiałem zgromadzonym w sprawie, a także wypowiedzieć się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań. **/k. 131 akt adm./**

W dniu 29 lipca 2016 r. Prezes UKE, zgodnie z art. 15 pkt 4 Pt, przeprowadził ponowne postępowanie konsultacyjne dotyczące projektu decyzji administracyjnej w sprawie. **/k. 132 akt adm./**

Pismami z dnia 29 lipca 2016 r. Prezes UKE zawiadomił Prezesa UOKiK oraz Strony o rozpoczęciu w dniu 29 lipca 2016 r. postępowania konsultacyjnego dotyczącego projektu decyzji w sprawie. **/k. 133-133v, k. 134-134v, k. 136 akt adm./**

Pismem z dnia 29 sierpnia 2016 r. (wpływ do UKE w wersji elektronicznej – 29 sierpnia 2016 r.) Operator przedstawił stanowisko konsultacyjne odnośnie projektu decyzji. Operator podtrzymał dotychczasowe uwagi przedstawione w pierwszym stanowisku konsultacyjnym z dnia 30 czerwca 2016 r. i wskazał, iż zastosowanie przez Prezesa UKE jakichkolwiek rozwiązań alternatywnych wobec propozycji stron jest możliwe wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach, jeżeli jest to uzasadnione potrzebą zapewnienia ochrony interesów mieszkańców budynków lub użytkowników końcowych, koniecznością zapewnienia niedyskryminujących i proporcjonalnych warunków lub potrzebą uwzględnienia celów w określonych w art. 8 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa) (Dz.Urz. UE L 108 z 24.04.2002, str. 33, z późn. zm.). W niniejszej sprawie nie zaistniała żadna z powyższych przesłanek. W ocenie Operatora, Prezes UKE w projekcie decyzji bez podstawy prawnej zastosował rozwiązania alternatywne wobec propozycji Stron (tj. Operatora). W związku z tym Operator wniósł o ponowne przeanalizowanie uwag zgłoszonych w stanowisku Operatora z dnia 30 czerwca 2016 r., w szczególności w zakresie zaniechania wprowadzania kaucji lub alternatywnego zabezpieczenia w postaci obowiązku posiadania polisy ubezpieczeniowej. Zdaniem Operatora, zastosowanie kaucji nie ma podstawy prawnej i skutkuje określeniem dyskryminujących i nieproporcjonalnych warunków dostępu dla Operatora. Prezes UKE, stosując rozwiązania alternatywne wobec propozycji Stron, powinien ustalić czy nie są one dyskryminujące w stosunku do zasad na jakich inni operatorzy korzystają z Nieruchomości. Zgodnie z wiedzą Operatora żaden przedsiębiorca telekomunikacyjny korzystający z Nieruchomości nie ma obowiązku uiszczania kaucji. Zdaniem Operatora ustalenie w decyzji zabezpieczenia w postaci kaucji jest również uciążliwe dla Operatora, a skoro wnioskowany przez Strony (lub przez jedną Stronę przy braku sprzeciwu drugiej) środek (tj. polisa ubezpieczeniowa) zabezpiecza wykonanie umowy, to nie ma potrzeby określenia alternatywnych narzędzi (w tym m. in. kaucji). Operator wskazał, że od dnia 1 lipca 2016 r. w ustawie o wspieraniu rozwoju brak jest przepisu, który wprost upoważniałby Prezesa UKE do stosowania rozwiązań alternatywnych (do tego momentu przepisem takim był art. 22 ust. 1 pkt 5 ustawy o wspieraniu rozwoju). Ponadto, zdaniem Operatora, „konsekwencją braku zgłoszenia uwag do warunków dostępowych określonych w projekcie umowy dostępowej przesłanej Uczestnikowi oraz w wniosku do Prezesa UKE, powinno być uznanie, że wspólnota mieszkaniowa zasadniczo akceptuje zaproponowane warunki”. **/k. 138-141, k. 142 akt adm./**

Pismem z dnia 30 sierpnia 2016 r. Prezes UKE zawiadomił Strony, iż zgodnie z art. 10 § 1 kpa mogą zapoznać się z materiałem zgromadzonym w sprawie, a także wypowiedzieć się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań. **/k. 143 akt adm./**

Powyższy stan faktyczny został ustalony w oparciu o dowody z dokumentów zgromadzonych w postępowaniu administracyjnym, które nie były przez żadną ze stron niniejszego postępowania kwestionowane.

