

Katowice, dnia 7 lipca 2021 roku

Do: Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej w Warszawie
Urząd Komunikacji Elektronicznej w Warszawie
ul. Giełdowa 7/9, 01-211 Warszawa

Wnioskodawca: ZAPNET Karol Zapart spółka jawna
ul. Korczaka 31, 63-435 Sośnie
nr KRS: 0000314099
- zwana dalej również jako **Operator**
reprezentowane przez radcę prawnego Ewelinę Grabiec
z itB Legal Bazański, Grabiec Kancelaria Radców Prawnych sp. p.
ul. Graniczna 29/215, 40-017 Katowice

Uczestnik postępowania: Energa-Operator spółka akcyjna
ul. Marynarki Polskiej 130, 80-557 Gdańsk
nr KRS: 0000033455
- dalej również jako **Udostępniający**

Sygn. akt: DR.WIT.6174.13.2020.

**STANOWISKO KONSULTACYJNE
DOTYCZĄCE PROJEKTU DECYZJI W SPRAWIE DR.WIT.6174.13.2020.**

Działając w imieniu i na rzecz wnioskodawcy */pełnomocnictwo w aktach sprawy/*, przedstawiam stanowisko dotyczące projektu decyzji zmieniającej umowę najmu nr KJ03962/16 z dnia 12 września 2016 r., regulującej zasady korzystania z infrastruktury technicznej (słupów), na potrzeby szybkiej sieci telekomunikacyjnej, łączącej Operatora i Udostępniającego (dalej: **Umowa**).

Wnioskodawca przedstawia swoje zastrzeżenia oraz zgłasza propozycje zmian Umowy określonych w projekcie decyzji. Uwzględnienie uwag Operatora umożliwi wydanie zgodnej z prawem decyzji, uwzględniającej wolę stron i zapewniającej niedyskryminujące oraz proporcjonalne warunki dostępu, zabezpieczające interesy użytkowników końcowych oraz stron.

I. Nieuprawnione działania Prezesa UKE w zakresie zmiany opłaty za dostęp do słupów - § 9 ust. 1 Umowy

Zgodnie z art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 7 maja 2010 roku *o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych* (dalej **Ustawa**), Operator sieci zapewnia przedsiębiorcom

telekomunikacyjnym dostęp do infrastruktury technicznej, w tym współkorzystanie z niej, w celu realizacji szybkiej sieci telekomunikacyjnej. Przepis art. 18 ust. 1 Ustawy wskazuje, że 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. Z przepisu art. 21 ust. 2 Ustawy wynika, że w przypadku odmowy udzielenia dostępu do infrastruktury technicznej przez operatora sieci lub nie zawarcia 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. Jak stanowi art. 24a ust. 1 Ustawy, regulacje te stosuje się odpowiednio do kwestii zmiany umowy o dostępie.

Najprościej rzecz ujmując, z powyższego wynika, że w przypadku gdy strona umowy o dostępie do infrastruktury technicznej wystąpi do drugiej strony z wnioskiem o podjęcie negocjacji w celu zmiany tej umowy i do zmiany tej nie dojdzie w terminie 60 dni od dnia złożenia wniosku, każda ze stron umowy może zwrócić się do tego Organu o wydanie decyzji zastępującej aneks do umowy. Z powyższego uprawnienia skorzystał Operator, który wnioskiem z dnia 21 października 2020 roku (dalej: **Wniosek**) wystąpił do tego Organu o wydanie decyzji administracyjnej w sprawie zmiany umowy o dostępie do infrastruktury technicznej. Operator wniósł o zmianę wysokości opłaty **za dostęp do jednego słupa**, tj. wprowadzenie ryczałtowej opłaty w wysokości **1,73 zł netto** za dostęp do jednego słupa (§ 9 ust. 1 Umowy)

- poprzez nadanie § 9 ust. 1 Umowy następującego brzmienia:

*„Tytułem czynszu, za dany miesiąc kalendarzowy obowiązywania Umowy, Najemca zapłaci Wynajmującemu opłatę określoną, jako iloczyn ilości udostępnionych nośników urządzeń (słupów) Najemcy określonych w § 1 ust. 1 i stawki opłaty za każdy udostępniony nośnik (słup). Stawka opłaty miesięcznej za każdy udostępniony nośnik dla urządzeń Najemcy, niezależnie od ilości zamontowanych na nich urządzeń Najemcy wynosi **1,73 zł PLN netto**. Do kwoty tej zostanie doliczony podatek VAT w wysokości obowiązującej w dniu wystawienia faktury VAT.”*

