

# WYROK

## **I. W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 19 stycznia 2015 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący: SSO Bogdan Gierzyński

Protokolant: sekretarz sądowy Ewa Naróg

po rozpoznaniu w dniu 19 stycznia 2015 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z odwołania (...) sp. z o.o. w W. następcy prawnego (...) S.A. z siedzibą w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

o nałożenie obowiązków regulacyjnych

na skutek odwołania (...) sp. z o.o. w W. od Decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 14 grudnia 2012 r., nr (...)

1. Oddala odwołanie;

2. Zasądza od (...) sp. z o.o. w W. na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 360 zł (trzysta sześćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu.

SSO Bogdan Gierzyński

## ***XVII AmT 69/13***

# UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 14 grudnia 2012 r., nr (...) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej na podstawie art. 24 pkt 1 i pkt 2 lit. a, lit. b i lit. c w związku z art. 21 oraz art. 22 ust. 1 i ust. 2, art. 34 ust. 1 i ust. 2, art. 36, art. 37 ust. 1 i ust. 2, art. 44 ustawy Prawo telekomunikacyjnej oraz art. 104 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego:

I. określił rynek właściwy jako rynek świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...) S.A. z siedzibą w W. (zwanej dalej również: (...), Spółką, (...));

II. ustalił, że na runku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...) S.A. z siedzibą w W. występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej;

III. wyznaczył (...) S.A. z siedzibą w W. jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...) S.A. z siedzibą w W.;

IV. utrzymał określone w decyzji nr (...) z dnia 28 lutego 2011 r. następujące obowiązki regulacyjne:

1. obowiązek, którym mowa w art. 34 ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na uwzględnieniu uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego, w tym użytkowania elementów sieci oraz udogodnień towarzyszących, w celu świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...) S.A. z siedzibą w W. w szczególności poprzez:

- zapewnienie określonych elementów sieci telekomunikacyjnej, w tym linii i łączy, niezbędnych do zapewnienia dostępu do sieci;
- przyznawanie dostępu do interfejsów, protokołów lub innych kluczowych technologii niezbędnych dla interoperacyjności usług, w tym usług sieci wirtualnych;
- zapewnienie infrastruktury telekomunikacyjnej, kolokacji oraz innych form wspólnego korzystania z budynków;
- zapewnienie funkcji sieci niezbędnych do zapewnienia pełnej interoperacyjności usług, w tym świadczenia usług w sieciach inteligentnych;
- zapewnienie połączenia sieci lub urządzeń telekomunikacyjnych oraz udogodnień z nimi związanych;
- prowadzenie negocjacji w sprawie dostępu telekomunikacyjnego w dobrej wierze oraz utrzymanie uprzednio ustanowionego dostępu telekomunikacyjnego do określonych sieci telekomunikacyjnych, urządzeń lub udogodnień towarzyszących;
- uwzględnienie uzasadnionych wniosków o dostęp telekomunikacyjny poprzez interfejs systemu informatycznego;

2. obowiązek, o którym mowa w art. 36 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na równym traktowaniu przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego w celu świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...) S.A. z siedzibą w W., w szczególności przez oferowanie jednakowych warunków w porównywalnych okolicznościach, a także oferowaniu usług oraz udostępnianiu informacji na warunkach nie gorszych od stosowanych w ramach własnego przedsiębiorstwa lub w stosunkach z podmiotami zależnymi;

3. obowiązek, o którym mowa w art. 37 ust. 1 i 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na ogłaszaniu informacji w sprawach zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego, dotyczących specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci, a także opłat, przy czym:

- zakres informacji obejmuje wszystkie informacje dotyczące specyfikacji technicznej sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci, a także opłat, niezbędne do przygotowania przez zainteresowanych operatorów wniosku w sprawie zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego,
- publikacja wskazanych powyżej informacji nastąpi w formie elektronicznej na oficjalnej stronie internetowej (...) S.A. z siedzibą w W.,
- informacje należy ogłosić niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie dwóch miesięcy od dnia doręczenia niniejszej decyzji; w przypadku zmiany zakresu bądź treści publikowanej informacji należy ją ogłosić niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 1 tygodnia od dnia wprowadzenia zmiany;

