

Warszawa, 16 października 2022 r.



Szanowna Pani
Luiza Czyż-Trzcianowska
Dyrektor Departamentu Regulacji
Urząd Komunikacji Elektronicznej
ul. Giełdowa 7/9
01-211 Warszawa

Sygn. akt DR.WIT.6174.15.2021

Stanowisko do konsultowanego projektu decyzji

Działając w imieniu Netia S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Operator”), na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa (w aktach sprawy), w odpowiedzi na rozpoczęte w dniu 16 września 2022 r. konsultacje projektu decyzji zmieniającej Ramową umowę na udostępnienie słupów Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, dalej „OPL”, z dnia 26 lutego 2018 r., nr POS/K-23304, dalej „Umowa”, w zakresie zmiany Załącznika nr 10 „Cennik”, przedstawiam stanowisko Operatora.

Rozstrzygnięcie i stanowisko Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej „Prezes UKE”) zaprezentowane w konsultowanym projekcie decyzji nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym sprawy.

Zastrzeżenia i uwagi Operatora do konsultowanego projektu decyzji:

1. W pierwszej kolejności wskazać należy, że całość uzasadnienia projektu decyzji Prezes UKE oparł na Załączniku nr 1 do pisma OPL z dnia 5 września 2022 r., który zawiera Uzasadnienie wysokości opłat z tytułu dostępu do słupów OPL, a który w całości został objęty tajemnicą przedsiębiorstwa. Wersja jawna Załącznika nr 1 zawiera jedynie tytuł – „Uzasadnienie wysokości opłat z tytułu dostępu do słupów OPL”.

Prezes UKE Postanowieniem z dnia 29 września 2022 roku sygn.: DR.WIT.6174.15.2021.41 ograniczył Operatorowi prawo wglądu do materiału dowodowego w zakresie informacji objętych klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa przekazanych Prezesowi UKE w Załączniku nr 1 do pisma OPL z dnia 5 września 2022 r., w zakresie nieujawnionym w wersji jawnej dokumentu stanowiącym Załącznik nr 2 do tego pisma, wskazując, że zawiera on dane oraz informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa Udostępniającego, w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2022 r., poz. 1233, dalej „uznk”).

Najwięcej wątpliwości w odniesieniu do Postanowienia i wersji jawnej Załącznika nr 1 budzi fakt, że „*informacje kosztowe dotyczące sposobu wyznaczania opłat za dostęp do słupów OPL oraz poszczególnych pozycji kosztowych*”, a więc te same informacje, które zawiera Załącznik nr 1, zawarte są w opublikowanych na stronie Urzędu Komunikacji Elektronicznej dokumentach, m.in. w opublikowanych w dniu 31 sierpnia 2022 „*Sprawozdaniu z prowadzonej przez OPL rachunkowości regulacyjnej za rok obrotowy zakończony w dniu 31 grudnia 2021 r. oraz „Wynikach kalkulacji kosztów świadczenia dostępu telekomunikacyjnego w zakresie usługi lokalnego dostępu w stałej lokalizacji (3a/2014) oraz usługi centralnego*

dostępu w stałej lokalizacji dla produktów rynku masowego (3b/2014) na rok 2023”¹. Sam OPL przedstawiając do akceptacji Prezesa UKE ofertę hurtową na obszarach objętych dofinansowaniem z Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa przedstawił dokumenty zawierające opis kalkulacji. W wynikach kalkulacji kosztów znajdują się kategorie kosztowe oraz wysokość skalkulowanej opłaty za dostęp do słupów OPL. Nie można zatem uznać, że wszystkie informacje kosztowe (wersja jawna Załącznika nr 1 zawiera jedynie tytuł - *Uzasadnienie wysokości opłat z tytułu dostępu do słupów OPL*) dotyczące sposobu wyznaczenia opłat oraz poszczególnych pozycji kosztowych stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości, są poufne a dostęp do nich ogranicza się do wąskiego grona pracowników, skoro dokumenty zawierające określone dane znajdują się na ogólnodostępnej stronie internetowej Prezesa UKE lub zostały upublicznione przez sam OPL. W tym kontekście trudno nie zauważyć niekonsekwencji Prezesa UKE, który w ramach jednego postępowania uznaje, że te same dane nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, a przynajmniej nie w całości i publikuje je na stronie UKE a w ramach przedmiotowego postępowania całkowicie wyłącza dostęp Operatora do tych samych danych, zostawiając jedynie tytuł, wskazując, że stanowią one „tajemnice przedsiębiorstwa”.

