

Warszawa, 13 maja 2022 r.



**PREZES
URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ**

dr inż. Jacek Oko

FIBERWAY sp. z o. o.

ul. Jagiellońska 6
32-005 Niepołomice

(dalej „Operator” lub „FIBERWAY”)

Tauron Dystrybucja S.A.

ul. Podgórska 25a
31-035 Kraków

(dalej „Udostępniający” lub „Tauron”)

DECYZJA DR.WIT.6174.9.2020.57

Po rozpatrzeniu wniosku Operatora z dnia 7 października 2020 r. zmodyfikowanego pismem z dnia 20 października 2021 r. (dalej „Wniosek”) o wydanie decyzji zmieniającej umowę najmu nr OD-09/UIE//KWL/0004/2018 z dnia 28 stycznia 2018 r. (dalej „Umowa”) zawartą pomiędzy Udostępniającym a Operatorem poprzez zmianę § 4 ust. 1 i 2, uchylenie § 4 ust. 5, 7 i 8 oraz zmianę § 4 ust. 10 Umowy,

I. na podstawie art. 22 ust. 1 i 2 w związku z art. 24a ust. 1 i art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 884, 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 ze zm., dalej „Pt”), zmieniam, jak niżej, postanowienia Umowy w ten sposób, że:

- § 4 ust. 5 Umowy** otrzymuje następujące brzmienie:
„Uchylony”;
- § 4 ust. 7 Umowy** otrzymuje następujące brzmienie:
„Uchylony”;
- § 4 ust. 8 Umowy** otrzymuje następujące brzmienie:
„Uchylony”;
- § 4 ust. 10 Umowy** otrzymuje brzmienie:

„Opłaty za dostęp do słupów udostępnionych po dacie doręczenia Udostępniającemu decyzji nr DR.WIT.6174.9.2020.57 naliczane są od momentu podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego”.

Urząd Komunikacji Elektronicznej
Warszawa, ul. Giełdowa 7/9,
tel. 22 53 49 440, fax 22 53 49 306, platforma e-usług: pue.uke.gov.pl

Pismo wydane w formie dokumentu elektronicznego i podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym

- II. Na podstawie art. 105 § 1 kpa w związku z art. 206 ust. 1 Pt, umarzam postępowanie w części dotyczącej żądania Operatora w zakresie zmiany § 4 ust. 1 i 2 Umowy.
- III. Na podstawie art. 206 ust. 2aa w związku z art. 206 ust. 2 pkt 6 Pt decyzja w zakresie pkt I podlega natychmiastowemu wykonaniu.

UZASADNIENIE

1. Podstawa rozpatrzenia Wniosku

Zgodnie z art. 17 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju Operator sieci zapewnia przedsiębiorcom telekomunikacyjnym dostęp do infrastruktury technicznej, w tym współkorzystanie z niej, w celu realizacji szybkiej sieci telekomunikacyjnej.

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).

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.

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 niskiego napięcia (dalej „słupy nN”) oraz linii średniego napięcia (dalej „słupy SN”), 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 ze zm., dalej „Prawo energetyczne”). Zgodnie z art. 3 pkt 12 Prawa energetycznego przedsiębiorstwo energetyczne to podmiot prowadzący działalność gospodarczą w zakresie: wytwarzania, przetwarzania, magazynowania, przesyłania, dystrybucji paliw albo energii lub obrotu nimi. 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 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).

Wobec powyższego Prezes UKE, rozpoznając sprawę, wziął pod uwagę przepisy dotyczące infrastruktury technicznej podmiotu wykonującego zadania z zakresu użyteczności publicznej, tj. przedsiębiorstwa energetycznego. Oznacza to, że do zmiany Umowy zastosowanie znajdują przepisy art. 19 i 21-24 ustawy o wspieraniu rozwoju, w związku z art. 24a ust. 1 tej ustawy.

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).

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).

Prezes UKE ustalił, że:

- 1) Operator jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym (dowód: rejestr przedsiębiorców telekomunikacyjnych, wpis nr 9750);
- 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 (słupów nN i słupów SN) stanowiących własność Udostępniającego;
- 4) przedmiotem Umowy jest dostęp do słupów elektroenergetycznych: słupów nN i słupów SN w celu umieszczenia na nich urządzeń i sieci telekomunikacyjnej.