### **Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutów powoda dotyczących naruszenia przez Prezesa UKE przepisów procedury administracyjnej, należy stwierdzić, że ewentualne naruszenie przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego w toku prowadzonego postępowania administracyjnego nie jest przedmiotem postępowania przed tutejszym Sądem, jak również nie stanowi samoistnej podstawy uchylecia decyzji w tym postępowaniu, nie ma ono bowiem wpływu na ocenę prawidłowości zaskarżonej decyzji.

Wniesienie odwołania do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów od decyzji administracyjnej wszczyna postępowanie sądowe, w którym Sąd ten rozpoznaje sprawę od nowa.

Sąd na nowo przeprowadza postępowanie dowodowe w oparciu o dowody zgromadzone w postępowaniu administracyjnym, jak również gromadząc materiał dowodowy w postępowaniu sądowym, z tego względu przebieg postępowania administracyjnego nie ma wpływu na ostateczną decyzję podejmowaną przez Sąd. W tym miejscu należy stwierdzić, że to do powoda należało wykazanie, że zaprezentowane przez organ dowody nie pozwalają na konkluzję taką jak w decyzji, zaś rzeczą sądu nie jest zastąpienie organu i przeprowadzenie postępowania od początku, a jedynie ocena legalności decyzji i w zależności od przewidzianych prawem możliwości bądź zmiana decyzji bądź jej uchylenie. Postępowanie sądowe przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest postępowaniem kontradyktoryjnym, w którym uwzględnia się materiał dowodowy zgromadzony w postępowaniu administracyjnym, co nie pozbawia jednak stron możliwości podnoszenia nowych twierdzeń faktycznych i nowych dowodów, według zasad obowiązujących w postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych. Na podstawie zebranego w ten sposób materiału dowodowego Sąd dokonuje ustaleń faktycznych i dokonuje subsumcji przepisów do ustalonego stanu faktycznego, czego skutkiem jest wydanie rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie. Sąd stwierdza, że powód nie powołał nowych dowodów w sprawie, zatem rozstrzygnięcie oparł o materiał dowodowy zgromadzony w postępowaniu administracyjnym. Gdyby nawet uznać, że w postępowaniu administracyjnym doszło do uchybień proceduralnych np. w zakresie postępowania dowodowego to nie mogą one być przedmiotem postępowania sądowego mającego na celu merytoryczne rozstrzygnięcie sporu, albowiem Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zobowiązany jest do wszechstronnego zbadania wszystkich istotnych okoliczności sprawy, przy uwzględnieniu zasad rozkładu ciężaru dowodu i obowiązku stron w postępowaniu dowodowym (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 23 lutego 2007 r., sygn. akt VI ACa 952/06).

Zgodnie zaś z ugruntowanym w orzecznictwie poglądem (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 1991 r., sygn. akt III CRN 120/91, Lex nr 3724; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 października 1998 r., sygn. akt I CKN 265/98, Lex nr 35385; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 sierpnia 1999 r., sygn. akt I CKN 351 /99, Lex nr 38556; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2001 r., sygn. akt I CKN 1036/98, Lex nr 52708) Sąd Ochrony konkurencji i Konsumentów nie może ograniczyć rozpoznania sprawy wynikającej z odwołania od decyzji tylko do funkcji sprawdzającej prawidłowość postępowania administracyjnego, które poprzedza postępowania sądowe. Przekazanie przez Prezesa URE odwołania wszczyna kontradyktoryjne postępowanie cywilne, którego celem nie jest przeprowadzenie kontroli postępowania administracyjnego ale merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy.