W tym kontekście wersja jawna uzasadnienia projektu decyzji budzi poważne wątpliwości ze względu na oparcie jej na, jak ww. publicznie dostępnych danych publikowanych przez Prezesa UKE, które z niewiadomych powodów w ramach projektowanego rozstrzygnięcia Prezes UKE objął tajemnicą przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze powyższe, Prezes UKE powinien dokonać ponownej analizy zarówno dokumentów przedłożonych przez OPL (w szczególności wersji jawnych uzasadnień kosztowych, które zostały przez OPL w całości objęte tajemnicą przedsiębiorstwa), informacji upublicznionych już na stronie UKE, lub wykorzystanych w innych postępowaniach, jak również uzasadnienia Projektu Decyzji i ocenić czy wszystkie informacje, które w tej chwili są opatrzone klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” faktycznie spełniają przesłanki uzasadniające ich wyłączenie.

2. Brak analizy przedmiotu dostępu jaki regulowany jest Umową, co powinno stanowić punkt wyjściowy do oceny i wyboru sposobu wyliczenia opłat za dostęp do słupów OPL.

Punktem wyjścia dla przygotowania projektu decyzji i rozstrzygnięcia Wniosku Operatora powinna być analiza przez Prezesa UKE przedmiotu Umowy, poprzez ustalenie na jakich obszarach położone są słupy OPL, do których Umowa reguluje dostęp, co ma bezpośredni wpływ na przyjęcie sposobu ustalenia opłat za dostęp do słupów OPL.

Analiza ta powinna prowadzić do wniosku, że Umowa reguluje dostęp do każdego słupa OPL niezależnie od tego w jakim obszarze (regulowanym czy też nie) się znajduje. Na pewno, wbrew, niczym nie uzasadnionemu, założeniu Prezesa UKE, Umowa nie reguluje warunków dostępu do słupów OPL na rynku 3a czy 3b. Mając na uwadze, bardzo prosto opisany, przedmiot Umowy trudno zrozumieć dlaczego Prezes UKE doszedł do takiego wniosku. Pominięcie tego najważniejszego, z punktu widzenia rozstrzygnięcia Wniosku Operatora, etapu skutkowało błędnym przyjęciem przez Prezesa UKE, że Umowa obejmuje dostęp do słupów OPL na rynkach regulowanych, co w konsekwencji doprowadziło do uznania za właściwe obliczenia opłat za dostęp do słupa OPL w oparciu o kalkulację kosztów z art. 39 ustawy z dnia

¹ <https://bip.uke.gov.pl/decyzje/rachunkowosc-regulacyjna/sprawozdanie-z-rachunkowosci-regulacyjnej-orange-polska-s-a-za-rok-2021-i-wyniki-kalkulacji-kosztow-na-rok-2023,54.html>

16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (tj. Dz.U. 2022 r. poz. 1648 z późn. zm., dalej „Pt”). To też finalnie wpłynęło na określenie, w projektowanej decyzji, opłaty za dostęp do słupów OPL na tak wysokim poziomie 4,27 zł i zróżnicowania wysokości opłat za dostęp do słupa OPL od opłat za dostęp do słupów energetycznych, wskazując, że OPL ma prawo do odzyskania w opłacie nie tylko kosztów związanych z udostępnieniem słupa, ale i kosztów związanych z ich amortyzacją.

W ocenie Operatora Umowa reguluje dostęp do słupów OPL niezależnie od miejsca jego położenia czy rynku na jakim następuje udostępnienie. I w konsekwencji ustalenia wysokości opłat za dostęp do słupa OPL powinno nastąpić na podstawie art. 17 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (tj. Dz.U. z 2022 r., poz. 884, dalej „ustawa szerokopasmowa”), a więc ewentualnie za zwrotem kosztów wygenerowanych przez Operatora w związku z dostępem do słupów, a nie na podstawie kalkulacji kosztów.

3. Brak uzasadnienia w materiale dowodowym sprawy zaproponowanych w projekcie decyzji wysokości opłaty za dostęp do słupów OPL.

