

VISOKI UPRAVNI SUD REPUBLIKE HRVATSKE

1739

PRESUDA

Visoki upravni sud Republike Hrvatske u vijeću sastavljenom od sudaca toga suda Sanje Štefan, predsjednice vijeća, Borisa Markovića i Blanše Turić, članova vijeća, te više sudske savjetnice Jadranke Jelić, zapisničarke, u upravnom sporu tužitelja Autocesta Rijeka –

Zagreb d.d., Zagreb, Koturaška cesta 43, kojeg zastupa direktor Željko Denona, protiv odluke tuženika Hrvatske agencije za poštu i elektroničke komunikacije, Zagreb, Roberta Frangeša Mihanovića 9, klasa: UP/I-344-01/10-01/555, urbroj: 376-04/HP-12-20 (DM) od 12. travnja 2012., radi utvrđivanja postojanja odgovarajućih uvjeta za zajedničko korištenje dijela kabelske kanalizacije, u sjednici vijeća održanoj 29. travnja 2015.

presudio je

I. Odbija se tužbeni zahtjev kojim tužitelj Hrvatske autoceste d.o.o. traži poništavanje odluke tužene Hrvatske agencije za poštu i elektroničke komunikacije klasa: UP/I-344-01/10-01/555, urbroj: 376-04/HP-12-20 (DM) od 12. travnja 2012.

II. Odbija se prijedlog tužitelja za odgodu izvršenja pobijane odluke.

III. Ova presuda će se objaviti u »Narodnim novinama«.

O b r a z l o ž e n j e

Uvodno naznačenom odlukom tuženika pobliže se utvrđuje sadržaj ugovora o pristupu i zajedničkom korištenju dijela elektroničke komunikacijske infrastrukture i povezane opreme trgovačkog društva Autocesta Rijeka – Zagreb d.d., između trgovačkih društava Univerzalne telekomunikacije d.d. (kao najmoprimac) i Autoceste Rijeka – Zagreb d.d. (kao najmodavac) na način kako je to navedeno u toj odluci u kojoj se također definira i predmet ugovora te način provedbe predmeta ugovora kako je to i definirao u toj odluci.

Protiv navedene odluke je tužitelj podnio tužbu zaprimljenu kod ovog Suda dana 18. svibnja 2012. u kojoj obrazlaže razloge zbog kojih smatra da ta odluka nije na zakonu utemeljena zbog nepravilno utvrđenog činjeničnog stanja, odnosno nepravilno izvedenog zaključka iz utvrđenog činjeničnog stanja što je nadalje dovelo i do nepravilne primjene materijalnog prava.

U tužbi pobliže obrazlaže i navodi pojedine odredbe Zakona o elektroničkim komunikacijama koje su smatra u konkretnom slučaju pogrešno primijenjene, te dodaje da Vlada Republike Hrvatske ne smatra tužitelja infrastrukturnim operaterom, pa dodaje da se ovdje zanemaruje ranija odluka Vlade Republike Hrvatske od 7. veljače 2008. iz koje upravo proizlazi suprotno zauzetom stajalištu da Vlada Republike Hrvatske ne smatra tužitelja infrastrukturnim operaterom već upućuje tužitelja da svoju elektroničku komunikacijsku infrastrukturu preko Odašiljača i veza d.o.o. osposobi za korištenje drugih i organizira pristup i najam te mreže, jasno pri tome navodeći da ne smatra tužitelja infrastrukturnim operaterom iz kojeg razloga da je neodgovarajući za pružanje ove vrste usluga.

