

Sygn. akt *XVII AmT 35/21*

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 maja 2023 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie, XVII Wydział Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
w składzie:

Przewodniczący –	Sędzia SO Małgorzata Perdion-Kalicka
Protokolant –	st. sekr. sądowy Jadwiga Skrzyńska

po rozpoznaniu 27 kwietnia 2023 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania (...) S.A. z siedzibą w G.

przeciwko **Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej**

z udziałem zainteresowanych: Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji, Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej, Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji, Krajowej Izby Komunikacji Ethernetowej oraz Polskiego Towarzystwa Przesyłu i Rozdziału Energii Elektrycznej

o wydanie decyzji w sprawie dostępu do infrastruktury technicznej

na skutek odwołania od decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z 12 lutego 2021 r. Nr (...)

1. oddała odwołanie;
2. zasądza od (...) S.A. z siedzibą w G. na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 720 zł (siedemset dwadzieścia złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.
3. zasądza od (...) S.A. z siedzibą w G. na rzecz Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej kwotę 720 zł (siedemset dwadzieścia złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego;

SSO Małgorzata Perdion-Kalicka

XVII AmT 35/21

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej na mocy decyzji (...)

z 12 lutego 2021 r., wydanej na podstawie art. 18 ust. 3 w związku z art. 17 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 2410 ze zm., dalej „ustawa o wspieraniu rozwoju” lub „wruist”), po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego wszczętego z urzędu w dniu 30 stycznia 2019 r. w przedmiocie określenia warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej (...) SA w G. (dalej jako (...))

w zakresie słupów elektroenergetycznych linii niskiego napięcia (dalej „nN”) oraz słupów elektroenergetycznych linii średniego napięcia (dalej „SN”) (dalej łącznie „Słupy elektroenergetyczne”),

I. określił Warunki Dostępu do infrastruktury technicznej (...) w zakresie Słupów elektroenergetycznych (dalej „Warunki Dostępu”), w brzmieniu określonym w Załączniku nr 1 do decyzji, stanowiącym jej integralną część,

II. zobowiązał (...) do zapewnienia gotowości do zawierania Umów Ramowych i Umów Szczegółowych, a także rozpatrywania Zapytań o dostęp do Słupów elektroenergetycznych zgodnie z postanowieniami Warunków Dostępu określonych w Załączniku nr 1 do decyzji, w terminie do 90 dni od dnia doręczenia decyzji; do czasu wdrożenia ww. funkcjonalności Prezes UKE zobowiązał (...) do udostępniania infrastruktury technicznej w zakresie Słupów elektroenergetycznych na dotychczasowych zasadach, stosowanych w ramach przedsiębiorstwa (...),

III. na podstawie art. 206 ust. 2aa Pt w związku z art. 206 ust. 2 pkt 6 nadał decyzji rygor natychmiastowej wykonalności (decyzja Prezesa UKE z dn. 12 lutego 2021 r. k. 7-98 akt sąd.)

(...)zaskarżając decyzję w całości zarzucił jej:

I. naruszenie prawa materialnego:

1) art. 18 ust. 3 w związku z art. 22 ust. 1-3 i art. 17 ust. 1 wruist przez ich błędne zastosowanie i określenie warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej, pomimo braku podstaw dla władczej ingerencji w stosunki prawne powoda z przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi (w tym z uwagi na zapewnianie przez powoda warunków dostępu zgodnych z prawem, udostępnienia wielu słupów i znikomym procentem odmów udostępnienia infrastruktury), co zostało oparte na jednym tylko opracowaniu, Analizie zasad współpracy w przedmiocie dostępu do podbudowy słupowej operatorów sieci energetycznych wraz z rekomendacjami, Raport dla Urzędu Komunikacji Elektronicznej, (...) sp. p., K. 16 listopada 2018 r., mimo że została ona sporządzona przez osoby, którym odmówić należało bezstronności;

2) art. 18 ust. 3 ustawy o wspieraniu rozwoju poprzez przekroczenie granic uznania administracyjnego i uznanie, że niezbędne jest ustalenie warunków dostępu do słupów mimo braku zaktualizowania się ustawowych przesłanek do wydania tej decyzji i uznanie, że nie istnieje inna możliwość zapewnienia dostępu do słupów, mimo że nie przeprowadził pozwany żadnych dowodów na tę okoliczność;

3) naruszenie przepisu art. 22 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju w związku z art. 18 ust. 3 i art. 17 ust. 1 Ustawy poprzez ukształtowanie warunków dostępu w sposób dyskryminacyjny wobec powoda i nieproporcjonalny w aspekcie praw i obowiązków powoda przedsiębiorstw telekomunikacyjnych, między innymi poprzez:

a) zobowiązanie powoda w licznych przypadkach do wyłączeń linii energetycznych spod napięcia bez możliwości zachowania obowiązków wynikających z przepisów prawa oraz zawartych umów,

b) ograniczenie odpowiedzialności przedsiębiorców telekomunikacyjnych tylko do niektórych kategorii kosztów związanych z wyłączeniami, mimo że wyłączenia te mają odbywać się wyłącznie w ich interesie i mimo braku jakiegokolwiek ograniczenia odpowiedzialności powoda na skutek jej działań,

c) ograniczenia powoda w możliwości odmowy uzgodnienia projektu wyłącznie do niezgodności z warunkami technicznymi, mimo że to na powódce ciąży odpowiedzialność odszkodowawcza na zasadzie ryzyka,

d) braku wpływu powoda na sposób prowadzenia prac na liniach energetycznych,

e) ukształtowanie terminów wykonania przez strony obowiązków umownych w sposób niesymetryczny i zastrzeżenie dla powoda terminów bardzo krótkich bez uwzględnienia faktu, że powód będzie musiała rozpoznawać liczne wnioski przedsiębiorstw telekomunikacyjnych, a jej podstawowym obowiązkiem jest dbanie o prowadzenie ruchu w sieci

elektroenergetycznej w sposób bezpieczny, nieprzerwany i zachowaniem norm jakościowych dostarczanej energii elektrycznej,

f) niezobowiązanie przedsiębiorstw telekomunikacyjnych do legitymowania się wobec powoda tytułami prawnymi do nieruchomości, co naraża powoda na odpowiedzialność odszkodowawczą w stosunku do właścicieli nieruchomości, albowiem w znakomitej większości przypadków powód nie jest właścicielem nieruchomości, na których postawione są słupy, a posiada jedynie ograniczone prawo rzeczowe ściśle określonej treści,

g) przewidzenie zbyt długich terminów dla usunięcia awarii przez przedsiębiorstwa telekomunikacyjne, co naruszać może podstawowy obowiązek powoda, jakim jest zapewnienie ciągłych i nieprzerwanych dostaw energii elektrycznej,

h) nieprzewidzenie w warunkach dostępu żadnych postanowień dotyczących waloryzacji stawki za dostęp, co powoduje, że wyłącznie powoda obciążać będzie utrata wartości pieniądza, podczas gdy deflacja jest zjawiskiem niewystępującym i nie ma możliwości, by wzrost tej wartości w przyszłości mógł zrekompensować powódce straty,

i) warunki dostępu nie zobowiązują operatorów telekomunikacyjnych do zapewnienia odpowiednich kwalifikacji osób wykonujących prace na liniach i nie wymagają odbycia przez nich specjalistycznego szkolenia,

j) niezabezpieczenia roszczeń finansowych powoda o naprawienie szkody wyrządzonej przez przedsiębiorstwa telekomunikacyjne;

4) naruszenie przepisu art 19 ust. 4 pkt 3 ustawy o wspieraniu rozwoju oraz art. 18 ust. 3 i art. 1. ust. 1 oraz art. 26 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju w związku z art. 9c ust. 3 Prawa energetycznego poprzez ukształtowanie warunków dostępu w sposób, który uniemożliwia lub utrudnia powódce wywiązanie się z obowiązków ciążących na powódce na podstawie przepisów Pr. energ. do zapewnienia bezpieczeństwa sieci elektroenergetycznej, w szczególności przez:

a) objęcie obowiązkiem udostępnienia także słupów średniego napięcia, które są istotne i kluczowe dla ciągłości dostaw energii elektrycznej dla dużych grup odbiorców, a także przemysłu i instytucji publicznych, takich jak szpitale, czy domy opieki bez uwzględnienia specyfiki tych linii, w szczególności potrzeby zabezpieczenia ich przed awariami i przerwami w dostarczaniu energii elektrycznej,

b) umożliwienia podwieszania na słupach kabli miedzianych, co może powodować ryzyko dla zdrowia i życia ludzi,

c) nieuregulowanie minimalnych odległości pionowych kabli telekomunikacyjnych od gruntu,

d) ukształtowanie warunków w taki sposób, że podlegają one wydaniu bez weryfikacji projektu i niezbędnych analiz technicznych,

e) zobowiązaniu do wydania warunków technicznych jako załącznika do protokołu z inspekcji słupów elektroenergetycznych, co jest niewykonalne, jeżeli wyniki inspekcji mają mieć znaczenie dla treści warunków technicznych;

5) naruszenie przepisów art. 22 ust. 3 ustawy o wspieraniu rozwoju w związku z art. 18 ust. 3 i art. 17 ust. 1 tej ustawy poprzez:

a) określenie wysokości opłat za dostęp do słupów powoda przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych w sposób uniemożliwiający uzyskanie przez powoda należnej jej części zwrotu kosztów, które ponosi w związku z utrzymaniem tej infrastruktury na skutek przyjęcia przez Prezesa UKE, że stawką objęte mają być wyłącznie te koszty, które wynikają bezpośrednio z instalacji linii telekomunikacyjnej, co nie jest zgodne z wyraźnym brzmieniem powołanych przepisów, które przewidują również częściowy zwrot kosztów używania całej konstrukcji,

b) określenie warunków finansowych jednolitych dla wszystkich GSD, mimo że bazą do ustalenia warunków finansowych w odniesieniu do konkretnej strony mogą być tylko koszty poniesione przez tę stronę;

6) naruszenie przepisu art. 1 ust. 3 ustawy o wspieraniu rozwoju w związku z art. 39 ust. 1 a oraz ust. 3aa oraz w zw. z art. 42 ust. 2 ustawy z 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 470 ze zm. - dalej „Ustawa o drogach publicznych”) poprzez ich niezastosowanie i wydanie decyzji oraz warunków dostępu także w odniesieniu do infrastruktury telekomunikacyjnej w pasie drogowym, której lokalizacja w tym pasie jest niedopuszczalna;

7) naruszenie art. 45 w zw. z art. 47 Pr. energ. oraz w zw. z § 9 pkt 1, § 15 ust. 3 oraz § 22 Rozporządzenia Ministra Energii z dnia 6 marca 2019 r. w sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryf oraz rozliczeń w obrocie energią elektryczną (Dz. U. z 2019 r. poz. 503 - dalej „Rozporządzenie taryfowe”) poprzez ich niezastosowanie i przyjęcie, że udostępnienie przez powoda słupów elektroenergetycznych nie będzie dla niej zbyt dotkliwie i uwzględniać będzie w należyтым zakresie prawa i interesy powoda, całkowicie pomijając ryzyko i negatywny wpływ takiego udostępniania na działalność powoda i określenie jego przychodu regulowanego w związku z modelem regulacji jakościowej stosowanym w postępowaniu o zatwierdzenie taryf OSD;

8) naruszenie art. 71 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 61 pkt 1 i art. 5 ust. 2 Prawa budowlanego przez nieuwzględnienie w procesie uzyskiwania dostępu do słupów konieczności uzyskania zgód i pozwoleń w celu realizacji prac na obiektach budowlanych, których powód jest właścicielem i powód jest odpowiedzialny za ich właściwe utrzymanie;

II. naruszenie prawa procesowego:

1) naruszenie art. 7 i 77 § 1 K.p.a. poprzez zaniechanie zebrania i wyjaśnienia całego materiału dowodowego koniecznego do rozstrzygnięcia w sprawie, jak również nieudowodnienie przesłanek materia) no prawnych uzasadniających wydanie decyzji, także z powodu odmowy przeprowadzenia dowodów wnioskowanych przez powoda i PTPiREE w toku postępowania, a to w szczególności:

a) ekspertyzy sporządzonej przez (...) S.A. nr (...) pt. „Analiza wpływu (...)” z 26 lipca 2020 r. na okoliczności wskazywane w piśmie powoda do pozwanego z dnia 14 grudnia 2020 r.,

b) opinii technicznej, sporządzonej przez (...) sp. z o.o. pt. „Opinia dotycząca (...)” na okoliczności wskazane w piśmie powoda do Pozwanego z dnia 14 grudnia 2020 r.,

c) opinii instytutu naukowo-badawczego celem przeprowadzenia wskazanego dowodu z opinii biegłego,

d) opinii biegłego z dziedziny bezpieczeństwa i higieny pracy,

e) decyzji Prezesa UKE z dnia 14 października 2019 r. (...), na okoliczność: treści tej decyzji, w tym ujęcia w treści tego rozstrzygnięcia przez Prezesa UKE rozstrzygnięć określających zasady i warunki świadczenia przez powoda usługi dostępu do słupów elektroenergetycznych powoda w zakresie: dostępu do infrastruktury elektroenergetycznej i infrastruktury telekomunikacyjnej objętej dostępem, określenia minimalnych odległości infrastruktury telekomunikacyjnej od podłoża (zwisów przewodów), stawek należności za korzystanie z infrastruktury;

2) naruszenie art. 84 § 1 K.p.a. poprzez zaniechanie przeprowadzenia dowodów z opinii biegłych, o których mowa w pkt 1) lit. c) i d), mimo że dowód ten ma istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, organ nie posiada właściwych kompetencji dla ustalenia tych okoliczności oraz nie posiadał innych dowodów dla ich ustalenia lub dowody takie wykluczył;

3) naruszenie art. 24 § 3 w zw. z art. 84 § 2 K.p.a. poprzez niewyłączenie autorów analizy itB z postępowania, mimo że ujawnione zostały okoliczności, które uprawdopodobniły wątpliwości co do ich bezstronności, zatem wobec faktu, że do rozstrzygnięcia sprawy wymagane były wiadomości specjalne i wobec faktu, że - jak się zdaje - organ uznał, że analiza itB stanowi opinię biegłego, zobowiązany był zbadać i zastosować przesłanki wyłączenia autorów tej analizy;

4) naruszenie przepisu art. 18 ust. 4 pkt 1 ustawy o wspieraniu rozwoju w związku z art 106 § 1-5 K.p.a. oraz art. 15 Prawa telekomunikacyjnego poprzez wydanie decyzji bez uzgodnienia z Prezesem Urzędu Regulacji Energetyki,

albowiem dokonane przez Prezesa U RE uzgodnienie miało charakter częściowy i dokonane zostało pod licznymi warunkami, bez późniejszej weryfikacji Prezesa URE spełnienia tych warunków przez Prezesa UKE, zatem nie spełniało kryteriów uzgodnienia;

5) naruszenie przepisu art. 107 § 4 K.p.a. poprzez pominięcie w uzasadnieniu Decyzji wyjaśnienia, dlaczego pozwany nie przeprowadził wnioskowanych przez powoda dowodów, o których mowa w uzasadnieniu przedmiotowego zarzutu, a także na jakiej podstawie oraz z jakich przyczyn Pozwany przyjął, że stosowane przez powoda wymogi wobec operatorów telekomunikacyjnych są dyskryminujące, warunki dostępu powinny mieć zastosowanie także do słupów SN, zaś ustalony poziom opłat zapewnia powódce zwrot kosztów związanych z udostępnieniem infrastruktury.