¹ <https://rejstry.ure.gov.pl/o/15>

W ramach Umowy Operator wykorzystuje aktualnie łącznie 1758 słupów elektroenergetycznych, szczegółowo określonych w załącznikach 1.1 oraz 1.2 do Umowy, z których 1754 to słupy nN oraz 4 słupy SN (dowód: Wniosek, pismo Operatora z dnia 9 listopada 2020 r.);

- 5) negocjacje w sprawie zmiany Umowy trwały od dnia 17 września 2020 r., to jest od dnia doręczenia Udostępniającemu wniosku Operatora o zmianę Umowy (dowód: pismo Operatora z dnia 9 września 2020 r. wraz z potwierdzeniem odbioru pisma przez Udostępniającego w dniu 17 września 2020 r., stanowiące załączniki do Wniosku);
- 6) przedmiot negocjacji określony przez Operatora dotyczył zmiany wysokości opłat, Operator uzasadnił to koniecznością dostosowania ich poziomu do tego, który byłby ustalony zgodnie z art. 22 ust. 3 ustawy o wspieraniu rozwoju;

pismem z dnia 23 września 2020 r. Udostępniający poinformował Operatora, że nie ma podstaw do zmiany opłat należnych Udostępniającemu z tytułu zapewnienia dostępu do słupów elektroenergetycznych na podstawie Umowy (dowód: pismo Udostępniającego z dnia 23 września 2020 r., stanowiące załącznik do Wniosku).

Pismo Udostępniającego z dnia 23 września 2020 r. stanowi odmowę zmiany warunków 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);
- 7) pierwotnie we Wniosku Operator zwrócił się do Prezesa UKE o wydanie decyzji zmieniającej Umowę poprzez zmianę wysokości i zasad naliczania opłat dotyczących udostępnienia słupów nN oraz słupów SN, na rzecz Operatora, tj. poprzez zmianę § 4 ust. 1 i 2 Umowy, uchylenie § 4 ust. 5, 7 i 8 Umowy oraz zmianę § 4 ust. 10 Umowy (dowód: Wniosek);
- 8) pismem z dnia 20 października 2021 r. (data wpływu do UKE dnia 26 października 2021 r.) Operator wycofał Wniosek w części dotyczącej żądania zmiany § 4 ust. 1 i 2 Umowy.

Na tej podstawie Prezes UKE stwierdził, że:

- 1) Podstawą żądania Operatora są art. 24a ust. 1 w związku z art. 22 ust. 1 w związku z art. 17 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju.
- 2) Złożenie przez Operatora Wniosku, po upływie 60 dni od wystąpienia do Udostępniającego z wnioskiem o zawarcie aneksu umowy, skutecznie zainicjowało postępowanie przed Prezesem UKE, którego stronami są Operator i Udostępniający.

2. Uzasadnienie motywów rozstrzygnięcia

2.1. Kryteria będące podstawą rozstrzygnięcia

W niniejszej sprawie kwestie sporne pomiędzy Stronami stanowiły: wysokość oraz zasady naliczania opłat dotyczących udostępnienia słupów elektroenergetycznych na rzecz

Urząd Komunikacji Elektronicznej
Warszawa, ul. Giełdowa 7/9,
tel. 22 53 49 440, fax 22 53 49 306, platforma e-usług: pue.uke.gov.pl

Pismo wydane w formie dokumentu elektronicznego i podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym

Operatora (w tym zasada corocznej aktualizacji opłat za dzierżawę słupa w oparciu o średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem za poprzedni rok kalendarzowy, ogłaszany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, dalej „Prezes GUS”, a także zasada automatycznej zmiany stawki w związku ze zmianą cennika Udostępniającego), pobieranie przez Udostępniającego dodatkowych opłat, innych niż z tytułu dostępu oraz termin, od którego pobierane są opłaty. W związku z mającym miejsce w toku niniejszego postępowania porozumieniem stron w części sporu wniesionego przed Prezesa UKE (o czym w części 3 uzasadnienia niniejszej decyzji) rozstrzygnięcie co do istoty sprawy ograniczyło się do zagadnienia dotyczącego waloryzacji opłat w oparciu o średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem za poprzedni rok kalendarzowy, ogłaszany przez Prezesa GUS (§ 4 ust. 5 Umowy), usunięcia postanowienia § 4 ust. 7 i 8 Umowy (regulujących zasady wnoszenia opłat dodatkowych za pracę i nadzór) oraz modyfikacji postanowienia § 4 ust. 10 (modyfikującego termin, od którego pobierane są opłaty).

