

PROJEKT DECYZJI DO KONSULTACJI



**PREZES
URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ**

Warszawa, dnia 2020 r.

Leon sp. z o.o.
ul. Kilińskiego 33D
44-200 Rybnik
(dalej „Operator”)

Tauron Dystrybucja S.A.
ul. Podgórska 25a
31-035 Kraków
(dalej „Udostępniający” lub „Tauron”)

DECYZJA DR.WIT.6174.6.2019.

Po rozpatrzeniu wniosku Operatora z dnia 17 maja 2019 r. (dalej „Wniosek”) o wydanie decyzji zmieniającej Umowę najmu nr 2018/UP/TD/GLOME/08374 z dnia 20 kwietnia 2018 r. (dalej „Umowa”) zawartą pomiędzy Udostępniającym a Operatorem poprzez zmianę § 4 ust. 1 Umowy oraz pkt 52 tabeli III Cennika usług pozataryfowych Udostępniającego,

- I. na podstawie art. 22 ust. 1 i 2 w związku z art. 24a ust. 1 i art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 2410 z późn. zm., dalej „ustawa o wspieraniu rozwoju”) oraz art. 104 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 256 z późn. zm., dalej „kpa”) w związku z art. 206 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 2460 z późn. zm., dalej „Pt”), zmieniam, jak niżej, postanowienia Umowy w ten sposób, że § 4 ust. 1 Umowy otrzymuje następujące brzmienie:**

„Najemca płacić będzie Wynajmującemu za najem zryczałtowaną miesięczną stawkę czynszu najmu obliczoną jako iloczyn ilości najmowanych słupów wykazanych w Załączniku nr 1 oraz stawki miesięcznej za najem jednego słupa w kwocie netto: 1,73 złote (słownie: jeden 73/100 złote), na podstawie faktury wystawianej w sposób jak wskazano w § 4 ust. 8.”

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

- II. Na podstawie art. 105 § 1 kpa w związku z art. 206 ust. 1 Pt, umarzam postępowanie w części dotyczącej zmiany Umowy poprzez zmianę pkt 52 tabeli III Cennika usług pozataryfowych.**

UZASADNIENIE

1. Uzasadnienie podstawy prawnej żądania Operatora

We Wniosku Operator zwrócił się do Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej „Prezes UKE”) o wydanie decyzji zmieniającej Umowę poprzez zmianę wysokości opłat dotyczących udostępnienia słupów elektroenergetycznych: linii niskiego napięcia (dalej „nN”) oraz oświetlenia drogowego, na rzecz Operatora, tj. poprzez zmianę § 4 ust. 1 Umowy oraz pkt 52 tabeli III Cennika usług pozataryfowych stosowanego przez Udostępniającego, stanowiącego podstawę do ustalenia wysokości opłaty z tytułu udostępnienia słupów elektroenergetycznych.

Zgodnie z art. 24a ustawy o wspieraniu rozwoju, do zmiany umowy o dostępie do infrastruktury technicznej stosuje się odpowiednio przepisy art. 19 i art. 21-24 ustawy o wspieraniu rozwoju.

Podstawę prawną żądania Operatora stanowi art. 21 ust. 2 w związku z art. 24a ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju. Zgodnie z tymi przepisami, każda ze stron negocjacji ma możliwość zwrócenia się do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji zmieniającej umowę o dostępie do infrastruktury technicznej w przypadku niedokonania zmiany umowy o dostępie do infrastruktury technicznej w terminie 60 dni od dnia złożenia wniosku o taką zmianę.

Wskazane wyżej uprawnienia stron umowy o dostępie do infrastruktury technicznej oraz kompetencja Prezesa UKE do zmiany takiej umowy są konsekwencją wprowadzenia w art. 17 ustawy o wspieraniu rozwoju obowiązku udostępniania infrastruktury technicznej przez operatora sieci.

Zgodnie z definicjami przewidzianymi w art. 2 ust. 1 pkt 3, 6 oraz 8 ustawy o wspieraniu rozwoju, operatorem sieci jest „*przedsiębiorca telekomunikacyjny lub podmiot wykonujący zadania z zakresu użyteczności publicznej*”, przedsiębiorcą wykonującym zadania z zakresu użyteczności publicznej jest „*(...) osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, której przepisy szczególne przyznają zdolność prawną, zapewniająca infrastrukturę techniczną na potrzeby: wytwarzania, przesyłania lub dystrybucji gazu, energii elektrycznej lub ciepła (...)*”, natomiast przez infrastrukturę techniczną rozumiany jest „*każdy element infrastruktury lub sieci, który może służyć do umieszczenia w nim lub na nim elementów infrastruktury lub sieci telekomunikacyjnej, nie stając się jednocześnie aktywnym elementem tej sieci telekomunikacyjnej, taki jak rurociągi, kanalizacja, maszty, kanały, komory, studzienki, szafki, budynki i wejścia do budynków, instalacje antenowe, wieże i słupy, z wyłączeniem a) kabli, w tym włókien światłowodowych, b) elementów sieci wykorzystywanych do zaopatrzenia w wodę przeznaczoną do spożycia przez ludzi, c) kanałów technologicznych w rozumieniu art. 4 pkt 15a ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (...)*”.

Mając na uwadze, że Umowa dotyczy słupów (słupów elektroenergetycznych: linii niskiego nN oraz oświetlenia drogowego), które, zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 6 ustawy o wspieraniu rozwoju, stanowią infrastrukturę techniczną, Prezes UKE stwierdza, że podstawę decyzji stanowią przepisy służące realizacji obowiązku udostępniania infrastruktury technicznej, tj., w tym przypadku, art. 22 ust. 1 i 2 w związku z art. 24a ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju.

