



**PREZES
URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ**

dr inż. Jacek Oko

Warszawa, 20 maja 2022 r.

WDM sp. z o.o.

ul. Wolności 1
39-300 Mielec

(dalej „Operator”)

Tauron Dystrybucja S.A.

ul. Podgórska 25a
31-035 Kraków

(dalej „Udostępniający”)

DECYZJA DR.WIT.6174.11.2021.35

Na podstawie art. 22 ust. 1 i 3 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. 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”), po rozpatrzeniu wniosku Operatora z dnia 6 lipca 2021 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej dnia 9 lipca 2021 r., dalej „Wniosek”) o wydanie decyzji zmieniającej umowę najmu infrastruktury elektroenergetycznej nr TD-OTR-OME/UIE/LT/1/2020, zawartą w dniu 3 marca 2020 r. pomiędzy Operatorem a Udostępniającym, regulującą zasady korzystania z infrastruktury technicznej (słupów elektroenergetycznych linii niskiego napięcia (dalej „nN”) na potrzeby realizacji szybkiej sieci telekomunikacyjnej (dalej „Umowa”),

zmieniam postanowienia Umowy w ten sposób, że:

1. § 4 ust. 1 otrzymuje następujące brzmienie:

„Miesięczna opłata za udostępnienie Przedmiotu Najmu w celu podwieszenia linii światłowodowej, o którym mowa w § 1 niniejszej Umowy, obliczana jest jako iloczyn liczby udostępnionych słupów elektroenergetycznych wykazanych w Załączniku nr 1 oraz liczby Kabli telekomunikacyjnych umieszczonych na danym słupie elektroenergetycznym i stawki za dostęp do słupa elektroenergetycznego wynoszącej 1,73 zł (jeden złoty i siedemdziesiąt trzy grosze) netto + podatek VAT według obowiązującej stawki tego podatku, przy czym:

a. przez Kabel abonencki rozumie się Kabel telekomunikacyjny służący dostarczaniu usług telekomunikacyjnych do wyłącznie jednego obiektu budowlanego i podłączeniu tego obiektu budowlanego do sieci telekomunikacyjnej PT, na odcinku od zakończenia sieci lub punktu styku znajdujących się w tym obiekcie budowlanym do najbliższego i umieszczonego na słupie elektroenergetycznym, rozdzielacza sygnału

telekomunikacyjnego (splittera optycznego lub mufy światłowodowej) – wraz z osprzętem towarzyszącym,

- b. przez Kabel telekomunikacyjny rozumie się kabel w dowolnej technologii, przeznaczony do świadczenia usług telekomunikacyjnych,*
- c. opłata za Kable abonenckie zawiera się w stawce za dostęp do słupa elektroenergetycznego.”;*

2. uchyla się § 4 ust. 7;

3. uchyla się § 4 ust. 8;

4. uchyla się § 4 ust. 11.

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:

- a) modyfikację § 4 ust. 1 Umowy polegającą na wprowadzeniu ryczałtowej miesięcznej opłaty w wysokości 1,73 zł netto za dostęp do jednego słupa linii nN oraz wyłączenie waloryzacji/aktualizacji tej stawki;
- b) uchylenie § 4 ust. 7, 8 i 11 (dotyczących możliwości pobierania przez Udostępniającego dodatkowych opłat).

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

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

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

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: a) wytwarzania, przesyłania lub dystrybucji gazu, energii elektrycznej lub ciepła, b) zapewnienia oświetlenia w miejscach, o których mowa w

art. 18 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne (Dz.U. z 2019 r. poz. 755, z późn. zm.¹) (...)", 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 przedmiotem Umowy jest udostępnienie na rzecz Operatora 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 wydania niniejszej decyzji (dalej „Decyzja”) stanowią przepisy służące realizacji obowiązku udostępniania infrastruktury technicznej, tj. art. 22 ust. 1 i 3 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, z późn. zm., dalej „Prawo energetyczne”). Zgodnie z art. 3 pkt 12 lit. a 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. oraz jest ważna do dnia 31 grudnia 2025 r. Udostępniający jest zatem przedsiębiorcą energetycznym, który prowadzi koncesjonowaną działalność gospodarczą, polegającą na dystrybucji energii elektrycznej.

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

W konsekwencji, przedsiębiorca telekomunikacyjny (dalej „PT”) jest uprawniony do żądania zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej Udostępniającego, wykorzystywanej przez ten podmiot do wykonywania swojej podstawowej działalności.

¹ <https://rejestry.ure.gov.pl/c/1>

Obowiązek operatora sieci (Udostępniającego) dotyczy 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 sieci telekomunikacyjnej w technologii światłowodowej.