W konsultowanym projekcie decyzji Prezes UKE nie przedstawił uzasadnienia dla przyjętych w sentencji projektu decyzji opłat za dostęp do słupów OPL. Mimo, że na str. 9 projektu decyzji czytamy, że „Prezes UKE przyjął w niniejszym postępowaniu wysokość opłat w oparciu o dane wskazane w Uzasadnieniu wysokości opłat uwzględniające wyniki kalkulacji kosztów. Wysokość opłat z Uzasadnienia wysokości opłat została wystarczająco udowodniona i zasługuje na uwzględnienie w niniejszej sprawie. Udostępniający, z uwagi na ciężące na nim m.in. obowiązki kosztowe (wynikające z art. 39 Pt lub z art. 40 Pt), koszty związane z udostępnieniem Słupa może odzyskiwać wyłącznie w opłatach hurtowych, przy czym musi odzyskać także koszty związane z amortyzacją tego elementu infrastruktury. Zatem jest to uregulowane odmiennie niż ma to miejsce w przypadku podmiotu wykonującego zadania z zakresu użyteczności publicznej.”, to w treści projektu rozstrzygnięcia trudno odnaleźć jakikolwiek fragment wskazujący na to, że Prezes UKE przeanalizował przekazane mu dane i obiektywnie ocenił, że nie budzą one żadnych wątpliwości.

Dalej na stronie 11 projektu decyzji Prezes UKE wskazuje, że „[...] Uzasadniając wysokość opłat, [dla słupów OPL - przypis własny] Udostępniający, przyjął i udokumentował ich wysokość w oparciu o wyniki kalkulacji kosztów wyznaczone na podstawie art. 39 Pt, jakie zobowiązany jest stosować jako przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej. Z tych też względów Prezes UKE wykorzystał przy określaniu opłat w niniejszej decyzji, tj. na podstawie art. 22 ust. 2 ustawy o wspieraniu rozwoju, dane określone w kalkulacji kosztów świadczenia usług dostępu do Słupów. Udostępniający pismem z dnia 5 września 2022 r. (dalej „Pismo”) przedstawił w załączeniu do Pisma Uzasadnienie wysokości opłat, w którym wskazał kalkulację kosztów świadczenia usług dostępu do Słupów, w którym uwzględnia przesłanki określone w art. 22 ust. 2 ustawy o wspieraniu rozwoju.

Udostępniający wyjaśnił, że ustalając wysokość opłat za dostęp do Słupów w Uzasadnieniu wysokości opłat kierował się wynikami kalkulacji kosztów dostępu sporządzonymi w oparciu o model kalkulacji kosztów Udostępniającego. Sposób przeprowadzenia oraz prawidłowość wyników kalkulacji kosztów zostały poddane badaniu audytora (co zostało wyjaśnione w kolejnej sekcji niniejszej decyzji), powołanego przez Prezesa UKE, który nie zgłosił zastrzeżeń do ww. wyników kalkulacji kosztów. „A następnie na str. 12 wskazano „Przedstawiona przez Udostępniającego treść Uzasadnienia wysokości opłat z tytułu dostępu do Słupów, wyjaśnia m.in. warunki i metodykę kalkulacji naliczanych opłat stosowanych przez Udostępniającego.”

Jak jednak wskazano powyżej, konkluzja Prezesa UKE nie była poprzedzona żadną argumentacją wskazującą na to, że obiektywnie ocenił nie tylko stan faktyczny sprawy, ale i materiał dowodowy (przedłożoną kalkulację kosztową OPL) i uznał za zasadne oparcie się na art. 39 Pt. Co więcej, z powyższego płynie wniosek, że Prezes UKE uznał, że posiada wiedzę specjalistyczną w tym zakresie i może przedłożone mu w ramach kalkulacji kosztów dane ocenić sam, bez powoływania biegłego. Mając to na uwadze należałoby jednak oczekiwać, że ta ocena materiału dowodowego Prezesa UKE znajdzie się w uzasadnieniu projektu decyzji i będzie na tyle jasna i przejrzysta, że nie będzie wątpliwości, że zaproponowana wysokość opłat za dostęp do słupów OPL jest zasadna.