Nadalje tužitelj ističe da se u članku 2. stavku 15. Zakona o elektroničkim komunikacijama pobliže definira pojam infrastrukturnog operatera na način da je isti »pravna ili fizička osoba koja se koristi vlastitim nekretninama i/ili nekretninama drugih u svrhu građenja, održavanja, razvoja, korištenja elektroničke komunikacijske infrastrukture i povezane opreme, ili koja je zasnovala pravo puta u skladu s ovim Zakonom, ili je obveznik davanja pristupa elektroničkoj komunikacijskoj infrastrukturi i povezanoj opremi na temelju analize mjerodavnog tržišta provedene u skladu s ovim Zakonom«. Dakle, time je smatra tužitelj jasno propisano i definirano tko sve može biti infrastrukturni operater uz skupno ispunjenje zakonom propisanih uvjeta, a s tim u vezi dodaje da se tužitelj ne bavi građenjem, održavanjem, razvojem i korištenjem elektroničke komunikacijske mreže i infrastrukture, već građenjem, korištenjem, upravljanjem i gospodarenjem autocestom. Uz to dodaje da i odredba članka 4. Zakona o cestama (»Narodne novine« 84/11.) jasno propisuje što čini javnu cestu, pa su sastavni dijelovi javne ceste objekti za upravljanje i nadzor prometa, telekomunikacijski stabilni uređaji, instalacije i rasvjeta u funkciji prometa, a kabelska kanalizacija koja je dio autoceste izgrađena je u cilju sigurnog i neometanog odvijanja prometa, pa je nije moguće promatrati kao izdvojenu samostalnu cjelinu.

Iako potvrđuje točnim da je Vlada Republike Hrvatske odlukom od 7. veljače 2008. odlučila da kao vlasnik tužitelj i trgovačko društvo Odašiljači i veze d.o.o. (dalje u tekstu: OIV) postojeću elektroničku komunikacijsku infrastrukturu izgrađenu uz autocestu Rijeka – Zagreb na odgovarajući način osposobe za daljnje korištenje i ponudu na tržištu viškova kapaciteta, to smatra tužitelj ne ostavlja daljnji prostor tuženiku ili bilo kojem drugom tijelu da na drugačiji način odlučuje o tom pitanju, odnosno u ovom slučaju da raspravlja o elektroničkoj komunikacijskoj infrastrukturi, koja je već iskorištena.

U tužbi tužitelj navodi i članak 30. stavak 3. Zakona o elektroničkim komunikacijama te s tim u vezi drži da postoje uvjeti iz te odredbe da bi zbog razloga zaštite ljudskog zdravlja (kroz osiguranje neometanog i kontroliranog odvijanja prometa na autocesti) bilo nužno prije bilo kakve odluke o omogućavanju pristupa elektroničkoj komunikacijskoj infrastrukturi i povezanoj opremi korisniku provesti javnu raspravu u skladu s člankom 22. tog Zakona, te dodaje da su i tužena tijela Republike Hrvatske iskazala interes za korištenjem elektroničke komunikacijske infrastrukture i povezane opreme tužitelja. Prije svega je to Ministarstvo obrane Republike Hrvatske, jer su pri tome uvaženi argumenti tužitelja o važnosti integriteta i bitnosti funkcioniranja te neometanog korištenja ceste i osiguranja života i imovine svih korisnika autoceste. Također smatra tužitelj da ukoliko tuženik nalazi da su ispunjeni uvjeti za davanje na korištenje elektroničke komunikacijske infrastrukture i povezane opreme da bi trebao svakako uzeti u obzir i sve naprijed navedene okolnosti kao i zahtjeve pobliže navedenih tijela, odnosno da bi u tom slučaju u skladu s člankom 30. stavkom 7. Zakona, bilo nužno raspisati javni natječaj za davanje pristupa i zajedničko korištenje elektroničke komunikacijske infrastrukture i povezane opreme.

Ovo stoga jer je elektronička komunikacijska infrastruktura uz autocestu Rijeka – Zagreb izgrađena u više etapa te tijekom dužeg vremenskog razdoblja s time da je u nekim dionicama te infrastrukture investitor bila država, odnosno državna tijela uprave (Hrvatska uprava za ceste). S obzirom na to da je ta infrastruktura izgrađena na zemljištu koje je nesporno u vlasništvu Republike Hrvatske, te u režimu javnog dobra, a Autocesta Rijeka – Zagreb d.d. je samo koncesionar tog zemljišta odnosno ovlašteni korisnik i upravitelj koncesijskog područja to je, zaključuje tužitelj, kod donošenja odluke o korištenju te infrastrukture bilo nužno konzultirati nadležna tijela Republike Hrvatske, odnosno bar pribaviti suglasnost tih tijela na sklapanje ugovora o korištenju te infrastrukture.