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

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

Zasada proporcjonalności oznacza, że ustalone w ramach decyzji administracyjnej warunki dostępu do słupów elektroenergetycznych, muszą być konieczne i odpowiednie, a jednocześnie zastosowane środki muszą być jak najmniej dotkliwe. Potwierdził to Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 11 lipca 1989 r. w sprawie 265/87: *„(...) odpowiednie i konieczne do osiągnięcia celów, których realizacja dopuszczalna jest przy pomocy danej regulacji. Przy czym w razie istnienia kilku odpowiednich środków należy wybrać te, które są najmniej uciążliwe, nadto nałożone obciążenia muszą pozostawać w odpowiednim stosunku do zamierzonych celów”*.

Z zasady tej wynika zakaz stosowania działań władczych ponad potrzebę. Ocena konieczności i zakresu działania należy do kompetencji organu, który weryfikuje przesłanki przewidziane w przepisach prawa, kierując się zasadą proporcjonalności. Zasada powyższa powinna być brana pod uwagę przez niezależny organ regulacyjny, który rozstrzyga spór, uwzględniając konkurencyjne interesy stron.

Mając powyższe na względzie, zmiana Umowy w zakresie opłat należnych Udostępniającemu dokonana niniejszą decyzją pomimo, że nakazuje Udostępniającemu zapewnianie dostępu po określonej w decyzji stawce, to nie powinna stanowić dla Udostępniającego nadmiernego obciążenia z uwagi na pozostawienie dotychczasowych zasad współpracy w niezmiennym 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).

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, Prezes UKE w niniejszej decyzji zmienił warunki dostępu w zakresie waloryzacji opłat za dostęp, mając na uwadze warunki określone w decyzjach rozstrzygających spory, np.: decyzji Prezesa UKE z 7 czerwca 2021 r. nr DR.WIT.6174.6.2019.67, decyzji Prezesa UKE z dnia 30 czerwca 2021 r. nr DR.WIT.6174.4.2020.32, decyzji Prezesa UKE z dnia 2 listopada 2021 r. nr DR.WIT.6174.15.2020.36, decyzji Prezesa UKE z 2 listopada 2021 r. nr DR.WIT.6174.16.2020.32, decyzji Prezesa UKE z 2 listopada 2021 r. nr DR.WIT.6174.13.2020.38, decyzji Prezesa UKE z 2 listopada 2021 r. nr DR.WIT.6174.10.2020.44, decyzji Prezesa UKE z 23 listopada 2021 r. nr DR.WIT.6174.6.2020.57, decyzji Prezesa UKE z dnia 23 listopada 2021 r. nr DR.WIT.6174.5.2021.67, decyzja Prezesa UKE z 22 grudnia 2021 r. nr DR.WIT.6174.8.2020.54².

2.2. Uzasadnienie zmian wprowadzonych do Umowy

Rozstrzygając niniejszą sprawę Prezes UKE miał przede wszystkim na względzie zakres sporu dotyczącego zmiany Umowy, który był negocjowany przez Strony. Negocjacje zmian Umowy obejmowały kwestię obniżenia wysokości opłat z tytułu zapewnienia dostępu do słupów elektroenergetycznych (słupów nN i słupów SN) należnych Udostępniającemu oraz zasad naliczania tych opłat (§ 4 ust. 1 i 2 Umowy). Operator żądał zmiany Umowy poprzez wprowadzenie do Umowy proponowanych przez siebie opłat (1,73 zł za każdy słup nN oraz 2,75 zł za słup SN), oraz dodatkowo uchylenia § 4 ust. 5, 7 i 8 Umowy (dotyczących corocznej aktualizacji opłat oraz ponoszenia przez Operatora opłat za usługi związane z dopuszczeniem do pracy i sprawowaniem nadzoru nad pracownikami Operatora) oraz zmiany § 4 ust. 10 Umowy (wskazanie, że Udostępniający pobiera opłaty za dostęp od momentu podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego).

Zakres negocjacji przeprowadzonych między Stronami wyznaczył więc przedmiot niniejszego postępowania, którym jest zmiana wysokości opłat należnych Udostępniającemu na podstawie Umowy (§ 4 ust. 1 i 2 Umowy), uchylenie § 4 ust. 5, 7 i 8 Umowy oraz zmiany § 4 ust. 10 Umowy poprzez wskazanie, że Udostępniający pobiera opłaty za dostęp od momentu podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego.