Stosownie do przytoczonych przepisów ustawy o wspieraniu rozwoju za podmiot wykonujący zadania z zakresu użyteczności publicznej należy uważać m.in. przedsiębiorstwo energetyczne w rozumieniu ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 833, z późn. zm., dalej „Prawo energetyczne”). Zgodnie z art. 3 pkt 12 Prawa energetycznego przedsiębiorstwo energetyczne to podmiot prowadzący działalność gospodarczą w zakresie: wytwarzania, przetwarzania, magazynowania, przesyłania, dystrybucji paliw albo energii lub obrotu nimi albo przesyłania dwutlenku węgla.

Jak wynika z ogólnodostępnego rejestru na stronie internetowej Urzędu Regulacji Energetyki¹, Udostępniający posiada koncesję DEE, tj. koncesję na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie dystrybucji energii elektrycznej. Zgodnie z informacjami wynikającymi z przedmiotowego rejestru Udostępniający figuruje w nim pod numerem DKN (numer koncesjonariusza) 2698, a omawiana koncesja została wydana w dniu 31 grudnia 2008 r. i jest ważna do dnia 31 grudnia 2025 r. Udostępniający jest zatem przedsiębiorcą energetycznym, który prowadzi koncesjonowaną działalność gospodarczą, polegającą na dystrybucji energii elektrycznej.

W konsekwencji, Operator jest uprawniony do żądania zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej Udostępniającego, wykorzystywanej przez ten podmiot do wykonywania swojej podstawowej działalności.

Uprawnieniu przedsiębiorcy telekomunikacyjnego w zakresie zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej odpowiada obowiązek operatora sieci (Udostępniającego) do zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej wykorzystywanej przez ten podmiot do wykonywania swojej podstawowej działalności, w celu realizacji szybkiej sieci telekomunikacyjnej.

Udostępniający jest przedsiębiorstwem energetycznym prowadzącym koncesjonowaną działalność gospodarczą, polegającą na dystrybucji energii elektrycznej, a zatem jest operatorem sieci wykonującym zadania z zakresu użyteczności publicznej w rozumieniu ustawy o wspieraniu rozwoju i spoczywa na nim obowiązek, o którym mowa w art. 17 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju, tj. obowiązek zapewnienia współkorzystania lub dostępu do słupów elektroenergetycznych znajdujących się w zasobach tego przedsiębiorcy energetycznego. Realizacja ww. obowiązku może przejawiać się w postaci umożliwienia wstępu na słupy, umożliwienia umieszczania na słupach urządzeń infrastruktury telekomunikacyjnej, czy też umożliwienia dokonywania określonych czynności (np. konserwacji urządzeń infrastruktury telekomunikacyjnej).

We Wniosku Operator zwrócił się do Prezesa UKE o wydanie decyzji zmieniającej Umowę poprzez zmianę wysokości opłat dotyczących udostępnienia słupów elektroenergetycznych na rzecz Operatora. Przedmiotem Umowy jest dostęp do słupów elektroenergetycznych: linii nN oraz oświetlenia drogowego w celu umieszczenia na nich urządzeń i sieci telekomunikacyjnej. W ramach Umowy Operator wykorzystuje łącznie ok. 15 tysięcy słupów elektroenergetycznych (dowód: Wniosek, pismo Operatora z dnia 8 czerwca 2018 r. stanowiące załącznik do Wniosku).

2. Ocena dopuszczalności złożenia Wniosku przez Operatora

Warunki dostępu do infrastruktury technicznej, w tym techniczne, eksploatacyjne i finansowe warunki współpracy, strony ustalają w umowie o dostępie do infrastruktury technicznej, zawartej na piśmie pod rygorem nieważności (art. 18 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju).

Prezes UKE ustalił, że:

- 1) Operator jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym (dowód: rejestr przedsiębiorców telekomunikacyjnych, wpis nr 1471);

¹ <https://rejestry.ure.gov.pl/o/15>

- 2) Udostępniający nie jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym (brak wpisu w rejestrze przedsiębiorców telekomunikacyjnych), Udostępniający jest operatorem sieci wykonującym zadania z zakresu użyteczności publicznej;
- 3) Operatora i Udostępniającego łączy Umowa, której przedmiotem jest dostęp do słupów elektroenergetycznych (linii nN i oświetlenia drogowego) stanowiących własność Udostępniającego.

Oznacza to, że do Umowy zastosowanie znajdują przepisy art. 19 i 21-24 ustawy o wspieraniu rozwoju, w związku z art. 24a ust. 1 tej ustawy.

Wobec powyższego, każda ze stron negocjacji o zmianę Umowy, miała prawo zwrócić się do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji zmieniającej Umowę w przypadku:

- niepodjęcia negocjacji w sprawie zmiany Umowy;
- odmowy zmiany Umowy;
- niedokonania zmiany Umowy w terminie 60 dni od dnia złożenia wniosku o taką zmianę (art. 21 ust. 2 w związku z art. 24a ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju).

Prezes UKE ustalił, że:

- 1) negocjacje w sprawie zmiany Umowy trwały co najmniej od połowy czerwca 2018 r., to jest od dnia doręczenia Udostępniającemu wniosku Operatora o zmianę Umowy poprzez obniżenie wysokości opłaty należnej Udostępniającemu z tytułu zapewnienia dostępu do słupów elektroenergetycznych (dowód: pismo Operatora z dnia 8 czerwca 2018 r. oraz odpowiedź Udostępniającego na ww. pismo z dnia 3 lipca 2018 r., stanowiące załączniki do Wniosku);
- 2) następnie, w piśmie z dnia 10 października 2018 r. Operator ponowił swój wniosek o zmianę opłat należnych Udostępniającemu, wskazując, że z uwagi na wynajmowanie ok. 15 tysięcy słupów stawka należna Udostępniającemu za wynajem jednego słupa powinna podlegać obniżeniu; Operator wskazał także na nieprawidłowość w zastosowaniu progów w Cenniku usług pozataryfowych stosowanym przez Udostępniającego – osiągnięcie progu uprawniającego do zastosowania najniższej stawki (3,60 zł) - 30 tysięcy wynajmowanych słupów jest nieosiągalne dla małych i średnich przedsiębiorców telekomunikacyjnych; Operator przedłożył także Udostępniającemu wzór umowy najmu obowiązujący w PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie, zgodnie z którym zastosowanie stawki 2,50 zł za najem jednego słupa elektroenergetycznego obowiązuje po osiągnięciu progu 10 tysięcy wynajmowanych słupów; Udostępniający pismem z dnia 27 lutego 2019 r. odmówił zmiany Umowy, wskazując, że Cennik usług pozataryfowych nie dopuszcza indywidualnego negocjowania stawek;
- 3) wobec konsekwentnej odmowy ze strony Udostępniającego co do zmiany opłat wynikających z Umowy, Operator pismem z dnia 26 marca 2019 r. zwrócił się do Udostępniającego z ostatecznym wnioskiem o uregulowanie wysokości opłat z tytułu dostępu do słupów elektroenergetycznych, zgodnie z aneksem załączonym do tego pisma; Udostępniający w piśmie z dnia 6 maja 2019 r. odmówił zawarcia aneksu do Umowy o treści proponowanej przez Operatora;
- 4) w wyniku przeprowadzonych negocjacji Strony nie zawarły aneksu zmieniającego wysokość opłat należnych Udostępniającemu z tytułu zapewnienia dostępu do słupów elektroenergetycznych na podstawie Umowy.

Negocjacje pomiędzy Operatorem a Udostępniającym były więc prowadzone ponad 60 dni i nie doprowadziły do zmiany Umowy w zakresie wnioskowanym przez Operatora, tj. poprzez obniżenie wysokości należnych Udostępniającemu opłat z tytułu dostępu do słupów elektroenergetycznych. Oznacza to, że złożenie przez Operatora Wniosku skutecznie zainicjowało postępowanie przed Prezesem UKE, którego stronami są Operator i Udostępniający (art. 21 ust. 2 w związku z art. 24a ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju).

3. Uzasadnienie podstawy prawnej prowadzonego postępowania

Postępowanie przed Prezesem UKE jest prowadzone na podstawie przepisów kpa ze zmianami wynikającymi z Pt oraz ustawy o wspieraniu rozwoju (art. 206 ust. 1 Pt). Załatwienie spraw objętych Wnioskiem następuje więc w drodze wydania decyzji (art. 104 § 1 kpa w związku z art. 206 ust. 1 Pt).

Składając Wniosek Operator wyznaczył zakres prowadzonego postępowania administracyjnego. Zauważyć trzeba, że kwestią sporną między stronami dotyczącą wykonywania Umowy była wyłącznie wysokość opłat należnych Udostępniającemu z tytułu zapewnienia dostępu do słupów elektroenergetycznych (linii nN oraz oświetlenia drogowego). W toku negocjacji jedyną zmianą Umowy negocjowaną przez strony była wysokość opłat należnych Udostępniającemu z tytułu wykonania Umowy. Stąd też przedmiot niniejszego postępowania obejmuje wyłącznie zmianę Umowy w zakresie opłat z tytułu zapewnienia dostępu do słupów elektroenergetycznych należnych Udostępniającemu na podstawie Umowy.

Żądanie wyrażone we Wniosku znajduje oparcie w art. 17 ustawy o wspieraniu rozwoju, zatem przepisy te stanowią również podstawę prawną postępowania administracyjnego prowadzonego na skutek złożonego Wniosku.

Jak wynika natomiast z art. 22 ust. 1 w związku z art. 24a ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju, Prezes UKE wydaje decyzję w sprawie zmiany umowy o dostępie do infrastruktury technicznej biorąc pod uwagę w szczególności konieczność zapewnienia niedyskryminacyjnych i proporcjonalnych warunków dostępu.

Ponadto zgodnie z art. 22 ust. 3 ustawy o wspieraniu rozwoju opłata z tytułu dostępu do infrastruktury technicznej podmiotu wykonującego zadania z zakresu użyteczności publicznej (w przedmiotowej sprawie Udostępniający) określa się w wysokości, która umożliwi zwrot części kosztów, które ponosi ten podmiot w związku z utrzymaniem tej infrastruktury.

4. Uzasadnienie motywów rozstrzygnięcia

4.1. Kryteria będące podstawą rozstrzygnięcia

Rozstrzygając sprawę, Prezes UKE wziął pod uwagę stanowiska Stron, kierując się jednocześnie ogólnymi zasadami określonymi w art. 17 ust. 1 oraz kryteriami wskazanymi w art. 22 ust. 1 i 3 odpowiednio stosowanym do zmiany umowy o dostępie do infrastruktury technicznej na podstawie art. 24a ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju, tj. koniecznością zapewnienia niedyskryminacyjnych i proporcjonalnych warunków dostępu.

Zasady te wynikają z prawodawstwa Unii Europejskiej, w tym przede wszystkim z Traktatu o Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 202 z 7.6.2016, s. 1). W konsekwencji powinny być więc stosowane z uwzględnieniem dorobku doktryny i orzecznictwa unijnego.

Zasada proporcjonalności oznacza, że ustalone w ramach decyzji administracyjnej warunki dostępu do słupów elektroenergetycznych, muszą być konieczne i odpowiednie, a jednocześnie zastosowane środki muszą być jak najmniej dotkliwe. Potwierdził to Trybunał

Sprawiedliwości w wyroku z dnia 11 lipca 1989 r. w sprawie 265/87: „(...) odpowiednie i konieczne do osiągnięcia celów, których realizacja dopuszczalna jest przy pomocy danej regulacji. Przy czym w razie istnienia kilku odpowiednich środków należy wybrać te, które są najmniej uciążliwe, nadto nałożone obciążenia muszą pozostawać w odpowiednim stosunku do zamierzonych celów”.