W związku z powyższym powód wniosł o:

I. uchylenie zaskarżonej decyzji w całości;

ewentualnie o:

II. zmianę decyzji i orzeczenie co do istoty sprawy w ten sposób, że:

-załącznik do decyzji w postaci Warunków Dostępu otrzyma brzmienie zgodne z załącznikiem nr 3 do odwołania;

- termin określony w punkcie II zaskarżonej decyzji zostanie przedłużony do 12 miesięcy licząc od dnia, w którym decyzja stanie się prawomocna.

Powód w każdym przypadku wniosł o:

1) wstrzymanie, na podstawie art. 479⁶³ k.p.c., wykonania zaskarżonej decyzji do czasu rozstrzygnięcia sprawy z uwagi na niebezpieczeństwo wyrządzenia znacznej szkody oraz spowodowania trudnych do odwrócenia skutków wskazanych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania;

2) pominięcie dowodu z dokumentu (w tym także w przypadku uznania go za opinię biegłych) pod nawą „ Analiza zasad (...)” autorstwa (...) sp.p. (dalej jako „analiza (...)”) z uwagi na to, że nie jest on przydatny do rozstrzygnięcia sprawy, a ponadto w razie uznania za opinię biegłego, autorzy analizy (...) podlegali wyłączeniu na zasadzie art 24 § 3 w zw. z art. 84 § 2 K.p.a.;

3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wnioskowanych przez powoda w toku postępowania przed pozwanym, a nieuwzględnionych przez pozwanego na następujące fakty:

- ekspertyzy sporządzonej przez (...) S.A. nr (...) pt. Analiza (...) z 26 lipca 2020 n (dalej (...)) na fakty: treści tej ekspertyzy, wpływu podwieszenia sieci telekomunikacyjnych na istniejących elektroenergetycznych liniach napowietrznych niskiego napięcia (dalej „nN”) i wzrostu kosztów ponoszonych przez OSD na utrzymanie tych linii (dowód w aktach sprawy);

- opinii technicznej, sporządzonej przez (...) Sp. z o.o. pt. „Opinia dotycząca (...)” (dalej (...)) na fakty: treści tej opinii, wpływu podwieszenia przewodów światłowodowych na linie napowietrzne SN i wzrostu kosztów ponoszonych przez OSD na utrzymanie tych linii (dowód w aktach sprawy);

- opinii instytutu naukowo-badawczego celem przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego na fakty:

- możliwości wykorzystania słupów SN do podwieszania infrastruktury telekomunikacyjnej w postaci szybkiej sieci telekomunikacyjnej w rozumieniu przepisów Ustawy o wspieraniu rozwoju oraz skutków powyższego dla niezawodności oraz trwałości linii SN,

- ryzyk związanych z brakiem obliczeń wytrzymałościowych, powstających w przypadku podwieszenia Infrastruktury telekomunikacyjnej w postaci szybkiej sieci telekomunikacyjnej w rozumieniu przepisów Ustawy o wspieraniu rozwoju na słupach linii niskiego napięcia oraz na słupach linii SN,
- wpływu podwieszenia infrastruktury telekomunikacyjnej w postaci szybkiej sieci telekomunikacyjnej w rozumieniu przepisów Ustawy o wspieraniu rozwoju na trwałość linii niskiego napięcia oraz linii SN oraz na niezawodność funkcjonowania linii niskiego napięcia oraz na słupach linii SN,
- wpływu istnienia infrastruktury telekomunikacyjnej w postaci szybkiej sieci telekomunikacyjnej w rozumieniu przepisów Ustawy o wspieraniu rozwoju na liniach energetycznych niskiego napięcia i liniach elektroenergetycznych SN na możliwość wykonywania przez powoda jako przedsiębiorstwo energetyczne i OSD jego uprawnień i obowiązków względem linii niskiego napięcia oraz na słupach linii SN,
- zakresu zwiększenia wycinki drzew i prac eksploatacyjnych w przypadku linii niskiego napięcia oraz na słupach linii SN, na których umieszczone są elementy infrastruktury telekomunikacyjnej w postaci szybkiej sieci telekomunikacyjnej w rozumieniu przepisów Ustawy o wspieraniu rozwoju;

- opinii biegłego z dziedziny bezpieczeństwa i higieny pracy na fakty:

- zasad bezpieczeństwa i higieny pracy, które powinny być stosowane przy pracach polegających na podwieszaniu infrastruktury telekomunikacyjnej w postaci szybkiej sieci telekomunikacyjnej w rozumieniu przepisów Ustawy o wspieraniu rozwoju na liniach energetycznych niskiego napięcia oraz na liniach energetycznych SN, ich eksploatacji, konserwacji, remontach, modernizacji, przebudowach i usuwaniu awarii, wymaganych w tym celu uprawnień osób prowadzących prace, w szczególności co do oceny czy prace takie powinny być prowadzone jako prace pod napięciem lub prace w pobliżu napięcia,
- różnicy w zasadach prowadzenia prac związanych z budową, eksploatacją, konserwacją, remontem, modernizacją, przebudową i usuwaniem awarii linii energetycznych niskiego napięcia oraz na liniach energetycznych SN w przypadku podwieszenia na tych liniach infrastruktury telekomunikacyjnej w postaci szybkiej sieci telekomunikacyjnej w rozumieniu przepisów Ustawy o wspieraniu rozwoju;

- dokumentu pt. „Regulacja jakościowa w latach 2018 - 2025 dla Operatorów Systemów Dystrybucyjnych” Urząd Regulacji Energetyki, Warszawa, 17 wrzesień 2018 r. (załącznik do odwołania) na okoliczność treści tego dokumentu, w tym wpływu przerw w dostarczaniu energii elektrycznej na wskaźniki CTP i CP i na przychód regulowany uwzględniany przez Prezesa URE w taryfach OSD, w tym powoda, jak również wpływu udostępnienia PT słupów elektroenergetycznych na ryzyka wartości tych wskaźników;

- zeznań świadków:

- S. L. (wezwanie na adres powoda) na fakt wpływu przerw w dostarczaniu energii elektrycznej na wskaźniki CTP i CP i na przychód regulowany uwzględniany przez Prezesa URE w taryfach OSD, w tym powoda, jak również wpływu udostępnienia PT słupów elektroenergetycznych na ryzyka wartości tych wskaźników,
- A. L., M. R. i G. K. (wezwanie na adres powoda), na fakty: konieczności zwiększenia zakresu prac eksploatacyjnych przy liniach w związku z lokalizacją kabli telekomunikacyjnych i zakresu tych prac, konstrukcji istniejących słupów i udziału poszczególnych konstrukcji w łącznym wolumenie słupów, ich wytrzymałości i konieczności wzmocnienia istniejących słupów w celu dowieszania przewodów dodatkowych, przypadków bezumownego korzystania przez przedsiębiorstwa telekomunikacyjne ze słupów energetycznych i przypadków naruszenia zasad bezpieczeństwa i higieny pracy przez instalatorów przedsiębiorstw telekomunikacyjnych;

- pisma Ministra Inwestycji I Rozwoju z 22 listopada 2018 r. (...) (w aktach sprawy) na fakt konieczności badania w każdej indywidualnej sprawie podwieszania linii telekomunikacyjnej na słupach elektroenergetycznych podstaw do zmiany sposobu użytkowania obiektu budowlanego;

- postanowienia Prezesa URE z 14 grudnia 2020 r. (...) (w aktach sprawy) na fakt treści tego dokumentu, jak również niezgodnego z przepisami art. 22 ust. 3 Ustawy o wspieraniu rozwoju ustalenia przez pozwanego zasad ustalenia kosztów uwzględnianych przy wyliczeniu opłat z tytułu udostępniania słupów elektroenergetycznych, jak również rodzaju kosztów, które powinny być brane pod uwagę przy określeniu tych kosztów;

- wydruków ze stron Internetowych: kancelarii (...) sp.p., artykułu ze strony internetowej (...), profilu E. G. w serwisie (...) na fakt ich treści, w tym przedmiotu działalności tej kancelarii oraz powiązań prawników wykonujących zawód w tej kancelarii branżą telekomunikacyjną, możliwego konfliktu interesów kancelarii (...) sp. p. lub poszczególnych prawników tej kancelarii, związanego z świadczeniem usług prawnych na rzecz przedsiębiorców telekomunikacyjnych oraz sporządzeniu Analizy(...) dla pozwanego jako kluczowego dowodu w sprawie;

3) zobowiązanie pozwanego do udzielenia informacji wskazującej na liczbę postępowań administracyjnych, prowadzonych przez niego, w okresie od momentu wszczęcia postępowania do chwili obecnej, w których pełnomocnikiem przedsiębiorcy jest lub był jakikolwiek prawnik z kancelarii (...) sp.p. oraz dołączenie tej informacji do akt sprawy i przeprowadzenie dowodu z tego dokumentu na fakty: reprezentowania przedsiębiorców telekomunikacyjnych przez prawników wykonujących zawód w ramach tej kancelarii, związków kancelarii (...) sp.p. i prawników z tej kancelarii z przedsiębiorcami z branży telekomunikacyjnej oraz organizacji zrzeszającymi takich przedsiębiorców, konfliktu interesów kancelarii (...) sp.p. lub poszczególnych prawników tej kancelarii, związanego ze świadczeniem usług prawnych na rzecz przedsiębiorców telekomunikacyjnych oraz sporządzeniu przez tę kancelarię (...) jako kluczowego dowodu dla rozstrzygnięcia przez pozwanego sprawy;

4) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z pozostałych dokumentów załączonych do odwołania na fakty wskazane w jego uzasadnieniu;

5) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów zgromadzonych w aktach postępowania administracyjnego zakończonego decyzją - na fakt ich sporządzenia i treści, a także złożenia oświadczeń nimi objętych;

6) zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych;

7) rozpoznanie sprawy na rozprawie;

8) rozpoznanie sprawy przy drzwiach zamkniętych..

(odwołanie powoda z dn. 22 marca 2021 r. k. 98-169 akt sąd.)

W odpowiedzi na odwołanie Prezes UKE wniósł o oddalenie odwołania w całości, oddalenie wniosków dowodowych powoda, oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

(odpowiedź Prezesa UKE na odwołanie z dn. 26 lipca 2021 r. k. 252-277 akt sąd.)

Zainteresowany- Polskie Towarzystwo Przesyłu i Rozdziału Energii Elektrycznej w odpowiedzi na odwołanie poparł w pełni odwołanie (...) S.A. od decyzji Prezesa UKE i powołane w treści tego odwołania argumenty.

(odpowiedź na odwołanie zainteresowanego PTPiREE z dn. 27 lipca 2021 r. k. 279- 290v akt sąd.)

W odpowiedzi na odwołanie, zainteresowana- Krajowa Izba Komunikacji Eethernetowej wniosła: o oddalenie odwołania w całości, przeprowadzenie rozprawy, również pod nieobecność zainteresowanego, o oddalenie wniosku powoda o pominięcie dowodu z dokumentu w postaci „Analizy zasad (...)” przygotowanej przez (...)w listopadzie 2018

r., zwanej dalej (...), o oddalenie wniosków dowodowych powoda wymienionych na str. 5-7 odwołania w punktach 5-6, a ponadto zainteresowana wniosła o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z poniższych dokumentów:

1) z pisma Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego z dnia 1 lipca 2020 r. o znaku (...) - na okoliczność treści dokumentu, w celu wykazania faktu, że dowieszenie kabla telekomunikacyjnego przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego do przewodów elektroenergetycznych, podwieszonych na słupie powoda, nie stanowi zmiany sposobu użytkowania tego słupa;

2) z dwóch przykładowych wydruków kart katalogowych kombajnów marki J. (...) - na okoliczność treści dokumentu, w celu wykazania wysokości maszyn rolniczych i faktu, że podwieszenie napowietrznej telekomunikacyjnej linii kablowej na istniejącej podbudowie słupowej, umieszczonej na danej nieruchomości, nie ogranicza możliwości poruszania się ciężkiego sprzętu rolniczego po tej nieruchomości;

3) z przykładowego wydruku karty katalogowej kombajnów marki (...) na okoliczność treści dokumentu, w celu wykazania wysokości maszyn rolniczych i faktu, że podwieszenie napowietrznej telekomunikacyjnej linii kablowej na istniejącej podbudowie słupowej, umieszczonej na danej nieruchomości, nie ogranicza możliwości poruszania się ciężkiego sprzętu rolniczego po tej nieruchomości;

4) z przykładowego wydruku karty katalogowej ciągników – na okoliczność treści dokumentu, w celu wykazania wysokości maszyn rolniczych i faktu, że podwieszenie napowietrznej telekomunikacyjnej linii kablowej na istniejącej podbudowie słupowej, umieszczonej na danej nieruchomości, nie ogranicza możliwości poruszania się ciężkiego sprzętu rolniczego po tej nieruchomości.

(odpowiedź na odwołanie zainteresowanej KIKE z dn. 5 sierpnia 2021 r.k. 292-328 akt sąd.)

