



Warszawa, dnia 2021 r.

**PREZES
URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ**

KOBA sp. z o. o.
ul. Mieszka I 4 lok. 226
15-054 Białystok

(dalej „Operator”)

PGE Dystrybucja S.A.
ul. Garbarska 21A
20-340 Lublin

(dalej „Udostępniający”)

DECYZJA DR.WIT.6174.8.2020.

Po rozpatrzeniu wniosku Operatora z dnia 1 września 2020 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej dnia 7 września 2020 r., dalej „Wniosek”) w przedmiocie zmiany:

1. Umowy nr 01/2009 z dnia 1 października 2009 r. (dalej „Umowa 01/2009”),
2. Umowy o dostępie do elektroenergetycznych linii napowietrznych nN dla podwieszenia linii światłowodowych nr 173/OB/RE6/2019 z dnia 28 maja 2019 r. (dalej „Umowa 173/2019”),

(dalej łącznie „Umowy”) zawartych pomiędzy Udostępniającym a Operatorem poprzez zmianę wysokości opłat określonych w Umowach dotyczących udostępnienia słupów elektroenergetycznych linii niskiego napięcia (dalej „Słupy”),

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 ze 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, 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”) w związku z art. 62 kpa, zmieniam, jak niżej, postanowienia Umów w ten sposób, że:

1. **§ 4 ust. 1 Umowy 01/2009 otrzymuje następujące brzmienie:**

„Strony ustalają, że miesięczna opłata netto za dostęp do jednego słupa linii nN w celu podwieszenia jednego kabla telekomunikacyjnego w wysokości 1,73 złote (słownie: jeden 73/100 złote),

przy czym

- przez Kabel abonencki rozumie się Kabel telekomunikacyjny służący dostarczaniu usług telekomunikacyjnych do wyłącznie jednego obiektu budowlanego i podłączeniu tego obiektu

budowlanego do sieci telekomunikacyjnej OK, na odcinku od zakończenia sieci lub punktu styku znajdujących się w tym obiekcie budowlanym do najbliższego i umieszczonego na słupie, rozdzielacza sygnału telekomunikacyjnego (splittera optycznego lub mufy światłowodowej) – wraz z osprzętem towarzyszącym,

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

- opłata za Kable abonenckie zawiera się w stawce za dostęp do słupa linii nN.”,

2. § 7 ust. 1 Umowy 173/2019 otrzymuje następujące brzmienie:

„Strony ustalają, że miesięczna opłata za udostępnienie Przedmiotu Umowy w celu podwieszenia linii światłowodowej, o którym mowa w § 1 niniejszej Umowy, od każdego wykorzystywanego słupa linii nN w celu podwieszenia jednego Kabla telekomunikacyjnego wynosi 1,73 złote (słownie: jeden 73/100 złote) netto,

przy czym

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

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

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

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 na rzecz Operatora.

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 zmiany umowy bądź 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 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 Umowy dotyczą Słupów, 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) 19029, a omawiana koncesja została wydana w dniu 30 maja 2007 r. i jest ważna do dnia 31 grudnia 2025 r. Udostępniający jest zatem przedsiębiorstwem energetycznym, prowadzącym koncesjonowaną działalność gospodarczą, polegającą na dystrybucji energii elektrycznej.

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

¹ <https://rejstry.ure.gov.pl/o/15>

telekomunikacyjnej na podstawie art. 17 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju, w szczególności do podwieszania kabli światłowodowych, które zgodnie z Umowami 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 Umowy poprzez zmianę wysokości opłat za udostępnienie Słupów na rzecz Operatora. Przedmiotem Umów jest dostęp do Słupów w celu umieszczenia na nich Kabli telekomunikacyjnych. W ramach Umów Operator wykorzystuje aktualnie 589 Słupów, szczegółowo określonych w protokołach załączonych do Umów oraz piśmie Operatora z dnia 7 grudnia 2020 r. (dowód: Wniosek, pismo Operatora z dnia 7 grudnia 2020 r.).

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 1102);
- 2) Udostępniający jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym (dowód: rejestr przedsiębiorców telekomunikacyjnych, wpis nr 9191), Udostępniający jest operatorem sieci wykonującym zadania z zakresu użyteczności publicznej;
- 3) Operatora i Udostępniającego łączą Umowy, których przedmiotem jest dostęp do Słupów stanowiących własność Udostępniającego.