Z zasady tej wynika zakaz stosowania działań władczych ponad potrzebę. Ocena konieczności i zakresu działania należy do kompetencji organu, który weryfikuje przesłanki przewidziane w przepisach prawa, kierując się zasadą proporcjonalności. Zasada powyższa powinna być brana pod uwagę przez niezależny organ regulacyjny, który rozstrzyga spór, uwzględniając konkurencyjne interesy stron. Zmiana Umowy w zakresie opłat należnych Udostępniającemu dokonana niniejszą decyzją pomimo, że nakazuje Udostępniającemu zapewnianie dostępu po określonej w decyzji stawce, to nie powinna stanowić dla Udostępniającego nadmiernego obciążenia z uwagi na pozostawienie dotychczasowych zasad współpracy w niezmienionym kształcie.

W odniesieniu do zasady niedyskryminacji w doktrynie wskazuje się, że „wymóg zapewnienia niedyskryminujących warunków dostępu oznacza w odniesieniu do przedsiębiorcy nakaz jednakowego traktowania przedsiębiorców znajdujących się w podobnych sytuacjach, przy ubieganiu się o dostęp do sieci objętej decyzją. W szczególności wymóg ten oznacza obowiązek oferowania warunków nie gorszych od stosowanych w ramach własnego przedsiębiorstwa lub w stosunkach z podmiotami zależnymi (art. 36 [Pt]). (...) wymóg niedyskryminacji należy adresować raczej do Prezesa UKE, który nie powinien ustalać warunków dostępu w sposób zasadniczo odmienny od tych jakie są ustalone w innych podobnych przypadkach” (St. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, C.H. Beck, Warszawa 2019, Legalis, komentarz do art. 28, teza 7). Dlatego też, Prezes UKE wydając rozstrzygnięcie w sprawie oraz mając na uwadze potrzebę uwzględnienia interesu obu Stron postępowania, wziął pod uwagę warunki dostępu, o którym mowa w art. 17 ustawy o wspieraniu rozwoju, jakie Udostępniający oferuje innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym (na podstawie umów przesyłanych Prezesowi UKE przez Udostępniającego zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju).

Prezes UKE uwzględnił także fakt, że Udostępniający jest stroną postępowania nr DR.WIT.6082.5.2019, którego przedmiotem jest określenie warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej Udostępniającego w zakresie słupów elektroenergetycznych linii nN i linii średniego napięcia (dalej „SN”). Zgodnie zaś z art. 18 ust. 6 ustawy o wspieraniu rozwoju operator sieci, w stosunku do którego zostanie wydana taka decyzja jest obowiązany do zawierania umów o dostępie do infrastruktury technicznej na warunkach nie gorszych niż określone w tej decyzji.

Realizacja wymogu zapewnienia niedyskryminacyjnych warunków dostępu wiąże się z tym, by Prezes UKE nie ustalał warunków dostępu w sposób zasadniczo odmienny od tych, jakie są ustalone w innych podobnych przypadkach (tak: S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, C.H. Beck, Warszawa 2018, art. 28, teza 7). Stosując się do tej zasady w decyzji elementy dostępu stanowiące przedmiot niniejszego postępowania (tj. wysokość opłaty należnej Udostępniającemu z tytułu udostępnienia słupów elektroenergetycznych linii nN i oświetlenia drogowego) odpowiadają ustaleniom dokonany przez Prezesa UKE w aktualnie konsultowanych projektach decyzji² dotyczących określenia warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej (w zakresie słupów elektroenergetycznych linii nN i linii SN)

² <http://uke.gov.pl/akt/konsultacje-projektow-decyzji-dotyczacych-dostepu-do-slupow-elektroenergetycznych,337.html>

należącej do OSD³. Tym samym postanowienia decyzji uwzględniają główny argument Operatora składany w ramach postępowania, dotyczący konieczności obniżenia opłaty z tytułu zapewnienia dostępu do słupów elektroenergetycznych należnej Udostępniającemu na podstawie Umowy.

Zmiana dokonana w Umowie niniejszą decyzją polegająca na obniżeniu opłaty należnej Udostępniającemu na podstawie Umowy wpłynie na możliwość rozwoju sieci Operatora z wykorzystaniem zasobów Udostępniającego, co przełoży się także na zwiększenie poziomu dostępu do Internetu na obszarze Polski⁴.

Prezes UKE, uwzględniając interesy Stron, wydając niniejszą decyzję, wziął pod uwagę przede wszystkim stanowiska Stron prezentowane w trakcie prowadzonych negocjacji o zmianę Umowy, a także stanowiska prezentowane w toku postępowania administracyjnego.

4.2. Uzasadnienie zmian wprowadzonych do Umowy

Rozstrzygając niniejszą sprawę Prezes UKE miał przede wszystkim na względzie zakres sporu dotyczącego zmiany Umowy, który był negocjowany przez Strony. Negocjacje zmian Umowy obejmowały wyłącznie kwestię obniżenia wysokości opłat z tytułu zapewnienia dostępu do słupów elektroenergetycznych (linii nN i oświetlenia drogowego) należnych Udostępniającemu. Operator żądał zmiany Umowy poprzez wprowadzenie do Umowy proponowanych przez siebie progów opłat (do 20 słupów – 15 zł, od 21 do 500 słupów – 4,50 zł, od 501 do 10000 słupów – 3,60 zł, powyżej 10000 słupów – 2,50 zł). Z uwagi na wykorzystywanie blisko 15 tysięcy słupów Operator byłby uprawniony do zastosowania stawki 2,50 zł za słup elektroenergetyczny. Zakres negocjacji przeprowadzonych między Stronami wyznaczył więc przedmiot niniejszego postępowania, którym jest zmiana wysokości opłat należnych Udostępniającemu na podstawie Umowy, przy czym Prezes UKE nie jest związany poziomem opłat proponowanym przez Operatora (szczegółowe uzasadnienie dotyczące ustalenia wysokości opłaty należnej Udostępniającemu na podstawie Umowy znajduje się w dalszej części uzasadnienia decyzji). W konsekwencji, tylko kwestia zmiany wysokości opłaty należnej Udostępniającemu na podstawie Umowy jest możliwa do rozstrzygnięcia niniejszą decyzją. Jednocześnie, Prezes UKE podkreśla, że biorąc pod uwagę całość łączącej Operatora i Udostępniającego Umowy, zmiana Umowy na podstawie niniejszej decyzji wyłącznie w zakresie wysokości opłaty należnej Udostępniającemu jest możliwa.