Tymczasem Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej: Prezes UKE) w projekcie decyzji do konsultacji nr DR.WIT.6174.13.2020 (dalej: **Projekt decyzji**), zmienił postanowienie § 9 ust.1 Umowy w ten sposób, że otrzymał on następujące brzmienie:

„Tytułem czynszu, za dany miesiąc kalendarzowy obowiązywania Umowy, Najemca zapłaci Wynajmującemu opłatę określoną, jako iloczyn ilości udostępnionych nośników urządzeń (słupów) Najemcy określonych w § 1 ust. 1, ilości Kabli telekomunikacyjnych Operatora na danym nośniku i stawki opłaty za każdy udostępniony nośnik (słup). Opłata za najem jednego słupa:

- linii niskiego napięcia (nN) w celu podwieszenia jednego Kabla telekomunikacyjnego wynosi 1,73 złote (słownie: jeden 73/100 złote) netto,

- linii średniego napięcia (SN) w celu podwieszenia jednego Kabla telekomunikacyjnego wynosi 2,75 złote (słownie: dwa 75/100 złote) netto,

przy czym

- przez kabel abonencki rozumie się kabel telekomunikacyjny służący dostarczaniu usług telekomunikacyjnych do wyłącznie jednego obiektu budowlanego i podłączeniu tego obiektu budowlanego do sieci telekomunikacyjnej OK, na odcinku od zakończenia sieci lub punktu styku znajdujących się w tym obiekcie budowlanym do najbliższego i umieszczonego na słupie, rozdzielacza sygnału telekomunikacyjnego (splittera optycznego lub mufy światłowodowej) – wraz z osprzętem towarzyszącym,

- przez kabel telekomunikacyjny rozumie się kabel w dowolnej technologii, przeznaczony do świadczenia usług telekomunikacyjnych,

- opłata za kable abonenckie zawiera się w stawce za dostęp do słupa.

Do kwot tych zostanie doliczony podatek VAT w wysokości obowiązującej w dniu wystawienia faktury.”

Tym sam Prezes UKE zamierza wydać decyzję z przekroczeniem wyznaczonych granic kompetencji tut. Organu, które to granice zostały wyznaczone wnioskiem Operatora z dnia 21 października 2020 r., o wydanie decyzji administracyjnej w sprawie zmiany umowy o dostępie do infrastruktury technicznej. Wnioskodawca wnosił wyłącznie o **zmianę wysokości opłat** z kwoty 5,52 zł na kwotę 1,73 zł netto/miesiąc/ w zakresie jednego słupa, tymczasem Prezes UKE dokonał całkowitej zmiany sposobu naliczania opłaty w ten sposób, iż oznaczył ją jako iloczyn ilości udostępnionych nośników urządzeń (słupów) Najemcy określonych w § 1 ust. 1, ilości Kabli telekomunikacyjnych Operatora na danym nośniku i stawki opłaty za każdy udostępniony nośnik (słup), ustalając równocześnie następujące wysokości opłat za najem jednego słupa:

- linii niskiego napięcia (nN) w celu podwieszenia jednego Kabla telekomunikacyjnego wynosi 1,73 złote (słownie: jeden 73/100 złote) netto,

- linii średniego napięcia (SN) w celu podwieszenia jednego Kabla telekomunikacyjnego wynosi 2,75 złote (słownie: dwa 75/100 złote) netto.

Nadto, Prezes UKE rozbudował § 9 ust. 1 Umowy poprzez dodanie definicji kabla telekomunikacyjnego i kabla abonenckiego, z uwagi na to, iż w ocenie w/w organu definicje te stanowią elementy składowe wzoru konieczne do obliczenia opłaty.