W ocenie Operatora z przytoczonego uzasadnienia projektu decyzji nie wynika jednoznacznie co było podstawą wyznaczenia przez Prezesa UKE opłaty za dostęp do słupa OPL. Prezes UKE ograniczył się jedynie do lakonicznych stwierdzeń, że opłata została wyznaczona w oparciu o kalkulację kosztów wyznaczoną w oparciu o art. 39 Pt, która podlegała badaniu przez biegłego rewidenta. Nie wiadomo jednak, o którą kalkulację kosztów chodzi. Wniosek wszczynający postępowanie jest datowany na 31 sierpnia 2021 r. W tym samym dniu Prezes UKE opublikował „Sprawozdanie z rachunkowości regulacyjnej Orange Polska S.A. za rok 2020 i wyniki kalkulacji kosztów na rok 2022”², zaś w 31 sierpnia 2022 r. opublikowane zostało „Sprawozdanie z rachunkowości regulacyjnej Orange Polska S.A. za rok 2021 i wyniki kalkulacji kosztów na rok 2023”³. Można by zatem przypuszczać, że Prezes UKE pisząc o „wynikach kalkulacji kosztów” miał na myśli któreś ze wskazanych powyżej wyników dla OPL. W projekcie decyzji brak jest jednak jasnego odniesienia do któregośkolwiek z tych dokumentów. Dodatkowo wyniki kalkulacji kosztów wskazane w obu powyższych publikacjach nie są zgodne z wartością opłat wskazaną w sentencji Projektu Decyzji. Należy wskazać, że w wynikach kalkulacji kosztów OPL na rok 2022 koszt dostępu do słupa został wyliczony w wysokości 5,0951 zł, a w wynikach kalkulacji kosztów na rok 2023 koszt ten wyniósł 4,5126 zł. Natomiast w sentencji projektu decyzji Prezes UKE wskazał, że opłata za dostęp do słupa OPL wynosi 4,27 zł. Nie wiadomo zatem na jakich „wynikach kalkulacji” Prezes UKE się oparł i w tym zakresie uzasadnienie projektu decyzji powinno zostać uzupełnione.

Dodatkowo Prezes UKE nie wyjaśnił jakie kategorie kosztowe zostały przyjęte do kalkulacji poszczególnych opłat wskazanych w sentencji projektu decyzji. Być może informacje te zostały zawarte w uzasadnieniu na str. 12, gdzie znajduje się następujący fragment „Zgodnie z informacjami przekazanymi przez Udostępniającego w Uzasadnieniu wysokości opłat (tajemnica przedsiębiorstwa – patrz załącznik nr 1 do decyzji, pkt 4)”, (tajemnica przedsiębiorstwa – patrz załącznik nr 1 do decyzji, pkt 5). (tajemnica przedsiębiorstwa – patrz załącznik nr 1 do decyzji, pkt 6). Wśród usług w Uzasadnieniu wysokości opłat wymieniono (tajemnica przedsiębiorstwa – patrz załącznik nr 1 do decyzji, pkt 7). (tajemnica przedsiębiorstwa – patrz załącznik nr 1 do decyzji, pkt 8). Zgodnie z wynikami kalkulacji kosztów wskazanymi w Uzasadnieniu wysokości opłat (tajemnica przedsiębiorstwa – patrz załącznik nr 1 do decyzji, pkt 9). (tajemnica przedsiębiorstwa – patrz załącznik nr 1 do decyzji, pkt 10).”

² <https://bip.uke.gov.pl/decyzje/rachunkowosc-regulacyjna/sprawozdanie-z-rachunkowosci-regulacyjnej-orange-polska-s-a-za-rok-2020-i-wyniki-kalkulacji-kosztow-na-rok-2022,42.html>

³ <https://bip.uke.gov.pl/decyzje/rachunkowosc-regulacyjna/sprawozdanie-z-rachunkowosci-regulacyjnej-orange-polska-s-a-za-rok-2021-i-wyniki-kalkulacji-kosztow-na-rok-2023,54.html>

ale w związku z objęciem całości tajemnicą przedsiębiorstwa, Operator może się tego tylko domyślać. Takie uzasadnienie projektu decyzji nie stanowi żadnej wartości merytorycznej i nie pozwala Operatorowi, jako stronie postępowania, na ustalenie jakie materiały dowodowe, obiektywnie ocenione przez organ, pozwalają na określenie wysokości opłat na poziomie wskazanym w projekcie decyzji.

W uzasadnieniu brak jest także informacji w jaki sposób i czy w ogóle Prezes UKE dokonał kalkulacji wysokości opłat wskazanych w sentencji Projektu Decyzji. Odniesienia do „uzasadnienia kosztowego” mogą wskazywać, że Prezes UKE w sentencji projektu decyzji przyjął wartości opłat skalkulowane przez OPL, jednak ze względu na poważne braki w treści uzasadnienia trudno stwierdzić to jednoznacznie. Na podstawie następującego stwierdzenia wskazanego na str. 14 Projektu Decyzji: *„Wysokość opłat wskazana przez udostępniającego w Uzasadnieniu wysokości opłat została wyznaczona na podstawie danych technicznych w zakresie infrastruktury OPL, danych wolumenowych sieci Udostępniającego oraz przy uwzględnieniu skali działalności i zakresu Udostępniającego”*, można przypuszczać, że Prezes UKE nie dokonał samodzielnej kalkulacji wysokości opłaty, a jedynie przyjął wartości wskazane przez OPL, w żaden sposób nie uzasadniając i nie wyjaśniając dlaczego uznał te dane za wiarygodne.