W związku z powyższym, zarzuty dotyczące przebiegu postępowania administracyjnego przed Prezesem UKE podlegają uwzględnieniu jedynie w takim zakresie, w jakim ich uwzględnienie uniemożliwiłoby pozostawienie jego decyzji w obrocie prawnym, nawet po ewentualnej reformie jej treści. Reasumując należy stwierdzić, że wskazywane przez powoda naruszenie przepisów kpa nie uzasadnia uchylecia wydanej decyzji.

Przechodząc do merytorycznych zarzutów odwołującego należy stwierdzić, że pozwany prawidłowo przyjął, iż w niniejszej sprawie należało zastosować przepisy ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (dalej: w.r.u.is.t.) w brzmieniu nadanym nowelizacją ustawy z 9 czerwca 2016 r., która weszła w życie 1 lipca 2016 r.

Zgodnie natomiast z art. 30 ustawy o wspieraniu rozwoju:

- ustęp 1: Właściciel, użytkownik wieczysty lub zarządca nieruchomości, niebędący przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, jest obowiązany zapewnić przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu dostęp do nieruchomości, w tym do budynku oraz punktu styku, polegający w szczególności na:

1) zapewnieniu możliwości wykorzystywania istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego lub istniejącej instalacji telekomunikacyjnej budynku, jeżeli powielenie takiej infrastruktury byłoby ekonomicznie nieopłacalne lub technicznie niemożliwe,

2) umożliwieniu doprowadzenia przyłącza telekomunikacyjnego aż do punktu styku,

3) umożliwieniu wykonania instalacji telekomunikacyjnej budynku, jeżeli:

a) nie istnieje instalacja telekomunikacyjna budynku przystosowana do dostarczania usług szerokopasmowego dostępu do Internetu o przepustowości co najmniej 30 Mb/s lub

b) istniejąca instalacja telekomunikacyjna budynku przystosowana do dostarczania usług szerokopasmowego dostępu do Internetu o przepustowości co najmniej 30 Mb/s nie jest dostępna lub nie odpowiada zapotrzebowaniu przedsiębiorcy telekomunikacyjnego,

4) umożliwieniu korzystania z punktu styku,

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

- w celu zapewnienia telekomunikacji w tym budynku.

- ustęp 1a stanowi natomiast, że: Warunek, o którym mowa w ust. 1 pkt 3 lit. b, uważa się za spełniony w szczególności, gdy:

1) właściciel instalacji telekomunikacyjnej budynku nie podejmuje negocjacji z przedsiębiorcą telekomunikacyjnym w sprawie dostępu do tej instalacji;

2) właściciel instalacji telekomunikacyjnej budynku odmawia przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu dostępu do tej instalacji;

3) oferowane warunki dostępu do instalacji są dyskryminujące lub uniemożliwiają przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu oferowanie użytkownikom końcowym konkurencyjnych warunków świadczenia usług, w tym cenowych i jakościowych;

4) przedsiębiorca telekomunikacyjny świadczy usługi w innej technologii niż instalacja telekomunikacyjna w budynku.

- ustęp 4: Warunki dostępu, o którym mowa w ust. 1 i 3, określa umowa zawarta między przedsiębiorcą telekomunikacyjnym a odpowiednio właścicielem, użytkownikiem wieczystym lub zarządcą nieruchomości, właścicielem kabla telekomunikacyjnego, instalacji telekomunikacyjnej budynku lub przyłącza telekomunikacyjnego. Zawarcie umowy, o którym mowa w zdaniu pierwszym, stanowi czynność zwykłego zarządu.



- ustęp 5b: W przypadku niezawarcia umowy, o której mowa w ust. 4, stroną postępowania w sprawie wydania decyzji o dostępie, o którym mowa w ust. 1 i 3, jest właściciel, użytkownik wieczysty lub zarządca nieruchomości, do którego przedsiębiorca telekomunikacyjny wystąpił z wnioskiem o zapewnienie tego dostępu.

