



**PREZES
URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ**

**(dane osobowe) prowadzący
działalność gospodarczą pod firmą
@Alfanet (dane osobowe)**

ul. Solna 27
42-209 Częstochowa

(dalej „Operator”)

Tauron Dystrybucja S.A.

ul. Podgórska 25a
31-035 Kraków

(dalej „Udostępniający” lub „Tauron”)

DECYZJA DR.WIT.6174.15.2020.36

Po rozpatrzeniu wniosku Operatora z dnia 13 listopada 2020 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej „UKE”) dnia 24 listopada 2020 r., dalej „Wniosek”) o wydanie decyzji zmieniającej umowę najmu nr OCZ/OME/nr 61/2016 zawartą w dniu 29 stycznia 2016 r. pomiędzy Operatorem a Udostępniającym, regulującą zasady korzystania ze słupów elektroenergetycznych linii niskiego napięcia (dalej „Umowa”),

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 2021 r. poz. 777 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 2021 r. poz. 735 ze zm., dalej „kpa”) w związku z art. 206 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 576, dalej „Pt”), zmieniam postanowienia Umowy w ten sposób, że:

1. § 4 ust. 1 Umowy otrzymuje następujące brzmienie:

„Najemca będzie płacił Wynajmującemu za najem miesięczną stawkę czynszu najmu, obliczoną jako iloczyn najmowanych Słupów wykazanych w Załączniku nr 3 do Umowy oraz liczby kabli teleinformatycznych umieszczonych na danym Słupie i opłaty jednostkowej za dostęp do Słupa wynoszącej 1,73 zł (jeden złoty i siedemdziesiąt trzy grosze) netto, na podstawie faktury. Załącznik nr 3 będzie aktualizowany każdorazowo po dokonaniu odbioru technicznego nowego odcinka linii teleinformatycznej w oparciu o protokoły odbioru, przy czym:

- przez Kabel abonencki rozumie się kabel teleinformatyczny 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 teleinformatyczny rozumie się kabel w dowolnej technologii, przeznaczony do świadczenia usług telekomunikacyjnych,

- opłata za Kable abonenckie zawiera się w stawce za dostęp do Słupa.”

2. § 6 ust. 4 Umowy otrzymuje następujące brzmienie:

„Najemca jest uprawniony do podwieszenia kabli teleinformatycznych na podbudowie elektroenergetycznych linii niskiego napięcia w celu prowadzenia działalności przez Najemcę i dostępu do tych linii.”

3. § 8 ust. 4 pkt 1 Umowy otrzymuje następujące brzmienie:

„W przypadku nie zgłoszenia przez Najemcę zgodnie z § 6 ust. 9 Umowy rozpoczęcia prac montażowych nowego odcinka kabli teleinformatycznych do słupów linii napowietrznych niskiego napięcia, Wynajmujący może naliczyć jednorazową karę umowną w wysokości pięciokrotnej opłaty jednostkowej za każdy słup, nowo wybudowanego odcinka linii teleinformatycznej oraz pobierać bieżące miesięczne opłaty z tytułu udostępnienia tych słupów: (...)”

4. uchyla się § 4 ust. 2,

5. uchyla się § 4 ust. 4 i 5 Umowy,

6. uchyla się § 4 ust. 11, 12 i 13 Umowy,

7. uchyla się § 17 ust. 9 pkt 4 Umowy,

8. uchyla się określenie wysokości opłat w Załączniku nr 3 do Umowy,

9. uchyla się Załącznik nr 4 do Umowy.

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

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”) ponoszonych przez Operatora, tj. poprzez zmianę § 4 ust. 1, uchylenie § 4 ust. 2, 4, 5, 11, 12 i 13 Umowy, uchylenie określenia wysokości opłat w Załączniku nr 3 do Umowy oraz uchylenie Załącznika nr 4 do Umowy.

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 odmowy dostępu lub niezawarcia 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 Prezes 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 elektroenergetycznych linii nN, 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 2021 r. poz. 716, 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.

¹ <https://rejestry.ure.gov.pl/o/15>

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 w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 7 ustawy o wspieraniu rozwoju, tj. sieci telekomunikacyjnej zdolnej do dostarczania usług szerokopasmowego dostępu do Internetu o przepustowości co najmniej 30 Mb/s. W związku z tym operator sieci jest obowiązany do zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej w celu realizacji szybkiej sieci telekomunikacyjnej na podstawie art. 17 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju, w szczególności do podwieszania kabli światłowodowych, które zgodnie z Umową zostały umieszczone przez Operatora na słupach elektroenergetycznych Udostępniającego (z technicznego punktu widzenia technologia światłowodowa zapewnia praktycznie nieograniczoną przepustowość).

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 wspomnianego 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 oraz doprecyzowania zasad ustalania wysokości i rodzaju opłat. Przedmiotem Umowy jest dostęp do słupów elektroenergetycznych linii nN w celu umieszczenia na nich przewodów teleinformatycznych (w tym światłowodów oraz przyłączeniowych sieci abonenckich). W ramach Umowy Operator wykorzystuje łącznie 5736 słupów elektroenergetycznych nN (dowód: załącznik nr 3 do Umowy, stanowiący 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 163);
- 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 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:

- 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 od dnia 28 października 2020 r., to jest od daty 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 21 października 2020 r. wraz z potwierdzeniem nadania oraz pismo Udostępniającego z dnia 4 listopada 2020 r., stanowiące załączniki do Wniosku);
- 2) przedmiot negocjacji określony przez Operatora dotyczył zmiany wysokości opłat oraz doprecyzowania zasad ustalania wysokości i rodzaju opłat; Operator uzasadnił swój wniosek koniecznością dostosowania poziomu opłat do tego, który byłby ustalony zgodnie z art. 22 ust. 3 ustawy o wspieraniu rozwoju;
- 3) pismem z dnia 4 listopada 2020 r. Udostępniający zanegował możliwość obniżenia stawek (dowód: pismo Udostępniającego z dnia 4 listopada 2020 r., stanowiące załącznik do Wniosku).