Na tej samej stronie uzasadnienia Projektu Decyzji Prezes UKE wskazał, że: *„Jak zostało wyjaśnione w poprzednich sekcjach, opłaty należne Udostępniającemu na podstawie Umowy odzwierciedlają wszystkie koszty, związane z budową infrastruktury technicznej, z jej utrzymaniem i eksploatacją, które składają się na poprawną realizację usługi rezerwacji Słupa OPL dla jednej Linii kablowej (za Słup OPL), udostępnienia Słupa OPL dla jednej Linii kablowej Operatora (za Słup OPL), wydania warunków technicznych dotyczących udostępnienia słupa (za Słup OPL), udostępnienia miejsca na słupie. Co istotne, koszty te zostały wyznaczone w ramach obowiązków kosztowych nałożonych na Udostępniającego na Rynku 3a i 3b. Wyniki kalkulacji zostały sporządzone na podstawie Opisu kalkulacji, który został zatwierdzony przez Prezesa UKE, a następnie poddane badaniu audytora, który wyraził opinię nie zgłaszając zastrzeżeń co do ich prawidłowości. Mając na uwadze powyższe, zaprezentowane okoliczności stanowią o tym, iż wysokość opłat wskazana w Uzasadnieniu wysokości opłat została wystarczająco udowodniona i zasługuje na uwzględnienie w niniejszej sprawie.”* Prawdą jest, że OPL na podstawie obowiązku z art. 39 Pt ma obowiązek przedstawienia instrukcji i opisu kalkulacji kosztów dla usług BSA i LLU oraz, że na podstawie tej instrukcji i opisu przygotowywane są wyniki kalkulacji kosztów, które podlegają badaniu przez biegłego rewidenta. Nie jest jednak prawdą, że audytor badając wyniki kalkulacji kosztów ocenia ich prawidłowość, bowiem badanie audytora obejmuje sprawdzenie zgodności wyników z opisem i instrukcją zatwierdzoną przez Prezesa UKE. Audytor nie potwierdza więc czy wartości kosztowe oraz metoda kalkulacji jest prawidłowa, a tym samym czy osiągnięty wynik jest prawidłowy i zgody z rzeczywistością. Zatem stwierdzenie, że wysokość opłat została wystarczająco udowodniona, bo audytor badał wyniki kalkulacji kosztów jest nieprawdziwe. Badanie audytora nie zwalnia więc Prezesa UKE z obowiązku skalkulowania opłat i nie daje przyzwolenia na zastosowanie opłaty wskazanej przez OPL w uzasadnieniu kosztowym (tym bardziej, że wyniki kalkulacji kosztów nie są zgodne z opłatami wskazanymi w sentencji Projektu Decyzji). Operator przeanalizował publicznie dostępne dane dotyczące kalkulacji kosztów i wysokość opłat ustalonych w projektowanej decyzji, i wyniki analizy nie są spójne. Jednym słowem - opłaty określone przez Prezesa UKE nie są zgodne z wynikami kalkulacji kosztów, a z projektu decyzji wynika, że opłaty wynikają wprost z przedłożonej przez OPL kalkulacji kosztów.

W związku z powyższym konieczne jest wyjaśnienie z czego wynikają różnice pomiędzy wysokością opłat wskazanych w sentencji projektu decyzji oraz wynikach kalkulacji kosztów zatwierdzonych przez biegłego rewidenta. Dodatkowo wyjaśnienia wymaga w jaki sposób wyznaczona została opłata za „Udostępnienie miejsca na słupie w celu instalacji: stelażu z zapasem kabla (bez skrzynki), mufy/złącza bez lub z przełącznicą FTTH, splitera optycznego lub urządzenia zintegrowanego (za Słup OPL) zostaje określona w wysokości 0,79 zł/mies.”, bowiem takiej opłaty nie ma w wynikach kalkulacji kosztów OPL na rok 2022 ani na rok 2023, na które powołuje się OPL, a za nim Prezes UKE.