Zgodnie z treścią art. 21 ust. 2 ustawy o wspieraniu rozwoju, w przypadku niepodjęcia negocjacji w sprawie zawarcia umowy o dostępie do infrastruktury technicznej przez operatora sieci, odmowy udzielenia tego dostępu lub niezawarcia umowy o dostępie do infrastruktury technicznej w terminie 60 dni od dnia złożenia wniosku o taki dostęp każda ze stron może zwrócić się do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji w sprawie dostępu do infrastruktury technicznej.

Natomiast w myśl art. 22 ust. 1 ustawy, Prezes UKE wydaje decyzję w sprawie dostępu do infrastruktury technicznej w terminie 60 dni od dnia złożenia wniosku o jej wydanie, biorąc pod uwagę w szczególności konieczność zapewnienia niedyskryminacyjnych i proporcjonalnych warunków dostępu.

Zgodnie z treścią art. 10 ust. 1 pkt 4 pkt 3 ustawy z dnia 9 czerwca 2016 r. nowelizującej ustawę o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych oraz niektórych innych ustaw, w przypadku gdy wniosek o wydanie decyzji złożony został na podstawie art. 139 ust. 4 w zw. z art. 27 ust. 2 lub 2b ustawy zmienianej w art. 8, a postępowanie w tej sprawie nie zostało zakończone przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy, postępowanie to jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy zmienianej w art. 8 – w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą.

Zgodnie z art. 30 ust. 1g ustawy o w.r.u.s.it. do właścicieli, użytkowników wieczystych lub zarządców nieruchomości, będących przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, przepisy ust. 1 pkt 2 i 3 stosuje się.

Odnosząc powyższe unormowania do okoliczności niniejszej sprawy, Sąd Okręgowy stwierdza, że w niniejszej sprawie ziściły się wszystkie przesłanki, od których spełnienia zależy wydanie przez Prezesa UKE decyzji w przedmiocie ustalenia warunków dostępu operatora (powoda) do nieruchomości oraz budynków pozostających w zarządzie udostępniającego (zainteresowanego) w celu zapewnienia telekomunikacji w budynkach. Z poczynionych ustaleń faktycznych wynika bowiem, że powód jest podmiotem wpisanym do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych (pod numerem (...)), domagający się udostępnienia nieruchomości - zainteresowany nie jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym - brak wpisu w rejestrze przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Zgodnie natomiast z treścią art. 27 ust. 2 ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych (Dz.U. z 2013 r. poz. 1222 z późn. zm.) zainteresowany T. S. - „R(...)” (...) Zarząd Wspólnot Mieszkaniowych „R. (...)” jest zarządcą nieruchomości, do którego powód wystąpił z wnioskiem o podjęcie negocjacji i zawarcie umowy regulującej m.in. dostęp do Nieruchomości, w tym Budynku w celu zapewnienia telekomunikacji mieszkańcom Budynku.

Operator zwrócił się do Udostępniającego o podjęcie negocjacji z powyższym wnioskiem, co jednak nie przyniosło efektu albowiem Udostępniający nie udzielił odpowiedzi na ww. wniosek Operatora. Operator wskazał we wniosku, że planuje wykonanie na terenie Nieruchomości i Budynku sieci telekomunikacyjnej w technologii światłowodowej ( (...)) - (...) ( (...) – gigabitowa pasywna sieć światłowodowa), która umożliwi świadczenie mieszkańcom Budynku szerokopasmowych usług telekomunikacyjnych w najwyższej jakości". Operator podniósł także, iż z przyczyn technicznych dotyczących różnic technologicznych, brak jest możliwości wykorzystania znajdującej się w Budynku sieci telekomunikacyjnej innych podmiotów. Budynek jest wyposażony w infrastrukturę telekomunikacyjną (...) S.A. z siedzibą w G., która jest wykonana w technologii H., dlatego też ta infrastruktura nie nadaje się do wykorzystania z przyczyn technicznych, jak i z uwagi na deklarowane przez MP: jej stan i zajętość. Operator wskazał ponadto, iż w Budynku znajduje się „osiedlowa sieć telewizyjna, której statut właścicielski nie jest znany Wnioskodawcy, która z przyczyn technologicznych również nie nadaje się do wykorzystania w celu świadczenia szerokopasmowych usług telekomunikacyjnych.