Pismo Udostępniającego z dnia 4 listopada 2020 r. stanowi odmowę udzielenia dostępu do infrastruktury technicznej w rozumieniu art. 21 ust. 2 ustawy o wspieraniu rozwoju (przyjęcie takiej interpretacji nakazuje art. 24a ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju, który przewiduje, że do zmiany umowy o dostępie do infrastruktury technicznej stosuje się odpowiednio przepisy m.in. art. 21 ust. 2 wspomnianej ustawy). 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 wysokość opłat należnych Udostępniającemu z tytułu zapewnienia dostępu do słupów elektroenergetycznych linii nN oraz zasady ustalania wysokości i rodzaj opłat ponoszonych przez Operatora w wykonaniu Umowy. W toku negocjacji zmianą Umowy negocjowaną przez strony była zmiana § 4 ust. 1 Umowy, uchylenie § 4 ust. 2, 4, 5, 11, 12 i 13 Umowy, uchylenie określenia wysokości opłat w

Załączniku nr 3 do Umowy oraz uchylenie Załącznika nr 4 do Umowy. Stąd też przedmiot niniejszego postępowania obejmuje wyłącznie zmianę Umowy w ww. zakresie będącym przedmiotem negocjacji między stronami.

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 opłaty 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.

Zgodnie z art. 15 Pt w związku z art. 22 i 23 ustawy o wspieraniu rozwoju, Prezes UKE przed podjęciem rozstrzygnięcia w sprawie dostępu do infrastruktury technicznej przeprowadza postępowanie konsultacyjne, umożliwiając zainteresowanym podmiotom wyrażenie na piśmie w określonym terminie stanowiska do projektu rozstrzygnięcia. Zgodnie z art. 16 ust. 1 zdanie drugie Pt, Prezes UKE informuje o wszczęciu postępowania konsultacyjnego Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej „Prezes UOKiK”).

W dniach 6 lipca 2021 r. – 5 sierpnia 2021 r. Prezes UKE przeprowadził postępowanie konsultacyjne projektu decyzji.

W ramach postępowania konsultacyjnego do Prezesa UKE wpłynęły stanowiska złożone przez:

1. Prezesa UOKiK, pismem z dnia 15 lipca 2021 r.,
2. Operatora, pismem z dnia 2 sierpnia 2021 r. (dalej „stanowisko konsultacyjne Operatora”).

Jak wynika z art. 22 ust. 6 pkt 1 ustawy o wspieraniu rozwoju, w odniesieniu do przedsiębiorstw energetycznych, decyzję w sprawie dostępu do infrastruktury technicznej wydaje się w uzgodnieniu z Prezesem Urzędu Regulacji Energetyki (dalej „Prezes URE”).

Jednocześnie w myśl art. 22 ust. 6a ustawy o wspieraniu rozwoju uzgodnienie, o którym mowa w ust. 6, nie obejmuje finansowych warunków współpracy. W tym zakresie podmioty, o których mowa w ust. 6, przedstawiają opinię.

W związku z powyższym, pismem z dnia 1 września 2021 r., Prezes UKE przekazał Prezesowi URE projekt decyzji do przedstawienia opinii w zakresie finansowych warunków współpracy, będących przedmiotem postępowania.

Postanowieniem z dnia 29 września 2021 r. Prezes URE przedstawił opinię w zakresie finansowych warunków współpracy. Prezes URE nie wniósł uwag do zawartych w niniejszej decyzji (dalej „Decyzja”) finansowych warunków współpracy, podkreślając ich zgodność z ustaleniami zawartymi w decyzji Prezesa UKE z dnia 12 lutego 2021 r. nr DR.WIT.6082.5.2019.196, określającej warunki zapewnienia dostępu do infrastruktury

technicznej Udostępniającego w zakresie słupów elektroenergetycznych linii nN i linii średniego napięcia (dalej „Decyzja Prezesa UKE z dnia 12 lutego 2021 r.”).

4. Uzasadnienie motywów rozstrzygnięcia

4.1. Kryteria będące podstawą rozstrzygnięcia

Rozstrzygając sprawę w Decyzji, Prezes UKE wziął pod uwagę stanowiska stron, kierując się jednocześnie ogólnymi zasadami określonymi w art. 17 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju oraz kryteriami wskazanymi w art. 22 ust. 1 i 3 ustawy o wspieraniu rozwoju odpowiednio stosowanymi 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. Mając powyższe na względzie, zmiana Umowy w zakresie wysokości opłat należnych Udostępniającemu oraz w zakresie doprecyzowania zasad ustalania wysokości i rodzaju opłat należnych Udostępniającemu na podstawie Umowy, 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 adresatem Decyzji Prezesa UKE z dnia 12 lutego 2021 r. Zgodnie zaś z art. 18 ust. 6 ustawy o wspieraniu rozwoju operator sieci, w stosunku do którego została wydana taka decyzja jest obowiązany do zawierania umów o dostępie do infrastruktury technicznej na warunkach nie gorszych niż określone w tej decyzji. Wydanie Decyzji Prezesa UKE z dnia 12 lutego 2021 r. w przywołanym postępowaniu oznacza 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.

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) odpowiadają ustaleniom dokonany przez Prezesa UKE w 5 decyzjach² dotyczących określenia warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej (w zakresie słupów elektroenergetycznych linii nN) należącej do operatorów systemów dystrybucyjnych (dalej „OSD”)³. Tym samym postanowienia Decyzji nie tylko realizują zasadę niedyskryminacji, ale także uwzględniają główny argument Operatora składany w ramach postępowania, dotyczący konieczności obniżenia opłaty z tytułu zapewnienia dostępu do słupów elektroenergetycznych linii nN należnej Udostępniającemu na podstawie Umowy.