Od dnia 26 października 2021 r. (data wpływu pisma Operatora z dnia 20 października 2021 r. o częściowe umorzenie postępowania) postępowanie było prowadzone w zakresie

² załączonych do materiału dowodowego zawiadomieniem z dnia 16 marca 2022 r.

uchylenia § 4 ust. 5, 7 i 8 Umowy oraz zmiany § 4 ust. 10 Umowy i nie dotyczyło już zmiany § 4 ust. 1 i 2 Umowy.

Przychylając się do Wniosku w zakresie uchylenia § 4 ust. 5, 7 i 8 Umowy Prezes UKE wskazuje, że dokonana przez Prezesa UKE zmiana warunków współpracy jest niedyskryminująca. Zarówno coroczna aktualizacja opłat w oparciu o średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem za poprzedni rok kalendarzowy, ogłaszany przez Prezesa GUS, jak i dodatkowe opłaty za usługi związane z dopuszczeniem do pracy i sprawowaniem nadzoru nad pracownikami drugiej strony, nie znalazły odzwierciedlenia w regulacjach Prezesa UKE, co potwierdzają wskazane powyżej decyzje wydawane przez Prezesa UKE w indywidualnych sprawach spornych (decyzja o sygn. DR.WIT.6174.4.2020.32, DR.WIT.6174.15.2020.36, DR.WIT.6174.5.2021.67).

Norma art. 22 ust. 3 ustawy o wspieraniu rozwoju stanowi, że opłaty z tytułu dostępu do infrastruktury technicznej podmiotu wykonującego zadania z zakresu użyteczności publicznej określa się w wysokości, która umożliwia zwrot części kosztów, które ponosi ten podmiot w związku z utrzymaniem tej infrastruktury.

Na operatora sieci został również nałożony dodatkowy obowiązek prowadzenia odrębnej ewidencji kosztów i przychodów wynikających z dzierżawy infrastruktury na cele związane z telekomunikacją, odrębne od podstawowej działalności. Obowiązek ten został określony w art. 25 ustawy o wspieraniu rozwoju zgodnie z którym:

„Podmiot wykonujący zadania z zakresu użyteczności publicznej jest obowiązany prowadzić ewidencję w sposób umożliwiający odrębne obliczenie kosztów, przychodów, zysków i strat w zakresie swojej podstawowej działalności oraz działalności, o której mowa w art. 16 ust. 1, a także dostępu do infrastruktury technicznej”.

Zatem w przypadku wzrostu kosztów utrzymania słupów i zaistnieniem sytuacji, kiedy to opłaty ponoszone przez Operatora nie pokryją Udośćpniającemu części kosztów związanych z utrzymaniem słupów, Udośćpniający może negocjować zmianę Umowy w tym zakresie.

Natomiast żądanie przez Operatora zmiany § 4 ust. 10 Umowy poprzez wskazanie, że Udośćpniający pobiera opłaty za dostęp od momentu podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego, w ocenie Prezesa UKE jest jedynie częściowo zasadne. Uproszczenie procedury rozpoczęcia naliczania opłat w stosunku do dotychczasowego brzmienia Umowy jest zasadne, natomiast należy doprecyzować datę naliczania opłat według stawek określonych w § 4 ust. 1 Umowy. W związku z tym Prezes UKE dokonał zmiany § 4 ust. 10 Umowy poprzez wskazanie, że opłaty za dostęp do słupów udostępnionych po dacie doręczenia Udośćpniającemu decyzji nr DR.WIT.6174.9.2020.57 naliczane są od momentu podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego.

Odnosząc powyższe zmiany do przedstawionej uprzednio interpretacji przesłanek zmiany umowy o dostępie do infrastruktury technicznej należy stwierdzić, że wprowadzenie zmian Umowy polegających na uchyleniu § 4 ust. 5, 7 i 8 Umowy oraz zmiany § 4 ust. 10 Umowy jest proporcjonalne i niedyskryminacyjne.

3. Uzasadnienie motywów rozstrzygnięcia w pkt II sentencji decyzji

Pismem z dnia 20 października 2021 r. (data wpływu do UKE dnia 26 października 2021 r.) Operator wycofał Wniosek w części dotyczącej żądania zmiany § 4 ust. 1 i 2 Umowy.