Polska Izba Komunikacji Elektronicznej w odpowiedzi na odwołanie (...) S.A. wniosła o oddalenie odwołania w całości, zarówno w zakresie wniosku głównego, wniosków ewentualnych, jak i pozostałych wniosków (...) S.A. PIKE również wniosła o pominięcie dowodów z dokumentów wskazanych przez spółkę na stronach 5-7 odwołania zmierzających jedynie do przedłużania postępowania- na zasadzie art. 235⁽²⁾ § 1 pkt 5 k.p.c. oraz wniosła o zasądzenie od powoda na rzecz zainteresowanej Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego wedle norm przepisanych.

(odpowiedź na odwołanie zainteresowanej PIKE z dn. 12 sierpnia 2021 r. k. 332-341v akt sąd.)

Rozpoznając odwołanie Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił następujący stan faktyczny:

(...) spółka akcyjna siedzibą w G. jest spółką prawa handlowego wpisaną do rejestru przedsiębiorców KRS prowadzonego przez Sąd Rejonowy Gdańsk- Północ w Gdańsku pod numerem: (...). Przedmiotem działalności spółki jest między innymi: dystrybucja energii elektrycznej, wytwarzanie, przesyłanie i dystrybucja energii elektrycznej, produkcja i dystrybucja ciepła. Do świadczenia usług dystrybucji energii elektrycznej spółka wykorzystuje rozległą infrastrukturę techniczną, w szczególności także słupy elektroenergetyczne, na których m.in. podwieszane są kable elektryczne.

(odpis pełny z KRS powoda – (...) S.A. w G., k. 171-217 akt sąd.)

Pismem z dnia 30 stycznia 2019 r. Prezes UKE, zawiadomił (...) o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego w przedmiocie określenia warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej (...) S.A., w zakresie słupów. W tym samym piśmie Prezes UKE poinformował PIIT, PIKE, KIGeIT, PTPiREE oraz KIKE o możliwości wystąpienia z żądaniem wzięcia udziału w postępowaniu, a także wezwał strony powodowe do przedstawienia uzasadnienia wysokości opłat z tytułu dostępu do słupów.

(pismo Prezesa UKE z dnia 30 stycznia 2019 r. (...) S.A. k. 7-8 akt adm.)

Pismem z dnia 25 lutego 2019 r. (...) przekazała Prezesowi UKE informacje w sprawie warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej w zakresie słupów (dalej (...)) (pismo pozwanego z dnia 18 lutego 2019 r. k. 30-32 akt adm.)

Pismem z dnia 12 marca 2019 r. Prezes UKE wezwał (...) do przedstawienia uzasadnienia wysokości opłat z tytułu dostępu do słupów elektroenergetycznych (wezwanie pozwanego z dnia 12 marca 2019 r. (...) S.A. k. 35-36 akt adm.)

Pismem z dnia 1 kwietnia 2019 r. Prezes UKE zawiadomił strony o włączeniu do materiału dowodowego dokumentów takich jak: odpowiedzi operatorów systemów dystrybucyjnych na wezwania Prezesa UKE z dnia 28 czerwca 2018 r. oraz 30 stycznia 2019 r. (dot. wszczęcia postępowania), analiza zasad współpracy w przedmiocie dostępu do podbudowy słupowej operatorów sieci energetycznych wraz z rekomendacjami (raport dla Urzędu Komunikacji Elektronicznej, (...) sp. p., K., 16 listopada 2018 r. (dalej „Analiza (...) z dnia 16 listopada 2018 r.”)), pismo Ministerstwa Cyfryzacji z dnia 10 września 2018 r., pismo Ministerstwa Inwestycji i Rozwoju z dnia 22 listopada 2018 r., pismo Głównego INSPEKTORA Nadzoru Budowlanego z dnia 16 marca 2018 r., pisma KIKE z dnia 27 grudnia 2016 r., 6 listopada 2017 r., 3 kwietnia 2018 r., 16 lipca 2018 r. oraz 19 grudnia 2018 r., pisma KIGEiT z dnia 3 listopada 2017 r., 10 kwietnia 2018 r. oraz 19 grudnia 2018 r., pisma PIKE z dnia 6 listopada 2017 r. oraz 10 kwietnia 2018 r. i 19 grudnia 2018 r. oraz pismo PIIT z dnia 13 kwietnia 2018 r. (zawiadomienie Prezesa UKE z dnia 1 kwietnia 2019 r. k. 52- 53 akt adm.)

Prezes UKE dopuścił: PIKE, PIIT, KIKE, KIGEiT do postępowania w sprawie (okoliczność bezsporna)

Pismem z dnia 9 kwietnia 2019 r. Prezes UKE wezwał PIKE, PIIT, KIKE i KIGEiT do przedstawienia stanowiska wobec Warunków (...) (wezwanie Prezesa UKE z dnia 9 kwietnia 2019 r. k. 89-90v akt adm.)

PIIT i KIKE przedstawiły swoje stanowiska wobec Warunków (...) (odpowiedzi na wezwanie Prezesa UKE k. 91-101, 108-111v)

Pismem z dnia 16 lipca 2020 r. Prezes UKE zawiadomił (...) S.A. oraz podmioty na prawach strony, że do materiału dowodowego w sprawie zostały włączone dokumenty takie jak: istotne postanowienia umowy o dostępie do elektroenergetycznych linii napowietrznych niskiego napięcia i zasady przekazane Prezesowi UKE przez PTPiREE oraz opublikowane na stronie internetowej operatora, umowy z beneficjentami Programu(...), odpowiedzi (...) na zapytanie Prezesa UKE z dnia 18 lutego 2020 r., raport (...) dot. wyznaczania opłat z tytułu dostępu do infrastruktury technicznej z dnia 15 maja 2014 r., odpowiedzi (...), (...) i (...) sp.zo.o. na wezwanie Prezesa UKE z dnia 12 marca 2019 r., odpowiedzi (...), (...), (...) oraz innogy (...) (...) sp.zo.o. na wezwanie Prezesa UKE z dnia 13 września 2019 r., 2 marca 2020 r. i 29 kwietnia 2020 r. (pismo pozwanego z dnia 16 lipca 2020 r. k. 277-278v akt adm.)

Postanowieniem z dnia 16 lipca 2020 r. Prezes UKE ograniczył Izbowi wgląd do materiału dowodowego w postaci w zakresie informacji objętych klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa przekazanych Prezesowi UKE w pismach z dnia 1 kwietnia 2019 r., 4 października 2019 r., 23 marca 2020 r., 28 maja 2020 r. w zakresie nieujawnionym w wersjach jawnych tych pism. (postanowienie pozwanego z dnia 16 lipca 2020 r. k. 285-287v akt adm.)

W dniach 15 lipca 2020 r. – 14 sierpnia 2020 r. Prezes UKE przeprowadził postępowanie konsultacyjne projektu decyzji (zawiadomienie Prezesa UKE o rozpoczęciu post. konsultacyjnego z dnia 15 lipca 2020 r. (...) S.A. k. 271-271v akt adm.)

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

1. (...) S.A. (dalej (...)) w piśmie z 10 sierpnia 2020 r. (k. 289-293v akt adm.),
2. PTPiREE w piśmie z 11 sierpnia 2020 r. (k. 295-309 akt adm.),

3. (...) S.A. w piśmie z 13 sierpnia 2020 r. (k. 314-347; ,377-294 akt adm.),
4. KIGeIT w piśmie z 13 sierpnia 2020 r. (k. 310-312v akt adm.),
5. KIKE w piśmie z 14 sierpnia 2020 r. (k. 349-376 akt adm.).

Pismem z dnia 7 października 2020 r. PTPiREE wniosła o dopuszczenie organizacji społecznej do udziału w postępowaniach dot. (...) na prawach strony. Do ww. pisma PTPiREE załączyła następujące dokumenty: „Analizę wpływu (...) wykonaną przez (...) S.A. (sierpień 2020 r.) (dalej „analiza PTPiREE”) oraz „Opinię dotyczącą (...)” wykonaną przez (...) sp. z o.o. (luty 2019 r.), wnosząc o ich włączenie do materiału dowodowego w sprawie.

(pismo PTPiREE z dnia 7 października 2020 r. k. 400-428 akt adm.)

Pismem z dnia 16 listopada 2020 r. Prezes UKE przekazał Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki projekt decyzji w zakresie słupów elektroenergetycznych linii niskiego napięcia oraz słupów elektroenergetycznych linii średniego napięcia, zwracając się z prośbą o jego uzgodnienie oraz przedstawienie opinii w zakresie finansowych warunków współpracy.

(pismo Prezesa UKE z dnia 16 listopada 2020 r. k. 447-447v akt adm.)

Postanowieniem z 14 grudnia 2020 r. nr (...)Prezes URE uzgodnił projekt decyzji oraz przedstawił opinię w zakresie finansowych warunków współpracy (dalej „postanowienie Prezesa URE z dnia 14 grudnia 2020 r.”) (postanowienie Prezesa URE z dnia 14 grudnia 2020 r. k. 456-463v akt adm.)

W postanowieniu Prezes URE uzgodnił projekt decyzji w sprawie określenia warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej (...), pod warunkiem uwzględnienia przedstawionych w postanowieniu uwag oraz wprowadzenia zmian do projektu decyzji szczegółowo opisanych i wskazanych w postanowieniu konsultacyjnym. W uzasadnieniu postanowienia Prezes URE uznał, że „ po uwzględnieniu przez Prezesa UKE przedstawionych uwag i zastrzeżeń ujawnianych w rozstrzygnięciu postanowienia, zachodzą przesłanki uprawniające organ do uznania projektu decyzji w sprawie dostępu do infrastruktury technicznej OSD, za uzgodniony w zakresie możliwości wykonywania przez OSD zadań określonych w ustawie prawo energetyczne, rozporządzeniach wykonawczych do tej ustawy oraz zatwierdzonych przez Prezesa UKE na podstawie tej ustawy (...).”

Prezes UKE w ostatecznej decyzji uwzględnił uwagi i zastrzeżenia przedstawione w postanowieniu Prezesa URE.

Pismem z dnia 16 grudnia 2020 r. Prezes UKE zawiadomił (...) oraz podmioty na prawach strony, że mogą zapoznać się z materiałem zgromadzonym w sprawie, a także wypowiedzieć się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań.

(zawiadomienie Prezesa UKE z dnia 16 grudnia 2020 r. k. 464-464v akt adm.)

Powyżej opisany stan faktyczny Sąd ustalił w oparciu o dowody z dokumentów zgromadzone w postępowaniu administracyjnym, których prawdziwość, wiarygodność i moc dowodowa nie była podważana w postępowaniu sądowym, jak też na podstawie twierdzeń stron.

Sąd na podstawie art. 235² § 1 k.p.c. oddalił wniosek dowodowy powoda o dopuszczenie dowodu **z opinii instytutu naukowo - badawczego**, uznając, że dowód ten nie jest istotny dla rozstrzygnięcia sprawy.

W szczególności powód zmierza do wykazania tym dowodem szkodliwego wpływu podwieszania przewodów telekomunikacyjnych na słupach należących do OSD na możliwość zapewnienia ciągłości dostaw energii elektrycznej dla odbiorców i wszelkich ryzyk związanych z podwieszaniem na tych słupach przewodów telekomunikacyjnych.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że niewątpliwe podwieszenia przewodów telekomunikacyjnych na słupach OSD może mieć pewien wpływ na prowadzenia działalności przez OSD, bo jest to okoliczność notoryjna, skoro OSD musi w swojej działalności uwzględniać także fakt, że na należących do niego słupach podwieszane są kable telekomunikacyjne. Niemniej jednak mimo tego ustawodawca na gruncie przepisów ustawy wruist dopuścił taką możliwość, ze względu na to, że cel jakiego ma służyć wykorzystanie infrastruktury technicznej OSD ma istotne znaczenia dla funkcjonowania współczesnego społeczeństwa. Jednak ani ustawa ani zaskarżona decyzja nie wyłącza możliwości odmowy takiego dostępu, w szczególnych sytuacjach, gdyby istniało realne zagrożenia tak dla konkretnej infrastruktury OSD jak i bezpieczeństwa osób czy interesu państwa (infrastruktura krytyczna). Zatem dowód, który ma zmierzać do oceny ogólnego wpływu dążyłby w istocie do zakwestionowania normatywnego obowiązku OSD do udostępniania swojej infrastruktury na potrzeby komunikacji elektronicznej. Ewentualne realne ryzyka dla działalności OSD mogą być rozstrzygane jedynie na kanwie poszczególnych wniosków o dostęp do konkretnej infrastruktury, czemu służą szczegółowe regulacje zawarte w Warunkach Dostępu określonych w przedmiotowej decyzji (kiedy OSD może odmówić dostępu). Nie jest przykładowo możliwe rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie czy w przypadku podwieszenia przewodów telekomunikacyjnych konkretne słupy będą spełniać normy wytrzymałościowe. Dlatego tego typu dowód nie mógł być przydatny do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Podobnie jak okoliczność możliwości udostępniania słupów SN nie mogła być przedmiotem tego dowodu, gdyż jak słusznie wskazywał Prezes UKE ustawodawca nie ograniczył dostępu jedynie do słupów nN, a Prezes URE nie zgłaszał zastrzeżeń w odniesieniu do udostępniania także słupów nN. Zważywszy także na fakt, że (...) oraz (...), również przed nałożeniem na nich w Warunkach Dostępu obowiązku udostępniania słupów SN, bezproblemowo udostępniała przedsiębiorcom telekomunikacyjnym również słupy SN na potrzeby podwieszania przewodów telekomunikacyjnych, to brak jest podstaw aby aktualnie wyeliminować całkowicie taką możliwość, a więc wniosek dowodowy zmierzający w tym kierunku jest nieprzydatny do rozstrzygnięcia sprawy.

Z tych samych powodów Sąd oddalił wniosek o dowód z opinii biegłego z dziedziny bezpieczeństwa i higieny pracy, który zmierzał do ustalenie różnic w zakresie BHP w odniesieniu do prac na liniach energetycznych niskiego i średniego napięcia, bo raz że Prezes UKE tej okoliczności nie kwestionował, a dwa, że decyzja nie zwalniała operatorów korzystających z obowiązków w zakresie BHP, które jednakże wynikają z przepisów prawa, więc operator korzystający jest zobligowany do przestrzegania tych zasad (o czym także dalej).