Wprowadzając zmianę Umowy niniejszą decyzją Prezes UKE miał na względzie przede wszystkim fakt, iż Udostępniający jest stroną w postępowaniu nr DR.WIT.6082.5.2019, którego przedmiotem jest określenie warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej Tauron w zakresie słupów elektroenergetycznych linii nN i linii SN. Wydanie decyzji w tym postępowaniu będzie oznaczało dla Udostępniającego konieczność wypełnienia dyspozycji art. 18 ust. 6 ustawy o wspieraniu rozwoju, zgodnie z którym operator sieci, któremu wydano decyzję w sprawie określenia warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej, jest zobowiązany do zawierania umów o dostępie do infrastruktury technicznej na warunkach nie gorszych niż określone w tej decyzji.

W decyzji uwzględniono także okoliczność, iż z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie wynika, że Tauron jest właścicielem 1 miliona 600 tysięcy słupów elektroenergetycznych linii nN oraz 400 tysięcy słupów linii SN. Z drugiej strony

³ innogy Stoen Operator sp. z o.o., Enea Operator sp. z o.o., PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie (dalej „PGE”), Energa Operator S.A., Tauron

⁴ <https://www.gov.pl/web/cyfrizacja/narodowy-plan-szerokopasmowy---zaktualizowany>

przedsiębiorcy telekomunikacyjni wykazują zainteresowanie uzyskaniem dostępu do słupów elektroenergetycznych w celu podwieszenia kabli telekomunikacyjnych. Korzyści z wykorzystania słupów elektroenergetycznych do budowy sieci szerokopasmowych zauważa także BEREC⁵ wskazując, że dostęp do słupów (i innej infrastruktury technicznej) znacząco obniża koszty inwestycji i ma bezpośrednie przełożenie na rozwój sieci szerokopasmowego dostępu do Internetu.

Zgodnie z dotychczasowym brzmieniem § 4 ust. 1 Umowy, Operator był zobowiązany do uiszczania opłaty w wysokości 4,50 zł netto miesięcznie za każdy wykorzystywany słup elektroenergetyczny linii nN lub oświetlenia drogowego. Wysokość całkowitej opłaty miesięcznej wyliczana jest zgodnie z Umową jako iloczyn ww. ceny jednostkowej i ilości wykorzystanych przez Operatora słupów elektroenergetycznych, a następnie powiększona o stawkę podatku VAT.

Wysokość wskazanej wyżej opłaty wynika z Cennika usług pozataryfowych stosowanego przez Udostępniającego. Cennik usług pozataryfowych uzależnia wysokość opłat z tytułu dostępu do słupów elektroenergetycznych od liczby wykorzystywanych przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego słupów. Wysokość opłat w Cenniku usług pozataryfowych kształtuje się następująco:

Tabela III. Cennik usług pozataryfowych. Udostępnienie infrastruktury elektroenergetycznej			
Przewody i kable podwieszane na konstrukcjach wsporczych (słupach) napowietrznej linii rozdzielczej nN i oświetlenia drogowego np. kable światłowodowy, iluminacja okolicznościowa)	nN	do 20 słupów	15 zł
		od 21 do 500 słupów	7 zł
		od 501 do 30000 słupów	4,50 zł
		powyżej 30000 słupów	3,60 zł
	SN	14 zł	

W toku negocjacji kwestia wysokości opłat z tytułu udostępnienia słupów elektroenergetycznych była między Stronami sporna. Operator żądał obniżenia wysokości opłaty należnej Udostępniającemu poprzez wprowadzenie do Umowy proponowanych przez siebie progów opłat (do 20 słupów – 15 zł, od 21 do 500 słupów – 4,50 zł, od 501 do 10000 słupów – 3,60 zł, powyżej 10000 słupów – 2,50 zł). Z uwagi na wykorzystywanie ok. 15 tysięcy słupów na podstawie Umowy, Operator, zgodnie z proponowaną przez siebie zmianą progów opłat, byłby uprawniony do uiszczania opłaty w wysokości 2,50 zł za każdy wykorzystywany słup elektroenergetyczny. Jako dowód wskazujący na zasadność przyjęcia w Umowie proponowanych przez siebie progów i wysokości opłat, Operator wskazał na wzór umowy najmu obowiązujący w PGE, zgodnie z którym zastosowanie stawki 2,50 zł za najem jednego słupa elektroenergetycznego obowiązuje po osiągnięciu progu 10 tysięcy wynajmowanych słupów.

Udostępniający konsekwentnie nie wyrażał zgody na zmiany Umowy proponowane przez Operatora wskazując, że Cennik usług pozataryfowych nie dopuszcza indywidualnego uzgadniania stawek dotyczących udostępniania słupów elektroenergetycznych, a ponadto

⁵ https://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/reports/8597-berec-report-on-access-to-physical-infrastructure-in-the-context-of-market-analysis

dokonanie przedmiotowych zmian w Umowie byłoby sprzeczne z zasadą równego traktowania (dowód: pismo Udostępniającego z dnia 3 lipca 2019 r.).