S obzirom na to da postojeća infrastruktura nije posebno projektirana niti postavljena kao izdvojena kablovska kanalizacija, već izvedena isključivo u funkciji sigurnog korištenja i održavanja ceste te da unutar ceste nema prostora u koje bi eventualni vanjski korisnici mogli postaviti svoju opremu.

Također da eventualna izgradnja takvih prostora zahtijeva prethodno istraživanje gdje bi se takve lokacije mogle pronaći s obzirom na njihov utjecaj na promet i okoliš. To nadalje zahtijeva postupak projektiranja i ishoda potrebnih dozvola i suglasnosti kao i obvezan tehnički pregled i uporabnu dozvolu.

Stoga da nije moguće uz postojeću infrastrukturu dodavati nove kablove bez ozbiljnih zahvata i djelomične rekonstrukcije što s obzirom na neprekidno korištenje ceste nije moguće. Naime, riječ je o sustavu s aktivnim vođenjem prometa što znači da na cesti postoje stotine promjenjivih znakova, obavijesti i portala kojima se upravlja iz posebnih centara za kontrolu prometa, pa je kroz cijelu cestu postavljena mreža različitih senzora, meteo-stanica i nadzornih uređaja koji neprekidno nadziru promet i stanje na cesti.

Dodaje da se promet odvija u više od 10 km tunela koji zbog vrlo složene sigurnosne situacije imaju posebno uređeni sustav praćenja i nadzora prometa. Da se u vršnim opterećenjima može na cesti u jednom trenutku naći više tisuća vozila i veliki broj putnika. Stoga da nadzor i upravljanje cestom mora biti neprekidno jer sustav sigurnosti i održavanje ceste, te nadzora ne može niti smije biti bilo čime ugrožen. Dakle, tužitelj smatra da se ne može osigurati uvlačenje novih kablova bez opasnosti za postojeće i bez prekida, niti popravak takvih kablova bez opsežnih priprema i mjera za osiguranje neometanog odvijanja prometa.

Stoga smatra da bi svako ometanje odnosno prekid u prometu izazvao nesagledive posljedice po korisnike autoceste te dodaje da nije moguće sa sigurnošću pretpostaviti da postojeća elektronička komunikacija infrastruktura omogućava korištenje iste od strane drugih korisnika bez posljedica po sigurnost odvijanja prometa.

Smatra tužitelj da je te činjenice tuženik propustio ocijeniti odnosno da je izvršio procjenu paušalno što je potencijalno i opasno jer je zaključio da pravo korištenja u konkretnom slučaju ne dovodi u pitanje ljudske živote i sigurnost korisnika autoceste.

Stoga da nije ranije niti zaključen ugovor o korištenju autoceste niti se prima naknada s te osnove već je tužitelj jedino u mogućnosti dati u najam uslugu korištenja u kablovsku kanalizaciju već postavljenih svjetlovodnih kablova (što je i učinjeno ugovorom s OIV-om, a ponuđeno je UNITEL-u). Uz to dodaje tužitelj da su kod donošenja osporene odluke dovedena u koliziju dva zakona, odnosno Zakon o sigurnosti prometa na cestama i Zakon o elektroničkim komunikacijama, jer je jednom cilj očuvanje života i zdravlja ljudi kroz uspostavu sigurnosti i neometanost odvijanja cestovnog prometa, dok je drugom cilj omogućavanje korištenja postojeće elektroničke komunikacijske infrastrukture.

Stoga da bi svaka odluka morala imati za cilj ostvarenje korištenja infrastrukture uz maksimalno uvažanje odredaba kojima se osigurava neometano odvijanje prometa, što smatra tužitelj ovdje nije slučaj jer se zbog ostvarivanja ciljeva propisanih u Zakonu o elektroničkim komunikacijama, odbacuju odnosno minoriziraju ciljevi propisani u Zakonu o sigurnosti prometa na cestama. S tim u vezi dodaje i da je suglasnost na tehničko rješenje sasvim nedostatan instrument, odnosno ne može osigurati sigurnost i ophodnost neprekidne kontrole odvijanja prometa.