Umowa w § 2 ust. 1 wskazuje, że Przedmiot Najmu (tj. słupy elektroenergetyczne linii nN) będzie służył do umieszczenia na nim i eksploatacji sieci telekomunikacyjnej. Operator we Wniosku wskazał, że na podstawie Umowy zamierza wykonać sieć telekomunikacyjną w technologii światłowodowej. W tym miejscu należy zauważyć, że z technicznego punktu widzenia technologia światłowodowa zapewnia praktycznie nieograniczoną przepustowość (dowód: Wniosek, pismo Operatora do Udostępniającego z dnia 9 września 2021 r. przekazane Prezesowi UKE pismem Operatora z dnia 10 września 2021 r.).

Powyższe oznacza zatem, że celem wykorzystania słupów elektroenergetycznych na podstawie Umowy jest budowa szybkiej sieci telekomunikacyjnej, co w dalszej kolejności implikuje, że zastosowanie znajduje art. 17 ust. 1 w związku z art. 2 ust. 1 pkt 7 ustawy o wspieraniu rozwoju.

We Wniosku Operator zwrócił się do Prezesa UKE o wydanie decyzji zmieniającej Umowę w zakresie zasad naliczania i wysokości opłat (w tym wyłączenia waloryzacji/aktualizacji opłat) oraz w zakresie wykluczenia możliwości pobierania przez Udostępniającego opłat za dodatkowe usługi).

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 PT (dowód: rejestr PT, wpis nr 12229);
- 2) 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 znajdujących się na terenie działalności Udostępniającego i stanowiących jego własność, przy czym na dzień złożenia Wniosku Operator fizycznie nie korzystał z przedmiotu dostępu.

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 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 w przedmiocie zmiany Umowy, miała prawo zwrócić się do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji zmieniającej Umowę w przypadku:

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

Prezes UKE ustalił, że:

- 1) negocjacje w sprawie zmiany Umowy trwały co najmniej od dnia 11 marca 2021 r., to jest od dnia doręczenia Udostępniającemu wniosku Operatora o zmianę Umowy (dowód: pismo Operatora do Udostępniającego z dnia 3 marca 2021 r. rozpoczynające negocjacje oraz zwrotne potwierdzenie odbioru przez Udostępniającemu pisma Operatora, stanowiące załączniki do Wniosku);
- 2) w piśmie z dnia 2 kwietnia 2021 r. Udostępniający wskazał, że wyraża zgodę na zmianę zasad i warunków dostępu do infrastruktury technicznej oraz zmianę wysokości opłaty miesięcznej z tytułu dostępu do słupów elektroenergetycznych; jednocześnie Udostępniający poinformował Operatora, że nowe zasady mogą dotyczyć jedynie szybkiej sieci telekomunikacyjnej w rozumieniu ustawy o wspieraniu rozwoju, w związku z czym konieczna jest weryfikacja infrastruktury Operatora podwieszanej na słupach elektroenergetycznych Udostępniającego (dowód: pismo Udostępniającego z dnia 2 kwietnia 2021 r. stanowiące załącznik do Wniosku);
- 3) w piśmie z dnia 9 września 2021 r. skierowanym do Udostępniającego Operator wskazał, że nie dokonał jeszcze żadnego podwieszenia infrastruktury telekomunikacyjnej na słupach elektroenergetycznych Udostępniającego, zatem żądanie weryfikacji infrastruktury jest niezasadne (dowód: pismo Operatora do Udostępniającego z dnia 9 września 2021 r. stanowiące załącznik do pisma Operatora z dnia 10 września 2021 r.);
- 4) o zmianę Umowy w trybie administracyjnym Operator zwrócił się do Prezesa UKE w dniu 9 lipca 2021 r. (data wpływu Wniosku do Urzędu Komunikacji Elektronicznej);
- 5) w wyniku negocjacji trwających ponad 60 dni Strony nie zawarły aneksu zmieniającego Umowę, w szczególności w zakresie wysokości opłat należnych Udostępniającemu z tytułu zapewnienia dostępu do słupów elektroenergetycznych.

Negocjacje pomiędzy Operatorem a Udostępniającym były więc prowadzone ponad 60 dni i nie doprowadziły do zmiany Umowy w zakresie wnioskowanym przez Operatora, zwłaszcza w zakresie obniżenia wysokości należnych Udostępniającemu opłat z tytułu dostępu do słupów elektroenergetycznych. Oznacza to, że złożenie przez Operatora Wniosku po upływie 60 dni od wystąpienia do Udostępniającego o zmianę Umowy 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 sprawy objętej Wnioskiem następuje więc w drodze wydania decyzji (art. 104 § 1 kpa w związku z art. 206 ust. 1 Pt).