Oznacza to, że do Umów 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 Umów, miała prawo zwrócić się do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji zmieniającej Umowy w przypadku:

- odmowy zmiany Umów;
- niedokonania zmiany Umów 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 Umów trwały od dnia 15 kwietnia 2020 r., to jest od dnia doręczenia Udostępniającemu wniosku Operatora o zmianę Umów (dowód: pismo Operatora z dnia 2 kwietnia 2010 r. oraz pismo Udostępniającego z dnia 8 maja 2020 r., w którym Udostępniający potwierdził otrzymanie w dniu 15 kwietnia 2020 r. pisma Operatora z dnia 2 kwietnia 2020 r., stanowiące załączniki do Wniosku);
- 2) przedmiot negocjacji określony przez Operatora dotyczył zmiany wysokości opłat wskazanych w Umowach, Operator wniósł o określenie miesięcznej opłaty netto za dostęp do jednego Słupa w wysokości 3,50 zł, jednocześnie wniósł aby, w przypadku gdyby w dacie wydania decyzji, miesięczna opłata netto za dostęp do jednego słupa nN wynosiła poniżej 3,50 zł (np. w decyzji wydanej przez Prezesa UKE na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy o wspieraniu rozwoju bądź w decyzjach wydanych przez Prezesa UKE w trybie art. 24a ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju) Prezes UKE określił w decyzji opłatę w niższej ustalonej przez Prezesa UKE wysokości (dowód: Wniosek), jednocześnie Operator wniósł o usunięcie z Umowy 01/2009 postanowień dotyczących waloryzacji opłat;
- 3) pismem z dnia 8 maja 2020 r. Udostępniający poinformował Operatora, że podtrzymuje stanowisko zawarte we wcześniejszym piśmie skierowanym do Udostępniającego tj. piśmie z dnia 5 grudnia 2019 r., w którym wskazał, że brak jest podstaw do renegocjacji opłat za dostęp określonych w Umowach (dowód: pismo Udostępniającego z dnia 8 maja 2020 r., stanowiące załącznik do Wniosku, pismo z dnia 5 grudnia 2019 r. stanowiące załącznik do odpowiedzi Udostępniającego z dnia 12 października 2020 r. na zawiadomienie o wszczęciu postępowania z Wniosku).

Pismo Udostępniającego z dnia 8 maja 2020 r. stanowi odmowę zmiany warunków 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).

Jednocześnie zgodnie z treścią art. 62 kpa w sprawach, w których prawa lub obowiązki stron wynikają z tego samego stanu faktycznego oraz z tej samej podstawy prawnej i w których właściwy jest ten sam organ administracji publicznej, można wszcząć i prowadzić jedno postępowanie dotyczące więcej niż jednej strony.

Z brzmienia art. 62 kpa wynika istnienie trzech przesłanek warunkujących wystąpienie wielości spraw formalnie łącznie prowadzonych w jednym postępowaniu tj. przesłanki:

- 1) identycznego stanu faktycznego,
- 2) identycznej podstawy prawnej (gdy podstawą powstania danych stosunków materialnoprawnych jest taka sama norma prawna),

3) właściwości jednego organu administracji publicznej.

Mając na uwadze treść Wniosku, brzmienie przepisów będących podstawą rozstrzygnięcia oraz uprawnienie Prezesa UKE do prowadzenia postępowania, wskazać należy, że w niniejszej sprawie doszło do połączenia w jednym postępowaniu administracyjnym spraw w przedmiocie zmiany umów o dostępie do infrastruktury technicznej (wskazanych w sentencji), zawartych pomiędzy Operatorem i Udostępniającym.

Składając Wniosek Operator wyznaczył zakres prowadzonego postępowania administracyjnego. Zauważyć trzeba, że kwestią sporną między Stronami dotyczącą wykonywania Umów była wysokość opłat należnych Udostępniającemu z tytułu zapewnienia dostępu do Słupów. W toku negocjacji zmianą Umów negocjowaną przez Strony była zmiana wysokości opłat należnych Udostępniającemu z tytułu wykonania Umów. Stąd też przedmiot niniejszego postępowania obejmuje wyłącznie zmianę Umów w zakresie zmiany wysokości opłat należnych Udostępniającemu określonych w § 4 ust. 1 Umowy 01/2009 oraz § 7 ust. 1 Umowy 173/2019.