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

Prezes UKE, uwzględniając interesy stron, wydając Decyzję, wziął pod uwagę przede wszystkim stanowiska stron prezentowane w trakcie prowadzonych negocjacji o zmianę Umowy, stanowiska prezentowane w toku postępowania administracyjnego, a także postanowienia Decyzji Prezesa UKE z dnia 12 lutego 2021 r.

² <https://bip.uke.gov.pl/decyzje/dostep-do-infrastruktury/decyzja-prezesa-uke-dla-tauron-dystrybucja-s-a-dotyczaca-dostepu-do-infrastruktury-technicznej-slupow-elektroenergetycznych,38.html>

<https://bip.uke.gov.pl/decyzje/dostep-do-infrastruktury/decyzja-prezesa-uke-dla-energa-operator-s-a-dotyczaca-dostepu-do-infrastruktury-technicznej-slupow-elektroenergetycznych,37.html>

<https://bip.uke.gov.pl/decyzje/dostep-do-infrastruktury/decyzja-prezesa-uke-dla-pge-dystrybucja-s-a-dotyczaca-dostepu-do-infrastruktury-technicznej-slupow-elektroenergetycznych,36.html>

<https://bip.uke.gov.pl/decyzje/dostep-do-infrastruktury/decyzja-prezesa-uke-dla-innogy-stoen-operator-sp-z-o-o-dotyczaca-dostepu-do-infrastruktury-technicznej-slupow-elektroener-,35.html>

<https://bip.uke.gov.pl/decyzje/dostep-do-infrastruktury/decyzja-prezesa-uke-dla-enea-operator-sp-z-o-o-dotyczaca-dostepu-do-infrastruktury-technicznej-slupow-elektroenergetycznych,34.html>

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

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

4.2. Uzasadnienie zmian wprowadzonych do Umowy

4.2.1. Uwagi ogólne

Rozstrzygając niniejszą sprawę Prezes UKE miał przede wszystkim na względzie zakres sporu dotyczącego zmiany Umowy, który był negocjowany przez strony. Negocjacje zmian Umowy obejmowały: kwestię obniżenia wysokości opłat z tytułu zapewnienia dostępu do słupów elektroenergetycznych linii nN należnych Udostępniającemu, a także usunięcie dodatkowych opłat (opłata za nadzór nad pracownikami Operatora). Operator żądał zmiany Umowy poprzez wprowadzenie do Umowy proponowanych przez siebie opłat (1,73 zł za dostęp do każdego Słupa elektroenergetycznego linii nN), uchylecia § 4 ust. 4 i 5 Umowy (dotyczących ponoszenia przez Operatora opłat za usługi związane z dopuszczeniem do pracy i sprawowaniem nadzoru nad pracownikami Operatora), uchylecia § 4 ust. 11, 12 i 13 Umowy (dotyczących corocznej aktualizacji opłat przez Udostępniającego), uchylecia określenia zsumowanej wysokości opłat w Załączniku nr 3 do Umowy oraz uchylecia Załącznika nr 4 do Umowy (zawierającego wyciąg z Cennika usług pozataryfowych Udostępniającego). Zakres negocjacji przeprowadzonych między stronami wyznaczył więc przedmiot niniejszego postępowania, którym jest zmiana wysokości opłat należnych Udostępniającemu na podstawie Umowy, uchylecie § 4 ust. 4, 5, 11, 12, 13 Umowy, uchylecie określenia wysokości opłat w Załączniku nr 3 do Umowy oraz uchylecie Załącznika nr 4 do Umowy.

Wprowadzając zmiany w Umowie niniejszą Decyzją Prezes UKE miał na względzie przede wszystkim fakt, iż Udostępniający jest adresatem Decyzji Prezesa UKE z dnia 12 lutego 2021 r., której przedmiotem jest określenie warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej Tauron w zakresie słupów elektroenergetycznych linii nN i linii SN. Wydanie decyzji w tym postępowaniu oznacza 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 związku z powyższym niezasadna jest argumentacja Udostępniającego przedstawiona w piśmie z dnia 20 października 2021 r. i wskazująca, że projekt decyzji w niniejszej sprawie wykracza poza ramy Decyzji Prezesa UKE z dnia 12 lutego 2021 r.

4.2.2. Uregulowanie opłat przez Strony

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. Wysokość całkowitej opłaty miesięcznej była wyliczana zgodnie z Umową jako iloczyn wspomnianej ceny jednostkowej i liczby wykorzystanych przez Operatora słupów elektroenergetycznych linii nN, a następnie powiększana o stawkę podatku VAT.

Wysokość wskazanej wyżej opłaty wynikała z Cennika usług pozataryfowych stosowanego przez Udostępniającego (wyciąg z Cennika usług pozataryfowych Udostępniającego zawarty był w Załączniku nr 4 do Umowy). Cennik usług pozataryfowych uzależnia wysokość opłat z tytułu dostępu do słupów elektroenergetycznych od liczby wykorzystywanych przez

przedsiębiorcę telekomunikacyjnego słupów elektroenergetycznych. Wysokość opłat w Cenniku usług pozataryfowych w omawianym zakresie wygląda następująco⁵:

Tabela 1. Wyciąg z cennika usług pozataryfowych Tauron

Tabela III. Cennik usług pozataryfowych. Udostępnienie infrastruktury elektroenergetycznej							
1	2	3		4	5	6	7
L.p.	Wyszczególnienie			Stawka za usługę netto [zł]	VAT [zł]	Stawka za usługę brutto [zł]	Jednostka rozliczeniowa
49	Przewody i kable wraz z osprzętem podwieszane na konstrukcjach wsporczych (słupach) napowietrznej linii rozdzielczej nN np. kable światłowodowy. <i>Uwaga: możliwość podwieszenia kabli i przewodów światłowodowych na słupach napowietrznych linii SN wymaga spełnienia określonych warunków technicznych i formalnych, stawka wyliczana jest wg indywidualnej kalkulacji.</i>	nN	do 20 słupów	15	3,45	18,45	zł/słup m-c
			od 21 do 500 słupów	7	1,61	8,61	zł/słup m-c
			od 501 do 30 000 słupów	4,5	1,04	5,54	zł/słup m-c
			powyżej 30 000 słupów	3,6	0,83	4,43	zł/słup m-c

W toku negocjacji Udostępniający odmówił zmiany wysokości opłat z tytułu udostępnienia słupów elektroenergetycznych, powołując się na obowiązujący u niego Cennik usług pozataryfowych (dowód: pismo Udostępniającego z dnia 4 listopada 2020 r.).

4.2.3. Podstawa prawna ustalenia wysokości opłat przez Prezesa UKE

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 w oparciu o koszty całej jego infrastruktury technicznej, której element (np. słup elektroenergetyczny) jest przedmiotem dostępu. Linia energetyczna ma standardowo od kilku do nawet kilkudziesięciu kilometrów, przy czym sam dostęp do

⁵ <https://www.tauron-dystrybucja.pl/uslugi-dystrybucyjne/cenniki>

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 usługi telekomunikacyjne. 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 4 grudnia 2020 r. o przedstawienie uzasadnienia kosztowego Udostępniający nie przedstawił takiego uzasadnienia, odniósł się natomiast do zarzutów Operatora dotyczących wysokości opłat przedstawiając opracowaną przez siebie kalkulację opłat, z której wynika, że średnie miesięczne przyrostowe koszty utrzymania linii nN w przeliczeniu na jeden słup wynoszą 3,63 zł. W związku z powyższym, 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.

4.2.4. Metodyka ustalenia opłat

Dokonując zmiany wysokości opłat za udostępnienie słupów elektroenergetycznych należnych Udostępniającemu zgodnie z Umową i ustalenia ich na poziomie 1,73 zł netto miesięcznie za umieszczenie jednego Kabla telekomunikacyjnego na każdym słupie elektroenergetycznym 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.⁶

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.

Zaznaczenia wymaga, że w ramach niniejszego postępowania Udostępniający w piśmie z dnia 23 grudnia 2020 r. stanowiącym odpowiedź na wezwanie Prezesa UKE z dnia 4 grudnia 2020 r. o przedstawienie uzasadnienia kosztowego wskazał, że przy określaniu opłaty ryczałtowej za wykorzystanie 1 szt. konstrukcji słupa linii elektroenergetycznej napowietrznej niskiego

⁶ przekazanych w postępowaniach dotyczących określenia warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej (nr DR.WIT.6082.1-5.2019)

napięcia dla podwieszenia kabla sieci światłowodowej ujęto koszty: eksploatacji - 0,48 zł, usuwania awarii - 0,01 zł, administracyjne - 0,14 zł, transportu - 0,02 zł i pozostałe (wzrost amortyzacji linii napowietrznej nN związane skróceniem okresu użytkowania o 5 lat) - 2,98 zł, łącznie na kwotę 3,63 zł (dowód: pismo Udostępniającego do Prezesa UKE z dnia 4 grudnia 2020 r.).

Powyższe oznacza, że miesięczne koszty przyrostowe za utrzymanie słupa elektroenergetycznego nN w wysokości 3,63 zł w nieuzasadniony sposób znacząco odbiegają od stawki 1,73 zł ustalonej wcześniej w Decyzji Prezesa UKE z dnia 12 lutego 2021 r., która odpowiada wymogom art. 22 ust. 3 Ustawy o wspieraniu rozwoju. W związku z tym Prezes UKE ustalił wysokość opłaty na podstawie znanych Prezesowi UKE z urzędu najbardziej aktualnych danych kosztowych dotyczących dostępu do infrastruktury technicznej w postaci słupów elektroenergetycznych linii nN, tj. na podstawie kosztów przyrostowych przekazanych przez OSD w odpowiedziach na wezwania z dnia 29 kwietnia 2020 r., skierowane do OSD w prowadzonych przez Prezesa UKE na podstawie art. 18 ust. 3 w związku z art. 17 ustawy o wspieraniu rozwoju postępowaniach dotyczących określenia warunków zapewnienia dostępu do słupów elektroenergetycznych OSD (DR.WIT.6082.1-5.2019)⁷.

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 i w dniu 29 kwietnia 2020 r.⁸ wezwał OSD do weryfikacji oraz przedstawienia danych w zakresie:

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

W odpowiedzi na wezwania Prezesa UKE z dnia 29 kwietnia 2020 r.⁹ wszyscy OSD przedstawili dane odnośnie średnich miesięcznych kosztów utrzymania linii

⁷ Odpowiedzi OSD załączone do materiału dowodowego w niniejszej sprawie zawiadomieniem z dnia 5 maja 2021 r.