W ocenie Prezesa UKE, dla ustalenia wysokości opłaty za dostęp do infrastruktury technicznej, którą zgodnie z Umową może pobierać Udostępniający, w pierwszej kolejności należy mieć na względzie dyspozycję zawartą w art. 22 ust. 3 ustawy o wspieraniu rozwoju. Zgodnie z tym przepisem opłaty z tytułu dostępu do infrastruktury technicznej operatora sieci obejmują zwrot części kosztów, które ponosi ten podmiot w związku z utrzymaniem tej infrastruktury. Powyższe oznacza, że opłaty z tytułu dostępu do infrastruktury technicznej należy ustalać w oparciu o koszty ponoszone przez operatora sieci wyłącznie w stosunku do udostępnianej infrastruktury, a nie koszty całej jego infrastruktury technicznej, którego element (np. słup elektroenergetyczny) jest przedmiotem dostępu. Linia energetyczna ma standardowo od kilku do nawet kilkudziesięciu kilometrów, przy czym sam dostęp do słupa lub słupów nie uprawnia przedsiębiorcy telekomunikacyjnego do korzystania z całej sieci, a wyłącznie ze wskazanych jej elementów i to w części pasywnej, czyli wyłącznie do skorzystania z tych elementów linii energetycznej, do których został udzielony dostęp. Gdyby przyjąć, że przedsiębiorca telekomunikacyjny ma ponosić koszty utrzymania całej linii energetycznej to ponosiłby też koszty elementów aktywnych sieci, które nie są i nigdy nie będą przedmiotem dostępu z art. 17 ustawy o wspieraniu rozwoju.

Zauważyć także trzeba, że przedsiębiorca telekomunikacyjny korzysta niejako przy okazji z części infrastruktury technicznej w zakresie jej elementów pasywnych, które nie są w danym momencie niezbędne do świadczenia podstawowych usług przez OSD, a sama infrastruktura techniczna powstała bazowo do świadczenia innych usług niż telekomunikacja. Dostęp dla przedsiębiorcy telekomunikacyjnego nie ma żadnego wpływu ani na decyzję OSD czy na sam fakt powstania tych elementów pasywnych, do których przyznano dostęp, ani w ogóle na plany inwestycyjne OSD. Opłata za dostęp od przedsiębiorcy telekomunikacyjnego jest dodatkowym przychodem OSD w związku z korzystaniem przez tego przedsiębiorcę z elementu sieci, a nie podstawowym źródłem utrzymania całej linii energetycznej.

Zaznaczenia wymaga, że w ramach niniejszego postępowania Udostępniający w odpowiedzi na wezwanie Prezesa UKE z dnia 23 lipca 2019 r. o przedstawienie uzasadnienia kosztowego wskazał, że uzasadnienie kosztowe przedstawione pismem z dnia 25 lutego 2019 r. nr TD/DHT/2019-02-25/0000002 w postępowaniu nr DR.WIT.6082.5.2019 spełnia wymagania z art. 22 ust. 3 i ust. 4 ustawy o wspieraniu rozwoju i może zostać wykorzystane także w niniejszym postępowaniu. Ponadto, mając na względzie wątpliwości Operatora zgłoszone w piśmie z dnia 17 lutego 2020 r. (m.in. konieczność wezwania Udostępniającego o szczegółowe wyliczenia dotyczące kosztów uwzględnionych w kalkulacji opłaty za dostęp do słupów elektroenergetycznych) Prezes UKE dołączył do materiału dowodowego w niniejszej sprawie wyjaśnienia Udostępniającego oraz pozostałych OSD zawarte w odpowiedziach OSD na wezwania Prezesa UKE z dnia 29 kwietnia 2020 r. w postępowaniach dotyczących określenia warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej (nr DR.WIT.6082.1-5.2019) o przekazanie szczegółowych danych kosztowych.

Dokonując zmiany wysokości opłaty za udostępnienie słupa elektroenergetycznego należy Udostępniającemu zgodnie z Umową i ustalenia jej na poziomie 1,73 zł netto miesięcznie za każdy słup elektroenergetyczny linii nN, Prezes UKE kierował się dyspozycją art. 22 ust. 3 ustawy o wspieraniu rozwoju oraz analizą ww. danych kosztowych przekazanych przez OSD w odpowiedziach na wezwania Prezesa UKE z dnia 29 kwietnia 2020 r.

Prezes UKE wskazuje, że zgodnie z art. 22 ust. 3 ustawy o wspieraniu rozwoju prawidłową metodą określenia opłaty jest pokrycie tej części kosztów, które wystąpiły w związku z

udostępnieniem słupów elektroenergetycznych na rzecz przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Stanowią one zatem koszty przyrostowe. Ponadto do uwzględnienia kosztów powinny być brane pod uwagę wyłącznie koszty przyrostowe związane z utrzymaniem elementu linii energetycznej jakim jest słup elektroenergetyczny.

Biorąc pod uwagę powyższe, Prezes UKE ustalił wysokość opłaty należnej Udostępniającemu na podstawie Umowy biorąc pod uwagę aktualne koszty przyrostowe przekazane przez OSD w ww. odpowiedziach na wezwania Prezesa UKE z dnia 29 kwietnia 2020 r.

Ustalenie wysokości opłaty zostało przeprowadzone w trzech krokach:

1. Zostały wyznaczone średnie, dla wszystkich OSD, miesięczne koszty utrzymania linii elektroenergetycznych nN w przeliczeniu na jeden słup.
2. Został wyznaczony średni, dla wszystkich OSD, współczynnik przedstawiający stosunek kosztów przyrostowych utrzymania linii elektroenergetycznej w przeliczeniu na jeden słup wynikających z podwieszenia infrastruktury telekomunikacyjnej do średnich miesięcznych kosztów utrzymania linii elektroenergetycznych w przeliczeniu na jeden słup.
3. Zostały wyznaczone średnie dla wszystkich OSD koszty przyrostowe utrzymania linii elektroenergetycznej w przeliczeniu na jeden słup, wynikające z podwieszenia infrastruktury telekomunikacyjnej jako iloczyn kosztów wyznaczonych w pkt 1 powyżej oraz współczynnika wyznaczonego w pkt 2 powyżej.