Negocjacje w sprawie zawarcia Umowy o Dostępie do Nieruchomości, w tym do Budynku, trwały od dnia 19 sierpnia 2015 r. Ze względu na niezawarcie umowy o Dostępie, w dniu 3 listopada 2015 r. Operator wystąpił do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji w sprawie Dostępu do Nieruchomości w tym do Budynku. Negocjacje pomiędzy

Operatorem a Udostępniającymi były więc prowadzone ponad 30 dni i nie doprowadziły do zawarcia umowy o Dostęp do Nieruchomości, w tym do Budynku. Oznacza to, że złożenie przez Operatora Wniosku skutecznie zainicjowało postępowanie przed Prezesem UKE.

W związku z tym, wobec braku odpowiedzi Udostępniającego na wniosek Operatora, a w konsekwencji niezawarcia umowy o dostępie, Operator – powód w przedmiotowej sprawie - wystąpił do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji w sprawie dostępu do nieruchomości. Zostało przeprowadzone postępowanie konsultacyjne dotyczące projektu decyzji.

Z kolei na pozostających w zarządzie zainteresowanego „R. (...)” nieruchomościach i w budynkach, których dotyczył wniosek powoda, jak wskazał (...) S.A., w Budynku istnieją instalacje telekomunikacyjne wykonane w technologii miedzianej istnieje możliwość wykorzystania istniejącej instalacji telekomunikacyjnej przez innego operatora jednak standard usługi nie będzie taki jak w przypadku wybudowania przez (...) własnej sieci w technologii (...), jak również, że pod wskazanym adresem istnieje przyłącze telekomunikacyjne wykonane w technologii miedzianej, zatem nie ma możliwości wykorzystania istniejącego przyłącza, tak aby (...) mógł świadczyć usługi w Budynku w takim standardzie, jaki zostałby osiągnięty w przypadku wybudowania przez tego operatora własnej sieci (...).

W sprawie przeprowadzone zostało w dniach 1 czerwca – 1 lipca 2016 r. postępowanie konsultacyjne dotyczące projektu decyzji.

Operator przekazał następujące propozycje zmian do konsultowanego projektu decyzji:

- w zakresie zabezpieczenia szkód (§ 4 ust. 12-15 projektu decyzji) Operator wskazał, iż brak jest podstaw do wprowadzenia kaucji zabezpieczającej. Operator przywołał decyzję Prezesa UOKiK, w której organ ten przedstawił wytyczne odnośnie określenia wysokości kaucji oraz okoliczności jej zastrzegania. W ocenie Operatora wpłata i ustalony sposób rozliczenia kaucji stwarzają realną barierę dla Operatora, co może stawiać konkurentów Operatora w uprzywilejowanej sytuacji, a żadna ze stron w toku sprawy nie żądała kaucji. Zdaniem Operatora wpłata oraz zwrot kaucji jedynie niepotrzebnie wydłużają proces realizacji inwestycji, rodzi problemy fiskalne oraz realnie zwiększa koszty funkcjonowania Operatora, jak i Udostępniającego. W związku z powyższym Operator wniósł, aby mógł: przedstawić Udostępniającemu polisę na dowód zawarcia umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą, łącznie na sumę nie mniejszą niż 500.000 zł (wariant I) albo, według własnego wyboru, wpłacić na rzecz Udostępniającego kaucję zabezpieczającą lub przedstawić Udostępniającemu polisę na dowód zawarcia umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą, łącznie na sumę nie mniejszą niż 500 000 zł (wariant II). W ocenie Operatora wysokość kaucji jest ponadto wygórowana jak na budowę sieci metodą natynkową;