⁸ w postępowaniach dotyczących określenia warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej OSD (nr DR.WIT.6082.1-5.2019)

⁹ w postępowaniach dotyczących określenia warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej OSD (nr DR.WIT.6082.1-5.2019)

elektroenergetycznej nN 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 2. 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 3. 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 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 4. 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 zł za udostępnienie słupa elektroenergetycznego linii nN na potrzeby podwieszenia jednego kabla telekomunikacyjnego 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 1,73 zł za słup wyznaczył przedmiot niniejszego postępowania. Prezes UKE podkreśla, że przedmiotem postępowania jest zmiana wysokości opłaty należnej Udostępniającemu na podstawie Umowy w zgodzie z dyspozycją art. 22 ust. 3 ustawy o wspieraniu rozwoju, nie zaś wyłącznie ustalenie tej opłaty na poziomie wskazywanym przez Operatora we Wniosku. Kierując się dyspozycją tego przepisu Prezes UKE ustalił wysokość opłaty należnej Udostępniającemu na podstawie Umowy na poziomie 1,73 zł netto za każdy kabel telekomunikacyjny umieszczony na wykorzystywanym słupie elektroenergetycznym linii nN.

W celach porządkowych Prezes UKE wprowadził również do § 4 ust. 1 Umowy definicje Kabla telekomunikacyjnego i Kabla abonenckiego oraz doprecyzował, że opłata za Kable abonenckie zawiera się w stawce za dostęp do słupa. Wprowadzone zmiany zgodne są z postanowieniami Decyzji Prezesa UKE z dnia 12 lutego 2021 r. Wskazać także należy, że wprowadzone definicje i doprecyzowania są elementami koniecznymi do obliczenia opłaty, dlatego, w ocenie Prezesa UKE, ich wprowadzenie nie wykracza poza przedmiot postępowania wyznaczony Wnioskiem. Jednocześnie przychylając się do Wniosku w zakresie uchylecia § 4 ust. 4 i 5 Umowy oraz § 4 ust. 11, 12 i 13 Umowy Prezes UKE wskazuje, że Decyzja Prezesa UKE z dnia 12 lutego 2021 r. nie przewiduje corocznej aktualizacji opłat oraz opłat za usługi związane z dopuszczeniem do pracy i sprawowaniem nadzoru nad pracownikami Operatora.

Podobnie porządkowy charakter ma zmiana polegająca na usunięciu określenia wysokości opłat w Załączniku nr 3 do Umowy oraz usunięciu Załącznika nr 4 do Umowy. Wysokość opłat należna Udostępniającemu na podstawie Umowy powinna być bowiem określona z zastosowaniem stawki wskazanej w zmienionym § 4 ust. 1 Umowy.

Uwzględnienie Wniosku Operatora we ww. zakresie wymagało także dokonania dalszych porządkowych zmian w Umowie tj. zmian w: § 6 ust. 4 Umowy (usunięcie możliwości wykonywania przez Udostępniającego odpłatnego nadzoru nad pracami wykonywanymi przez Operatora), § 8 ust. 4 pkt 1 Umowy oraz § 17 ust. 9 pkt 4 Umowy (usunięcie odwołania do Załącznika nr 4 do Umowy, który został usunięty z Umowy niniejszą Decyzją). W ocenie

Prezesa UKE, ww. zmiany porządkowe uwzględniają zmiany wprowadzone Decyzją, co niewątpliwie ułatwi wykonywanie Umowy. Umowa nie będzie bowiem zawierała odwołania do usuniętych Decyzją załączników (Załącznik nr 4) bądź opłat (opłata za nadzór). Powyższe działanie jest zatem zgodne z zasadą proporcjonalności, którą Prezes UKE jest zobowiązany respektować.

W ocenie Prezesa UKE, omawiane zmiany Umowy dokonane niniejszą Decyzją nie wykraczają poza przedmiot postępowania wyznaczony Wnioskiem Operatora.

5. Odniesienie do uwag zgłoszonych w stanowisku konsultacyjnym Operatora

1) Nieuprawnione działanie Prezesa UKE w zakresie zmiany opłaty za dostęp do słupów - § 4 ust. 1, 2, 4, 5, 11, 12, 13 Umowy oraz Załącznik nr 3 i 4 do Umowy – pkt I stanowiska konsultacyjnego Operatora (str. 1 – 9)

Operator wskazał na nieuprawnione działanie Prezesa UKE z urzędu w zakresie zmiany modelu naliczania opłat z (i) modelu ryczałtowego, w którym opłata była naliczana za każdy słup elektroenergetyczny wykorzystany do podwieszenia kabli telekomunikacyjnych Operatora na (ii) model, w którym opłata jest naliczana jako iloczyn udostępnionych słupów elektroenergetycznych, liczby kabli telekomunikacyjnych podwieszonych na poszczególnym słupie oraz opłaty określonej w Decyzji.

Operator podniósł, że wydanie Decyzji w konsultowanym kształcie stanowiłoby przekroczenie granic kompetencji Prezesa UKE, ponieważ w zakresie zmiany modelu rozliczeń Strony nie prowadziły negocjacji, Prezes UKE w tym zakresie nie wszczął i nie prowadził odrębnego postępowania z urzędu, a w ramach niniejszego postępowania także nie analizował spełnienia przesłanek z art. 20 ustawy o wspieraniu rozwoju, regulujących możliwość działania Prezesa UKE w omawianym zakresie z urzędu. Ponadto, Operator nie wyraził zgody na wydanie przez Prezesa UKE decyzji przewidującej odejście do ryczałtowego modelu naliczania opłat.