Sąd oddalił także wnioski dowodowe dotyczące **zeznań świadków**, gdyż okoliczności na które mieli zeznawać świadkowie były nieistotne dla rozstrzygnięcia sprawy, gdyż dowody te nie były istotne dla rozstrzygnięcia sprawy. W szczególności nie było istotne dowody na okoliczność przerw w dostawie energii elektrycznej spowodowanej udostępnianiem słupów przedsiębiorcom telekomunikacyjnym, gdyż były to tylko hipotetyczne rozważania, podczas gdy zarówno z zaskarżonej decyzji jak i z ogólnych reguł prawa zobowiązań wynika obowiązek naprawienia szkody, więc nawet w przypadku powstania rzeczywistych szkód po stronie powoda wywołanych udostępnianiem słupów, powód będzie mógł żądać naprawienia szkody i ewentualnie wyrównania powstałego uszczerbku majątkowego od korzystającego operatora. Niemniej jednak okoliczności te nie mogły stanowić przeszkody do wydania decyzji w przedmiocie udostępniania infrastruktury. Z tej samej przyczyny nie były przydatne do rozstrzygnięcia sprawy dowody z zeznań świadków na okoliczność dotychczasowych przypadków naruszania zasad bezpieczeństwa i higieny pracy przez instalatorów przedsiębiorstw telekomunikacyjnych.

Podobnie należało ocenić dowód z zeznań świadka zmierzający do wykazania zwiększonego obciążenia infrastruktury elektroenergetycznej podwieszonymi na słupach kablami telekomunikacyjnymi, gdyż ta notoryjna okoliczność także nie miała znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, gdyż kwestie związane z oceną możliwości udostępniania poszczególnych słupów z uwagi na ich stan techniczny mogą być przedmiotem oceny przy rozpoznawaniu poszczególnych wniosków o dostęp, złożonych do powoda, a nie na kanwie niniejszej sprawy, której przedmiotem jest ocena prawidłowości decyzji regulującej ogólne warunki udostępniania, która to decyzja nie wyklucza możliwości odmowy dostępu w razie negatywnej oceny możliwości udostępniania z uwagi właśnie na zły stan infrastruktury.

Sąd pominął także wnioskowane przez powoda dowody dotyczące kancelarii (...) sp. p. i jej związków z przedsiębiorcami z branży telekomunikacyjnej oraz organizacji zrzeszającymi takich przedsiębiorców, gdyż dowody te nie były istotne dla rozstrzygnięcia sprawy. Zdaniem Sądu sporządzenie przez ten podmiot opracowania „Analiza zasad (...)” z 16 listopada 2018 r. (określanego w Decyzji jako „Analiza (...) z dnia 16 listopada 2018 r.”), nie stanowiło zasadniczej podstawy do wydania przedmiotowej decyzji, a zatem okoliczność czy podmiot ten był zainteresowany konkretnym rozstrzygnięciem sprawy była bez znaczenia. Jakkolwiek organ powoływał się na to opracowanie, które charakteryzowało problemy przedsiębiorców telekomunikacyjnych z dostępem do infrastruktury, niemniej jednak Prezes UKE był władny wydać decyzję bez odwoływania się do opracowania. W szczególności występowanie problemów tego typu nie jest wbrew twierdzeniom powoda warunkiem sine qua non dla wydania przez organ władczej decyzji o dostępie o czym poniżej. Ponadto zawarte w Analizie (...) uwagi znane są zarówno organowi jak i Sądowi z urzędu, gdyż poruszone w niej kwestie wielokrotnie były przedmiotem rozstrzyganych przez te podmioty sporów.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje.

Odwołania (...) SA w G. jest niezasadne, gdyż w świetle analizy treści ustalonych Warunków Dostępu zaskarżona decyzja Prezesa UKE odpowiada prawu.

Zaskarżoną Decyzją Prezes UKE w szczególności określił Warunki Dostępu do infrastruktury technicznej (...) w zakresie słupów elektroenergetycznych.

Zgodnie z art. 17 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (dalej: ustawy o wruist) operator sieci zapewnia przedsiębiorcom telekomunikacyjnym dostęp do infrastruktury technicznej, w tym współkorzystanie z niej, w celu realizacji szybkiej sieci telekomunikacyjnej, Ponadto, dostęp do infrastruktury technicznej jest odpłatny, chyba że strony umowy postanowią inaczej.

Dostęp do infrastruktury technicznej jest obowiązkiem operatora sieci tj. przedsiębiorcy telekomunikacyjnego lub podmiotu wykonującego zadania z zakresu użyteczności publicznej, w tym jednostek samorządu terytorialnego (art. 2 pkt. 8 ustawy o wruist). Natomiast, zgodnie z art. 2 pkt. 3 ustawy o wruist podmiotem wykonującym zadania z zakresu użyteczności publicznej może być: osoba fizyczna, osoba prawna bądź 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, 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.), zaopatrzenia ludności w wodę, gromadzenia, przesyłania, oczyszczania lub odprowadzania ścieków, ogrzewania, systemów odwodnienia, w tym ciągów drenażowych, transportu, w tym linii kolejowych, dróg, portów i lotnisk.

Przez infrastrukturę techniczną rozumie się 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: kabli, w tym włókien światłowodowych, elementów sieci wykorzystywanych do zaopatrzenia w wodę przeznaczoną do spożycia przez ludzi, kanałów technologicznych w rozumieniu art. 4 pkt 15a ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (art. 2 pkt. 6 ustawy o wruist).

Wyżej wymienione regulacje są wynikiem implementacji Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/61/UE z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie środków mających na celu zmniejszenie kosztów realizacji szybkich sieci łączności elektronicznej (dalej: Dyrektywa kosztowa).

Celem tej dyrektywy jest „ułatwianie i wspieranie realizacji szybkich sieci łączności elektronicznej poprzez promowanie wspólnego korzystania z istniejącej infrastruktury technicznej i poprzez umożliwianie efektywniejszej

realizacji nowej infrastruktury technicznej w celu zmniejszenia kosztów związanych z realizacją takich sieci” (art. 1 Dyrektywy w przedmiocie i zakresie stosowania).

Z Preambuły Dyrektywy wynika, że „celem dyrektywy jest określenie pewnych minimalnych praw i obowiązków mających zastosowanie w całej Unii, tak aby ułatwić realizację szybkich sieci łączności elektronicznej i koordynację między sektorami”(motyw 11)

a „prowadzona polityka [w agendzie cyfrowej] musi doprowadzić do obniżenia kosztów zapewnienia dostępu szerokopasmowego na całym terytorium Unii” (motyw 4). W szczególności „Realizacja stacjonarnych i bezprzewodowych szybkich sieci łączności elektronicznej w całej Unii wymaga znaczących inwestycji, z których dużą część stanowią koszty robót w zakresie inżynierii lądowej i wodnej robót inżynieryjno-budowlanych. Poprzez pewne ograniczenie tych kosztownych robót inżynieryjno-budowlanych można by usprawnić realizację łączy szerokopasmowych” (motyw 7). „Znaczną część tych kosztów powodują nieefektywne rozwiązania stosowane w procesie realizacji sieci szerokopasmowych związane z wykorzystaniem istniejącej infrastruktury pasywnej (np. przewodów, kanałów kablowych, studzienek, szafek ulicznych, słupów, masztów, anten, słupów kratowych i innych pomocniczych elementów infrastruktury), wąskie gardła związane z koordynacją robót inżynieryjno-budowlanych, uciążliwe procedury administracyjne dotyczące udzielania zezwoleń oraz wąskie gardła dotyczące rozmieszczania sieci wewnątrz budynków, co powoduje powstawanie znacznych barier finansowych, w szczególności w obszarach wiejskich” (motyw 8). „Dla operatorów sieci łączności elektronicznej, w szczególności nowych podmiotów na rynku, o wiele bardziej wydatne może być wykorzystywanie już istniejącej infrastruktury technicznej, w tym należącej do innych przedsiębiorstw użyteczności publicznej, na potrzeby realizacji sieci łączności elektronicznej, w szczególności na obszarach, gdzie niedostępna jest odpowiednia sieć łączności elektronicznej lub gdzie budowa nowej infrastruktury technicznej może być nieopłacalna. Ponadto synergie między sektorami mogą znacząco zredukować konieczność prowadzenia robót budowlanych związanych z realizacją sieci łączności elektronicznej i tym samym mogą także zmniejszyć związane z nimi koszty społeczne i środowiskowe, takie jak zanieczyszczenie, uciążliwości i zatory komunikacyjne. Z tego względu niniejsza dyrektywa powinna mieć zastosowanie nie tylko do dostawców publicznych sieci łączności, ale również do wszelkich właścicieli lub posiadaczy praw do użytkowania — w tym drugim przypadku bez uszczerbku dla praw własności stron trzecich — rozległej i wszechobecnej infrastruktury technicznej, w ramach której można umieścić elementy sieci łączności elektronicznej, takie jak sieci techniczne wykorzystywane do dostarczania usług elektroenergetycznych, gazowych, wodociągowych, kanalizacyjnych i odprowadzania wód opadowych, grzewczych i transportowych”(motyw 13). Ponadto, w motywie 14 ww. Dyrektywy zaakcentowano, iż celowe jest aby „(...) dostawcy publicznych sieci łączności mieli prawo dostępu do infrastruktury technicznej bez względu na jej położenie, na uczciwych i rozsądnych warunkach dających się pogodzić z normalnym wykonywaniem praw własności (...)”. Nie może to oczywiście „(...)powodować uszczerbku dla wszelkich szczegółowych zabezpieczeń niezbędnych do zapewnienia bezpieczeństwa i zdrowia publicznego, ochrony i integralności sieci — w szczególności infrastruktury krytycznej — oraz do zapewnienia, **aby nie został wywarty niekorzystny wpływ na usługę główną świadczoną przez operatora sieci** — w szczególności sieci używanych do dostarczania wody przeznaczonej do spożycia przez ludzi — to jednak przepisy ogólne prawa krajowego, które zabraniałyby operatorom sieci prowadzenia negocjacji w sprawie udostępnienia infrastruktury technicznej dostawcom sieci łączności elektronicznej, mogłyby uniemożliwiać stworzenie rynku dostępu do infrastruktury technicznej. Dlatego takie przepisy ogólne należy znieść. Jednocześnie środki określone w niniejszej dyrektywie nie powinny powodować uszczerbku dla możliwości zwiększenia przez państwa członkowskie atrakcyjności udzielania dostępu do infrastruktury przez operatorów użyteczności publicznej **poprzez wyłączenie przychodów pochodzących z takiej usługi z podstawy służącej do obliczania taryf dla użytkowników końcowych w odniesieniu do głównych przedmiotów działalności takiego operatora**, zgodnie z obowiązującym prawem Unii”(motyw 16).

Przedstawiony wyżej zasadniczy cel dyrektywy, a więc upowszechnianie wspólnego korzystania z już istniejącej infrastruktury technicznej na potrzeby komunikacji elektronicznej, przesądza zatem o kierunku wykładni krajowych

regulacji, w szczególności tych zawartych w ustawie o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnej i oceny prawidłowości ich stosowania przez Prezesa UKE.

Stanowiący implementację powyższej dyrektywy art. 18 ust. 2 i 3 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych wskazuje, że Prezes UKE może wezwać operatora sieci do przedstawienia informacji w sprawie warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej, a po przedstawieniu przez operatora sieci informacji w sprawie warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej Prezes UKE **może, w drodze decyzji, określić warunki zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej (kierując się kryteriami określonymi w art. 22 ust. 1-3).**

Powyższa regulacja daje podstawy do określenia przez regulatora rynku telekomunikacyjnego warunków dostępu do infrastruktury danego operatora sieci, bez zaistnienia konkretnego sporu o dostęp do tej infrastruktury, ale także bez zaistnienia szczególnych krytycznych warunków, które utrudniałyby ten dostęp w ramach relacji bilateralnych.

Skoro więc wydanie warunków dostępu do infrastruktury technicznej nie jest uzależnione od wystąpienia na rynku szczególnych warunków, to Prezes UKE jest uprawniony do ich wydania w każdym czasie i to nawet bez stwierdzenia istnienia konkretnych barier dostępu do tej infrastruktury. Jedynym i nadrzędnym warunkiem wydania decyzji jest, aby realizowała ona cel, jakim jest ułatwianie rozwoju szybkich sieci łączności elektronicznej.

Zatem fakt, że problemy z dostępem do infrastruktury sygnalizował podmiot trzeci, którego uprawnienia w tej kwestii i niezależność kwestionują obaj powodowie w sprawie niniejszej (kancelaria prawna (...) sp. p., która była autorem „Analizy zasad (...)”) nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Na marginesie należy tylko zaznaczyć, że organ z urzędu posiada wiedzę o problemach dotyczących dostępu przedsiębiorców telekomunikacyjnych do infrastruktury technicznej, gdyż w ramach zarówno prowadzonych postępowań jak i ogólnego nadzoru nad rynkiem telekomunikacyjnym na co dzień styka się z istnieniem barier dostępu do tej infrastruktury. W szczególności organ wskazywał na nieprawidłowe kreowanie dostępu do słupów powódki, mogące stanowić bezzasadną barierę bądź utrudnienie w uzyskaniu tego dostępu, takie jak ograniczanie dostępu zasadniczo jedynie do słupów linii nN, czy ograniczanie technologii kabli telekomunikacyjnych, które mogły zostać podwieszane na słupach elektroenergetycznych (do kabli światłowodowych). Zatem ukształtowanie warunków dostępu w zaskarżonej decyzji, które eliminują spory m.in. w tych kwestiach, niewątpliwie przyczynia się do ułatwiania rozwoju szybkich sieci łączności elektronicznej, skoro zapobiega sporom dotyczącym dostępu.

Ponadto fakt, że Dyrektywa 2014/61/UE (kosztowa) nie wprowadza wprost takiej możliwości, jaką dają krajowe przepisy ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, tj. możliwości wydania decyzji dotyczącej dostępu do infrastruktury technicznej bez zaistnienia indywidualnego sporu, nie oznacza także sprzeczności krajowych przepisów z prawem unijnym.