- § 2 ust. 1 pkt 1 lit. a projektu decyzji – Operator wniósł, aby doprecyzować, iż jest uprawniony do budowy sieci metodą natynkową;

- § 2 ust. 3 projektu decyzji - dotyczący kolizji sieci z innymi instalacjami - Operator wniósł o sprecyzowanie, że nie chodzi o całkowity brak kolizji, lecz o to, by prace były prowadzone w sposób nienaruszający istniejących przewodów;

- § 2 ust. 10 projektu decyzji - dotyczący zastępczego usunięcia szkody - Operator wniósł, aby wydłużyć przewidziany termin z 14 do 30 dni, a Udostępniający, zanim przystąpi do usunięcia szkody na koszt Operatora, powinien wezwać go do usunięcia szkody;

- § 2 ust. 11 pkt 2 tiret pierwsze - dotyczący wynagrodzenia za dozоровanie pracowników Operatora - zdaniem Operatora brak jest podstaw, aby podczas prac związanych z wykonaniem Infrastruktury obecny miałby być pracownik ochrony zatrudniony przez Udostępniającego. Operator zaproponował wykreślenie tego postanowienia, względnie wskazania ryczałtowej wysokości tego wynagrodzenia (10 zł brutto za każdą rozpoczętą godzinę wykonywania czynności dozoru);

- § 2 ust. 11 pkt 2 tiret drugie - dotyczący kosztów potwierdzenia zachowania norm - Operator wskazał, iż nie znajduje w przepisach obowiązku potwierdzania przez właściwe organy norm bezpieczeństwa, w związku z czym postanowienie to powinno zostać albo usunięte albo doprecyzowane;

- § 2 ust. 11 pkt 2 tiret czwarte - dotyczący kosztów związanych z energią elektryczną - Operator wniósł o wykreślenie tego postanowienia, z uwagi na fakt, iż Operator umieści na terenie Nieruchomości wyłącznie urządzenia pasywne, które nie wymagają zasilania w energię elektryczną;

- § 2 ust. 12 projektu decyzji - dotyczący zasad zwrotu kosztów - Operator wniósł o doprecyzowanie, iż zwrot tych kosztów nastąpi w oparciu o dodatkowo dokumenty potwierdzające wysokość poniesionych kosztów, po otrzymaniu kompletu tych dokumentów;

- § 4 ust. 1 projektu decyzji - poprzez doprecyzowanie, iż Projekt nie będzie obejmował instalacji abonenckich;

- § 4 ust. 3 projektu decyzji - poprzez dodanie postanowienia, uprawniającego Operatora do samodzielnego dokonania oględzin Budynku w celu uzyskania informacji niezbędnych do przygotowania Projektu;

- § 4 ust. 5 projektu decyzji - poprzez doprecyzowanie podmiotu uprawnionego do oceny zasadności uwag Udostępniającego - wskazanie wprost, iż jest to Operator;

- § 4 ust. 10 projektu decyzji - dotyczący uzgodnienia terminu przyłączenia nowego Abonenta lub wymiany okablowania - Operator wskazał, iż brak jest podstaw, ze względu na które miałby uzgadniać z Udostępniającym termin wykonania podłączenia konkretnego Abonenta. W ocenie Operatora postanowienie to jest sprzeczne z § 4 ust. 6 projektu decyzji, w którym jest mowa jedynie o zawiadomieniu, a nie uzgodnieniu terminu rozpoczęcia prac. Ponadto, samo uzgadnianie z Udostępniającym terminu wykonania podłączenia konkretnego Abonenta stanowi naruszenie prawnie chronionej tajemnicy, utrudnia Abonentom szybsze skorzystanie z usług, daje Udostępniającemu niczym nieuzasadnione możliwości blokowania i paraliżowania działalności Operatora oraz rodzi problemy organizacyjne związane z koordynacją terminów. Operator wniósł o skrócenie przewidzianego terminu z 7 dni do 1 dnia,