Operator wyznaczył zakres prowadzonego postępowania administracyjnego w treści Wniosku. W niniejszej sprawie do zagadnień spornych należą następujące kwestie:

- a) wysokość opłaty miesięcznej oraz wyłączenie jej waloryzacji/aktualizacji,
- b) możliwość pobierania przez Udostępniającego dodatkowych opłat.

Żądania wyrażone we Wniosku znajdują 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 umożliwia 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 15 października 2021 r. – 15 listopada 2021 r. Prezes UKE przeprowadził postępowanie konsultacyjne projektu Decyzji.

W ramach postępowania konsultacyjnego do Prezesa UKE wpłynęło stanowisko złożone przez Operatora, pismem z dnia 10 listopada 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 28 marca 2022 r., Prezes UKE przekazał Prezesowi URE projekt Decyzji do przedstawienia opinii w zakresie finansowych warunków współpracy, będących przedmiotem postępowania.

Postanowieniem z dnia 25 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.

4. Uzasadnienie motywów rozstrzygnięcia

4.1. Kryteria będące podstawą rozstrzygnięcia

W niniejszej sprawie kwestie sporne pomiędzy stronami stanowią wysokość oraz zasady naliczania opłat za udostępnienie słupów elektroenergetycznych nN na rzecz Operatora tj.

- 1) zmiana stawki określonej w § 4 ust. 1 Umowy poprzez przyjęcie w miejsce dotychczasowych stawek zryczałtowanej stawki w wysokości 1,73 zł netto oraz odejście od zasady aktualizacji stawki za najem Przedmiotu Umowy każdorazowo po wprowadzeniu zmian cennika Udostępniającego (zmiana § 4 ust. 1 Umowy),
- 2) pobieranie przez Udostępniającego dodatkowych opłat, tj. za usługi związane z dopuszczeniem do pracy i sprawowaniem nadzoru nad pracownikami Operatora, których stawki zostały określone w Cenniku Pozataryfowym Udostępniającego, regulowanych postanowieniami § 4 ust. 7, ust. 8 oraz ust. 11 Umowy.

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, Prezes UKE wziął pod uwagę, aby zmiana Umowy w zakresie rodzaju oraz wysokości opłaty należnej Udostępniającemu na podstawie Umowy, a także wyłączenia możliwości jej aktualizacji, dokonana niniejszą Decyzją, była konieczna i odpowiednia.

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 PT (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, w Decyzji elementy dostępu stanowiące przedmiot niniejszego postępowania (tj. wysokość opłaty należnej Udostępniającemu z tytułu udostępnienia słupów elektroenergetycznych linii nN, wyłączenie aktualizacji opłaty oraz rodzaj opłat, które Udostępniający może pobierać na podstawie Umowy) odpowiadają ustaleniom dokonany przez Prezesa UKE w decyzjach rozstrzygających spory, np.: decyzji Prezesa UKE z dnia 30 czerwca 2021 r. sygn. DR.WIT.6174.4.2020.32, decyzji Prezesa UKE z dnia 2 listopada 2021 r. sygn. DR.WIT.6174.15.2020.36, 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. sygn. DR.WIT.6174.5.2021.67, decyzja Prezesa UKE z 22 grudnia 2021 r. nr DR.WIT.6174.8.2020.54².

Należy również zaznaczyć, że Prezes UKE decyzją z dnia 12 lutego 2021 r. nr DR.WIT.6082.5.2019.196 określił warunki zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej Udostępniającego w zakresie słupów elektroenergetycznych nN i SN (dalej „Decyzja z dnia 12 lutego 2021 r.”). Postanowieniem z dnia 21 grudnia 2021 r. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wstrzymał wykonanie Decyzji z dnia 12 lutego 2021 r.

W kontekście niniejszej sprawy należy wyjaśnić, że brak związania Decyzją z dnia 12 lutego 2021 r. nie oznacza, że Udostępniający, jako spełniający przesłanki do bycia operatorem sieci, został zwolniony z obowiązku zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej. Należy wskazać, że na Udostępniającym ciąży obowiązek w zakresie dostępu do infrastruktury technicznej, jakie wynikają wprost z przepisów ustawy o wspieraniu rozwoju. Zapewnienie dostępu do infrastruktury technicznej następuje z mocy ustawy, niezależnie od tego, czy Prezes UKE określił warunki tego dostępu w Decyzji z 12 lutego 2021 r., o której mowa w art. 18 ust. 3 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych.

Uwzględniając interesy Stron, Prezes UKE przy wydawaniu Decyzji wziął pod uwagę przede wszystkim ich stanowiska prezentowane w trakcie prowadzonych negocjacji o zmianę Umowy, a także stanowiska prezentowane w toku postępowania administracyjnego.