Dyrektywa wyznacza bowiem jedynie minimalne wymogi dla przedmiotowej regulacji, a to oznacza, że krajowe regulacje mogą być dalej idące, jeśli zmierzają do osiągnięcia celu wyznaczonego przez dyrektywę. Znalazło to potwierdzenie w rozstrzygnięciu Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej zawartym w wyroku z dnia 17 listopada 2022 r. w sprawie C-243/21, dotyczącym wykładni Dyrektywy 2014/61, w zakresie możliwości podejmowania decyzji dotyczących warunków udostępniania infrastruktury technicznej na przyszłość, bez związku z jakimkolwiek konkretnym sporem o ten dostęp. Trybunał w powołanym orzeczeniu wyraził pogląd, że chociaż „(...) art. 3 dyrektywy 2014/61 poświęcony jest rozwiązywaniu sporów ex post oraz, że przepis ten nie przewiduje wyraźnie możliwości ustanowienia, prewencyjnie i bez związku z jakimkolwiek konkretnym sporem, obowiązków regulacyjnych ex ante związanych z dostępem do infrastruktury technicznej operatora sieci (...).to jednak ani przepis art. 3, ani żaden inny przepis dyrektywy 2014/61 nie zakazuje wyraźnie ustanawiania takich obowiązków regulacyjnych ex ante dotyczących dostępu do infrastruktury technicznej operatora sieci. (...). ***B rak konkretnych sporów*** między operatorem sieci dysponującym infrastrukturą techniczną a przedsiębiorstwem ubiegającym się o dostęp do niej, jak również okoliczność, iż nie zostało wcześniej wykazane, że operator ten posiada znaczącą pozycję na odnośnym rynku, ani że na owym rynku nie występowała skuteczna konkurencja, ***nie mogą stanowić przeszkody***

dla nałożenia przez właściwy krajowy organ regulacyjny **obowiązków regulacyjnych ex ante w dziedzinie dostępu do infrastruktury technicznej** wspomnianego operatora. Jednocześnie Trybunał przyznał, że ustalenie minimalnych warunków dostępu do infrastruktury technicznej operatora sieci, bez związku z jakimkolwiek konkretnym sporem i bez uprzedniego stwierdzenia, że operator ten posiada znaczącą pozycję rynkową, może przyczynić się do osiągnięcia ogólnego celu dyrektywy 2014/61, ponieważ promuje i ułatwia wspólne korzystanie z istniejącej infrastruktury technicznej[...] Ustalenie ex ante służy również zapobieganiu sporom dotyczącym dostępu do infrastruktury technicznej operatora sieci, a przez to przyczynia się do rozwiązywania sporów, stanowiącego właściwy cel art. 3 tej dyrektywy”.

Skoro zatem krajowa regulacja zawarta w art. 17 i 18 wruist podobnie jak art. 1 ust. 1, Dyrektywy 2014/61 ma na celu ułatwianie i wspieranie realizacji szybkich sieci łączności elektronicznej poprzez promowanie wspólnego korzystania z istniejącej infrastruktury technicznej i umożliwianie efektywniejszej realizacji nowej infrastruktury technicznej w celu zmniejszenia kosztów związanych z realizacją takich sieci, to zgodność tych celów pozwalała organowi regulacyjnemu na zastosowanie wprost krajowej regulacji i określenie warunków dostępu do infrastruktury technicznej (...) w sposób ramowy, pomimo braku konkretnego sporu.

W sprawie nie budzi także wątpliwości, że decyzja mogła zostać wydana w odniesieniu do (...) gdyż jest ona niewątpliwie podmiotem wykonującym zadania z zakresu użyteczności publicznej (art. 2 ust. 3 wruist), który posiada odpowiednią infrastrukturę techniczną (art. 2 ust. 6 wruist) w postaci słupów, a słupy te mogą zostać wykorzystane do podwieszenia kabli telekomunikacyjnych zgodnie z zasadą wykorzystania istniejących zasobów. Zatem Prezes UKE mógł określić Warunki Dostępu do infrastruktury technicznej (...)

Prezes UKE wydając zaskarżoną decyzję zapewnił także niedyskryminacyjne i proporcjonalne warunki dostępu, jak tego wymaga przepis art. 22 ust. 1 wruist.

W szczególności określone w decyzji warunki dostępu do infrastruktury technicznej (...) są zdaniem Sądu niezbędne i odpowiednie do osiągnięcia zamierzonych celów (są więc proporcjonalne).

Znamienne jest także, że ustalenie warunków dostępu w zaskarżonej decyzji odbyło się po przeprowadzeniu postępowania uzgodnieniowego z Prezesem URE (postanowienie Prezesa URE z dnia 14 grudnia 2020 r.). Uzgodnienie z Prezesem URE nastąpiło w trybie art. 18 ust. 4 i 4a ustawy o wruist w zw. z art. 22 ust 6 i 6a ustawy wruist. W myśl tej regulacji uzgodnienie nie obejmuje finansowych warunków współpracy, a w tym zakresie Prezes URE przedstawia jedynie swoją opinię. Skutkiem uzgodnień z Prezesem URE było wprowadzenie do projektu decyzji zmian wynikające z postanowienia tego organu z 14.12.2020r w części, w której Prezes UKE był stanowiskiem Prezesa URE związany (por. art. 18 ust. 4a ustawy o wruist). Uwzględnienie w projekcie decyzji uwag Prezesa URE, poza uwagami dotyczącymi finansowych warunków współpracy, wyłączało konieczność ponownego uzgadniania zmienionego projektu decyzji. Jednocześnie brak zastrzeżeń regulatora rynku energetycznego do zaskarżonej decyzji, jednoznacznie wskazuje, że z perspektywy rynku energetycznego, w tym interesów odbiorców energii, ale i przedsiębiorstw energetycznych, decyzja nie budzi zastrzeżeń i jest zgodna z regulacjami obowiązującymi na tym rynku.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że decyzja określa tylko minimalne warunki zapewnienia dostępu do słupów i to tylko w kwestiach, które stanowiły lub mogłyby stanowić bariery lub utrudnienia w uzyskaniu dostępu. Jednocześnie decyzja określa te obszary, które winny znaleźć w niej uregulowanie, aby zapobiegać zasadniczym sporom dotyczącym dostępu, co znacznie ułatwi wspólne korzystanie z infrastruktury. Określone w decyzji warunki dostępu dotyczą zatem essentialia negotii (elementy przedmiotowo istotne), oraz w niezbędnym zakresie naturalia negotii (elementy przedmiotowo nieistotne) oraz accidentalia negotii (elementy dodatkowe). Narzucone w decyzji rozwiązania dotyczą w równym stopniu (...) jak i przedsiębiorców telekomunikacyjnych i pozwalają na wyeliminowanie nieuzasadnionej odmowy dostępu lub narzucania nieracjonalnych warunków, ale jednocześnie nie stanowią dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych bezwzględnej podstawy dla uzyskania dostępu w każdych warunkach.

Zdaniem Sądu określone w decyzji warunki są także **niedyskryminacyjne**.

W szczególności Sąd nie stwierdził faworyzowania operatorów korzystających czyli przedsiębiorców telekomunikacyjnych względem (...). Zasadniczo umożliwienie przedsiębiorcom telekomunikacyjnym możliwości korzystania z infrastruktury (...) nie może być utożsamiane z dyskryminacją (...), gdyż to zgodnie z założeniem ustawodawcy operator infrastruktury technicznej musi znosić korzystanie z niej przez inny podmiot, jeśli przyczynia się to do rozwoju szybkich sieci łączności elektronicznej. Zatem ograniczenie praw przedsiębiorstw energetycznych dystrybucyjnych w korzystaniu z własnej infrastruktury jest celowym zamiarem ustawodawcy, uzasadnionym szczególnym celem, jakiemu ma służyć owe ograniczenie operatorów udostępniających. Dodać także należy, że na brak dyskryminacji (...) wskazuje także identyczne ukształtowanie warunków dostępu dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych do infrastruktury technicznej wszystkich pozostałych przedsiębiorstw dystrybucyjnych działających na obszarze RP na takich samych zasadach.

Przy czym podkreślenia wymaga, że dostęp przedsiębiorców telekomunikacyjnych do infrastruktury (...) nie jest w świetle regulacji ustawy jak i decyzji nieograniczony. Należy bowiem zaznaczyć, że do uregulowanego decyzją dostępu do infrastruktury (...) zastosowanie znajduje przepis art. 19 ust. 4 wruist. W myśl tej regulacji operator udostępniający infrastrukturę, a więc także (...), może odmówić przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu dostępu do infrastruktury technicznej, jeśli np. nie jest możliwe wykorzystanie infrastruktury technicznej ze względu na bezpieczeństwo publiczne, zdrowie publiczne, integralność i bezpieczeństwo sieci, w szczególności infrastruktury krytycznej bądź planowane usługi telekomunikacyjne mogą spowodować poważne zakłócenia w świadczeniu innych usług za pośrednictwem tej samej infrastruktury technicznej.

Wyraźnie więc z przepisu prawa wynika, że operator udostępniający ma podstawy prawne także do odmowy dostępu, w przypadku zaistnienia którejkolwiek z przesłanek wymienionych w cytowanym przepisie. Decyzja w żaden sposób nie pozbawia (...) tego prawa. Znamienne jest bowiem, że w myśl ustawy o wruist operator sieci, któremu wydano decyzję w sprawie określenia warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej, jest obowiązany do zawierania umów, o których mowa w ust. 1, na warunkach nie gorszych niż określone w tej decyzji (art. 18 ust. 6 ustawy o wruist). Jednak zawarcie umowy na tych warunkach i udostępnienie infrastruktury technicznej jest możliwe dopiero gdy ziszczą się warunki ustawowe do jej zawarcia, a więc gdy nie zachodzą też okoliczności wyłączające udostępnianie infrastruktury technicznej. Nota bene także same Warunki Udostępniania powielają ustawowe przesłanki odmowy dostępu, ale też określają dodatkowe okoliczności, w których operator udostępniający może odmówić przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu dostępu, np. gdy stan techniczny słupów na to nie pozwala, planowane usługi telekomunikacyjne mogą powodować poważne zakłócenia w świadczeniu innych usług z wykorzystaniem słupów elektroenergetycznych lub nie ma dostępnej przestrzeni do umieszczenia elementów infrastruktury (część II, rozdział 1 pkt 7 warunków udostępniania).

Z powyższych przyczyn nie można przyjąć, że konsekwencją wydania zaskarżonej decyzji jest bezwzględny obowiązek (...) zawarcia umowy o udostępnianie własnej infrastruktury w każdych warunkach, skoro obowiązek ten nie jest bezwarunkowy.

Należy przy tym ponownie podkreślić, że decyzja reguluje tylko pewien minimalny zakres stosunku prawnego pomiędzy udostępniającym infrastrukturę a korzystającym z niej. Zasadniczo bowiem do każdego z umawiających się przedsiębiorców, poza regulacjami umownymi ukształtowanymi w decyzji, zastosowanie znajdują normy prawa powszechnie obowiązującego, które regulują dany stosunek prawny lub które odnoszą się do określonych podmiotów lub ich konkretnych aktywności. Przepisy prawa powszechnie obowiązującego mają natomiast tę zasadniczą właściwość, że część z nich musi znaleźć zastosowanie, bo mają charakter bezwzględnie obowiązujący (*ius cogens*), a część z nich może znaleźć zastosowanie do stosunku prawnego, bo ze względu na ich dyspozytywny charakter (*ius dispositivum*), strony mogą niektóre kwestie uregulować inaczej niż wynika to wprost z przepisu. Oczywiście jest przy tym, że zawsze czynność prawna musi dla swej ważności spełniać także wymogi zawarte w art. 58 k.c., a więc nie

może być sprzeczna z ustawą ani nie może mieć na celu obejścia ustawy, ale także nie może być sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.

Reasumując, zaskarżona decyzja wprowadza minimalny standard traktowania przedsiębiorców telekomunikacyjnych przez (...), tj. nie gorzej jak to przewidziano w Warunkach Dostępu i dotyczy dostępu do wszystkich słupów nN i SN stanowiących własność (...).

Nie można także uznać, aby zaskarżona decyzja została wydana w interesie przedsiębiorców telekomunikacyjnych lub by byli oni w niej uprzywilejowani. Ukształtowanie warunków w taki sposób, aby możliwy był rozwój szybkich sieci łączności elektronicznej służy w istocie interesowi publicznemu. Powszechny dostęp do szybkich sieci służy zarówno poszczególnym obywatelom, instytucjom, przedsiębiorcom i gwarantuje rozwój wszelkich aspektów funkcjonowania społeczeństwa i gospodarki. Szybkie sieci łączności elektronicznej są we współczesnym świecie nieodzownym elementem rozwoju społecznego i gospodarczego, podobnie zresztą jak sieci energetyczne. Zabezpieczenie tego rozwoju poprzez dostęp przedsiębiorców telekomunikacyjnych do infrastruktury (...) przyczynia się więc do tego rozwoju, dlatego operator sieci energetycznych musi w pewnym zakresie znieść ograniczenie swoich praw właśnie w interesie publicznym. Nie jest to jednak równoznaczne z uprzywilejowaniem przedsiębiorców telekomunikacyjnych, a jedynie jest wynikiem pożądanego rozwoju infrastruktury telekomunikacyjnej, realizowanego w równym zakresie przez wszystkie państwa należące do EU.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania, to zdaniem Sądu nie dają one podstaw do uznania, że ukształtowane decyzją warunki dostępu mają charakter **dyskryminacyjny** wobec (...) i **nieproporcjonalny** w aspekcie praw i obowiązków (...) i przedsiębiorców telekomunikacyjnych .

W pierwszej kolejności należy odnieść się do zarzutu uwzględnienia w decyzji możliwości udostępniania nie tylko słupów linii niskiego napięcia - nN ale także słupów linii średniego napięcia -SN.

Strona powodowa podnosiła w tej kwestii liczne zarzuty, wskazując, że słupy SN powinny być wyłączone z udostępniania z względów bezpieczeństwa, ale także z tego powodu, że ich udostępnianie może powodować różnorodne trudności.

W tej kwestii należy podnieść, że regulacje ustawowe nie stwarzają żadnych podstaw, które pozwalałyby na całkowite wyłączenie słupów linii SN od udostępniania na potrzeby przedsiębiorców telekomunikacyjnych w celu rozwoju szybkich sieci łączności elektronicznej.

Ponadto, wbrew zarzutom odwołania, decyzja nie kreuje bezwarunkowego dostępu także do słupów SN, gdyż katalog przesłanek odmowych zawarty w decyzji odnosi się też do tego typu infrastruktury. Zatem przykładowy aspekt wytrzymałości infrastruktury odnosi się również do linii SN. Podobnie rzecz się ma w odniesieniu do bezpieczeństwa i niezawodności funkcjonowania linii SN. Warunki Dostępu odnoszące się zarówno do słupów sieci SN jak i nN przewidują prymat konieczności zapewnienia ciągłości i jakości świadczenia usług dystrybucji energii elektrycznej nad dostępem do słupów na potrzeby telekomunikacji.