V. zmienił nałożony przez Prezesa UKE na (...) S.A. z siedzibą w W. w decyzji nr (...) z dnia 28 lutego 2011 r. obowiązek o którym mowa w art. 44 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na zakazie stosowania zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowych (dalej także „MTR”) w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...) S.A. z siedzibą w W., poprzez jego uchylenie;

VI. nałożył na podstawie art. 44 ustawy Prawo telekomunikacyjne, obowiązek polegający na stosowaniu opłat za zakończenie połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) S.A. w wysokości określonej w zamieszczonym poniżej harmonogramie (dalej także: „(...)”) wyliczonej w oparciu o stworzony przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej także: „Prezes UKE”, „Regulator”) modelu operatora efektywnego.

Tabel 1. Harmonogram zastosowania MTR w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...)

	Od daty doręczenia decyzji, jednak nie wcześniej niż od dnia 1/10/2013 r. do 30/06/2013 r.	Od dnia 01/07/2013 r.
Wysokość Stawki za zakańczanie połączeń w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...) S.A. w PLN/min.	0,0826	0,0429

VII. decyzja ta na podstawie art. 206 ust. 2 aa w związku z art. 206 ust. 2 pkt 1 i pkt 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne podlega natychmiastowemu wykonaniu.

VIII. stwierdził, że załącznik do decyzji, zawierający dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowi integralną część decyzji.

IX. stwierdził, że załącznik nr 2 do decyzji, zawierający opis modelu kalkulacji kosztów według metodologii PURE LRIC, stanowi integralną część decyzji.

X. stwierdził, że załącznik nr 3 do decyzji, zawierający stosowany przez Prezesa UKE model kalkulacji kosztów operatora efektywnego w formie pliku xls., zapisany na płycie CD, stanowi integralną część decyzji.

XI. załącznik nr 4 do decyzji zawierający schemat grupy spółek kontrolowanych przez Z. Ż., stanowi integralną część decyzji.

XII. Załącznik nr 5 do decyzji zawierający komentarz Prezesa UKE do stanowisk zgłoszonych przez uczestników postępowania konsultacyjnego, jakie zostało przeprowadzone w dniach od 3 sierpnia 2012 r. do 3 września 2012 r., stanowi integralną część decyzji.

Przedmiotową decyzję w całości zaskarżył powód – (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W., obecnie (...) sp. z o.o. w W..

Zaskarżonej decyzji powód zarzucił:

1. naruszenie art. 24 pkt 2) ppkt a), b) i c ustawy Prawo telekomunikacyjne w zw. z art. 21 i art. 22 ustawy Prawo telekomunikacyjne oraz art. 34 ust. 1 i 2, art. 36, art. 37 ust. 1 i 2 i art. 44 ustawy Prawo telekomunikacyjne poprzez:

a) błędne ustalenie istnienia problemów rynkowych, w szczególności problemu w postaci możliwości nieuzasadnionego i antykonkurencyjnego zawyzania stawek za zakańczanie połączeń głosowych i nałożenie obowiązków regulacyjnych w odniesieniu do tak ustalonych problemów, a w konsekwencji nałożenie obowiązków regulacyjnych bez zachowania adekwatności i proporcjonalności danego obowiązku do problemów rynkowych,

b) błędne przyjęcie, iż doszło do zmiany warunków rynkowych, uzasadniających zmianę nałożonych uprzednio obowiązków regulacyjnych określonych w pkt V Decyzji poprzez ich wykreślenie, a następnie nałożenie obowiązku określonego w pkt VI Decyzji;

2. naruszenie art. 189 ust. 2 pkt 2 ppkt c ustawy Prawo telekomunikacyjne poprzez wydanie Decyzji dyskryminującej powoda w stosunku do innych podmiotów działających na rynku telekomunikacyjnym w szczególności poprzez dokonanie ustaleń faktycznych i prawnych w oderwaniu od rzeczywistej sytuacji rynkowej powodowej Spółki, z jej pokrzywdzeniem;