² załączonych do materiału dowodowego zawiadomieniem z dnia 15 marca 2022 r.

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 zmiany Umowy obejmowały: kwestię obniżenia wysokości opłat z tytułu zapewnienia dostępu do słupów elektroenergetycznych linii nN należnych Udostępniającemu, wyłączenie możliwości aktualizacji opłaty za dostęp, a także usunięcie możliwości pobierania przez Udostępniającego dodatkowych opłat (opłata z tytułu dopuszczenia do pracy oraz sprawowania nadzoru nad pracownikami Operatora). Operator żądał zmiany Umowy poprzez: wprowadzenie do Umowy proponowanej przez siebie wysokości opłat (1,73 zł za dostęp do każdego słupa elektroenergetycznego linii nN) oraz wyłączenia waloryzacji/aktualizacji tej stawki – zmiana w § 4 ust. 1 Umowy; wyłączenia możliwości pobierania przez Udostępniającego dodatkowych opłat związanych z przedmiotem najmu – uchylenie § 4 ust. 7, 8 i 11 Umowy.

Zakres negocjacji przeprowadzonych między Stronami wyznaczył też przedmiot niniejszego postępowania, którym jest zmiana wysokości opłat należnych Udostępniającemu, wykluczenie ich waloryzacji/aktualizacji oraz wyłączenie możliwości pobierania przez Udostępniającego dodatkowych opłat, przy czym Prezes UKE nie jest związany szczegółowymi rozwiązaniami proponowanymi przez Operatora. Jednocześnie, Prezes UKE podkreśla, że biorąc pod uwagę całość łączącej Operatora i Udostępniającego Umowy, jej zmiana na podstawie Decyzji wyłącznie w powyższym zakresie jest możliwa.

Ponadto za zastosowaniem w Decyzji rozwiązań zaczerpniętych z innych decyzji rozstrzygających spory pomiędzy PT a Operatorami Systemów Dystrybucyjnych (dalej „OSD”³) przemawia art. 8 § 2 kpa, który stanowi, że organy administracji publicznej bez uzasadnionej przyczyny nie odstępują od utrwalonej praktyki rozstrzygania spraw w takim samym stanie faktycznym i prawnym. Wydając wcześniejsze decyzje w sprawach spornych, Prezes UKE wyznaczył kierunek i sposób rozstrzygania sporów wszystkich przypadków spornych między PT i OSD w zakresie dostępu do słupów elektroenergetycznych na potrzeby realizacji szybkiej sieci telekomunikacyjnej poprzez podwieszenie kabli telekomunikacyjnych. Zgodnie z art. 8 § 1 kpa, takie podejście wypełnia przesłanki pogłębiania zaufania obywateli do organów administracji publicznej. Należy bowiem przyjąć, że skoro Prezes UKE wytyczył we wcześniejszych decyzjach rozstrzygających spory modelowy sposób kształtowania relacji między PT i OSD w zakresie dostępu do słupów elektroenergetycznych, to powinien być w tym konsekwentny i w sprawach spornych kształtować rozstrzygnięcia w analogiczny sposób.

Należy wyjaśnić, że implementacja do Umowy postanowień nie postulowanych wprost przez Operatora lub zmiana postanowień poprzez nadanie im brzmienia w sposób odbiegający od postulatów Operatora wynika m.in. z konieczności zapewnienia niedyskryminujących i proporcjonalnych warunków dostępu do infrastruktury technicznej w rozumieniu art. 17 ustawy o wspieraniu rozwoju (dalej „Dostęp”), o czym stanowi art. 22 ust. 1 wspomnianej ustawy. Należy przy tym zauważyć, że przy ustalaniu warunków Dostępu w Decyzji na

³ przedsiębiorstwa energetyczne w rozumieniu Prawa energetycznego, najwięksi dysponenti infrastruktury technicznej w zakresie słupów elektroenergetycznych na terenie Polski, adresaci decyzji Prezesa UKE z 12 lutego 2021 r. określających warunki zapewnienia dostępu do słupów elektroenergetycznych tych OSD tj.: ENEA Operator sp. z o. o., innogy Stoen Operator sp. z o. o. (obecnie Stoen Operator sp. z o. o.), PGE Dystrybucja S.A., Energa Operator S.A., Udostępniający.

podstawie art. 22 ustawy o wspieraniu rozwoju jak i warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej operatora sieci na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy o wspieraniu rozwoju mają zastosowanie analogiczne kryteria (a w zakresie opłat – tożsame), co wynika z zawartego w art. 18 ust. 3 odesłania do art. 22 ust. 1-3 ustawy o wspieraniu rozwoju. W szczególności z tego powodu Prezes UKE zastosował w niniejszej sprawie rozwiązania stosowane przez Prezesa UKE w innych decyzjach w sprawach spornych. 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.