Także decyzja przewiduje, że operator korzystający jest zobowiązany do wykonania infrastruktury w sposób najmniej uciążliwy dla przedsiębiorstwa dystrybucyjnego, a prace na infrastrukturze mogą być wykonane tylko przez osoby upoważnione i posiadające wymagane prawem uprawnienia i kwalifikacje.

Brak jest także argumentów do wyłączenia z udostępniania słupów sieci SN z powodów bezpieczeństwa, także z tej przyczyny, że dotychczas przedsiębiorstwa dystrybucyjne, w tym (...) i (...) dobrowolnie udostępniały już słupy tego typu na potrzeby telekomunikacji, co oznacza że wbrew twierdzeniom powoda zasadniczo jest możliwe ich bezpieczne udostępnianie bez szkody dla pracy sieci energetycznych.

Nie bez znaczenia dla tej kwestii jest także brak zastrzeżeń ze strony regulatora rynku energetycznego, dla objęcia udostępnianiem także słupów linii SN. Prezes URE w decyzji konsultacyjnej nie zgłosił zastrzeżeń w tej kwestii.

Zarzuty dotyczące umożliwienia powieszania na słupach elektroenergetycznych kabli metalowych, w szczególności miedzianych, a nie tylko światłowodowych także nie są zasadne.

W tym przypadku ustawodawca także nie reguluje technicznych aspektów sieci telekomunikacyjnych, które mogą być umieszczane na infrastrukturze technicznej, w tym infrastrukturze energetycznej. Jedyne wymóg stawiany operatorom sieci telekomunikacyjnych odnosi się do przepustowości kabli telekomunikacyjnych umieszczanych na infrastrukturze, gdyż muszą one móc dostarczać usługi szerokopasmowego dostępu do Internetu o przepustowości co najmniej 30 Mb/s. (szybka sieć telekomunikacyjna, o jakiej mowa w art. 17 wruist). Ten wymóg spełniają poza kablami światłowodowymi, także kable z żyłami metalowymi (miedziane) o odpowiedniej kategorii. Założona przez ustawodawcę neutralność technologiczna nie pozwala więc na uzależnienie udostępniania infrastruktury energetycznej od podwieszenia na niej tylko kabli światłowodowych. Jak słusznie jednak zauważa Prezes UKE rosnący popyt na usługi telekomunikacyjne będzie determinował stosowanie kabli światłowodowych, które umożliwiają w większym stopniu zaspokajanie potrzeb użytkowników, a inwestycje oparte na kablach miedzianych staną się nieefektywne kosztowo. Organ szacuje, że kable miedziane będą występować w promilowych ilościach.

Niemniej jednak przyjęta w decyzji ogólna zasada dotycząca możliwości umieszczania na infrastrukturze (...) także innego kabla niż światłowodowy, nie wyłącza możliwości odmowy dostępu w każdym konkretnym przypadku, gdyby (...) stwierdziła, że umieszczenia kabla metalowego na jej słupach energetycznych stwarzałyby np. zagrożenie bezpieczeństwa czy wywoływałyby inne ryzyko, które stanowi przesłankę odmowy dostępu o jakiej mowa w Części II Rozdział I Podrozdział 1.1 ust 7 Warunków Dostępu. Do tej kwestii Prezes URE także nie zgłaszał zastrzeżeń.

Wbrew zarzutom powodów zaskarżona decyzja nie powoduje także negatywnych skutków dla (...) w związku z koniecznością wyłączeń linii energetycznych spod napięcia.

Jakkolwiek realizacja dostępu może wymagać w pewnych sytuacjach wyłączenia napięcia sieci elektroenergetycznej, niemniej jednak realnie nie musi to przynosić strat (...), szczególnie, że decyzja przewiduje priorytet dla zapewnienia ciągłości funkcjonowania sieci elektroenergetycznych, oraz ogranicza możliwość wyłączeń napięcia tylko do wyjątkowych sytuacji. Na przykład prace planowe przy udostępnionych słupach, mają być tak prowadzone, aby nie spowodować niezaplanowanych przerw w świadczonych usługach, a więc też przesyła energii elektrycznej (Część I. Rozdział 4 podrozdział 4.1 ust 1 Warunków); prace planowe, jak i sama infrastruktura nie mogą uniemożliwiać korzystania ze słupów elektroenergetycznych, w szczególności nie mogą ograniczać ciągłości i niezawodności funkcjonowania sieci elektroenergetycznych, zgodnie z wymaganymi prawem parametrami jakości dostaw energii elektrycznej (Część I Rozdział 4 Podrozdział 4.2 ust 4 Warunków); operator korzystający jest zobowiązany do pokrycia kosztów, które operator udostępniający poniesie z tytułu realizacji zamierzenia inwestycyjnego operatora korzystającego, tj w szczególności kosztów niezbędnych wyłączeń napięcia napowietrznej linii elektroenergetycznej związanych z podwieszaniem infrastruktury na słupach lub z usunięciem awarii infrastruktury (Część I Rozdział 4 Podrozdział 4.2 ust 11 Warunków). Istotne jest również, że wykonanie i eksploatacja infrastruktury (...) nie może naruszać obowiązujących przepisów prawa w takim zakresie, w jakim przedsiębiorca telekomunikacyjny będzie korzystał ze słupów, a także zakłócać funkcjonowanie infrastruktury elektroenergetycznej (Część II Rozdział 2 ust 3 Warunków).

Zasadniczo obowiązuje więc zasada niewyłączania napięcia w największym możliwym zakresie. Przedsiębiorca telekomunikacyjny może prowadzić prace bez wyłączania napięcia, gdy prowadzi je w strefie bezpiecznej (czyli w odległości określonej w przepisie § 25 pkt 2 rozporządzenia Ministra Energii w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy urządzeniach energetycznych z 28.08.2019r, która odnosi się do odległości między podwieszoną infrastrukturą a linią elektroenergetyczną, a która umożliwia niezakłóconą pracę, a więc nie wymaga wyłączenia napięcia), ale też poza strefą bezpieczną, przy wykorzystaniu technologii PPN (praca pod napięciem). Wyłączenia napięcia wymagają więc prace poza strefą bezpieczną i bez wykorzystania technologii PPN, z tym, że w tym przypadku konieczność wyłączenia napięcia musi być zaplanowana i uzgodniona z operatorem udostępniającym, przy czym operator korzystający ponosi każdorazowo koszty tych wyłączeń napięcia. Sytuacje gdy będzie dochodziło do wyłączeń napięcia linii

elektroenergetycznej na potrzeby prowadzenia prac przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych są więc sporadyczne i wyjątkowe.

Co się zaś tyczy terminów wyłączenia napięcia, to zaskarżona decyzja nie określa ich w Warunkach Dostępu, a więc kwestia ta wymaga każdorazowo ustaleń stron. Zatem przy takiej konstrukcji Warunków, (...) ma możliwość dotrzymania wszystkich ustawowych i umownych terminów uprzedzenia własnych odbiorców energii elektrycznej o planowanych wyłączeniach, oczywiście poza sytuacjami awaryjnymi, przy czym także i w tych sytuacjach wyłączenie napięcia następuje za zgodą operatora udostępniającego a przedsiębiorca telekomunikacyjny ponosi wszelkie koszty takiego wyłączenia.

Sąd podziela przy tym stanowisko Prezesa UKE, że określenie w decyzji obowiązku pokrycia przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego kosztów związanych z wyłączeniem napięcia, nie oznacza, że operator udostępniający nie może żądać naprawienia szkody na zasadach ogólnych przewidzianych w kodeksie cywilnym, jeżeli na skutek takiego wyłączenia poniósł szkodę.

Istotne dla podnoszonych zarzutów, w aspekcie konieczności wyłączeń napięcia ze względu na obowiązek udostępniania słupów, jest także stanowisko Prezesa URE, który w tym zakresie nie zgłosił zastrzeżeń do przedstawionego mu projektu Warunków Dostępu. Skoro więc organ sprawujący nadzór nad rynkiem energii elektrycznej, w tym także nad przestrzeganiem norm prawa energetycznego przez przedsiębiorstwa energetyczne, a więc również tych dotyczących zasad i terminów wyłączeń napięcia, nie zakwestionował uregulowań zaskarżonej decyzji, to można uznać, że zarzuty powoda są w tym zakresie bezpodstawne.

Odnosząc się do zarzutu wskazującego na niewłaściwego ukształtowanie Warunków Dostępu w odniesieniu do przewidzianych w nich terminów, które w ocenie powoda są dyskryminujące dla (...), jest on uzasadniony.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że kwestię terminów dotyczących zawarcia umowy, determinuje treść art. 21 ust. 2 ustawy o wruist, który zakłada, że strony powinny zawrzeć umowę o dostępie do infrastruktury technicznej w ciągu 60 dni od złożenia wniosku o dostęp, gdyż bezskuteczny upływ tego terminu stanowi podstawę do zwrócenia się o rozstrzygnięcie sporu i wydanie decyzji o odstępie przez Prezesa UKE. Zatem ukształtowany przez ustawodawcę tryb uzyskania dostępu do infrastruktury, w tym określony termin na zawarcie umowy, niejako determinuje także terminy określone w Warunkach Dostępu, skoro konieczne jest, aby do zawarcia umowy doszło w ciągu 60 dni od złożenia wniosku. W konsekwencji więc poszczególne etapy, zwane przez Prezesa UKE podprocesami, muszą mieć taką długość, aby całość procesu zamknęła się w 60 dniach. Słusznie także zdaniem Sądu Prezes UKE na poszczególne etapy rozpoznawania wniosku przeznaczył różne terminy, uzależnione od skomplikowania czynności jakie muszą być podjęte na danym etapie (np. 3 dniowy termin na formalną weryfikację wniosku jako proces niewymagający analizy merytorycznej, może się zamknąć w tym czasie, szczególnie, że proces ten może być w znacznej mierze zautomatyzowany, zwłaszcza, że zapytanie o możliwość dostępu do słupów czy wnioski o zawarcie umowy o dostęp są wystandaryzowane i składa się je na formularzach stanowiącym załączniki do Warunków Dostępu). Podkreślenia przy tym wymaga, że Prezes URE, który konsultował projekt Warunków Dostępu, a znana mu jest specyfika funkcjonowania przedsiębiorstw energetycznych, nie kwestionował także tych terminów jako nierealnych i niemożliwych do realizacji. Także doświadczenie regulacyjne Prezesa UKE wskazuje, że przedsiębiorcy telekomunikacyjni, wobec których organ zastosował podobny schemat przy wydawaniu decyzji o udostępnianiu kanalizacji kablowej na potrzeby umieszczenia w niej kabli telekomunikacyjnych, sprawdził się w realiach gospodarczych i wnioski są rozpoznawane w terminach określonych w decyzji.

Zatem także (...) jest w stanie tak efektywnie zorganizować wewnętrzne procesy decyzyjne, aby było możliwe dotrzymanie terminów przewidzianych w Warunkach Dostępu, które zdaniem Sądu są adekwatne do zakreślonych w nich czynności i realne do realizacji.

Przewidziane w Warunkach Dostępu terminy dotyczące udostępniania słupów elektroenergetycznych także nie powodują naruszenia ustawowych obowiązków (...) w zakresie powiadamiania odbiorców o przerwach w dostawach energii elektrycznej. Istotnie przepisy Rozporządzenia Ministra Gospodarki z 4 maja 2007r wskazują w § 42 pkt

4, że przedsiębiorstwo energetyczne powiadamia z co najmniej 5 dniowym wyprzedzeniem o terminach i czasie planowanych przerw w dostarczaniu energii elektrycznej w formie ogłoszeń prasowych, internetowych, komunikatów radiowych lub telewizyjnych lub w inny sposób odbiorców zasilanych z sieci o napięciu znamionowym nie większym niż 1 kV. Natomiast odbiorców zasilanych z sieci o napięciu znamionowym wyższym niż 1 kV OSD zawiadamia indywidualnie pisemnie, telefonicznie lub innym środkiem komunikowania się.

Niemniej jednak Warunki Dostępu przewidują, że w przypadku konieczności wyłączenia napięcia linii elektroenergetycznej przez operatora udostępniającego, w celu wykonania prac planowych, prace te będą mogły być wykonane po uzyskaniu zgody operatora udostępniającego, w terminie przez niego wskazanym, nie dłuższym niż 6 miesięcy od zgłoszenia (Część II, Rozdział 4 Podrozdział 4.1 ust 7). Zatem pozostawienia (...) aż 6 miesięcznego terminu na wskazanie adekwatnego terminu w jakim przedsiębiorca telekomunikacyjny będzie mógł przeprowadzić prace planowe na własnej infrastrukturze, niewątpliwie umożliwi wcześniejsze powiadomienie przez (...) jej odbiorców o planowanej przerwie, a nawet zaplanowanie w tym samym terminie własnych prac planowych, tak aby nie dokonywać wyłączeń napięcia zbyt często, a tym samym nie przekroczyć ustawowych limitów trwania przerw w dostawach energii.

Kolejny zarzut odwołania wskazujący na dyskryminację odnosił się do ukształtowanych w Warunkach Dostępu zasad wykonywania prac przy liniach energetycznych przez pracowników operatora korzystającego, które to zasady zdaniem (...) ignorowały podstawowe zasady pracy przy czynnych urządzeniach elektroenergetycznych, co powodować może poważne zagrożenia dla życia i zdrowia.

Zdaniem Sądu decyzja, wbrew twierdzeniom powoda, w sposób dostateczny gwarantuje prawidłowe i bezpieczne prowadzenie prac na słupach przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych. W szczególności wskazuje ona na obowiązek przedsiębiorcy telekomunikacyjnego przestrzegania powszechnie obowiązujących przepisów BHP, przeciwpożarowych wobec właściwych organów oraz przepisów normujących sposób realizowania infrastruktury w trakcie prowadzonych prac (Część I Rozdziału 4 Podrozdziału 4.2 ust. 14 warunków dostępu). Zasadniczo także Warunki Dostępu nakazują prowadzenie prac na słupach zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego (Części I Rozdziału 4 Podrozdziału 4.3 ust. 4 warunków dostępu). Przy takim ukształtowaniu warunków dostępu nie sposób przyjąć, że operatorzy korzystający wykonujący pracę na infrastrukturze (...), o ile będą przestrzegać tych regulacji, mogą stwarzać jakiegokolwiek niebezpieczeństwo. Przyjęta przez powoda narracja przyjmie katastroficzną wizję, w której pracownicy przedsiębiorcy telekomunikacyjnego nie będą przestrzegali przepisów. Tymczasem takie założenie nie może stać na przeszkodzie realizowanemu przez zaskarżoną decyzję i pożądanemu rozwojowi rynku usługi powszechnego dostępu do szybkiego Internetu. Natomiast zastrzeżenie, że przedsiębiorcy telekomunikacyjnego muszą przestrzegać powołanych przepisów „wobec właściwych organów”, oznacza, że to odpowiednie organy są władne kontrolować przestrzeganie przez nich przepisów, a nie operator udostępniający, dla którego przepisy prawa powszechnie obowiązującego nie przewidują takiego uprawnienia. Zatem w razie wątpliwości po stronie (...) co do prawidłowości prac prowadzonych na infrastrukturze może on jedynie zasygnalizować ten fakt przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu oraz zawiadomić odpowiedni organ nadzoru.