3. naruszenie art. 206 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne w związku z art. 104 § 1 i art. 107 § 1 i 2 Kodeksu postępowania administracyjnego poprzez wyłączenie części Decyzji do załączników, w szczególności do załącznika w postaci płyty CD, co nie spełnia wymogów dotyczących formy decyzji administracyjnej, a które to naruszenie miało istotny wpływ na wynik sprawy;

4. naruszenie art. 206 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne w związku z art. 104 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego oraz art. 77 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego, art. 107 § 1 i 3 Kodeksu postępowania administracyjnego, a także w zw. z art. 7, 8 i 11 Kodeksu postępowania administracyjnego poprzez:

a) oparcie rozstrzygnięcia na twierdzeniach nieopartych dowodami;

b) powołanie tylko niektórych okoliczności sprawy z pominięciem innych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności;

c) dokonanie ustaleń kalkulacji wysokości stawki MTR w oparciu o model kosztowy, którego opracowanie nastąpiło w sposób całkowicie dowolny, w oparciu o dane przyjęte dowolnie od różnych podmiotów, w sposób niemożliwy do zweryfikowania przez stronę Decyzji oraz w wysokości nieodpowiadającej rzeczywistej sytuacji faktycznej powoda;

d) brak dokonania ustaleń kosztowych w oparciu o dane przekazane przez powoda i oparcie się na nieadekwatnych i niewiarygodnych danych podmiotów znajdujących się w odmiennej sytuacji faktycznej od powodowej Spółki;

które to naruszenie miało istotny wpływ na wynik sprawy.

Powołując się na powyższe zarzuty powód wniósł o:

I. uchylenie Decyzji w całości;

albo, w przypadku uznania przez Sąd, iż brak jest podstaw do uchylenia Decyzji w całości,

II. zmianę Decyzji, w następujący sposób:

1) w pkt VI – poprzez zastąpienie dotychczasowej treści tego podpunktu następującą treścią:

nakładam na podstawie art. 44 ustawy Prawo telekomunikacyjne, obowiązek polegający na stosowaniu opłat za zakończenie połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) S.A. w wysokości określonej w zamieszczonym poniżej harmonogramie.

Tabela 1. Harmonogram zastosowania MTR w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...)

	od 1 stycznia 2013 r.	Od 1 lipca 2013 r.
wysokość stawki za zakańczanie połączeń w publicznej ruchomej	0,137	symetria

sieci telefonicznej (...) S.A. w PLN/ min.		
---	--	--

- 2) w pkt IX – poprzez wykreślenie całego punktu i Załącznika nr 2;
- 3) w pkt X – poprzez wykreślenie całego punktu i Załącznika nr 3;
- 4) w pkt XI – poprzez wykreślenie całego punktu i Załącznika nr 4;
- 5) w pkt XII – poprzez wykreślenie całego punktu i Załącznika nr 5.

Ponadto powód wniósł o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W odpowiedzi na odwołanie pozwany – Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wniósł oddalenie odwołania (...) w całości oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 1080 złotych.

**Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił następujący stan faktyczny:**

Pismem z dnia 15 marca 2012 r. pozwany – Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej zawiadomił powoda – (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. (obecnie (...) sp. z o.o. z siedzibą w W.) o wszczęciu postępowania w sprawie:

- a. Określenia rynku właściwego,
- b. Ustalenia, czy na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą,
- c. Wyznaczenie przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą, w przypadku stwierdzenia, że na rynku właściwym nie występuje skuteczna konkurencja oraz nałożenia na tego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą obowiązków regulacyjnych,
- d. Utrzymania, zmiany albo uchylecia obowiązków regulacyjnych nałożonych na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą przed przeprowadzeniem analizy rynku.

W dniu 28 marca 2012 r. pozwany spotkał się z przedstawicielami operatorów telefonii komórkowej celem omówienia sytuacji na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w sieciach ruchomych oraz przedstawienia harmonogramu dalszych działań regulacyjnych. Natomiast w dniu 3 sierpnia 2012 r. pozwany powiadomił Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i konsumentów o rozpoczęciu postępowania konsultacyjnego dotyczącego projektu decyzji.