W konsekwencji, Prezes UKE w zakresie wydanego projektu decyzji orzekł *ex officio*, to jest poza granicami orzekania, wyznaczonymi we wniosku Operatora, w sytuacji gdy organ ten winien orzekać jedynie w granicach sprawy objętej wnioskiem, z wyłączeniem możliwości orzekania w sprawie, która nim objęta nie jest. Fakt wyznaczenia zakresu prowadzonego postępowania administracyjnego wnioskiem Operatora w zakresie zmiany wysokości opłaty należnej potwierdził zresztą sam Prezes UKE, na stronie 5 jak i 7 projektu decyzji. Co więcej na w/w stronach Prezes UKE jednoznacznie wskazał, iż kwestią sporną między stronami, dotyczącą wykonywania Umowy była wyłącznie **wysokość** opłat należnych Udostępniającemu z tytułu zapewnienia dostępu do słupów elektroenergetycznych. Zatem przedmiot negocjacji stron koncentrował się wyłącznie wokół **wysokości** opłat należnych Udostępniającemu z tytułu wykonania Umowy, a nie co istotne ich **sposobu ich naliczenia**.

Tym samym, opisane powyżej działanie organu jest nieuzasadnione, niezgodne z przepisami powszechnie obowiązującego prawa i wymaga natychmiastowej zmiany. Wydając projekt decyzji Organ nadużył przysługujących mu uprawnień i wykorzystał postępowania wszczęte na skutek wniosków stron umowy do określenia z urzędu warunków dostępu, w tym do całkowitego zmodyfikowania sposobu naliczania opłaty, by zawierała ona regulacje, które aktualnie Prezes UKE zawarł w swoich decyzjach określających warunki dostępu, **wydawanych przy braku umowy**. Przenosząc powyższe twierdzenie na stan faktyczny sprawy, wyjaśniam, iż Organ w sposób nieuprawniony zaingerował w postanowienia umowy, o których zmianę żadna ze stron umowy nie wnosiła, poprzez zmianę sposobu naliczania zryczałtowanej miesięcznej stawki czynszu, do której płatności zobowiązany jest Operator, wprowadzając tym samym do umowy regulacje sprzeczne z wolą stron. Takie działania należy ocenić wysoce negatywnie. Jeszcze raz podkreślam, iż wolą Operatora była zmiana stawki miesięcznej za najem jednego słupa, z kwoty w wysokości 5,52 zł (słownie: pięć złotych 52/100) na kwotę w wysokości **1,73 zł (słownie: jeden złoty 73/100 zł)**. Co istotne, również Udostępniający przed wydaniem projektu decyzji przez Prezesa UKE nie wniósł o zmianę sposobu naliczania zryczałtowanej miesięcznej stawki czynszu.

Zdaniem Operatora, brak jest jakichkolwiek podstaw do tego, aby w postępowaniach prowadzonych na jego wniosek tutaj. Organ zmieniał te postanowienia umowy, które:

- ❖ nie były przedmiotem negocjacji prowadzonych przed zainicjowaniem postępowania administracyjnego;
- ❖ nie były objęte wnioskiem Wnioskodawcy o wszczęcie postępowania administracyjnego;
- ❖ nie były objęte wnioskami Uczestnika postępowania wyrażonymi w stanowiskach zgłaszanych w toku postępowania

- bądź też, aby z własnej inicjatywy dodał do umowy nowe postanowienia. Z daleko idącej ostrożności, na wypadek podnoszenia przez tut. Organ jakoby ingerencja w treść umowy była uzasadniona potrzebą:

- ❖ wprowadzenia w umowie procedur ustalonych w wydanych przez Prezesa UKE decyzjach administracyjnych zastępujących umowę o dostępie;
- ❖ wdrożenia rozwiązań alternatywnych do tych, o które wnoszą strony

- a także, jakoby w postępowaniu prowadzonym na wniosek strony umowy o wydanie decyzji zmieniającej umowę, zadaniem Prezesa UKE nie było jedynie rozstrzygnięcie kwestii spornych, a zadaniem tym było również określenie nowych warunków dostępu do infrastruktury technicznej, wskazując, iż działania te również nie posiadają jakichkolwiek podstaw prawnych. Co więcej, zaakceptowanie opisanych powyżej działań tut. Organu powoduje całkowite wypaczenie omawianej instytucji, polegającego na tym, że przy przyjęciu wykładni Prezesa UKE pomija się kwestię odpowiedniego stosowania do zmiany umowy tych przepisów, które dotyczą określania warunków dostępu przy braku umowy (stosując je wprost) oraz zrównuje się całkowicie decyzję ustalającą warunki dostępu z decyzją o zmianie umowy o dostępie – pomimo tego, że są to dwie odrębne od siebie instytucje.