Odnośnie do kolejnej kwestii podnoszonej w odwołaniu, a dotyczącej konieczności uzyskania zgód właścicieli nieruchomości na podwieszenie kabla telekomunikacyjnego, należy podkreślić, że w Warunkach Dostępu zastrzeżono, iż operator korzystający ma obowiązek prowadzenia prac na słupach elektroenergetycznych zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Przedsiębiorca telekomunikacyjny ma zatem obowiązek uzyskania na potrzeby realizacji inwestycji telekomunikacyjnej wszelkich wymaganych prawnie pozwoleń, zezwoleń, czy zgód organów administracji czy podmiotów, którym przysługuje tytuł prawny do nieruchomości. Słusznie więc argumentuje pozwany Prezes UKE, że Warunki Dostępu obejmują relacje między OSD a operatorem korzystającym i nie obejmują relacji pomiędzy operatorem korzystającym a podmiotami trzecimi np. właścicielami nieruchomości, na których posadowione są słupy. Brak jest jednocześnie podstaw, by przyznać (...) uprawnienie do weryfikowania spełnienia przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych tych wymogów, skoro operator korzystający i OSD są równorzędnymi stronami umowy.

Także postanowienia dotyczące kar umownych nie mają charakteru dyskryminującego którąkolwiek ze stron, a ich wysokość dla każdej ze stron jest symetryczna. Kary umowne zostały zastrzeżone także na korzyść (...), w takiej samej

stawce 20 zł jak na rzecz operatora korzystającego. Zważywszy także, że zastrzeżone kary umowne nie wyłączają możliwości dochodzenia odszkodowania w części przekraczającej wysokość kary umownej, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, to trudno mówić o ich dyskryminującym charakterze.

Brak zastrzeżenia w Warunkach Dostępu, że operator korzystający ma obowiązek posiadania ubezpieczenia OC prowadzonej działalności i przedstawienia polisy ubezpieczeniowej, nie stanowi o braku proporcjonalności obowiązków lub dyskryminujących warunkach. W szczególności skoro brak jest powszechnego obowiązku posiadania takiej polisy przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych, to nie można uznać, że w każdych okolicznościach można oczekiwać od operatora korzystającego, że będzie w taki sposób ubezpieczał swoją działalność. Ponadto należy mieć na uwadze, że Warunki Dostępu przewidują szereg postanowień mających na celu zabezpieczenie interesów majątkowych operatora udostępniającego. W szczególności na rzecz (...) zastrzeżono w umowie liczne kary umowne, zagwarantowano mu też możliwość wypowiedzenia umowy w razie naruszenia zasad współpracy przez operatora korzystającego. Należy także zauważyć, że nakładanie na przedsiębiorców telekomunikacyjnych takich dodatkowych zobowiązań w postaci konieczności posiadania polisy lub uiszczenia kaucji wiąże się z dodatkowymi kosztami dla tych przedsiębiorców, które w ostatecznym rozrachunku zostaną przeniesione na odbiorcę ich usług. Tymczasem zgodnie z celem dyrektywy kosztowej „prowadzona polityka [w agendzie cyfrowej] musi doprowadzić do obniżenia kosztów zapewnienia dostępu szerokopasmowego na całym terytorium Unii” (motyw 4).

Reasumując, podnoszone przez powoda zarzuty nie wskazują, aby Warunki Udostępniania miały charakter dyskryminujący lub by nadmiernie uprzywilejowały przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

Nie stanowi w szczególności dyskryminacji lub nadmiernego uprzywilejowania nieudzielenie operatorowi udostępniającemu uprawnień kontrolnych wobec operatora korzystającego, które nie są konieczne dla rozpoznania wniosku o dostęp, skoro to operator korzystający odpowiada wobec innych podmiotów, czy to prywatnych czy publicznych, za przestrzeganie powszechnie obowiązujących przepisów prawa, np. przepisów z zakresu ochrony pasa drogowego i bezpieczeństwa ruchu drogowego, przepisów BHP, przepisów regulujących sposób realizowania infrastruktury, czy przepisów dotyczących ochrony prawa własności.

Odnosnie zarzutów dotyczących określenia **wysokości opłat** za dostęp do infrastruktury technicznej (...) przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych, to zdaniem Sądu zarzuty te także nie były uzasadnione i nie mogły skutkować uchynieniem ani też zmianą decyzji.

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

W pierwszej kolejności należy podnieść, że koszty związane w utrzymaniem infrastruktury dotyczą li tylko tej części infrastruktury, która jest rzeczywiście udostępniana, a więc jedynie słupów elektroenergetycznych linii SN i nN, a nie kosztów utrzymania całej linii elektroenergetycznej. Zatem opłata nie może być pochodną kosztów utrzymania całej linii elektroenergetycznej. Rację ma więc Prezes UKE, że wykluczył taką możliwość, słusznie przy tym wskazując, że kalkulacja opłaty w oparciu o koszty utrzymania całej linii elektroenergetycznej jest niedopuszczalna z powodu zakazu subsydiowania skośnego, czyli zakazu pokrywania kosztów usług dystrybucji energii ponoszonymi przez (...) opłatami ponoszonymi przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych za dostęp do infrastruktury (...). Należy mieć bowiem na względzie fakt, że koszty usług dystrybucji są już uwzględniane w taryfie (art. 45 prawa energetycznego) i odyskiwane w opłatach (cenie usług) za dystrybucję energii elektrycznej ponoszonych przez odbiorców energii. Z zakazem subsydiowania skośnego wiąże się też obowiązek podmiotów udostępniających, a zatem także (...), wynikający z art. 25 wruist prowadzenia ewidencji kosztów w sposób umożliwiający odrębne obliczenia kosztów, przychodów, zysków i strat w zakresie swojej podstawowej działalności oraz dostępu do infrastruktury technicznej (także na poziomie prawa energetycznego obowiązuje zakaz subsydiowania skośnego uregulowany w art. 44 i 45 prawa energetycznego). Zakaz subsydiowania skośnego został wyrażony także w motywie 16 dyrektywy 2014/61, który stanowi, że „Jednocześnie środki określone w niniejszej dyrektywie nie powinny powodować uszczerbku

dla możliwości zwiększenia przez państwa członkowskie atrakcyjności udzielania dostępu do infrastruktury przez operatorów użyteczności publicznej poprzez wyłączenie przychodów pochodzących z takiej usługi z podstawy służącej do obliczania taryf dla użytkowników końcowych w odniesieniu do głównych przedmiotów działalności takiego operatora, zgodnie z obowiązującym prawem Unii.”.

Zatem opłata mogła być pochodną jedynie kosztów związanych z dostępem do infrastruktury i nie mogła pokrywać innych kosztów podmiotu udostępniającego poza tymi związanymi z dostępem.

Oczywiste jest więc także, że koszty te mogły obejmować jedynie koszty przyrostowe, a więc tylko tę część kosztów związanych z utrzymaniem słupa elektroenergetycznego, które powstały w wyniku jego udostępnienia. (koszty, które wystąpiły w związku z udostępnieniem słupów). Opłata z tytułu dostępu winna zapewnić jedynie zwrot kwoty, o jaką wzrosną koszty utrzymania udostępnionej infrastruktury technicznej, w związku z faktem udostępnienia.

Na potrzeby ustalenia wielkości opłaty organ wezwał wszystkich OSD do wykazania zarówno średnich miesięcznych kosztów utrzymania linii elektroenergetycznej nN oraz SN w przeliczeniu na jeden słup (w podziale na poszczególne kategorie kosztowe), jak i średnich miesięcznych kosztów przyrostowych utrzymania linii elektroenergetycznej nN i SN w przeliczeniu na jeden słup wynikających z podwieszenia infrastruktury telekomunikacyjnej (w podziale na określone kategorie kosztowe).

Koszty uwzględnione w opłacie jako koszty przyrostowe obejmowały:

- koszty eksploatacji,
- koszty usuwania awarii,
- koszty administracyjne,
- koszty transportu,
- pozostałe koszty.

Do kosztów przyrostowych nie uwzględniono kosztów amortyzacji środka trwałego, bo te oczywiście nie były kosztami przyrostowymi, związanymi z udostępnianiem słupów.

Prezes UKE przy wyliczaniu opłaty za dostęp, prawidłowo w ocenie Sądu, bazował na danych kosztowych pozyskanych od działających w sektorze energetycznym OSD. Dane kosztowe przedstawione przez OSD zostały uśrednione (wartość średnia kosztów przyrostowych wszystkich OSD), gdyż jak słusznie argumentował Prezes UKE celem regulacji art. 22 ust. 3 wruist była przede wszystkim eliminacja barier finansowych i organizacyjnych, w tym właśnie różnych warunków dostępu u poszczególnych OSD i różnych opłat. Dlatego celowe było nie tylko ujednoczenie warunków dostępu, ale właśnie także ujednoczenie opłat za ten dostęp. Różnica w stawkach poszczególnych OSD stanowiłaby ograniczenie w dostępie do udostępnianej przez operatorów udostępniających infrastruktury technicznej i mogłaby powodować ograniczenie konkurencji. Nie bez znaczenia dla uśrednienia opłaty był też fakt, że zakres działalności, a także liczba posiadanych przez poszczególnych OSD słupów elektroenergetycznych były analogiczne (poza(...)). Zatem brak wyraźnej dysproporcji w posiadanej infrastrukturze także uzasadniał uśrednienie opłaty, będącej pochodną możliwych do udostępnienia zasobów (słupów) każdego z OSD.

Po ustaleniu średnich dla wszystkich OSD miesięcznych kosztów utrzymania linii elektroenergetycznej nN oraz SN w przeliczeniu na jeden słup (w podziale na poszczególne kategorie kosztowe), dla każdej kategorii kosztowej został ustalony współczynnik przedstawiający stosunek kosztów przyrostowych do całkowitych kosztów utrzymania linii elektroenergetycznej w przeliczeniu na jeden słup.

Średni dla wszystkich OSD, stosunek kosztów przyrostowych do całkowitych miesięcznych kosztów utrzymania linii nN wynosił:

- koszty eksploatacji 19,58%
- koszty usuwania awarii 21,99%
- koszty administracyjne 11,95%
- koszty transportu 10,39 %
- pozostałe koszty 17,70%

Następnie organ obliczył opłatę miesięczną za dostęp do słupów jako iloczyn średnich miesięcznych kosztów utrzymania linii elektroenergetycznej oraz średniego stosunku kosztów przyrostowych do całkowitych miesięcznych kosztów utrzymania linii elektroenergetycznej nN i SN.

Ostatecznie średnie miesięczne koszty przyrostowe, które stały się podstawą do obliczenia opłaty za dostęp składały się (odpowiednio dla linii nN i SN) z kosztów:

- koszty eksploatacji – 0,86 zł i 1,30 zł
- koszty usuwania awarii – 0,31 zł i 0,33 zł
- koszty administracyjne – 0,44 zł i 0,95 zł
- koszty transportu – 0,07 zł i 0,09 zł
- pozostałe koszty – 0,05 zł i 0,08 zł

Średnie miesięczne koszty przyrostowe utrzymania linii elektroenergetycznej dla słupa linii nN wyniosły 1,73 zł. oraz 2,75 zł za dostęp do słupa linii SN.

Tak ustalonych kosztów nie można uznać za wadliwe obliczonych. W szczególności organ przeprowadził analizę kosztów (...), ale też kosztów pozostałych OSD i po ich analizie opracował listę kategorii kosztowych, które zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy o wruist, mogły być alokowane do stawki opłaty za dostęp do infrastruktury.

Ustalając wysokość opłaty na średnim poziomie poszczególnych OSD organ realizował postulat dyrektywy, aby prowadzona polityka [w agendzie cyfrowej] doprowadziła do obniżenia kosztów zapewnienia dostępu szerokopasmowego na całym terytorium Unii (motyw 4 preambuły). Uśrednienie kosztów niewątpliwie realizuje postulat zwiększania efektywności kosztowej i przyczynia się do dążenia do ich sukcesywnego obniżenia, szczególnie przez operatorów mniej efektywnych.

Dodatkowo, należy mieć na uwadze, że w opinii do projektu zaskarżonej decyzji, przedstawionej przez Prezesa URE w postanowieniu z 14 grudnia 2020 r. w odniesieniu do finansowych warunków współpracy w zakresie dostępu do infrastruktury technicznej (...), organ opiniujący nie wniósł zastrzeżeń, co do sposobu ustalania opłat związanych z udostępnianiem słupów elektroenergetycznych, w oparciu o uśrednione koszty ponoszone przez wszystkich pięciu OSD.

W kontekście ustalania opłat i ich wysokości należy wskazać na obowiązek z art. 25 wruist, dotyczący prowadzenia przez OU ewidencji kosztów 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. W zaskarżonej decyzji odwołano się do tego unormowania, nie przesądzając wszakże, w jaki sposób ma być prowadzona ewidencja dotycząca najmu infrastruktury na cele związane z telekomunikacją. W szczególności, nie przewidziano wymogu prowadzenia „nowej odrębnej ewidencji”, chociaż jest to niewątpliwie obowiązek niezależny od istniejących i realizowanych przez OSD obowiązków księgowych i ewidencyjnych koniecznych dla zatwierdzania taryf OSD. Prezes URE nie przesądził o formie prowadzenia ewidencji, pozostawiając

decyzję w tym zakresie OSD. Zaakcentowano jedynie prawny wymóg, by była ona prowadzona w sposób umożliwiający wyodrębnienie z kategorii kosztów, przychodów, zysków i strat tych, które są związane ze świadczeniem usług dostępu do infrastruktury technicznej w zakresie słupów elektroenergetycznych. Podkreślenie wymaga jednak, że koszty i przychody generowane w zakresie podstawowej działalności powódki na rynku energetycznym wyznacza Rozporządzenie taryfowe, a kwestie te reguluje Prezes URE.