Odnosząc się do powyższej uwagi Prezes UKE wskazuje, że postulowane przez Operatora obniżenie opłaty było możliwe tylko łącznie ze zmianą modelu naliczania opłat z dotychczasowego modelu ryczałtowego (tj. nieuwzględniającego liczby kabli telekomunikacyjnych Operatora podwieszonych na danym słupie) na model uwzględniający liczbę kabli podwieszonych przez Operatora na danym słupie. Wynika to z faktu, że opłata w wysokości 1,73 zł za podwieszenie kabla na słupie elektroenergetycznym nN miesięcznie została skalkulowana dla modelu naliczania opłat przewidzianego w Decyzji Prezesa UKE z dnia 12 lutego 2021 r., tj. z uwzględnieniem liczby kabli telekomunikacyjnych podwieszonych na danym słupie. Żądanie Operatora w literalnym brzmieniu, tj. żądanie obniżenia opłat do 1,73 zł za słup elektroenergetyczny nN miesięcznie, przy utrzymaniu ryczałtowego modelu rozliczeń, musiało się spotkać z odmową ze strony Prezesa UKE. Zastosowanie określonych przez Prezesa UKE opłat dla modelu nieryczałtowego tj. uwzględniającego liczbę kabli podwieszonych na danym słupie dla modelu ryczałtowego (uwzględniającego wyłącznie liczbę udostępnionych słupów) byłoby rozwiązaniem nieadekwatnym. Tak więc postulowana przez Operatora obniżka wysokości opłat mogła być dokonana tylko łącznie ze zmianą modelu ich naliczania.

Dodatkowo należy mieć na uwadze, że zarówno we wniosku o negocjacje (pismo Operatora z dnia 21 października 2020 r.) jak i w uzasadnieniu Wniosku Operator wnosząc o zmniejszenie opłat należnych Udostępniającemu na podstawie Umowy powołał się m.in. na rozpoczęte w dniu 15 lipca 2020 r. konsultacje projektu Decyzji Prezesa UKE z dnia 12 lutego 2021 r. Należy

zaś podkreślić, że projekt Decyzji Prezesa UKE z dnia 12 lutego 2021 r. w dniu jego skierowania do postępowania konsultacyjnego¹⁰, na który powoływał się Operator we Wniosku, zawierał model rozliczeń uwzględniający liczbę kabli podwieszonych na danym słupie. Jednocześnie Operator wskazał na uzasadnienie Prezesa UKE zawarte w projekcie Decyzji Prezesa UKE z dnia 12 lutego 2021 r. oraz że „w pełni popiera zawartą w nim argumentację Prezesa UKE”. Jednocześnie w dalszej części Wniosku Operator wniósł o to, aby Prezes UKE uwzględnił dokumenty i informacje znane mu z urzędu w ramach postępowania zakończonego wydaniem Decyzji Prezesa UKE z dnia 12 lutego 2021 r. oraz postępowania zakończonego wydaniem decyzji Prezesa UKE z dnia 7 czerwca 2021 r. nr DR.WIT.6174.6.2019.67 regulującej dostęp Leon sp. z o.o. do infrastruktury Udostępniającego (dalej „Decyzja dla Leon”).

Odnosząc się do tych postulatów Prezes UKE wskazuje, że projektując rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie brał pod uwagę wszystkie fakty znane mu z urzędu oraz dokumenty i informacje zebrane w ramach postępowania zakończonego wydaniem Decyzji Prezesa UKE z dnia 12 lutego 2021 r. oraz pośrednio postępowania, w którym została wydana Decyzja dla Leon. Ponadto do materiału dowodowego w niniejszej sprawie została załączona zarówno Decyzja Prezesa UKE z dnia 12 lutego 2021 r., jak i odpowiedzi OSD na wezwanie Prezesa UKE z dnia 29 kwietnia 2020 r. zawierające dane dotyczące kosztów utrzymania słupów elektroenergetycznych.

Ponadto należy wyjaśnić, że implementacja do Umowy postanowień, których literalne brzmienie nie było postulowane przez Strony, wynika m.in. z konieczności zapewnienia niedyskryminujących i proporcjonalnych warunków dostępu, o czym stanowi art. 22 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju. Zarówno w niniejszej decyzji wydawanej na podstawie art. 22 ustawy o wspieraniu rozwoju, jak i Decyzji Prezesa UKE z dnia 12 lutego 2021 r. której podstawę prawną stanowi art. 18 ustawy o wspieraniu rozwoju warunki dostępu do infrastruktury są ustalane w oparciu o analogiczne kryteria (a w zakresie opłat – tożsame), co wynika z zawartego w art. 18 ust. 3 odesłania do art. 22 ust. 1-3 omawianej ustawy. W szczególności z tego powodu Prezes UKE zastosował w niniejszej sprawie rozwiązania stosowane w Decyzji Prezesa UKE z dnia 12 lutego 2021 r. wiążącej Udostępniającego oraz zastosowane w analogicznych rozstrzygnięciach wydanych dla innych 4 OSD. Dzięki temu ani Operator ani Udostępniający nie są dyskryminowani w roli odpowiednio podmiotu korzystającego lub udostępniającego słupy elektroenergetyczne na potrzeby telekomunikacji. Ponadto, Prezes UKE zastosował rozwiązania adekwatne do zaistniałych problemów i potrzeb, przy uwzględnieniu uzasadnionych interesów obu Stron.

Należy wyjaśnić, że podejście zastosowane przez Prezesa UKE znajduje akceptację w orzecznictwie, które w kontekście włączenia do Umowy przez Prezesa UKE postanowień nie postulowanych przez Strony postępowania wskazuje, że „Zaskarżona decyzja została natomiast wydana m.in. na podstawie art. 22 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju, a zgodnie z tym przepisem Prezes UKE wydaje decyzję w sprawie dostępu do infrastruktury technicznej biorąc pod uwagę w szczególności konieczność zapewnienia niedyskryminacyjnych i proporcjonalnych warunków dostępu. Wytyczne określone w tym przepisie odgrywają zatem nadrzędną rolę w stosunku do propozycji jednej ze stron postępowania, co oznacza, że Prezes

¹⁰ <https://bip.uke.gov.pl/konsultacje-i-wyniki-konsultacji/konsultacje-projektu-decyzji-dla-auron-dystrybucja,1255.html>