Operator podkreśla, że wykładania przyjęta przez Prezesa UKE jest nieprawidłowa. Należy bowiem odróżnić sytuacje, w których strony domagają się ustalenia nowych warunków dostępu od sytuacji, w których strony wnoszą jedynie o zmianę poszczególnych postanowień umowy. Rozróżnienia wymagają także kwestie prowadzenia postępowania administracyjnego z urzędu oraz na wniosek.

Zgodnie z art. 20 Ustawy, jedynie w przypadkach uzasadnionych potrzebą zapewnienia ochrony interesów odbiorców usług świadczonych przez podmioty wykonujące zadania z zakresu użyteczności publicznej oraz użytkowników końcowych Prezes UKE może z urzędu, w drodze decyzji, zmienić treść umowy o dostępie lub zobowiązać strony umowy do jej zmiany. W sytuacji, gdy obie te przesłanki nie zostały spełnione, Prezes UKE nie jest w ogóle uprawniony do ingerowania z urzędu w treść umowy. Ponadto, jak słusznie wskazuje się w literaturze¹:

Zakres dopuszczalnych zmian na podstawie art. 20 WspRozwTelU wynikać będzie ze stwierdzonych w konkretnej sprawie przesłanek uzasadniających ingerencję organu regulacyjnego. Prezes UKE będzie mógł zmienić treść umowy lub zobowiązać strony do jej zmiany w takim zakresie, w jakim będzie to niezbędne do zapewnienia ochrony interesów

¹ T. Grossmann, W. Knopkiewicz, J. Sebzda-Zaluska, prof. nadzw. dr hab. M. Szydło, J. Wilczewski, *Ustawa o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych. Komentarz*, Warszawa 2013.

odbiorców usług świadczonych przez podmioty wykonujące zadania z zakresu użyteczności publicznej oraz użytkowników końcowych.

Co istotne, katalog wskazanych w art. 20 Ustawy przesłanek, jest zamknięty i nie podlega swobodnemu rozszerzaniu przez tut. Organ.

Dokonując zaś zmiany tych postanowień umowy, o których modyfikację żadna ze stron nie wnioskowała bądź, dodając do umowy postanowienia, o których wprowadzenie żadna ze stron nie występowała, Prezes UKE zmienia treść umowy właśnie z urzędu bez rozważenia tego, czy zmiany te są dopuszczalne z punktu widzenia art. 20 Ustawy oraz bez wszczynania w tym zakresie odpowiedniego postępowania.

Art. 61 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego, tj. z dnia 20 grudnia 2019 r., Dz.U. z 2020 r. poz. 256 wraz z późn. zm. (dalej: k.p.a.) - stosowany w postępowaniach prowadzonych przez Prezesa UKE na podstawie art. 206 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne, tj. z dnia 9 grudnia 2019 r., Dz.U. z 2019 r. poz. 2460 wraz z późn. zm. – stanowi, że postępowanie administracyjne wszczyna się na żądanie strony lub z urzędu. Wszczynając postępowanie na wniosek, organ związany jest zakresem takiego wniosku. Jak słusznie podnosi się w judykaturze²:

Przepis art. 61 § 1 KPA wyraźnie wskazuje, że postępowanie administracyjne wszczyna się na żądanie strony lub z urzędu. Treść wniosku wyznacza zakres postępowania, w którym organy mogły rozpoznać sprawę. Nie jest dopuszczalne wykraczanie z urzędu poza ramy sprawy wszczętej na wniosek uprawnionej osoby.

Powyższe twierdzenie aprobuje zarówno doktryna jak i aktualne orzecznictwo. „W przypadku wszczęcia postępowania przez stronę, to tylko i wyłącznie ta strona określa przedmiot tego żądania”.³ „Organ administracji publicznej nie jest uprawniony do swobodnego interpretowania żądania strony. O tym, jaka jest treść żądania strony w postępowaniu administracyjnym, decyduje strona, a nie organ, do którego żądanie zostało skierowane.”⁴ Nie sposób zaś przyjąć, aby zakres tego związania ograniczał się wyłącznie do samej kwestii zmiany umowy, a nie obejmował merytorycznej treści zakresu żądanych zmian. Jak trafnie wskazał Naczelny Sąd Administracyjny, „(...) organ może rozstrzygać sprawę wszczętą wnioskiem strony tylko w granicach żądania zawartego we wniosku, w przeciwnym przypadku będzie prowadził postępowanie z urzędu, co wymaga spełnienia szczególnych przesłanek określonych w art. 61 § 2 k.p.a.”⁵

²Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego siedziba w Poznaniu z dnia 3 kwietnia 2019 r. w sprawie II SAB/Po 4/19.

³Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 5 lipca 1999 roku, w sprawie IV SA 1632/96, niepubl.)

⁴Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 5 kwietnia 2007 r., w sprawie IV SA/Wa 300/07.

⁵Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 15 listopada 2019 r., w sprawie II GSK 894/19.

Zgodnie z powołanym przepisem, organ administracji publicznej może ze względu na szczególnie ważny interes strony wsząć z urzędu postępowanie także w sprawie, w której przepis prawa wymaga wniosku strony. Organ obowiązany jest uzyskać na to zgodę strony w toku postępowania, a w razie nieuzyskania zgody - postępowanie umorzyć. Doktryna pojęcie „szczególnie ważny interes strony” rozumie jako „stosunkowo nieliczne przypadki, gdy np. w sposób niebudzący wątpliwości wiadomo, że strona sama nie będzie inicjowała postępowania (czy to ze względów zdrowotnych, czy też społecznych), a brak też podmiotu, który byłby uprawniony do działania zamiast strony”.⁶ Równocześnie, „w literaturze przedmiotu zasadniczy cel wprowadzenia tej regulacji do KPA upatruje się w przeciwdziałaniu sytuacjom, w których brak wniosku strony o wszczęcie postępowania wynikałby z niezajomości przysługujących jej uprawnień, lub wręcz nieporadności życiowej”.⁷ Mając na uwadze fakt, iż Wnioskodawca w postępowaniu reprezentowany jest przez zawodowego pełnomocnika, nie sposób uznać, iż narażony jest on na negatywne skutki z uwagi na niezajomość przysługujących mu uprawnień. Zatem wymieniona w art. 61 § 2 k.p.a. przesłanka warunkująca możliwość wszczęcia z urzędu przez organ administracji publicznej postępowania z uwagi na szczególnie ważny interes strony w przedmiotowej sprawie, **nie ziściła się.**

Nadto, nawet gdyby hipotetycznie uznać, iż tut. Organowi przysługiwało, prawo do wszczęcia z urzędu postępowania w przedmiocie zmiany sposobu naliczania opłaty ryczałtowej, to jak wynika z literalnej treści art. 61 § 2 k.p.a. powinnością organu w takiej sytuacji jest uzyskanie w toku postępowania zgody strony na jego dalsze prowadzenie. Tymczasem, w przedmiotowym stanie faktycznym Prezes UKE nie uzyskał, jak również nie podjął żadnych czynności zmierzających do uzyskania w/w zgody Wnioskodawcy.

Z uwagi na powyższe, celem usunięcia jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych, w tym miejscu oświadczam, iż Wnioskodawca nie wyraża zgody na wydanie przez Prezesa UKE decyzji, która wykracza poza granice wyznaczone we wniosku Operatora i która to dokonuje całkowitej zmiany sposobu naliczania opłaty ryczałtowej za dostęp do podbudowy słupowej.

Zgodnie zatem z dyspozycją art. 61 § 2 k.p.k., z uwagi na nieuzyskanie zgody strony na prowadzenie przez tut. Organ z urzędu postępowania w przedmiocie zmiany sposobu naliczania opłat ryczałtowych za dostęp do podbudowy słupowej, w tym na wprowadzenie do umowy dodatkowych komponentów, to jest definicji kabla telekomunikacyjnego i abonenckiego, jako elementów składowych wzoru koniecznych do jej obliczenia, organ

⁶R. Hauser, Wszczęcie postępowania administracyjnego, s. 3

⁷R. Orzechowski, Nowelizacja kodeksu, s. 71–72; J. Służewski, Postępowanie administracyjne, 1982, s. 84; A. Wróbel, w: Jaśkowska, Wróbel, KPA. Komentarz, 2009, s. 349.

administracji publicznej winien postępowanie **w tym zakresie** umorzyć oraz wydać decyzję zgodnie z wnioskiem Operatora.