Warto pamiętać, że w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z uzgodnionymi propozycjami Stron. Każda ze stron przedstawiła swoje propozycje w zakresie zmiany postanowień Umowy, przy czym propozycje te się różniły. Prezes UKE jest uprawniony do zastosowania rozwiązania alternatywnego wobec nieuzgodnionych propozycji Stron postępowania. 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.

Warto wyjaśnić, że podejście zastosowane przez Prezesa UKE znajduje akceptację w orzecznictwie, które w kontekście włączenia do Umowy postanowień nie postulowanych przez Stronę 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 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).

4.2.2. Uregulowanie opłat przez Strony

Zgodnie z dotychczasowym brzmieniem Umowy, Operator był zobowiązany do uiszczania opłat miesięcznych za każdy udostępniony słup elektroenergetyczny linii nN w wysokości od 3,60 zł do 15 zł netto/słup w zależności od liczby dzierżawionych słupów. Ww. stawka jednostkowa podlegała corocznej aktualizacji w związku ze zmianą Cennika Usług Pozataryfowych obowiązującego u Udostępniającego. Umowa w dotychczasowym brzmieniu uprawniała również Udostępniającego do pobierania dodatkowych opłat z tytułu usług związanych z dopuszczeniem do pracy i sprawowaniem nadzoru nad pracownikami Operatora (dowód: Umowa, Wniosek).

W toku negocjacji kwestia wysokości opłat z tytułu udostępnienia słupów elektroenergetycznych była między Stronami sporna. Operator żądał obniżenia wysokości opłaty należnej Udostępniającemu za każdy udostępniany słup elektroenergetyczny do poziomu 1,73 zł netto za każdy słup linii nN miesięcznie, przy czym, co wynika z dalszych oświadczeń Operatora składanych w toku postępowania, wspomniana stawka ryczałtowa za

dostęp do słupa miałyby być naliczana niezależnie od liczby kabli podwieszonych na tym słupie.

Udostępniający w toku negocjacji wyraził zgodę na zmianę warunków Umowy zgodnie z Decyzją Prezesa UKE z dnia 12 lutego 2021 r. Następnie, w toku postępowania, Udostępniający pismem z dnia 5 sierpnia 2021 r. przesłał do Operatora własny projekt aneksu zmieniającego Umowę. W zakresie opłat Operator przewidział ich rozróżnienie w zależności od tego, czy dostęp jest realizowany na potrzeby sieci szerokopasmowej, czy też nie spełnia takiego celu. Ponadto, stawka za dostęp do słupa na potrzeby sieci szerokopasmowej (1,73 zł netto) podlegałaby zwielokrotnieniu w przypadku rozgałęzienia kabla telekomunikacyjnego na tym słupie. Operator nie podpisał aneksu o treści proponowanej przez Udostępniającego z uwagi na jego niespójność z projektem aneksu prezentowanym przez Operatora w toku negocjacji oraz jego niezgodność z postanowieniami Decyzji Prezesa UKE z dnia 12 lutego 2021 r. (dowód: pismo Udostępniającego z dnia 2 kwietnia 2021 r. stanowiące załącznik do Wniosku, pismo Udostępniającego z dnia 9 sierpnia 2021 r., pismo Operatora z dnia 10 września 2021 r.).

4.2.3. Podstawa prawna ustalenia wysokości opłat przez Prezesa UKE

W ocenie Prezesa UKE, dla ustalenia wysokości opłat za dostęp do infrastruktury technicznej, które 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 elektroenergetyczna ma standardowo od kilku do nawet kilkudziesięciu kilometrów, przy czym sam dostęp do słupa lub słupów nie uprawnia PT do korzystania z całej sieci, a wyłącznie ze wskazanych jej elementów i to w części pasywnej, czyli wyłącznie do skorzystania z tych elementów linii elektroenergetycznej, do których został udzielony dostęp. Gdyby przyjąć, że PT ma ponosić koszty utrzymania całej linii elektroenergetycznej 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 PT 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 w celu świadczenia innych usług niż usługi telekomunikacyjne. Dostęp PT 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 do słupów elektroenergetycznych ponoszona przez PT jest dodatkowym przychodem OSD w związku z korzystaniem przez PT z elementu sieci, a nie podstawowym źródłem utrzymania całej linii elektroenergetycznej.

Zaznaczenia wymaga, że w ramach niniejszego postępowania w odpowiedzi na wezwanie Prezesa UKE z dnia 20 lipca 2021 r. o przedstawienie uzasadnienia kosztowego Udostępniający nie przedstawił takiego uzasadnienia, zgłaszając w piśmie z dnia 9 sierpnia 2021 r. jedynie uwagi do proponowanej przez Operatora zmiany Umowy.