W celu ujednoczenia przekazywanych danych, Prezes UKE opracował listę kategorii kosztowych składających się na koszty utrzymania linii elektroenergetycznych nN oraz SN i w dniu 29 kwietnia 2020 r. wezwał OSD do weryfikacji oraz przedstawienia danych w zakresie:

1. średnich miesięcznych kosztów utrzymania linii elektroenergetycznej nN oraz SN w przeliczeniu na jeden słup w podziale na określone kategorie kosztowe,
2. średnich miesięcznych przyrostowych kosztów utrzymania linii elektroenergetycznej nN i SN w przeliczeniu na jeden słup wynikających z podwieszenia infrastruktury telekomunikacyjnej, wyznaczonych w podziale na określone kategorie kosztowe.

W odpowiedzi na wezwania z dnia 29 kwietnia 2020 r. wszyscy OSD przedstawili dane odnośnie średnich miesięcznych kosztów utrzymania linii elektroenergetycznej nN oraz SN oraz średnich miesięcznych przyrostowych kosztów utrzymania linii elektroenergetycznej nN.

Na podstawie przekazanych danych, Prezes UKE określił średnie miesięczne koszty utrzymania linii elektroenergetycznych nN dla wszystkich OSD.

Tabela 1. Średnie miesięczne koszty utrzymania linii elektroenergetycznej nN dla OSD

Kategoria kosztów	Średnie miesięczne koszty utrzymania linii elektroenergetycznej nN (zł)
Koszt amortyzacji	7,22
Koszt eksploatacji	4,37
Koszty usuwania awarii	1,48
Koszty administracyjne	3,70
Koszty transportu	0,69
Podatek od nieruchomości	3,76
Opłaty za umieszczenie słupów w pasie drogowym, koszty związane ze służebnościami gruntów	0,18
Pozostałe	0,28

Suma	21,69
-------------	--------------

Źródło: odpowiedzi na wezwania Prezesa UKE z dnia 29 kwietnia 2020 r.

W drugim kroku na podstawie danych przekazanych przez OSD, odnośnie kosztów przyrostowych utrzymania linii elektroenergetycznej nN w przeliczeniu na jeden słup (dane przekazane w odpowiedziach na wezwania Prezesa UKE z dnia 29 kwietnia 2020 r.), dla każdej z kategorii kosztów został wyznaczony współczynnik przedstawiający stosunek kosztów przyrostowych do całkowitych kosztów utrzymania linii elektroenergetycznej nN w przeliczeniu na jeden słup w podziale na zdefiniowane kategorie kosztowe. W kosztach przyrostowych nie zostały uwzględnione, wskazane przez jednego OSD, koszty związane ze zwiększeniem kosztów amortyzacji linii wynikających ze skrócenia okresu użytkowania linii o 5 lat w wyniku podwieszenia przewodu telekomunikacyjnego. W ocenie Prezesa UKE, brak jest uzasadnienia uwzględnienia tych kosztów w opłacie miesięcznej, a ponadto OSD nie przedstawili wystarczających uzasadnień co do wysokości kosztu ani spójności przyjętych założeń z zasadami księgowymi.

Tabela 2. Średni, dla wszystkich OSD, stosunek kosztów przyrostowych do całkowitych miesięcznych kosztów utrzymania linii elektroenergetycznej nN

Kategoria kosztów	Średni stosunek kosztów przyrostowych do całkowitych miesięcznych kosztów utrzymania linii elektroenergetycznej nN (%)
Koszt eksploatacji	19,58
Koszty usuwania awarii	21,09
Koszty administracyjne	11,95
Koszty transportu	10,39
Pozostałe	17,70

W trzecim kroku miesięczna stawka za dostęp do słupów elektroenergetycznych została wyznaczona:

1. Dla słupów nN - w wysokości 1,73 zł, jako iloczyn średnich miesięcznych kosztów utrzymania linii elektroenergetycznej nN oraz średniego stosunku kosztów przyrostowych do całkowitych miesięcznych kosztów utrzymania linii elektroenergetycznej nN.

Tabela 3. Średnie miesięczne koszty przyrostowe utrzymania linii elektroenergetycznej nN

Kategoria kosztów	Średnie miesięczne koszty przyrostowe utrzymania linii elektroenergetycznej nN (zł)
Koszt eksploatacji	0,86
Koszty usuwania awarii	0,31
Koszty administracyjne	0,44
Koszty transportu	0,07
Pozostałe	0,05
Suma	1,73

W ocenie Prezesa UKE zmiana Umowy dokonana niniejszą decyzją polegająca na wprowadzeniu opłaty w wysokości 1,73 złote za udostępnienie słupa elektroenergetycznego (linii nN i oświetlenia drogowego) prowadzi do wyważenia interesów stron i wypełnia przesłankę zwrotu części kosztów utrzymania infrastruktury technicznej.