W tym miejscu warto zauważyć, że – jak wskazuje biegły rewident w sprawozdaniu z badania (str. 4):⁴ „Przeprowadzone przez nas badanie nie obejmowało oceny zasad zawartych w Instrukcji, Opisie LRIC i Opisie przeszacowania.” Oznacza to, że jeśli opis kalkulacji kosztów umożliwia np. niepoprawną lub nadmiarową alokację, to OPL może jej dokonać, a biegły rewident nie może w tym zakresie zgłosić zastrzeżenia.

Mając na uwadze powyższe **Operator wnosi o:**

- **powołanie dowodu z opinii biegłego, który dokona oceny kalkulacji kosztów OPL oraz oszacuje realną wartość kosztów faktycznie związanych z udostępnieniem miejsca na słupie na potrzeby jednej linii.**

4. Uwzględnienie przy rozstrzygnięciu Wniosku Operatora „planu biznesowego OPL”, podczas gdy z uzasadnienia projektu decyzji w żaden sposób nie wynika jak to wpływa na projektowane rozstrzygnięcie.

Prezes UKE w uzasadnieniu projektu decyzji, na str. 10 wskazał, że „[...]wyznaczając wysokość opłat za dostęp do infrastruktury technicznej Udostępniającego (Słupów), kierował się koniecznością umożliwienia Operatorowi pobierania opłat za udostępnienie zapewniających zwrot poniesionych z tego tytułu kosztów oraz uwzględniając wpływ dostępu do infrastruktury technicznej na plan biznesowy tego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, w szczególności na realizowane przez niego inwestycje dotyczące szybkich sieci telekomunikacyjnych.”

Poza powyżej wskazaną, niczego nie wyjaśniającą sentencją, Prezes UKE nie wyjaśnia w jaki sposób projektując rozstrzygnięcie uwzględnił „plan biznesowy OPL”, i - co ważniejsze – jaki on miał/ma wpływ na wyniki kalkulacji kosztów usług. Warto w tym miejscu wskazać, że opis kalkulacji kosztów na rok 2022 oraz 2023 nie uwzględniają „planu biznesowego”. Tym samym potwierdza się przypuszczenie, że ustalona w projekcie decyzji stawka za usługi związane z dostępem do słupów OPL nie została sporządzona, wbrew postanowieniom uzasadnienia projektu decyzji, na podstawie art. 39 Pt, a także jako takie nie podlegały badaniu przez biegłego rewidenta.

Tym samym niezasadne jest założenie przyjęte przez Prezesa UKE na str. 9 i 10 uzasadnienia projektu decyzji, które brzmi następująco:

„W odniesieniu do przesłanki umożliwienia zwrotu poniesionych kosztów wskazać należy, że projektując rozstrzygnięcie Prezes UKE kierował się koniecznością ustalenia opłat na poziomie umożliwiającym zwrot poniesionych przez Udostępniającego kosztów. W ocenie Prezesa UKE, tak wyznaczone opłaty mają na celu wspieranie oraz zachęcanie przedsiębiorców telekomunikacyjnych do budowania infrastruktury technicznej, z założeniem

⁴ <https://bip.uke.gov.pl/decyzje/rachunkowosc-regulacyjna/sprawozdanie-z-rachunkowosci-regulacyjnej-orange-polska-s-a-za-rok-2020-i-wyniki-kalkulacji-kosztow-na-rok-2022,42.html>

ich przyszłego udostępniania innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym. Jednocześnie możliwość współdzielenia infrastruktury pomiędzy kilkoma przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi znacznie uatrakcyjnia rentowność stosowanego przez operatorów modelu biznesowego, daje bowiem możliwość szybszego zwrotu poniesionej inwestycji.

Prezes UKE zmieniając niniejszą decyzją opłaty w Umowie zapewnił, aby zwrot kosztów nastąpił poprzez współdzielenie infrastruktury bez uszczerbku dla interesu zarówno Udostępniającego, jak i Operatora korzystającego ze Słupów. Powyższe będzie miało niewątpliwie wpływ również na interesy użytkowników końcowych”.

5. Błędne uznanie, że przeznaczenie słupów OPL ma wpływ na ustalenie opłaty za dostęp do nich i uzasadnia wyższą opłatę niż za dostęp do słupa energetycznego.