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 umożliwia zwrot części kosztów, które ponosi ten podmiot w związku z utrzymaniem tej infrastruktury.

Ponadto Prezes UKE wskazuje, że Operator pismem z dnia 22 grudnia 2020 r. wniósł o zawieszenie postępowania z uwagi na podjęcie pomiędzy Stronami rozmów w celu dobrowolnej zmiany treści Umów. Pismem z dnia 12 lutego 2021 r. Udostępniający wskazał jednak, że Strony podjęły rozmowy wyłącznie w zakresie zmiany Umowy 01/2009. Rozmowy nie dotyczyły zmiany Umowy 173/2019. Pismem z dnia 26 kwietnia 2021 r. Operator poinformował Prezesa UKE, że Strony nie uzgodniły jeszcze sposobu działania odnośnie Umowy 173/2019 oraz, że w terminie 60 dni poinformuje Prezesa UKE o ewentualnych wzajemnych ustaleniach w tym zakresie. Natomiast pismem z dnia 17 czerwca 2021 r. Operator poinformował Prezesa UKE o niezawarciu aneksów do Umów w przedmiocie określonym Wnioskiem oraz wniósł o wydanie w tym zakresie decyzji przez Prezesa UKE. Prezes UKE kontynuował zatem postępowanie administracyjne wszczęte na Wniosek.

4. Uzasadnienie motywów rozstrzygnięcia

4.1. Kryteria będące podstawą rozstrzygnięcia

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 Umów 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).

Prezes UKE uwzględnił także fakt, że Udostępniający jest adresatem decyzji Prezesa UKE z dnia 12 lutego 2021 r. nr DR.WIT.6082.3.2019.211, określającej warunki zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej Udostępniającego w zakresie słupów elektroenergetycznych nN i SN (dalej „Decyzja 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 zostanie wydana taka decyzja jest obowiązany do zawierania umów o dostępie do infrastruktury technicznej na warunkach nie gorszych niż określone w tej decyzji. Wydanie decyzji 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) odpowiadają ustaleniom dokonany przez Prezesa UKE w 5 decyzjach² dotyczących określenia warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej (w zakresie słupów elektroenergetycznych nN i SN) 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 należnej Udostępniającemu na podstawie Umów.

Zmiany dokonane w Umowach niniejszą decyzją polegające na obniżeniu opłaty należnej Udostępniającemu na podstawie Umów wpłyną na możliwość rozwoju sieci Operatora z wykorzystaniem zasobów Udostępniającego, co przełoży się także na zwiększenie poziomu dostępu do Internetu na obszarze Polski⁴.

Prezes UKE, uwzględniając interesy Stron, wydając niniejszą decyzję, wziął pod uwagę przede wszystkim stanowiska Stron prezentowane w trakcie prowadzonych negocjacji o zmianę Umów, a także stanowiska prezentowane w toku postępowania administracyjnego.

4.2. Uzasadnienie zmian wprowadzonych do Umów

4.2.1. Uwagi ogólne

Rozstrzygając niniejszą sprawę Prezes UKE miał przede wszystkim na względzie zakres sporu dotyczącego zmiany Umów, który był negocjowany przez Strony. Negocjacje zmian Umów obejmowały wyłącznie kwestię obniżenia wysokości opłat z tytułu zapewnienia dostępu do Słupów należnych Udostępniającemu. Operator żądał zmiany Umów poprzez wprowadzenie do Umów proponowanych przez siebie opłat. Zakres negocjacji przeprowadzonych między Stronami wyznaczył więc przedmiot niniejszego postępowania, którym jest zmiana wysokości opłat należnych Udostępniającemu na podstawie Umów.

Natomiast we Wniosku Operator wniósł o określenie miesięcznej opłaty netto za dostęp do jednego słupa nN w wysokości 3,50 zł, jednocześnie wniósł aby, w przypadku gdyby w dacie wydania decyzji, miesięczna opłata netto za dostęp do jednego słupa nN wynosiła poniżej 3,50 zł (np. w decyzji wydanej przez Prezesa UKE na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy o wspieraniu rozwoju bądź w decyzjach wydanych przez Prezesa UKE w trybie art. 24a ust. 1

² <https://bip.uke.gov.pl/decyzje/dostep-do-infrastruktury/decyzja-prezesa-uke-dla-tauron-dystrybcja-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-dystrybcja-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., Enea Operator sp. z o.o., Udostępniający, Tauron Dystrybcja S.A., Energa-Operator S.A.