W zaistniałym stanie faktycznym sposób naliczania opłaty nigdy nie był przedmiotem sporu pomiędzy stronami, w szczególności ani Operator, ani też Udostępniający nigdy nie żądali ani na etapie prowadzenia negocjacji prowadzonych przed zainicjowaniem postępowania administracyjnego, jak również w jego toku w drodze wniosków stron zmiany sposobu naliczania opłaty. Warto również zasygnalizować, iż przyjęcie zmiany § 9 ust.1 Umowy zgodnie z projektem decyzji nr DR.WIT.6174.13.2020, a nie zgodnie z zaproponowaną przez Operatora zmianą Umowy *de facto* spowoduje podwyższenie zryczałtowanej miesięcznej stawki czynszu najmu (*versus* zmiana Umowy, o którą wnosił Operator w złożonym wniosku) a tym samym pogorszenie warunków finansowych współkorzystania z podbudowy słupowej co w zaistniałym stanie nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia.

Wydając decyzję w zakresie zmiany umowy o dostępie do infrastruktury technicznej Prezes UKE powinien brać pod uwagę przede wszystkim **charakter zaistniałych kwestii spornych**, w tym również osiągnięty między stronami wieloletni konsensus zwłaszcza w zakresie kwestii nie objętych wnioskiem. Prezes UKE, zmieniając umowę o dostępie do infrastruktury technicznej powinien opierać się na propozycjach złożonych przez strony w toku negocjacji oraz postępowania administracyjnego. Skoro żadna ze stron zarówno w toku negocjacji, jak i później w toku postępowania nie miała wątpliwości co do sposobu naliczania opłaty za dostęp do podbudowy słupowej, to Prezes UKE w ogóle nie powinien dokonywać zmian w ustaleniach stron i jedynie wskazać tę kwestię w decyzji jako bezsporną.

Warto również zasygnalizować, iż działanie Prezesa UKE polegające na wprowadzaniu do umowy zmian, które wychodzą poza zakres wniosku stron, a które *de facto* stanowi określanie nowych warunków dostępu, stanowi również naruszenie art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, tj. z dnia 16 września 2020 r., Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 wraz z późn. zm. W projekcie decyzji poddanych konsultacjom, Prezes UKE ustalił sposób naliczania opłaty - zryczałtowanej miesięcznej stawki czynszu, za korzystanie ze słupów elektroenergetycznych, zmieniając w tym zakresie zgodne ustalenia stron.

II. Naruszenie zasady pewności prawa, zasady praworządności i zasady pogłębiania zaufania

Prezes UKE wydając projekt decyzji nr DR.WIT.6174.13.2020. naruszył również art. 14 ustawy z dnia 6 marca 2018 roku Prawo Przedsiębiorców (Dz.U. z 2021 r. poz. 162) (dalej: Prawo przedsiębiorców), zgodnie z którym organ bez uzasadnionej przyczyny nie odstępuje od utrwalonej praktyki rozstrzygania spraw w takim samym stanie faktycznym i prawnym. Powyższe oznacza, iż tutaj Organ winien określić warunki dostępu w sposób analogiczny, jak ustalony przez Prezesa UKE w podobnych przypadkach jak również sformułować poszczególne

postanowienia umowy w sposób analogiczny, jak określony w funkcjonujących na rynku decyzjach Prezesa UKE.

Tymczasem Prezes UKE naruszył w/w zasadę wydając projekt decyzji nr DR.WIT.6174.13.2020., albowiem w decyzji nr DR.WIT.6174.6.2019.67. wydanej dla Leon sp. z o.o. w sprawie posiadającej analogiczny stan faktyczny, a więc w sprawie, w której Wnioskodawca – Leon sp. z o.o. wniósł o zmianę § 4 ust. 1 Umowy, to jest zmianę **wyłącznie** wysokości zryczałtowanej miesięcznej stawki czynszu najmu, tut. Organ wydał decyzję zgodną z żądaniem wniosku, zmieniając tym samym wnioskowany § 4 ust. 1 Umowy nadając mu następującą treść:

„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 zł (słownie: jeden 73/100 złote), na podstawie faktury wystawianej w sposób jak wskazano w § 4 ust.8”. Treść decyzji nr DR.WIT.6174.6.2019.67. stanowi okoliczność znaną organowi z urzędu.