Wskazać także należy, że Operator wnioskując o obniżenie opłat należnych Udostępniającemu na podstawie Umowy do poziomu 2,50 zł za słup (po przekroczeniu progu 10 tysięcy wynajmowanych słupów) wyznaczył przedmiot niniejszego postępowania. Prezes

UKE podkreśla, że przedmiotem postępowania jest zmiana wysokości opłaty należnej Udobępniającemu na podstawie Umowy, nie zaś wyłącznie ustalenie tej opłaty na poziomie wskazywanym przez Operatora we Wniosku. Zauważenia także wymaga, że Prezes UKE w zakresie ustalenia wysokości opłaty związanej z zapewnieniem dostępu do infrastruktury technicznej, zobowiązany jest postępować zgodnie z dyspozycją art. 22 ust. 3 ustawy o wspieraniu rozwoju. Kierując się dyspozycją tego przepisu Prezes UKE ustalił wysokość opłaty należnej Udobępniającemu na podstawie Umowy na poziomie 1,73 zł netto za każdy wykorzystywany słup elektroenergetyczny. W ocenie Prezesa UKE, ww. zmiana Umowy dokonana niniejszą decyzją nie wykracza poza przedmiot postępowania wyznaczony Wnioskiem Operatora.

Na podstawie art. 206 ust. 2aa w związku z art. 206 ust. 2 pkt 6 Pt decyzja w pkt I podlega natychmiastowemu wykonaniu. Oznacza to, że pomimo ewentualnego złożenia przez którąkolwiek ze Stron odwołania zgodnie z poniższym pouczeniem, decyzja będzie podlegała wykonaniu, a więc na jej podstawie opłata należna Udobępniającemu na podstawie Umowy ulegnie obniżeniu. Wstrzymanie wykonalności decyzji może nastąpić wyłącznie w trybie art. 479⁶³ ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1460 z późn. zm., dalej „kpc”), a więc postanowieniem Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wydanym na wniosek Strony, która wniosła odwołanie, o ile zachodzi niebezpieczeństwo wyrządzenia znacznej szkody lub spowodowania trudnych do odwrócenia skutków.

5. Uzasadnienie motywów rozstrzygnięcia w pkt II sentencji decyzji

Zgodnie z art. 105 § 1 kpa „*gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe w całości albo w części, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania odpowiednio w całości albo w części*”. Bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego, o której mowa w art. 105 § 1 kpa, to brak przedmiotu postępowania. Tym przedmiotem jest zaś konkretna sprawa, w której organ administracji państwowej jest władny i jednocześnie zobowiązany rozstrzygnąć na podstawie przepisów prawa materialnego o uprawnieniach lub obowiązkach indywidualnego podmiotu. Sprawa administracyjna jest więc konsekwencją istnienia stosunku administracyjnoprawnego, a więc takiej sytuacji prawnej, w której strona ma prawo żądać od organu administracyjnego skonkretyzowania jej indywidualnych uprawnień wynikających z prawa materialnego. Na stosunek materialnoprawny składają się cztery elementy:

- podmiot stosunku,
- przedmiot stosunku,
- sfera faktów mających znaczenie dla możliwości konkretyzacji stosunku,
- sfera prawna, z której wywodzi się określony stosunek prawny (interes prawny) i który przesądza o możliwości i kształcie konkretyzacji tego stosunku.

Brak któregośkolwiek z wyżej wymienionych elementów stosunku materialnoprawnego stanowi o bezprzedmiotowości postępowania (por. m.in. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 26 marca 1998 r., sygn. akt II SA 70/98, LEX Nr 43205). Przesłanką umorzenia postępowania na podstawie art. 105 § 1 kpa jest bezprzedmiotowość postępowania „*z jakiegokolwiek przyczyny*”, czyli z każdej przyczyny powodującej brak jednego z elementów materialnego stosunku prawnego w odniesieniu do jego strony podmiotowej lub przedmiotowej (tak uzasadnienie wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 21 stycznia 1999 r., sygn. akt SA/Sz 1029/97, LEX Nr 36139).

Operator składając Wniosek, wyznaczył zakres prowadzonego postępowania administracyjnego. We Wniosku Operator wskazał, iż żąda wydania decyzji administracyjnej w przedmiocie zmiany Umowy poprzez obniżenie opłaty należnej Udostępniającemu na podstawie Umowy, tj. zmianę § 4 ust. 1 Umowy oraz zmianę pkt 52 tabeli III Cennika usług pozataryfowych.

Natomiast, w toku postępowania Prezes UKE ustalił, że Cennik usług pozataryfowych nie stanowi integralnej części Umowy, a jedynie dokument wewnętrzny obowiązujący u Udostępniającego i stanowiący podstawę do ustalania wysokości opłat związanych z zapewnieniem dostępu do słupów elektroenergetycznych. Tym samym Cennik usług pozataryfowych nie może być zmieniony w niniejszym postępowaniu, którego przedmiotem jest zmiana Umowy w zakresie wysokości opłat.

W związku z powyższym, brak jest podstaw do podjęcia merytorycznego rozstrzygnięcia w sprawie w części dotyczącej obniżenia opłaty z tytułu dostępu do słupów elektroenergetycznych wynikającej z Cennika usług pozataryfowych, ponieważ nie stanowi on elementu Umowy. Zatem postępowanie w tej części jest bezprzedmiotowe i zachodzi konieczność jego umorzenia na podstawie art. 105 § 1 kpa.

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

POUCZENIE

Od przedmiotowej decyzji Stronom przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów za pośrednictwem Prezesa UKE w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia decyzji (art. 206 ust. 2 pkt 6 i ust. 3 Pł w związku z art. 479⁵⁸ § 1 kpc).

Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 755 z późn. zm., dalej „ustawa o kosztach”) wniesienie odwołania od decyzji Prezesa UKE wymaga uiszczenia opłaty sądowej w wysokości stałej 1000 zł.

Zgodnie z art. 101 i następnymi ustawy o kosztach sąd może przyznać zwolnienie od kosztów sądowych osobie prawnej, osobie fizycznej lub jednostce organizacyjnej niebędącej osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, jeżeli wykazała, że nie ma dostatecznych środków na ich uiszczenie.

Po spełnieniu wymagań określonych przepisami kpc strona może domagać się ustanowienia dla niej adwokata lub radcy prawnego.