Mając to na uwadze Prezes UKE dołączył do materiału dowodowego w niniejszej sprawie wyjaśnienia Udostępniającego oraz pozostałych OSD zawarte w odpowiedziach OSD na wezwania Prezesa UKE z dnia 29 kwietnia 2020 r. w postępowaniach dotyczących określenia warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej (nr DR.WIT.6082.1-5.2019) o przekazanie szczegółowych danych kosztowych.

Dokonując zmiany wysokości opłaty za udostępnienie słupów elektroenergetycznych należnej Udostępniającemu zgodnie z Umową i ustalenia jej wysokości na poziomie 1,73 zł netto miesięcznie za podwieszenie jednego Kabla telekomunikacyjnego na 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.

4.2.4. Metodyka ustalenia opłat

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 PT. Stanowią one zatem koszty przyrostowe. Ponadto do uwzględnienia kosztów powinny być brane pod uwagę wyłącznie koszty przyrostowe związane z utrzymaniem elementu linii elektroenergetycznej, jakim jest słup elektroenergetyczny.

Biorąc pod uwagę powyższe, Prezes UKE ustalił wysokość opłat należnych Udostępniającemu na podstawie Umowy, biorąc pod uwagę aktualne koszty przyrostowe przekazane przez OSD w odpowiedziach OSD na wezwania Prezesa UKE z dnia 29 kwietnia 2020 r. kierowane w postępowaniach dotyczących określenia warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej (nr DR.WIT.6082.1-5.2019).

Ustalenie wysokości opłaty zostało przeprowadzone w trzech poniższych krokach:

- a) zostały wyznaczone średnie, dla wszystkich OSD, miesięczne koszty utrzymania linii elektroenergetycznej nN w przeliczeniu na jeden słup,
- b) 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,
- c) 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 lit. a powyżej oraz współczynnika wyznaczonego w lit. b 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.⁴ wezwał OSD do weryfikacji oraz przedstawienia danych w zakresie:

- a) średnich miesięcznych kosztów utrzymania linii elektroenergetycznej nN w przeliczeniu na jeden słup w podziale na określone kategorie kosztowe,

⁴ w postępowaniach dotyczących określenia warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej OSD (nr DR.WIT.6082.1-5.2019)

- b) 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. wszyscy OSD przedstawili dane odnośnie średnich miesięcznych kosztów utrzymania linii 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 1. Średnie miesięczne koszty utrzymania linii elektroenergetycznej nN 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 w zakresie uwzględnienia kosztów amortyzacji w średnich miesięcznych kosztach utrzymania linii elektroenergetycznej, w szczególności w odniesieniu do wysokości kosztu ani spójności przyjętych założeń z zasadami księgowymi.

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

Kategoria kosztów	Średni stosunek kosztów przyrostowych do całkowitych miesięcznych kosztów utrzymania linii elektroenergetycznej nN (%)
Koszt eksploatacji	19,58
Koszty usuwania awarii	21,09

Koszty administracyjne	11,95
Koszty transportu	10,39
Pozostałe	17,70

W trzecim kroku miesięczna stawka za dostęp do słupów elektroenergetycznych została wyznaczona dla słupów nN w wysokości 1,73 zł, jako iloczyn średnich miesięcznych kosztów utrzymania linii elektroenergetycznej nN oraz średniego stosunku kosztów przyrostowych do całkowitych miesięcznych kosztów utrzymania linii elektroenergetycznej nN.

Tabela 3. Średnie miesięczne koszty przyrostowe utrzymania linii elektroenergetycznej nN

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

W ocenie Prezesa UKE, zmiana Umowy dokonana Decyzją polegająca na wprowadzeniu opłaty w wysokości 1,73 zł za udostępnienie słupa elektroenergetycznego w celu 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 nN.

W celu uniknięcia ewentualnych sporów związanych z wykonywaniem zmienionego Decyzją § 4 ust. 1 Umowy Prezes UKE stwierdził konieczność wprowadzenia do Umowy definicji Kabla telekomunikacyjnego i Kabla abonenckiego oraz doprecyzowania, że opłata za Kable abonenckie zawiera się w stawce za dostęp do słupa. 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.

4.2.5 Zmiana modelu naliczania opłat

Operator wniósł o obniżenie miesięcznej opłaty netto za dostęp do słupów elektroenergetycznych linii nN do wysokości 1,73 zł. Należy wskazać, że wysokość tej opłaty jest zgodna z postanowieniami innych decyzji Prezesa UKE wydanych w sprawach spornych. Jednocześnie wskazane decyzje zawierają model rozliczeniowy, zgodnie z którym miesięczna opłata za dostęp do słupa elektroenergetycznego linii nN stanowi iloczyn:

- a) liczby słupów elektroenergetycznych linii nN wykorzystywanych do podwieszenia kabli telekomunikacyjnych,
- b) liczby kabli telekomunikacyjnych podwieszonych na danym słupie,
- c) stawki 1,73 zł netto.