Tym samym w przedmiotowej sprawie nie został zrealizowany wymóg zapewnienia zasady pewności prawa, albowiem Prezes UKE zmienił warunki dostępu w sposób zasadniczo odmienny od tych, jakie są ustalone w analogicznych sprawach⁸. Powyższe działanie jest sprzeczne z ideą wprowadzenia zasady pewności prawa w sferze jego stosowania. W uzasadnieniu projektu ustawy Prawo przedsiębiorców w zakresie art. 14 wskazane jest, iż *“konstytucyjna zasada pewności prawa oznacza nie tyle stabilność przepisów prawa – którą na dłuższą metę trudno jest przecież osiągnąć, zwłaszcza w tak dynamicznym obszarze, jak działalność gospodarcza – co raczej możliwość przewidywania działań organów państwa i związanych z nimi zachowań obywateli. Przewidywalność działań organów państwa gwarantuje zaufanie do prawodawcy i do stanowionego przez niego prawa oraz zaufanie do podmiotów stosujących prawo. Z drugiej wszakże strony bezpieczeństwo prawne jednostki może niekiedy pozostawać w kolizji z innymi wartościami, których realizacja wymaga wprowadzenia zmian do systemu prawnego lub wprowadzenia zmian w utrwalonej praktyce interpretacyjnej lub praktyce rozstrzygania spraw. **Przy czym jednostka ma prawo oczekiwać, że powyższe zmiany wprowadzane przez władze publiczne nie zmienią sytuacji na jej niekorzyść w sposób arbitralny i całkowicie dowolny.**”⁹* Tym samym legislator wprost wyłączył możliwość kształtowania przez organy władzy publicznej treści obowiązujących norm oraz praktyki ich stosowania w sposób dowolny, przez przyzmat celów własnych, które organy te wyznaczały sobie w sposób dowolny. Art. 14 Prawa przedsiębiorców tym samym, nakłada na organy władzy publicznej obowiązek, zgodnie z którym wszelkie odstępstwa organu od

⁸ Podobnie St. Piątek, Prawo Telekomunikacyjne. Komentarz, C.H. Beck, Warszawa 2019 Legalis, Komentarz do art. 28, teza 7.

⁹ Uzasadnienie projektu ustawy – Prawo przedsiębiorców, Druk sejmowy VIII kadencji Nr 2051, s. 31–32

utrwalonej praktyki orzeczniczej w takim samym stanie faktycznym i prawnym muszą mieć swoją przyczynę, która jest obiektywnie, a nie co istotne subiektywnie zasadna.

Podsumowując, sformułowana w art. 14 Prawa przedsiębiorców zasada pewności prawa „(...) stanowi realizację postulatu przewidywalności działań władzy publicznej i ma zapobiec działaniom organów administracji publicznej, które polegają na zmienności poglądów prawnych wyrażonych w rozstrzygnięciach, wydanych na tle takich samych stanów faktycznych, ze wskazaniem tej samej podstawy prawnej decyzji. Oznacza to, że organ administracji publicznej nie może odstąpić od dotychczasowej, utrwalonej praktyki rozstrzygania spraw.”¹⁰ Organ co prawda może dokonać zmiany oceny prawnej, niemniej, zmiana ta nie może być wynikiem dowolności organu i naruszenia obowiązujących przepisów prawa.

Wykraczając w swoich rozstrzygnięciach poza zakres wniosków stron umowy, Prezes UKE narusza nie tylko w/w art. 14 Prawa przedsiębiorców ale również narusza k.p.a., między innymi art. 6 który stanowi, iż organy administracji publicznej działają na podstawie przepisów prawa oraz art. 8 § 2, zgodnie z którym organy administracji publicznej bez uzasadnionej przyczyny nie odstępują od utrwalonej praktyki rozstrzygania spraw w takim samym stanie faktycznym i prawnym.

III. Naruszenie zasady proporcjonalności i niedyskryminacji

Również w uzasadnieniu projektu decyzji, Prezes UKE wskazał, iż 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. Prezes UKE wydając projekt decyzji, w której orzekł ponad żądanie wniosku Operatora naruszył wskazaną powyżej zasadę, albowiem zastosował wobec stron postępowania działanie władcze, ponad potrzebę.

W odniesieniu do zasady niedyskryminacji, przyjmuje się, iż „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

¹⁰K. Kokocińska, Gwarancyjny charakter zasad prawa – rozważania na tle ustawy – Prawo przedsiębiorców [w]: Prawo przedsiębiorcy, red. R. Blicharz, A. Powałowski, dostęp w systemie Legalis.

adresować raczej do Prezesa UKE, który nie powinien ustalać warunków dostępu w sposób zasadniczo odmienny od tych jakie są ustalone w innych, podobnych przypadkach”¹¹

Prezes UKE w decyzji powinien przede wszystkim ustalić i rozstrzygnąć kwestie sporne pomiędzy wnioskodawcą i uczestnikiem, a jakiegokolwiek rozwiązania alternatywne mogą być zastosowane wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach uzasadnionych przepisami prawa oraz okolicznościami danej sprawy. Prymat woli stron wynika wprost z przepisu art. 22 ust. 5 i 8 oraz art. 21 ust. 2a Ustawy. Strony mogą podpisać umowę a w zakresie objętym porozumieniem stron decyzja dostępowa wygaśnie (Prezes UKE stwierdzi w tym zakresie wygaśnięcie decyzji).