Niezasadny był także zarzutu wydania Decyzji oraz Warunków Dostępu również w odniesieniu do infrastruktury telekomunikacyjnej **w pasach dróg publicznych** i nałożenia na (...) obowiązku udostępnienia infrastruktury technicznej w postaci słupów elektroenergetycznych zlokalizowanych w pasach drogowych dróg publicznych, gdyż wbrew treści zarzutu decyzja w żadnym aspekcie nie narusza regulacji zawartych w ustawie o drogach publicznych.

Stosowanie do treści przepisu art. 1 ust. 3 ustawy o wruist, przepisów art. 17-26 tej ustawy nie stosuje się do lokalizowania infrastruktury telekomunikacyjnej w pasach drogowych dróg publicznych.

Zdaniem Sądu treść decyzji nie pozostaje w sprzeczności z powołanym art. 1 ust 3 wruist. Warunki dostępu ukształtowane zaskarżoną decyzją Prezesa UKE nie wykluczają bowiem stosowania szczególnych regulacji przewidzianych w ustawie o drogach publicznych dotyczących lokalizowania infrastruktury w pasach dróg publicznych. W szczególności w razie potrzeby ulokowania infrastruktury telekomunikacyjnej w pasie drogi publicznej nadal konieczne jest uzyskanie decyzji zarządcy drogi o lokalizacji infrastruktury telekomunikacyjnej, o jakiej mowa w art. 39 ust 1 pkt 3 ustawy o drogach publicznych, ale też decyzji zezwalającej na stałe umieszczenie infrastruktury w pasie drogowym oraz decyzji zezwalającej na okresowe zajęcie pasa drogowego na potrzeby przeprowadzenia prac instalacyjnych (zgodnie z art. 39-40 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych)

Decyzja Prezesa UKE nie eliminuje tego wymogu, więc nadal konieczne jest uzyskanie decyzji lokalizacyjnej. Regulacja przewidziana w zaskarżonej decyzji dotyczy więc innego, dodatkowego wymogu, dotyczącego wprowadzenia także infrastruktury telekomunikacyjnej, w tym także tej zlokalizowanej w pasie drogi publicznej, nakładanego na przedsiębiorstwo energetyczne. Jest to jednak zupełnie inny zakres regulacji, który zatem nie wyłącza zastosowania reguł ogólnych przewidzianych w ustawie o drogach publicznych. Artykuły 17-26 ustawy o wruist dotyczą dostępu do infrastruktury technicznej, negocjacji, umowy o dostępie do infrastruktury technicznej, uprawnień Prezesa UKE w zakresie umów, o terminach zakończenia negocjacji, ustalania przez Prezesa UKE ogólnych warunków udostępniania infrastruktury technicznej przez OSD.

Oczywiste jest przy tym, że na operatorze korzystającym, na którym ciąży obowiązek przestrzegania przepisów prawa powszechnego, ciąży także obowiązek przestrzegania regulacji dotyczących ochrony pasa drogowego. Zatem fakt, że zaskarżona decyzja nie wyłącza stosowania określonych w niej warunków dostępu do podwieszania linii telekomunikacyjnych na słupach znajdujących się w pasie drogowym nie oznacza, że operator korzystający nie musi spełnić wymogów określonych w ustawie o drogach publicznych, aby uzyskać dostęp na zasadach przewidzianych w zaskarżonej decyzji.

W odniesieniu do zarzutu nieuwzględnienia w Decyzji i Warunkach Dostępu wymagań odnośnie do **uprawnienia OSD do weryfikowania** na etapie uzyskiwania dostępu do słupów elektroenergetycznych i zawierania poszczególnych umów szczegółowych uzyskiwanych przez PT **koniecznych zgód i pozwoleń w celu realizacji prac** na obiektach **budowlanych**, których właścicielem i podmiotem zobowiązanym do właściwego ich utrzymywania jest OSD, ważne jest to, iż w świetle art. 29 ust. 2 pkt 17 ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane - budowa telekomunikacyjnych linii kablowych co do zasady nie wymaga decyzji o pozwoleniu na budowę oraz zgłoszenia, o którym mowa w art. 30 Prawa budowlanego. Słupy elektroenergetyczne są budowane i projektowane w celu podwieszania na nich przede wszystkim kabli elektroenergetycznych tj. kabli składających się z żył metalowych. Kable te są w większości przypadków cięższe i grubsze od kabli światłowodowych, które przeważają w sieciach telekomunikacyjnych. W związku z powyższym podwieszenie na słupie kabla światłowodowego nie spowoduje istotnej zmiany wielkości lub układu obciążeń, którą można by zakwalifikować jako zmianę sposobu użytkowania obiektu budowlanego lub jego części. Sąd podziela w tym zakresie pogląd wyrażony w wyroku Sądu Apelacyjnego

z dnia 6 października 2021 r. o sygn. akt VII AGa 891/19, że „dowieszenie kabla telekomunikacyjnego na słupie elektroenergetycznym nie stanowi zmiany sposobu jego użytkowania w rozumieniu art. 71 ust. 1 pkt 2 ustawy- prawo budowlane”.

Wbrew twierdzeniu powoda w sprawie nie zachodziła konieczność przeprowadzenia ponownego postępowania konsultacyjnego. Ustalenie warunków dostępu w zaskarżonej decyzji odbyło się po przeprowadzeniu w dniach 15 lipca 2020 r. - 14 sierpnia 2020 r. **postępowania konsultacyjnego** projektu decyzji, a także po przeprowadzeniu postępowania uzgodnieniowego z Prezesem URE (postanowienie Prezesa URE z dnia 14 grudnia 2020 r.). Uzgodnienie z Prezesem URE nastąpiło w trybie art. 18 ust. 4 i 4a ustawy o wruist w zw. z art. 22 ust 6 i 6a ustawy wruist. W myśl tej regulacji uzgodnienie nie obejmuje finansowych warunków współpracy, a w tym zakresie Prezes URE przedstawia jedynie swoją opinię. Skutkiem uzgodnień z Prezesem URE było wprowadzenie do projektu decyzji zmian wynikające z postanowienia tego organu z 14.12.2020r w części, w jakiej Prezes UKE był stanowiskiem Prezesa URE związany (por. art. 18 ust. 4a ustawy o wruist). Uwzględnienie więc w projekcie decyzji uwag Prezesa URE, poza uwagami dotyczącymi finansowych warunków współpracy, wyłączało konieczność ponownego uzgadniania zmienionego projektu decyzji.

Konstatacja ta podyktowana dotychczasowym orzecznictwem dotyczącym podobnej kwestii konsultacji i konsolidacji w sprawach telekomunikacyjnych, ale także zasadami logiki czyni bezzasadnymi zarzuty obu powodów dotyczące wydania zaskarżonej decyzji bez uzgodnienia z Prezesem Urzędu Regulacji Energetyki oraz nieprzeprowadzenie obligatoryjnych konsultacji projektu decyzji w wersji po uzgodnieniach z Prezesem Urzędu Regulacji Energetyki.

Sąd podziela w tej kwestii pogląd przedstawiony przez Sąd Najwyższy w wyroku z 2 lutego 2011 r., III SK 18/10 (wyrażony na tle analogicznego problemu dotyczącego ponownej konsultacji projektu decyzji w sprawie telekomunikacyjnej), że nie ma potrzeby przedstawiania projektu decyzji w ramach postępowania konsolidacyjnego (to konsultacje z KE), jeżeli krajowy organ regulacyjny dostosowuje się do zawartych w pierwotnej opinii sugestii lub zastrzeżeń, i konsekwencją tego dostosowania jest odpowiednia zmiana treści decyzji. Dotyczy to zarówno sytuacji, w których uwzględnienie stanowiska Komisji prowadzi do zmiany obowiązków przewidzianych w zaopiniowanym projekcie decyzji jak i rezygnacji z niektórych z nich. Analogicznie jest w przypadku rozbudowania analitycznej części uzasadnienia decyzji. W wyroku tym Sąd Najwyższy wyraził także pogląd, zgodnie z którym konieczność ponownego przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego zachodzi, gdy krajowy organ regulacji, wydając decyzję po przeprowadzeniu postępowania konsolidacyjnego, zamierza odstąpić od jej wersji przedstawionej do zaopiniowania Komisji w innym zakresie niż wynikający ze stanowiska tego organu unijnego, co w szczególności ma miejsce, gdy krajowy organ regulacyjny nakłada nowe obowiązki regulacyjne, co do których Komisja nie miała okazji się wypowiedzieć. Jednocześnie w omawianym wyroku Sąd Najwyższy wyjaśnił, że rolą sądu rozpatrującego sprawę z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu jest ocena, czy zmiany dokonane w stosunku do objętego postępowaniem konsolidacyjnym wynikają jedynie z uwzględnienia stanowiska Komisji lub uzupełnienia analiz rynkowych o kwestii sugerowane przez Komisję, czy też cechują się „nowością” w zakresie elementów rozstrzygnięcia sprawy przez organ regulacyjny.

Realizując ten ostatni postulat Sąd w sprawie niniejszej stwierdził, że zaskarżona decyzja uwzględnia uwagi i zastrzeżenia Prezesa URE. W szczególności także żaden z powodów nie kwestionował tego, a także nie wskazywał jakie konkretnie uwagi Prezesa URE nie zostały uwzględnione w zaskarżonej decyzji.

Wobec powyższego, Sąd uznał zarzuty powoda za bezzasadne.

Na marginesie warto wspomnieć, iż Prezes UKE, wydając decyzję ma również na względzie cele i kierunki rozwoju rynku telekomunikacyjnego w postaci: wspierania równoprawnej i skutecznej konkurencji w zakresie świadczenia dostępu do usług telekomunikacyjnych, rozwoju i wykorzystania nowoczesnej infrastruktury telekomunikacyjnej, zapewnienia użytkownikom maksymalnych korzyści w zakresie różnorodności, ceny i jakości usług telekomunikacyjnych oraz zapewnienia neutralności technologicznej, wynikające z art. 1 ust. 2 prawa telekomunikacyjnego.

Mając powyższe na względzie Sąd uznał, że uchylenie zaskarżonej decyzji zgodnie z wnioskami powodów jest niezasadne, a ponadto nie ma podstaw do zmiany decyzji w zaproponowanym przez powodów kształcie.

Podkreślenia wymaga także, że w znacznym zakresie dotyczącym ukształtowania Warunków Dostępu organ dysponuje swoistym luzem decyzyjnym. Istotę tego luzu szczegółowo wyłożył Sąd Najwyższy w wyroku z 27 listopada 2019r w sprawie I NSK 95/18. W szczególności Sąd Najwyższy przyjął, że wyspecjalizowany organ regulacyjny posiada władzę, której specyfiką „jest dyskrecjonalność, przejawiająca się w szeroko zakreślonej swobodzie decyzyjnej w wykładni przepisów zawierających pojęcia nieostre, jak również wyborze adekwatnego do konkretnej sytuacji rozstrzygnięcia, co jest określane mianem uznania regulacyjnego. Także w literaturze przedmiotu wskazuje się, że cechą charakterystyczną organów regulacyjnych jest wyposażenie ich w większą swobodę decyzyjną niż w przypadku „zwykłych” organów egzekutywy (K. Werhan, Principles of Administrative Law, St. Paul 2008, s. 5; N. D. Koulouris, The Independent Administrative Authorities, w: E. P. Spiliotopoulos, A. Makrydemetres (red.), Public Administration in Greece, Athens-Komotini 2001, s. 96; Z. Kmiecik, Niezależne organy regulacyjne (aspekt prawnoporównawczy), w: J. Boć, A. Chalbowicz (red.), Nowe problemy badawcze w teorii prawa administracyjnego, Wrocław 2009, s. 18-22)”. Dalej Sąd ten wywodził, że „powierzenie mu [organowi regulacyjnemu] przez ustawodawcę dyskrecjonalnej władzy obejmującej ocenę stanu rynku oraz zachowań działających na nim przedsiębiorców oraz możliwość władczej interwencji ex ante lub ex post opartej na analizie tegoż rynku” jest skorelowane z posiadaną przez ten organ wyspecjalizowaną kadrą, unikalną pamięcią instytucjonalną oraz bezpośrednią stycznością z realiami rynkowymi. Dlatego zdaniem Sądu Najwyższego interwencja Sądu w treść decyzji organu regulacyjnego powinna następować dopiero wtedy, gdy nosi ona znamiona dowolności: opiera się na arbitralnych przesłankach, zawiera zdawkowe i ogólnikowe uzasadnienie, odwołuje się do nieudowodnionych informacji.

Sąd podziеляjąc powyższe zapatrywania doszedł do przekonania, że zaskarżona decyzja nie nosi znamion dowolności, a przyjęte w Warunkach Dostępu rozwiązania oparte są w zasadniczej części wprost na bezwzględnie obowiązujących przepisach prawa, zaś pozostałe rozwiązania prawne kształtują relacje przedsiębiorców z poszanowaniem zasad proporcjonalności, nie są dyskryminacyjne, a także pozwalają wyeliminować kluczowe potencjalne sporne aspekty współpracy przedsiębiorców. Przede wszystkim jednak ukształtowane decyzją Warunki Dostępu nie są arbitralne a realizują zasadniczy cel dyrektywy kosztowej i przepisów wriust, jakim jest ułatwienie wspólnego korzystania z istniejącej infrastruktury technicznej na potrzeby szybkiej sieci telekomunikacyjnej.

Mając na uwadze powyższe, Sąd na podstawie art. 479⁶⁴ § 1 k.p.c., orzekł jak w sentencji wyroku, oddalając odwołanie każdego z powodów w połączonych sprawach.

O kosztach procesu Sąd orzekł zgodnie z art. 98 § 3 w zw. z art. 99 k.p.c obciążając powoda, który był stroną przegrywającą, kosztami niezbędnymi do celowej obrony poniesionymi przez pozwanego oraz zainteresowanego PIKE, którymi były koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 720,00 zł ustalonego w oparciu o § 14 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 265).

SSO Małgorzata Perdion-Kalicka

ZARZĄDZENIE

(...)

SSO Małgorzata Perdion-Kalicka