UKE nie był zobligowany do przyjęcia rozwiązania proponowanego przez stronę, przeciwnie, w takiej sytuacji musi uwzględnić interesy obydwu stron.” (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 12 listopada 2020 r. sygn. akt VII Aga 417/19, podobnie prawomocny wyrok SOKIK z dnia 20 marca 2019 r. sygn. akt XVII AmT 57/16). „Prezes UKE jest zatem uprawniony do zastosowania rozwiązania alternatywnego wobec propozycji jednej ze stron postępowania, czyli w tym wypadku Operatora. Ustalając warunki Dostępu, Prezes UKE musi uwzględnić słuszny interes obu stron postępowania, a nie wyłącznie jednej z nich, albowiem nie są to warunki wynikające z negocjacji obu stron. Na podstawie przepisów ustawy o wspieraniu rozwoju Prezes UKE jest zatem uprawniony do ustalenia warunków Dostępu w sposób całościowy, a nie wyłącznie ograniczając się do wskazanych przez strony postępowania kwestii spornych.” (wyrok Sądu Okręgowego - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 22 lutego 2019 r. sygn. akt XVII AmT 8/17).

Warto pamiętać, że w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z uzgodnionymi propozycjami Stron, a wyłącznie z propozycjami postanowień przedłożonymi przez Operatora. Z drugiej strony Udostępniający jest adresatem Decyzji Prezesa UKE z dnia 12 lutego 2021 r. Prezes UKE jest uprawniony do zastosowania rozwiązania alternatywnego wobec niezgodnionych propozycji Stron postępowania (w omawianym przypadku – propozycji Operatora). Prezes UKE przy wydawaniu decyzji musi uwzględnić słuszny interes obu Stron postępowania, a nie wyłącznie jednej z nich. Zgodnie bowiem z art. 21 ust. 2 ustawy o wspieraniu rozwoju, wniosek strony składany do Prezesa UKE na podstawie tego przepisu jest wnioskiem „o wydanie decyzji w sprawie dostępu do infrastruktury technicznej”, a nie wyłącznie wnioskiem o rozstrzygnięcie kwestii spornych. W tym miejscu można ponadto wskazać, że na podstawie przepisów ustawy o wspieraniu rozwoju Prezes UKE jest uprawniony do ustalenia warunków dostępu w sposób całościowy, a nie wyłącznie ograniczając się do wskazanych przez strony postępowania kwestii spornych. Oznacza to, że dokonując całościowej oceny sprawy i działając w ramach dozwolonego uznania administracyjnego Prezes UKE uznał, że postulowana przez Operatora obniżka opłat do poziomu 1,73 zł za dostęp do słupa linii nN jest możliwa tylko łącznie z odejściem od dotychczasowego modelu ryczałtowego i przejściem do modelu naliczania opłat uwzględniającego liczbę kabli telekomunikacyjnych Operatora podwieszonych na danym słupie elektroenergetycznym Udostępniającego. Powyższe jest również zgodne z postanowieniami konsultowanego projektu Decyzji Prezesa UKE z dnia 12 lutego 2021 r., na które to postępowanie konsultacyjne powoływał się sam Operator we Wniosku.

W związku z powyższym niezasadna jest argumentacja Operatora, iż Prezes UKE, dokonując zmiany sposobu naliczania opłat w Umowie poprzez wprowadzenie opłaty uzależnionej od ilości kabli podwieszonych na danym słupie, działał z urzędu i w zakresie nieobjętym Wnioskiem Operatora.

2) Naruszenie zasady pewności prawa, zasady praworządności i zasady pogłębiania zaufania - pkt II stanowiska konsultacyjnego Operatora (str. 9 – 10)

Zgodnie ze stanowiskiem konsultacyjnym Operatora, Prezes UKE naruszył art. 14 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo Przedsiębiorców (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 162), zgodnie z którym organ bez uzasadnionej przyczyny nie odstępuje od utrwalonej praktyki rozstrzygania spraw w takim samym stanie faktycznym i prawnym. Operator podniósł, że odmiennie niż w niniejszej sprawie, w Decyzji dla Leon, wydanej w identycznym stanie faktycznym, w którym wnioskujący wystąpił wyłącznie o zmianę wysokości zryczałtowanej miesięcznej stawki

najmu, Prezes UKE dokonał zmiany poprzez ustalenie nowej stawki miesięcznej w wysokości 1,73 zł za słup, bez zmiany modelu rozliczeń.

Odnosząc się do uwagi Operatora Prezes UKE wskazuje, że zarówno w Decyzji dla Leon, Decyzji Prezesa UKE z dnia 12 lutego 2021 r., jak i w decyzjach wydanych dla pozostałych OSD w zakresie określenia warunków zapewnienia dostępu do słupów elektroenergetycznych, zostały zastosowane identyczne rozwiązania dotyczące modelu rozliczeń, uzależniającego wysokość opłaty od liczby kabli podwieszonych na poszczególnych słupach.

W uzasadnieniu Decyzji dla Leon zostało podkreślone, co pozostaje w zgodzie z postanowieniami Decyzji Prezesa UKE z dnia 12 lutego 2021 r., którą Udostępniający jest zobowiązany stosować, że opłata w wysokości 1,73 zł z tytułu dostępu do słupa elektroenergetycznego linii nN wprowadzona w umowie odnosi się do podwieszenia jednego kabla telekomunikacyjnego: „*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) w celu podwieszenia kabla telekomunikacyjnego prowadzi do wyważenia interesów stroni wypełnia przesłankę zwrotu części kosztów utrzymania infrastruktury technicznej.*”¹¹. Należy wyjaśnić, że interpretując Decyzję dla Leon należy czytać łącznie sentencję i uzasadnienie wspomnianej decyzji, albowiem decyzja administracyjna, w tym Decyzja dla Leon, stanowi całość, co powoduje, że rozważania zawarte w jej uzasadnieniu mają wpływ na zakres jej stosowania.