- § 4 ust. 16 projektu decyzji - dotyczący dokumentacji związanej z przyłączaniem nowych Abonentów - poprzez doprecyzowanie, iż obowiązek przekazywania Udostępniającemu dokumentacji wprowadzonych zmian oraz opracowań projektowych i dokumentów technicznych robót budowlanych związanych z wykonaniem Infrastruktury nie dotyczy prac polegających na budowie nowych elementów Infrastruktury służących do przyłączenia nowych Abonentów oraz dokumentów już wcześniej przekazanych;

- § 4 ust. 17 projektu decyzji - poprzez jego wykreślenie lub doprecyzowanie, iż żądanie dodatkowych wyjaśnień w zakresie prowadzonych przez Operatora prac nie powoduje ich wstrzymania;

- § 7 ust. 2 projektu decyzji - dotyczący sposobu informowania o awarii - poprzez dodanie formy e-mail, w przypadku gdyby druga strona nie odebrała telefonu;

- § 8 ust. 2 projektu decyzji - poprzez wykreślenie zdania drugiego. Operator wskazał, iż w dokumentach rejestrowych nie podaje się numeru konta bankowego oraz adresu e-mail (ten jest podawany fakultatywnie), a dla wspólnot mieszkaniowych nie prowadzi się stosownych rejestrów.

W dniach 29 lipca 2016 r. - 29 sierpnia 2016 r. Prezes UKE, zgodnie z art. 15 pkt 4 P.t., przeprowadził ponowne postępowanie konsultacyjne. Operator podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko i wskazał, że zastosowanie przez Prezesa UKE jakichkolwiek rozwiązań alternatywnych wobec propozycji stron jest możliwe wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach, jeżeli jest to uzasadnione potrzebą zapewnienia ochrony interesów mieszkańców budynków lub użytkowników końcowych, koniecznością zapewnienia niedyskryminujących proporcjonalnych warunków lub potrzebą uwzględnienia celów w określonych w art. 8 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej - dyrektywa

ramowa (Dz. Urz. UE L 108 z 24.04.2002, str. 33, z późn. zm.). W jego ocenie, Prezes UKE w projekcie decyzji zastosował bez podstawy prawnej rozwiązanie alternatywne wobec propozycji Operatora. Jego zdaniem, zastosowanie kaucji nie ma podstawy prawnej i skutkuje określeniem dyskryminujących i nieproporcjonalnych warunków dostępu dla Operatora. Jak stwierdził, Prezes UKE stosując rozwiązania alternatywne wobec propozycji Stron, powinien ustalić czy nie są one dyskryminujące w stosunku do zasad na jakich inni operatorzy korzystają z Nieruchomości, a zgodnie z wiedzą Operatora żaden przedsiębiorca telekomunikacyjny korzystający z Nieruchomości nie ma obowiązku uiszczenia kaucji.

W tym stanie rzeczy, w ocenie Sądu, Prezes UKE miał podstawy do wydania zaskarżonej decyzji, albowiem wszystkie przesłanki warunkujące jej wydanie, określone w ustawie o wspieraniu rozwoju, zostały spełnione. Podzielając stanowisko pozwanego, wbrew twierdzeniom Operatora, Prezes UKE wydając decyzję ustalającą warunki dostępu do nieruchomości, może zastosować rozwiązania alternatywne do tych proponowanych przez strony, co też uczynił w przypadku wprowadzenia w sentencji skarżonej Decyzji postanowień związanych z kaucją.