W projekcie decyzji Prezes UKE wskazuje, że postawą rozstrzygnięcia Wniosku Operatora jest art. 17 ustawy szerokopasmowej, analogicznie jak w przypadku Decyzji Prezesa UKE regulujących dostęp do słupów energetycznych. Zgodnie z art. 17 ust. 1 i 2 ustawy szerokopasmowej „Operator sieci zapewnia przedsiębiorcom telekomunikacyjnym dostęp do infrastruktury technicznej, w tym współkorzystanie z niej, w celu realizacji szybkiej sieci telekomunikacyjnej. Dostęp do infrastruktury technicznej jest odpłatny, chyba że strony umowy postanowią inaczej”. Powyższe wskazuje, że obliczając wysokość opłat za dostęp do słupów OPL Prezes UKE powinien oprzeć się na takiej samej metodzie ich kalkulacji jak przy opłatach za dostęp do słupów energetycznych. W projekcie decyzji Prezes UKE wskazuje, jednak na odmiennosć słupów objętych Decyzjami regulującymi dostęp do słupów energetycznych od słupów OPL, która zadaniem Prezesa UKE uzasadnia odmienny sposób ustalenia opłat za dostęp do słupów OPL, a wręcz pozwala na określenie ich wartości na wyższym poziomie. W ocenie Operatora odmiennosć na którą wskazuje Prezes UKE powinna skutkować obniżeniem opłat za dostęp do słupów OPL, do wartości zdecydowanie niższej niż opłata ustalona za dostęp do słupów energetycznych.

Powyższe wynika z faktu, że słupy OPL nie są objęte takim restrykcjami jak słupy elektroenergetyczne, które muszą spełniać odpowiednie wymogi, m.in. instalacja infrastruktury telekomunikacyjnej na słupach elektroenergetycznych jest możliwa jedynie po spełnieniu określonych prawem wymagań bezpieczeństwa w zakresie odległości, w jakich mogą zostać zainstalowane kable telekomunikacyjne; przedsiębiorca telekomunikacyjny, który korzysta ze słupów elektroenergetycznych jest zobowiązany do ponoszenia kosztów z tytułu ewentualnych wyłączeń napięcia linii elektroenergetycznych napowietrznych nN i SN na czas usuwania awarii infrastruktury telekomunikacyjnej; konieczność uwzględnienia potrzeby zapewnienia na jednym słupie energetycznym dwóch usług świadczonych przy użyciu kabli, które nie mogą na siebie oddziaływać; te i inne wymogi które towarzyszą udostępnieniu słupa energetycznego, sprawiają, że dostęp do nich powinien być droższy niż dostęp do słupów „technicznych” OPL, których przeznaczenie to podwieszenie kabla telekomunikacyjnego. Z szacunkowego uzasadnienia projektu rozstrzygnięcia wynika jednak, że owszem ta różnica jest dostrzegalna przez Prezesa UKE, ale przemawia ona na korzyść OPL, który w ocenie Prezesa UKE za dostęp do pojedynczego słupa technicznego może pobierać od Operatora opłatę - w wysokości 4,27/mies. zł, a przedsiębiorca energetyczny za dostęp do słupa energetycznego nN, którego utrzymanie wymaga spełnienia szeregu obowiązków - w wysokości 1,73 zł/mies., jako iloczyn średnich miesięcznych kosztów utrzymania linii elektroenergetycznej nN oraz średniego stosunku kosztów przyrostowych do całkowitych miesięcznych kosztów utrzymania linii elektroenergetycznej nN.

W stanie faktycznym sprawy kluczowe jest to, że OPL wybudowała swoje słupy z myślą o posadowieniu na niej własnej infrastruktury. Nie ma więc związku pomiędzy budową słupów,

a udostępnianiem ich na potrzeby innych operatorów. OPL mając już wybudowane słupy poniosła ich koszt niezależnie od tego czy udostępnia je innym operatorom czy też nie. Brak jest bowiem inwestycji słupowych, które OPL realizuje wyłącznie na potrzeby operatorów korzystających z usług BSA/LLU OPL. Dodatkowo w uzasadnieniu Projektu Decyzji brak jest wyjaśnienia czy Prezes UKE kalkulując opłatę za słup brał pod uwagę liczbę operatorów współkorzystających ze słupa oraz fakt, że OPL posiadając własną infrastrukturę na słupie, koszt budowy i utrzymania słupów odzyskuje w postaci abonamentu pobieranego od własnych klientów detalicznych. Tym samym jeśli opłata za słup obejmuje wszystkie koszty związane z jego udostępnieniem może to oznaczać, że operator korzystający finansuje nie tylko zapewnienie usług abonentom OPL, ale również finansuje inwestycje OPL niezwiązane z dostępem do słupów np. inwestycje OPL/Spółki Światłowód Inwestycje w POPC/KPO/FERC, co jest niezgodne z brzmieniem 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.