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

ustawy o wspieraniu rozwoju) Prezes UKE określił w decyzji opłatę w niższej ustalonej przez Prezesa UKE wysokości.

4.2.2. Uregulowanie opłat przez Strony

Zgodnie z dotychczasowym brzmieniem Umów, Operator był zobowiązany do uiszczania opłat w wysokości 5,52 zł netto miesięcznie (z uwzględnieniem waloryzacji) za każdy wykorzystywany Słup na podstawie Umowy 173/2019 oraz 10 zł netto miesięcznie (z uwzględnieniem waloryzacji) za każdy wykorzystywany Słup na podstawie Umowy 01/2009. Wysokość całkowitej opłaty miesięcznej była wyliczana zgodnie z Umowami jako iloczyn wskazanej ceny jednostkowej i liczby wykorzystanych przez Operatora Słupów, a następnie powiększana o stawkę podatku VAT.

W toku negocjacji Udostępniający odmówił zmiany wysokości opłat z tytułu udostępnienia Słupów.

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 Umowami 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 opłata 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 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 telekomunikacje. 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.

Mając na uwadze fakt, że w ramach niniejszego postępowania Udostępniający nie przedstawił uzasadnienia kosztowego opłat za dostęp do Słupów, 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 Umowami i ustalenie ich na poziomie 1,73 zł netto miesięcznie za umieszczenie jednego Kabla telekomunikacyjnego na każdym Słupie, 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.⁵.

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.

Biorąc pod uwagę powyższe, Prezes UKE ustalił wysokość opłat należnych Udostępniającemu na podstawie Umów, biorąc pod uwagę aktualne koszty przyrostowe przekazane przez OSD w ww. odpowiedziach na wezwania Prezesa UKE z dnia 29 kwietnia 2020 r.

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. wezwał OSD do weryfikacji oraz przedstawienia danych m.in. 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. 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 dla OSD

⁵ przekazanych w postępowaniach dotyczących określenia warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej (nr DR.WIT.6082.1-5.2019)

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 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 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 zmiany Umów dokonane niniejszą decyzją polegające na wprowadzeniu opłat w wysokości 1,73 zł za udostępnienie Słupa na potrzeby podwieszenia jednego Kabla telekomunikacyjnego prowadzą do wyważenia interesów Stron i wypełniają przesłankę zwrotu części kosztów utrzymania infrastruktury technicznej.

W celach porządkowych Prezes UKE wprowadził również do Umów 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 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.

4.2.5 Zmiana modelu naliczania opłat

Operator wniósł o obniżenie ryczałtowej miesięcznej opłaty netto za dostęp do Słupa do wysokości 3,50 zł, a w przypadku gdyby w dacie wydania decyzji, miesięczna opłata netto za dostęp do jednego słupa linii nN wynosiła poniżej 3,50 zł (np. w decyzji wydanej przez Prezesa UKE na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy o wspieraniu rozwoju bądź w decyzjach wydanych przez Prezesa UKE w trybie art. 24a ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju), Prezes UKE określił w decyzji opłatę w niższej ustalonej przez Prezesa UKE wysokości.

Należy wskazać, że w Decyzji Prezesa UKE z dnia 12 lutego 2021 r. opłata miesięczna netto za dostęp do jednego słupa linii nN została określona na poziomie 1,73 zł. Jednocześnie Decyzja Prezesa UKE z dnia 12 lutego 2021 r. zawiera model rozliczeniowy, zgodnie z którym miesięczna opłata za słup linii nN stanowi iloczyn:

- a) liczby słupów 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 na słupie linii nN 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 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. 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 przez Prezesa UKE w Decyzji Prezesa UKE z dnia 12 lutego 2021 r.

wiążące Udostępniającego. Dzięki temu ani Operator ani Udostępniający nie są dyskryminowani w roli odpowiednio podmiotu korzystającego lub udostępniającego słupy elektroenergetyczne na potrzeby telekomunikacji. Ponadto zastosowane przez Prezesa UKE rozwiązania są adekwatne do zaistniałych problemów i potrzeb, przy uwzględnieniu uzasadnionych interesów obu Stron.

5. 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 na podstawie Umów 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 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 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 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.