Prezes UKE zwraca uwagę, że zgodnie z orzecznictwem Naczelnego Sądu Administracyjnego (dalej „NSA”), wycofanie wniosku przez wnioskodawcę w toku postępowania administracyjnego skutkuje bezprzedmiotowością tego postępowania i prowadzi do jego umorzenia w trybie art. 105 § 1 k.p.a. Jak podkreślił bowiem NSA w wyroku z dnia 4 lutego 2011 r.: *„Zgodnie z art. 61 § 1 kpa postępowanie administracyjne wszczyna się na żądanie strony lub z urzędu. Jeżeli przepisy administracyjnego prawa materialnego stanowią, że w danej sprawie postępowanie administracyjne może zostać wszczęte wyłącznie na żądanie strony (zasada skargowości), to wówczas taki wniosek strony zakreśla ramy podmiotowe i przedmiotowe tego postępowania. Wnioskodawca domaga się bowiem od organu w określonej sytuacji faktycznej konkretyzacji w formie decyzji administracyjnej jego uprawnień lub obowiązków wynikających z przepisów prawa materialnego. W przypadku, gdy postępowanie administracyjne może być wszczęte tylko na wniosek strony, cofnięcie wniosku przez jedyne wnioskodawcę lub wszystkich wnioskodawców oznacza, że przestaje istnieć przedmiot postępowania administracyjnego, ponieważ brak jest żądania uprawnionego podmiotu konkretyzacji jego praw lub obowiązków w określonych okolicznościach faktycznych. W takiej sytuacji organ administracji publicznej traci kompetencje do dalszego prowadzenia postępowania i wydania decyzji rozstrzygającej sprawę co do istoty wbrew woli wnioskodawcy, powinien więc umorzyć postępowanie na podstawie art. 105 § 1 kpa”* (wyrok NSA sygn. akt II OSK 246/10, z dnia 4 lutego 2011 r., <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>).

Za powyższą interpretacją, NSA opowiedział się także w wyroku z dnia 4 sierpnia 2011 r.: *„Nie mieści się natomiast w dyspozycji przepisu art. 105 § 2 k.p.a. sytuacja, w której wnioskodawca składa wyraźne oświadczenie o wycofaniu wniosku. Na skutek wycofania wniosku przestaje istnieć element warunkujący nawiązanie stosunku materialnego, a organ prowadzący postępowanie pozbawiony wniosku strony nie może orzekać w sposób merytoryczny o żądaniu nieistniejącym. W przeciwnym razie zaistniałby przypadek, gdzie dalsze prowadzenie postępowania byłoby działaniem z urzędu, które w postępowaniach określanych jako wnioskowe, jest wyraźnie zakazane w art. 61 § 2 k.p.a. Wycofanie pierwotnie złożonego wniosku można porównać więc do niewyrażenia zgody na kontynuowanie postępowania wszczętego z urzędu przez organ w sytuacji, gdy przepis wymaga złożenia wniosku przez uprawniony podmiot. Jeżeli strona nie wyraża zgody na kontynuowanie wszczętego postępowania, to ustawodawca w treści art. 61 § 2 k.p.a. nie zobowiązuje organu do pytania o opinię pozostałych stron wszczętego procesu, tylko nakazuje umorzyć postępowanie na podstawie art. 61 § 2 i art. 105 § 1 k.p.a. Zatem cofnięcie wniosku powoduje powstanie obiektywnej okoliczności bezprzedmiotowości postępowania.”* (wyrok NSA z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt. I OSK 1397/10, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>). Stanowisko to zostało następnie potwierdzone w wyroku NSA z dnia 14 września 2011 r.: *„Jeżeli bowiem jedyny wnioskodawca cofa wniosek i wnosi o umorzenie postępowania, które może być wszczęte i prowadzone tylko na wniosek, to wówczas ma zastosowanie art. 105 § 1 k.p.a., tj. zachodzi obiektywna przeszkoda - brak wniosku - do dalszego prowadzenia postępowania administracyjnego i musi być ono umorzone (Mariusz Kotulski, Kilka uwag o sposobach zakończenia postępowania administracyjnego. Casus z 2008 r., nr 1, str. 38).[...]*. Wycofanie więc przez stronę wniosku o wydanie decyzji i wszczęcie postępowania, a tym samym cofnięcie zgody na jego prowadzenie skutkuje jego bezprzedmiotowością, to zaś wymaga umorzenia postępowania na podstawie art. 105 § 1 k.p.a.” (wyrok NSA z dnia 14 września 2011 r., sygn. akt II OSK 1339/10, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>). Podobne stanowisko w przedmiotowej kwestii zajmuje też Sąd Najwyższy: *„Cofnięcie zaś wniosku czyni bezprzedmiotowym postępowanie administracyjne, wobec czego stosownie do art. 105*

par. 1 KPA zachodzą podstawy do obligatoryjnego umorzenia postępowania” (wyrok z dnia 16 lutego 1994 r., sygn. III ARN 78/93, Lex nr 1671912).