Kluczowy problem wynikający z powyższego stanowi fakt, że zgodnie z opisem kalkulacji kosztów zatwierdzanym przez Prezesa UKE, OPL wyznacza tzw. koszt odtworzenia słupa. Oznacza to, że „w skład” usługi udostępnienia słupa OPL wlicza m.in. koszt jego budowy wyceniony na dzień kalkulacji. W stanie faktycznym sprawy brak jest jednak związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy ustaleniem kosztu, a wyznaczeniem opłaty za usługę udostępnienia słupa OPL. Operator nie jest zainteresowany budową przez OPL słupów specjalnie pod usługi Operatora (co uzasadniałoby uwzględnienie kosztu odtworzenia słupa), a wyłącznie udostępnieniem miejsca na istniejących słupach. Zatem stawka za tę usługę nie powinna uwzględniać kosztu budowy (odtworzenia) słupa, a wyłącznie część miesięcznego kosztu jego utrzymania.

Innymi słowy Prezes UKE przy ustalaniu opłaty za dostęp do słupów powinien wziąć pod uwagę fakt, że słupy już istnieją i zostały wybudowane na potrzeby własne OPL. Tym samym koszt, jaki Prezes UKE powinien uwzględnić przy wyznaczaniu opłaty za dostęp do słupów, „związany z udostępnieniem słupa”, powinien obejmować wyłącznie dodatkowy (przyrostowy) koszt dostępu do słupa, którego OPL nie poniosłaby gdyby, słup wykorzystywała wyłącznie na własny użytek.

6. Brak uzasadnienia projektu decyzji wskazującego na zasadność dla projektowanego rozstrzygnięcia.

W tym miejscu wskazać należy, że art. 8 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. kodeks postępowania administracyjnego (tj. Dz.U. z 2021 r., poz. 735, z późn. zm., dalej „kpa”), stanowi, iż organy administracji publicznej prowadzą postępowanie w sposób budzący zaufanie jego uczestników do władzy publicznej wyrażający zasadę pogłębiania zaufania obywateli do władzy publicznej i organów Państwa. Przepis ten nakłada na organy administracji istotne obowiązki rzutujące na sposób prowadzonych postępowań. I tak, organy administracji powinny postępować w sposób przejrzysty, uczciwy i sprawiedliwy. Z przywołanego przepisu wynika, co istotne w kontekście przedmiotowej sprawy, również obowiązek prawidłowego rozważenia stanu faktycznego i prawnego rozpoznawanej sprawy. Na powyższe wskazuje wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 7 października 1983 r. SA/Lu 240/83 „*Organy administracji są bowiem zobowiązane do podejmowania wszelkich kroków zmierzających do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego i winny prowadzić postępowanie w ten sposób, aby pogłębić zaufanie obywateli do państwa.*”

Wyraz zasadzie opisanej w art. 8 kpa organ daje również stosując przepis art. 107 § 3 kpa, z którego wynika, że decyzja powinna zawierać uzasadnienie faktyczne wskazujące na fakty,

które organ uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, oraz przyczyn, z powodu których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, zaś uzasadnienie prawne - wyjaśnienie podstawy prawnej decyzji, z przytoczeniem przepisów prawa i ich analizą. Zgodnie zaś z ust. 4 tego artykułu, można odstąpić od uzasadnienia decyzji, gdy uwzględnia ona w całości żądanie strony. Nie dotyczy to jednak decyzji rozstrzygających sporne interesy stron. Konsultowany projekt decyzji i jej rozstrzygnięcie ma niewątpliwie wpływ na interesy stron. W tym kontekście oczekiwać należało, że projekt decyzji będzie zawierał wyczerpujące uzasadnienie pozwalające bez najmniejszych wątpliwości ocenić czy organ poddał analizie koszty przedstawione przez OPL i w jego ocenie uzasadniające wysoką opłatę na dostęp do słupa, co znamienne wyższą, dużo wyższą niż opłata za słup energetyczny.

Uzasadnienie Decyzji powinno być na tyle przejrzyste i jasne, aby strona po jego przeczytaniu miała pełną odpowiedź na ww. pytania, które są oczywiste w stanie faktycznym sprawy, a których w uzasadnieniu projektu decyzji brak.

Mając a uwadze powyższe nie ulega wątpliwości, że konsultowany projekt rozstrzygnięcia powinien zostać przez Prezesa UKE ponownie przeanalizowany przy uwzględnieniu ww. zarzutów.

Joanna Sikora
Z poważaniem,
radca prawny
Joanna Sikora
pełnomocnik