Aktualne przepisy ustawy o wspieraniu rozwoju przyznają bowiem prymat woli stron w kształtowaniu treści warunków dostępu. Podkreślenia bowiem wymaga, że strony nie osiągnęły ze sobą porozumienia w jakimkolwiek zakresie, na co zwrócił również uwagę Prezes UKE. Stanowisko w kwestii kształtowania treści warunków dostępu wyraził jedynie Operator, podczas gdy Udostępniający w toku negocjacji poprzedzających złożenie wniosku, jak również w toku postępowania administracyjnego nie przedstawił żadnego stanowiska. W związku z powyższym, nie można uznać, że w sprawie zaistniały jakiekolwiek „propozycje Stron”, co do których strony osiągnęły porozumienie, a propozycje te nie stanowiły kwestii spornych pomiędzy stronami. W negocjacjach mogą uczestniczyć co najmniej dwie strony, nie zaś jedna, jak to miało miejsce w przedmiotowej sprawie. Fakt negocjacji, w ramach, jakie wskazuje powód – nie miał miejsca. Wobec brak reakcji Udostępniającego nie można przyjąć domniemania, że strona nie wypowiadająca się akceptuje proponowane warunki umowy dostępowej. Przede wszystkim możliwość zastosowania takiego domniemania nie wynika z przepisów prawa. Zgodzić się zatem należy z pozwanym, że w tej sytuacji wystąpiła jedynie propozycja warunków Dostępu jednej ze stron, tj. Operatora, która podlegała ocenie przez Prezesa UKE w skarżonej Decyzji.

Prezes UKE jest zatem uprawniony do zastosowania rozwiązania alternatywnego wobec propozycji jednej ze stron postępowania, czyli w tym wypadku Operatora. Ustalając warunki Dostępu, Prezes UKE musi uwzględnić słuszny interes obu stron postępowania, a nie wyłącznie jednej z nich, albowiem nie są to warunki wynikające z negocjacji obu stron. Na podstawie przepisów ustawy o wspieraniu rozwoju Prezes UKE jest zatem uprawniony do ustalenia warunków Dostępu w sposób całościowy, a nie wyłącznie ograniczając się do wskazanych przez strony postępowania kwestii spornych.

Zgodnie z treścią art. 21 ust. 2 ustawy o wspieraniu rozwoju, wniosek strony składany do Prezesa UKE na podstawie tego przepisu jest wnioskiem o wydanie decyzji w sprawie dostępu do infrastruktury technicznej (w niniejszej sprawie - poprzez odpowiednie zastosowanie - zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy o wspieraniu rozwoju - wnioskiem o wydanie decyzji w sprawie Dostępu), a nie wyłącznie wnioskiem o rozstrzygnięcie kwestii spornych.

Z kolei zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju, Prezes UKE wydaje decyzję w sprawie dostępu do infrastruktury technicznej (w niniejszej sprawie - w sprawie Dostępu), a nie wyłącznie w sprawie rozstrzygnięcia kwestii spornych.

W ocenie Sądu, sformułowane w odwołaniu zarzuty i twierdzenia nie zasługiwały na uwzględnienie, gdyż stanowiły one jedynie niepopartą dowodami polemikę z rozstrzygnięciem organu regulacyjnego i nie mogły prowadzić do zmiany lub uchylecia decyzji.

Odnosząc się do zarzutu co do naruszenia § 4 ust. 12 - 15 w zakresie wysokości kaucji Sąd uznał, za racjonalne stanowisko pozwanego, że kaucja ta ustalona została w sposób odpowiadający praktyce regulacyjnej z uwzględnieniem skali przewidywanych prac. Propozycja przedstawiona przez powoda nie została poparta żadnymi argumentami. W

szczegółności, powód w żaden sposób nie udowodnił, dlaczego takie a nie inne kwoty chciałby zawrzeć w umowie, z czego one wynikają, z jakiego powodu mają być właśnie takie, a nie inne.

W konsekwencji Sąd Okręgowy stwierdził, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, albowiem zaskarżona decyzja odpowiada prawu. Mając powyższe na względzie, Sąd Okręgowy na podstawie art. 479<sup>64</sup> § 1 k.p.c. orzekł jak w punkcie 1 sentencji.

O kosztach postępowania rozstrzygnięto, zgodnie z wyrażoną w art. 98 § 1 k.p.c., zasadą odpowiedzialności za wynik procesu przyjmując, że powód jako przegrywający sprawę jest zobowiązany do zwrotu pozwanemu kosztów procesu, na które złożyło się wynagrodzenie pełnomocnika procesowego w wysokości 720 zł, wynikające z § 14 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych.

SSO Dariusz Dąbrowski