Odnosząc powyższe tezy orzecznictwa sądowoadministracyjnego do mającego miejsce w niniejszej sprawie cofnięcia Wniosku w określonej jego części należy stwierdzić, że w zakresie, w którym Operator cofnął Wniosek, brak jest żądania uprawnionego podmiotu o konkretyzację części jego praw lub obowiązków, tj. w zakresie zmiany § 4 ust. 1 i 2 Umowy. Brak żądania załatwienia sprawy w powyższym zakresie oznacza, że z przyczyn obiektywnych postępowanie stało się bezprzedmiotowe. Należy zauważyć, że przyczyną cofnięcia Wniosku we wspomnianej części jest okoliczność porozumienia się stron w zakresie zmiany Umowy, czyli w zakresie stanowiącym przedmiot niniejszego postępowania, aktualnie samodzielnie uregulowanym przez strony.

Mając na uwadze powyższe należy zatem wskazać, że w niniejszej sprawie w zakresie zmiany § 4 ust. 1 i 2 Umowy brakuje koniecznych elementów stosunku materialno-prawnego pozwalających na merytoryczne rozpoznanie sprawy co do istoty, tj. przedmiotu stosunku, sfery faktów mających znaczenie dla możliwości konkretyzacji stosunku oraz sfery prawnej, z której wywodzi się określony stosunek prawny. Skutkuje to obligatoryjnym zastosowaniem przez Prezesa UKE normy art. 105 § 1 kpa i umorzeniem przedmiotowego postępowania w części, w której stało się ono bezprzedmiotowe, tj. w części zmiany § 4 ust. 1 i 2 Umowy.

4. 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 2021 r. poz. 1805 ze zm., dalej „kpc”), a więc postanowieniem Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wydanym na wniosek Strony, która wniosła odwołanie, o ile zachodzi niebezpieczeństwo wyrządzenia znacznej szkody lub spowodowania trudnych do odwrócenia skutków.

5. Postępowanie konsultacyjne

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.

W dniach 8 czerwca 2021 r. – 8 lipca 2021 r. Prezes UKE przeprowadził postępowanie konsultacyjne projektu decyzji.

W ramach postępowania konsultacyjnego do Prezesa UKE wpłynęło stanowisko złożone przez Operatora, pismem z dnia 7 lipca 2021 r. (dalej „stanowisko konsultacyjne FIBERWAY”). Uwagi zgłoszone w stanowisku konsultacyjnym FIBERWAY odnosiły się do rozstrzygnięcia w zakresie zmiany wysokości opłat (§ 4 ust. 1 i 2 Umowy). W związku z tym, że w tym zakresie Operator wycofał Wniosek, decyzja nie zawiera odniesienia Prezesa UKE do stanowiska konsultacyjnego FIBERWAY.

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 decyzji 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 SN.

Mając na uwadze częściowe wycofanie Wniosku oraz fakt, że zmiany wprowadzone do treści decyzji po przeprowadzeniu postępowania konsultacyjnego oraz opiniowaniu projektu decyzji przez Prezesa URE, spowodują zawężenie treści pierwotnego rozstrzygnięcia w sprawie, ponowne przeprowadzenie postępowania konsultacyjnego nie jest konieczne.

Natomiast w związku z tym, że ostateczne rozstrzygnięcie różni się od tego, które było opiniowane przez Prezesa URE we wrześniu 2021 r., Prezes UKE ponownie zwrócił się do Prezesa URE, pismem z dnia 16 marca 2022 r., z prośbą o przedstawienie opinii w zakresie finansowych warunków współpracy zawartych w nowym projekcie decyzji, zgodnie z art. 22 ust. 6a ustawy o wspieraniu rozwoju.

Postanowieniem z dnia 14 kwietnia 2022 r. Prezes URE przedstawił opinię w zakresie finansowych warunków współpracy. Prezes URE nie wniósł uwag do zawartych w decyzji 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 SN.

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

POUCZENIE

Od przedmiotowej decyzji Stronom przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów za pośrednictwem Prezesa UKE w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia decyzji (art. 206 ust. 2 pkt 6 i ust. 3 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 2021 r. poz. 2257 ze 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.

Prezes

Jacek Oko

Otrzymują:

1. (dane osobowe) – pełnomocnik FIBERWAY
itB Legal Bazański, Grabiec Kancelaria Radców Prawnych sp. p.
ul. Graniczna 29/215
40-017 Katowice
2. Udostępniający
ul. Dajwór 27
31-060 Kraków