W związku z powyższym 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 telekomunikacyjnych podwieszonych przez Operatora na danym słupie. Wynika to z faktu, że opłata w wysokości 1,73 zł za podwieszenie Kabla telekomunikacyjnego na słupie elektroenergetycznym linii nN została skalkulowana dla modelu naliczania opłat uwzględniającego liczbę Kabli telekomunikacyjnych podwieszonych na słupie.

Ponadto należy wyjaśnić, że zmiana modelu naliczania opłat, wynika m.in. z konieczności zapewnienia niedyskryminujących i proporcjonalnych warunków dostępu, o czym stanowi art. 22 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju. Biorąc powyższe pod uwagę, Prezes UKE stwierdza, że Dokonana niniejszą Decyzją zmiana § 4 ust. 1 Umowy w zakresie wysokości opłaty za dostęp jest proporcjonalna i niedyskryminacyjna.

4.2.6. Kwestia ponoszenia przez Operatora dodatkowych opłat

Operator wniósł we Wniosku o wykreślenie postanowień zawartych w § 4 ust. 1 Umowy dotyczących aktualizacji wysokości opłaty należnej Udostępniającemu na podstawie Umowy oraz postanowień zawartych w § 4 ust. 7, 8 i 11 przewidujących ponoszenie przez Operatora dodatkowych opłat na rzecz Udostępniającego (opłaty z tytułu usług związanych z dopuszczeniem do pracy i sprawowaniem nadzoru nad pracownikami Udostępniającego). Udostępniający wskazał natomiast, że możliwość pobierania dodatkowych opłat powinna pozostać częścią Umowy, gdyż opłaty te nie są ponoszone przez Operatora każdorazowo, lecz jedynie w sytuacjach wymagających zachowania szczególnych wymogów bezpieczeństwa (dowód: pismo Udostępniającego z dnia 9 sierpnia 2021 r.).

Przychylając się do Wniosku w zakresie zmiany § 4 ust. 1 Umowy polegającej na usunięciu prawa Udostępniającego do aktualizacji opłaty za dostęp, Prezes UKE informuje, że 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.6174.16.2020.32, DR.WIT.6174.13.2020.38, DR.WIT.6174.10.2020.44, DR.WIT.6174.6.2020.57, DR.WIT.6174.5.2021.67, DR.WIT.6174.8.2020.54) również nie przewidują corocznej aktualizacji opłat w oparciu o średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem za poprzedni rok kalendarzowy, ogłaszany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.

Zgodnie z art. 22 ust. 3 ustawy o wspieraniu rozwoju:

„3. 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 Udostępniającemu części kosztów związanych z utrzymaniem słupów, Udostępniający może negocjować zmianę Umowy w tym zakresie.

Prezes UKE, w świetle obowiązujących przepisów prawa, nie widzi uzasadnienia dla corocznej zmiany wysokości opłat za dostęp objęty Umową w związku z wystąpieniem czynników niepowiązanych bezpośrednio z kwestią kosztów utrzymania udostępnionej infrastruktury technicznej, a za takie należy uznać przewidziane w dotychczasowym brzmieniu § 4 ust. 1 Umowy odwołanie się do corocznej aktualizacji Cennika Usług Pozataryfowych przyjętego przez Udostępniającego. W związku z powyższym zaistniała konieczność wyeliminowania z Umowy postanowień stanowiących o corocznej zmianie cen za dostęp z uwagi na aktualizację wspomnianego cennika. Z tego względu Prezes UKE zmienił treść § 4 ust. 1 Umowy, nadając mu brzmienie jak w sentencji Decyzji.

Odnosząc się do żądania Operatora uchylecia § 4 ust. 7, 8 i 11 Umowy należy wyjaśnić, że § 4 ust. 7 Umowy określa prawo pobierania dodatkowych opłat za usługi związane z dopuszczeniem do pracy i sprawowaniem nadzoru nad pracownikami Operatora, których stawki zostały określone w Cenniku Pozataryfowym Udostępniającego, z kolei § 4 ust. 8 Umowy określa termin płatności opłat dodatkowych, zaś w § 4 ust. 11 Umowy zostały przewidziane zasady ich rozliczenia.