Trzeba także pamiętać, że przy wydawaniu niniejszej Decyzji Prezes UKE był związany Decyzją Prezesa UKE z dnia 12 lutego 2021 r. obligującą Udostępniającego do stosowania warunków dostępu do infrastruktury technicznej w zakresie słupów elektroenergetycznych, w szczególności w zakresie modelu rozliczeń i wysokości stawek. W związku z tym konieczne było zachowanie spójności między Decyzją Prezesa UKE z dnia 12 lutego 2021 r., określającą ogólne zasady udostępniania przez Udostępniającego słupów elektroenergetycznych na potrzeby podwieszania kabli telekomunikacyjnych, i decyzją bilateralną rozstrzygającą spór w zakresie dostępu do infrastruktury technicznej Udostępniającego.

Przy ustalaniu modelu rozliczeń oraz wysokości stawek Prezes UKE zastosował tożsame podejście w Decyzji Prezesa UKE z dnia 12 lutego 2021 r., w analogicznych rozstrzygnięciach o charakterze generalnym wydanych dla 4 innych OSD, jak też w Decyzji dla Leon oraz niniejszej Decyzji. Tak więc przy wydawaniu wszystkich wspomnianych rozstrzygnięć Prezes UKE w omawianym zakresie konsekwentnie stosował tożsamą praktykę, a przy wydawaniu niniejszej Decyzji wiernie trzymał się kierunku wyznaczonego wcześniej.

Takie działanie jest bowiem zgodne z zasadną stosowania przez organ (tu: Prezesa UKE) utrwalonej praktyki rozstrzygania spraw o analogicznym stanie faktycznym i prawnym, określoną w art. 8 § 2 kpa. W świetle powyższych rozważań uwaga zgłoszona w stanowisku konsultacyjnym Operatora jest bezzasadna, natomiast ustalenie naliczania opłat w sposób odmienny niż w ww. decyzjach Prezesa UKE, tym bardziej naruszałoby zasadę stosowania utrwalonej praktyki rozstrzygania spraw.

Tym samym omawiane podejście Prezesa UKE jest zgodne z zasadą pewności prawa, praworządności i pogłębiania zaufania obywateli do organów administracji publicznej.

¹¹ Tak str. 13 Decyzji dla Leon (analogicznie str. 8, 10 i 11 Decyzji dla Leon)

3) Naruszenie zasady proporcjonalności i niedyskryminacji - pkt III stanowiska konsultacyjnego Operatora (str. 11-12)

Operator zgłosił uwagę dotyczącą naruszenia zasady proporcjonalności, twierdząc jakoby rozwiązania przewidziane w projekcie Decyzji były zastosowane ponad miarę i przywołując na tę okoliczność stanowisko doktryny, zgodnie z którym „wymóg niedyskryminacji należy adresować raczej do Prezesa UKE, który nie powinien ustalać warunków dostępu w sposób zasadniczo odmienny od tych jakie są ustalane w innych, podobnych przypadkach” (S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne, komentarz do art. 28 Pt, Legalis).

Prezes UKE podtrzymuje argumentację wskazaną w pkt 2) powyżej w zakresie zastosowania w niniejszej sprawie analogicznych rozwiązań jak w Decyzji dla Leon, Decyzji Prezesa UKE z dnia 12 lutego 2021 r. oraz decyzjach wydanych dla pozostałych OSD w zakresie określenia warunków zapewnienia dostępu do słupów elektroenergetycznych.

W ocenie Prezesa UKE, postanowienia projektu Decyzji spełniają wymogi zasady niedyskryminacji i proporcjonalności w szczególności dlatego, że w zakresie opłat implementują model ustalania opłat przewidziany w Decyzji Prezesa UKE z dnia 12 lutego 2021 r. (i analogicznych decyzjach wydanych dla pozostałych OSD), uwzględniający liczbę kabli telekomunikacyjnych Operatora podwieszonych na poszczególnym słupie elektroenergetycznych należącym do Udostępniającego. Dzięki takiemu rozwiązaniu PT mogą oczekiwać jednakowego traktowania w skali całego kraju w zakresie modelu naliczania opłat oraz wysokości stawek w ramach wspomnianego modelu.

Decyzja spełnia również wymogi zasady proporcjonalności, ponieważ wprowadza jedynie niezbędne/ minimalne uregulowania konieczne do dokonywania wzajemnych rozliczeń Stron z tytułu dostępu do słupów elektroenergetycznych. W tym kontekście zastosowanie stawek ustalonych na bazie kosztów inkrementalnych wymusiło zastosowanie modelu obliczania opłat z uwzględnieniem liczby kabli telekomunikacyjnych Operatora umieszczonych na udostępnionym słupie elektroenergetycznym Udostępniającego.

Jednocześnie aktualna pozostaje argumentacja wskazana w pkt 1) powyżej w zakresie kształtu rozstrzygnięcia i uprawnień Prezesa UKE do rozstrzygnięcia w Decyzji ponad kwestie sporne.

4) Niewłaściwe zastosowanie sformułowania „ilość” w stosunku do kabli telekomunikacyjnych oraz słupów elektroenergetycznych – str. 12 stanowiska konsultacyjnego Operatora

Prezes UKE dokonał zmiany redakcyjnej sformułowania „ilość” na „liczba”.

6. Natychmiastowa wykonalność Decyzji

Na podstawie art. 206 ust. 2aa w związku z art. 206 ust. 2 pkt 6 Pt Decyzja 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 Udostępniającemu 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 2020 r. poz. 1575, 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.

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

POUCZENIE

Od 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 Pt 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.

z up. Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej
Zastępca Prezesa

Karol Krzywicki

Otrzymują:

1. (dane osobowe) – pełnomocnik Operatora
2. Udostępniający
ul. Dajwór 27
31-060 Kraków