Konačno tužitelj drži da je tuženik i u ranijim rješenjima točno utvrdio da tužitelj ne želi dati svoju elektroničku komunikacijsku infrastrukturu drugim korisnicima i operaterima na uporabu, pri čemu je propustio i utvrditi stvarno stanje stvari koje proizlazi iz ugovora tužitelja i OIV-a kojim se upravo regulira način davanja na korištenje te infrastrukture, a temeljem tog ugovora je upravo to i ponuđeno više puta UNITEL-u s čim u vezi napominje tužitelj da je upitna i namjera UNITEL-a jer su ponuđeni kapaciteti više nego dostatni za svako korištenje osim za namjeru postavljanja vlastite elektroničke komunikacijske infrastrukture i daljnju preprodaju prostora i kapaciteta. To bi smatra dovelo do iskorištavanja tuđe investicije uz minimalna ulaganja, bez uvažavanja činjenice da je tužitelj uložio značajna sredstva za izgradnju te infrastrukture, upravo zbog daljnje ponude vlastitih kapaciteta i usluga.

Nastavno u tužbi pobliže obrazlaže način na koji je tijekom postupka tuženik »utvrdio« stanje elektroničke komunikacijske infrastrukture tužitelja, a koje sadrži tabelu te prateći dopis u konstataciju da je moguće koristiti predmetnu infrastrukturu bez pobližeg obrazloženja odnosno dodatnih navoda temeljem čega je tuženik došao do takvog utvrđenja.

Pri tome da tuženik nije niti pokušao utvrditi utjecaj takvog korištenja navedene infrastrukture na sigurnost prometa i korisnika, a također je zanemario i činjenicu da se sustav kontrole i upravljanja prometom nadalje usavršava te da je nesporno daljnje proširenje i dogradnja postojeće autoceste uz poseban navod da nitko od stručnih osoba nije na terenu izvršio uvid u stanje elektroničke komunikacijske infrastrukture te njezinu ulogu u funkcioniranju autoceste. Iako eksplicitno tuženik navodi da prilikom izrade tzv. »nalaza« nije izvršen očevid na terenu već da je isti izrađen temeljem tehničke dokumentacije, tužitelj smatra da je već to dostatan razlog da se navedena odluka tuženika poništi i predmet vrati na ponovni postupak kojem bi bilo nužno radi utvrđenja odlučnih činjenica i okolnosti provesti zakoniti postupak te po potrebi pravo stanje stvari utvrditi temeljem nalaza i mišljenja vještaka odgovarajuće struke koji će stručno i nepristrano utvrditi stvarno stanje vodeći računa o svim bitnim činjenicama.

Tužitelj ukazuje i na manjkavost nalaza u kojem se navodi da »na dionicama Kikovica – Čavle, te Čavle – Orehovica na temelju uvida u dokumentaciju nije moguće sa sigurnošću ustanoviti je li moguće ostvariti slobodan prostor te se preporuča kontaktirati drugog infrastrukturnog operatera, trgovačko društvo Hrvatski Telekom d.d. na tim dionicama« što međutim nije spriječilo tuženika da na temelju takvog nalaza donese odluku o sklapanju ugovora za korištenje infrastrukture na temelju takvog nalaza u kojem se pobliže niti ne navodi tehničko rješenje koje bi uvažavalo pitanje sigurnosti korisnika tijekom radova na elektroničkoj komunikacijskoj infrastrukturi odnosno tijekom postupka uvođenja novih kablova UNITEL-a.

Dodaje tužitelj da je nemoguće obaviti bilo kakve radove na predmetnoj infrastrukturi bez prethodno jasno razrađenih sigurnosnih mjera i plana zatvaranja, odnosno obustavljanja prometa na dionicama na kojima se radovi obavljaju obzirom da bi prekid nadzorne i kontrole mreže mogao prouzročiti nesagledive posljedice.