Jeżeli propozycja stron (strony) spełnia wymagania wskazane w art. 22 ust. 1 Ustawy, to Prezes UKE nie ma podstawy do dowolnego wybrania rozwiązań alternatywnych.

Mając na uwadze powyższe, Operator zwraca się do tut. Organu o zmianę projektu decyzji nr DR.WIT.6174.13.2020, poprzez wydanie decyzji zgodnej z wnioskiem Operatora z dnia 21 października 2020 roku, i orzeczenie zmiany wysokości opłaty za **dostęp do jednego słupa**, tj. wprowadzenie ryczałtowej opłaty w wysokości **1,73 zł netto** za dostęp do jednego słupa (§ 9 ust. 1 Umowy)

- poprzez nadanie § 9 ust. 1 Umowy następującego brzmienia:

*„Tytułem czynszu, za dany miesiąc kalendarzowy obowiązywania Umowy, Najemca zapłaci Wynajmującemu opłatę określoną, jako iloczyn ilości udostępnionych nośników urządzeń (słupów) Najemcy określonych w § 1 ust. 1 i stawki opłaty za każdy udostępniony nośnik (słup). Stawka opłaty miesięcznej za każdy udostępniony nośnik dla urządzeń Najemcy, niezależnie od ilości zamontowanych na nich urządzeń Najemcy wynosi **1,73 zł PLN netto**. Do kwoty tej zostanie doliczony podatek VAT w wysokości obowiązującej w dniu wystawienia faktury VAT.”*

IV. Podsumowanie

Konsultowaną decyzją możliwa do rozstrzygnięcia jest wyłącznie kwestia zmiany wysokości stawki opłaty należnej Udostępniającemu na podstawie umowy za dostęp do słupa. Z uwagi na fakt, iż Prezes UKE zamierza wydać decyzję, która wykracza poza zakres sporu dotyczącego zmiany Umowy, który był przez strony negocjowany, wyrażam przekonanie, iż Prezes UKE nie zbadał kompleksowo wszystkich okoliczności sprawy oraz zastosował rozwiązania, które finalnie będą utrudniać realizację praw i obowiązków wynikających z decyzji.

Przy ustaleniu opisanych wyżej procedur, tut. Organ nie wziął pod uwagę interesu użytkowników sieci telekomunikacyjnych oraz potrzeby rozwoju nowoczesnej infrastruktury telekomunikacyjnej i promowania nowoczesnych usług telekomunikacyjnych. Rozwój

¹¹ St. Piątek, Prawo Telekomunikacyjne. Komentarz, C.H. Beck, Warszawa 2019 Legalis, Komentarz do art. 28, teza 7, [w]: Projekt Decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej nr DR.WIT.6174.13.2020., str. 6.

infrastruktury i związany z nim rozwój konkurencyjnego rynku telekomunikacyjnego jest korzystny dla użytkowników końcowych, wymaga jednak, aby Operator mógł na dogodnych warunkach korzystać z podbudowy słupowej, w tym aby nie ponosił zbędnych kosztów.

Z uwagi na powyższe, zaproponowane zmiany należy uznać za uzasadnione i konieczne, aby decyzja spełniała wymogi przewidziane przepisami Ustawy. Tym samym wnoszę o uwzględnienie wyżej nakreślonego stanowiska wnioskodawcy i dokonanie odpowiednich zmian projektu decyzji poprzez uwzględnienie uwag wnioskodawcy w ostatecznej treści rozstrzygnięcia.

Na marginesie, sygnalizuję, iż zarówno słupy elektroenergetyczne jak i kable telekomunikacyjne są policzalne, stąd tutaj. Organ winien posługiwać się sformułowaniem „liczba” a nie „ilość” w odniesieniu do w/w rzeczowników.

Z poważaniem,



Ewelina Grabiec
RADCA PRAWNY