W ocenie Prezesa UKE, żądanie od Operatora ponoszenia dodatkowych opłat niezwiązanych z utrzymaniem słupa, jako przedmiotu dostępu, jest sprzeczne z art. 22 ust. 3 ustawy o wspieraniu rozwoju, który stanowi, że opłaty z tytułu dostępu do infrastruktury technicznej OSD określa się w wysokości, która umożliwia zwrot części kosztów, które ponosi ten podmiot w związku z utrzymaniem tej infrastruktury. Mając to na uwadze, usunięcie opłat za usługi związane z dopuszczeniem do pracy i sprawowaniem nadzoru nad pracownikami Operatora z katalogu opłat, jakie ma prawo pobierać Udostępniający z tytułu Umowy jest zasadne z uwagi na przedstawioną powyżej interpretację przesłanek ustalania opłat za dostęp do infrastruktury technicznej, wywiedzionych z art. 22 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy o wspieraniu rozwoju.

Należy również wskazać, że Prezes UKE we wskazanych powyżej decyzjach wydanych w indywidualnych sprawach spornych (decyzja o sygn. DR.WIT.6174.4.2020.32, DR.WIT.6174.15.2020.36, DR.WIT.6174.16.2020.32, DR.WIT.6174.13.2020.38, DR.WIT.6174.10.2020.44, DR.WIT.6174.6.2020.57, DR.WIT.6174.5.2021.67, DR.WIT.6174.8.2020.54) również nie przewidział dodatkowych opłat z tytułu nadzoru.

Z powyższych względów uchylene § 4 ust. 7, 8 oraz 11 Umowy należy uznać za proporcjonalne i niedyskryminacyjne.

5. Odniesienie do uwag zgłoszonych w stanowisku konsultacyjnym Operatora

W stanowisku konsultacyjnym Operator wskazał, aby w związku z modyfikacją modelu naliczania opłat z modelu nieuwzględniającego liczby kabli telekomunikacyjnych podwieszonych na słupach na model uwzględniający tę liczbę, Decyzja została uzupełniona/doprecyzowana o kwestię sposobu liczenia kabli telekomunikacyjnych na słupach w przypadku, gdy dochodzi do rozgałęzienia kabla.

W ocenie Prezesa UKE, Decyzja nie wymaga uzupełnienia we wskazanym powyżej zakresie. Jednocześnie Prezes UKE wyjaśnia, że zgodnie z treścią § 4 ust. 1 nadanego Decyzją *„Miesięczna opłata za udostępnienie Przedmiotu Najmu w celu podwieszenia linii światłowodowej, o którym mowa w § 1 niniejszej Umowy, obliczana jest jako iloczyn liczby udostępnionych słupów elektroenergetycznych wykazanych w Załączniku nr 1 oraz liczby Kabli telekomunikacyjnych umieszczonych na danym słupie elektroenergetycznym i stawki za dostęp do słupa elektroenergetycznego wynoszącej 1,73 zł (jeden złoty i siedemdziesiąt trzy grosze) netto + podatek VAT według obowiązującej stawki tego podatku (..) opłata za Kable abonenckie zawiera się w stawce za dostęp do słupa elektroenergetycznego”*.

Sposób wyliczenia zgodny z Decyzją zakłada, że do wyznaczenia należnej opłaty za dostęp przyjmuje się ilość kabli telekomunikacyjnych na danym słupie. Do wyżej wymienionych ilości kabli telekomunikacyjnych nie wlicza się kabli abonenckich.

W związku z powyższym, w celu naliczenia opłat należy przyjąć, że kabel telekomunikacyjny przechodzący przez słup elektroenergetyczny (tzw. kabel przelotowy) powinien być traktowany jako jeden kabel telekomunikacyjny i w związku z tym poddany jednej opłacie za podwieszenie kabla telekomunikacyjny na danym słupie elektroenergetycznym. W przypadku rozgałęzienia możemy mówić o kablu telekomunikacyjnym wchodzącym na słup elektroenergetyczny i 2 kablach telekomunikacyjnych wychodzących ze słupa elektroenergetycznego, a zatem opłata powinna być naliczana w takim przypadku w podwójnej wysokości, o ile żaden z kabli wychodzących ze słupa elektroenergetycznego nie jest kablem abonenckim.

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 opłaty należne Udostępniającemu ulegną 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 z późn. zm., dalej „kpc”), a więc postanowieniem Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wydanym na wniosek Strony, która wniosła odwołanie, o ile zachodzi niebezpieczeństwo wyrządzenia znacznej szkody lub spowodowania trudnych do odwrócenia skutków.

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 2021 r. poz. 2257 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.

Prezes

Jacek Oko

Otrzymują:

1. (dane osobowe) – pełnomocnik Operatora
itB Legal Bazański, Grabiec Kancelaria Radców Prawnych sp. p.
ul. Graniczna 29/215
40-017 Katowice
2. Udostępniający
ul. Lwowska 72-96B
33-100 Tarnów