Također ističe tužitelj da je njegova osnovna djelatnost korištenje i gospodarenje autocestom da su se u konkretnom slučaju trebale primijeniti i odredbe Zakona o sigurnosti cestovnog prometa, te Zakona o cestama kao i odredbe odgovarajućih podzakonskih akata koji propisi su ovdje *lex specialis*. Da je trebalo ujedno primijeniti i načela slobodnog tržišnog nadmetanja i ekonomičnosti, pobliže propisanih odredbama Zakona o javnoj nabavi. Uz to dodaje tužitelj kao koncesijsko društvo koje na temelju ugovora o koncesiji gospodari koncesijskim područjem i iskorištavanjem koncesijskih prava stječe cjelokupni prihod bez bilo kakvih proračunskih ili izvanproračunskih dotacija ili prihoda, pa je zaključuje neprihvatljivo nametanje sklapanja obveznog ugovora s UNITEL-om, jer bi takvo postupanje ujedno bilo protivno i navedenim propisima koje tužitelj smatra posebnim propisima za rješenje ove stvari. Ujedno bi se protivilo i temeljnim načelima slobodne tržišne utakmice i ekonomičnosti prema odredbama Zakona o javnoj nabavi.

Čak kada bi tuženik i mogao nametnuti tužitelju obvezu davanja na slobodnom tržištu elektroničke komunikacijske infrastrukture smatra da ne bi mogao nametnuti obvezu sklapanja ugovora pod naprijed određenim uvjetima i cijenama sa specifičnim korisnikom, već se tada morao provesti postupak javnog nadmetanja svih zainteresiranih korisnika i sklopiti ugovor s najpovoljnijim ponuditeljem. Uz to ne treba zanemariti i činjenicu da je prije stupanja na snagu Zakona o elektroničkim komunikacijama te podzakonskih propisa odnosno pravilnika donesenih na temelju tog Zakona bilo zainteresiranih za korištenje elektroničke komunikacijske infrastrukture, te da stoga Univerzalne telekomunikacije d.o.o. imaju pravo prvenstva jer su bili zainteresirani i prije donošenja rečenog Zakona, dok bi ostali zainteresirani korisnici ovom odlukom bili na neki način oštećeni.

Također dodaje tužitelj da ne treba zanemariti niti činjenicu da bi na temelju osporene odluke Univerzalne telekomunikacije d.o.o. zaposjele neutvrđeni dio elektroničke komunikacijske infrastrukture, što bitno smanjuje prostor za druge eventualno zainteresirane korisnike, te ih time dovodi u nepovoljniji položaj.

Slijedom naprijed navedenog zaključuje tužitelj da bi, ukoliko bi Visoki upravni sud Republike Hrvatske eventualno i utvrdio postojanje činjenica koje omogućavaju korištenje navedene infrastrukture na način utvrđen u spornoj odluci, istu svakako trebao poništiti i uputiti tuženika i tužitelja na provedbu javnog nadmetanja kojim bi svi zainteresirani imali jednaki položaj i mogućnosti.

Podredno predlaže Sudu da uvažavajući navode iz tužbe ukine osporenu odluku s obzirom na to da u svezi ove materije postoji pravna praksa, a riječ je o vrsti postupka koji zbog specifičnosti materije će odluka u svakom slučaju imati značajne i dalekosežne posljedice.

U odgovoru na tužbu tuženik smatrajući tužbene navode neosnovanima u bitnom ističe kao nesporno da koristi vlastite nekretnine u svrhu pružanja elektroničkih komunikacijskih mreža i usluga što potvrđuje i tužitelj svojim navodima. To tim više jer je tužitelj tijekom postupka u podnesku od 2. lipnja 2009. te na usmenoj raspravi sam izjavio da svoje kapacitete stavlja na raspolaganje drugim zainteresiranim poslovnim subjektima putem ugovora s trgovačkim društvom Odašiljači i veze d.o.o. (dalje u tekstu: OIV) zbog čega je predmetna usluga danas potpuno funkcionalna i dostupna na tržištu svim korisnicima na koji način tužitelj, smatra tuženik sada navodima koje ističe u tužbi proturječi samom sebi.

U prilog tome je, napominje tuženik, i činjenica da je upravo Vlada Republike Hrvatske kao vlasnik donijela odluku 7. veljače 2008. kojom je naložila trgovačkim društvima u većinskom vlasništvu Republike Hrvatske, koja imaju izgrađenu vlastitu telekomunikacijsku mrežu i infrastrukturu, utvrditi uvjete ponude radi davanja u najam