W dniach od 3 sierpnia 2012 r. do 3 września 2012 r. przeprowadzone zostało postępowanie konsultacyjne dotyczące projektu zaskarżonej decyzji. W wyznaczonym terminie stanowisko konsultacyjne złożyły następujące podmioty: powód, (...) sp. z o.o., (...) sp. z o.o., (...) S.A., (...) Izba (...), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Stanowiska konsultacyjne wraz z komentarzem zostały opublikowane na stronie internetowej pozwanego w dniu 2 października 2012 r.

W toku postępowania pozwany włączył do akt postępowania następujące dokumenty: stosowany przez pozwanego model kalkulacji kosztów operatora efektywnego oraz opis modelu kalkulacji kosztów według metodologii Pure Lric dokumentacji modelu bottom – up Lric, korespondencję z operatorami telefonii ruchomej, mającej na celu zgromadzenie danych niezbędnych do zasilenia modelu kalkulacji kosztów bottom – up.

W dniu 2 października 2012 r. pozwany notyfikował Komisji Europejskiej projekt decyzji, która w dniu 31 października 2012 roku przekazała pozwanemu uwagi do notyfikowanego projektu decyzji.

W dniu pozwany przekazał projekt decyzji Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który postanowieniem z dnia 23 listopada 2012 r. uznał za zasadne proponowane przez pozwanego rozstrzygnięcie zawarte w decyzji.

Po przeprowadzeniu ww. postępowania pozwany wydał decyzję będącą przedmiotem niniejszej sprawy.

Powyższe fakty są bezsporne pomiędzy stronami postępowania. Na podstawie posiadanych dokumentów nie budzą one wątpliwości Sądu. W związku z powyższym stan faktyczny w sprawie został ustalony jak wyżej.

***W tym stanie faktycznym Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje:***

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do treści art. 24. ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800, z późn. zm.), po przeprowadzeniu postępowania, o którym mowa w art. 22 ust. 1, Prezes UKE, w przypadku ustalenia, że na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą, wydaje decyzję, w której:

- 1) określa rynek właściwy w sposób określony w art. 22 ust. 1 pkt 1;
- 2) wyznacza przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą oraz:
  - a) nakłada obowiązki regulacyjne, biorąc pod uwagę adekwatność i proporcjonalność danego obowiązku do problemów rynkowych, których rozwiązanie służy realizacji celów określonych w art. 1 ust. 2, lub
  - b) utrzymuje nałożone obowiązki regulacyjne, jeżeli przedsiębiorca telekomunikacyjny lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni nie utracili tej pozycji, lub
  - c) zmienia lub uchyla nałożone obowiązki regulacyjne, jeżeli przedsiębiorca telekomunikacyjny lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni nie utracili tej pozycji, ale warunki na rynku właściwym uzasadniają zmianę lub uchylenie tych obowiązków.

Wydana w tym trybie decyzja służy regulacji rynku ex ante, której celem jest zapobieżenie zagrożeniom dla rynku wynikającym z faktu posiadania przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego znaczącej pozycji rynkowej.

Fakt posiadania przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego znaczącej pozycji rynkowej oznacza posiadanie pozycji ekonomicznej odpowiadającej dominacji w rozumieniu przepisów prawa wspólnotowego, a więc tak silną pozycję ekonomiczną, że uprawnia go ona do postępowania według swojego uznania, nie bacząc na innych konkurentów, klientów i ostatecznych konsumentów. Powód nie kwestionuje, że posiadając 100% udział w rynku właściwym posiada taką właśnie znaczącą pozycję rynkową, co oznacza, że ma on potencjalną możliwość do postępowania według swojego uznania, nie bacząc na innych konkurentów, klientów i ostatecznych konsumentów.

Z istoty rzeczy, w regulacji ex ante Prezes UKE nie dokonuje ustaleń faktycznych dotyczących występowania określonych niepożądanych dla rozwoju rynku zjawisk lecz jedynie ustala czy wystąpienie takich zjawisk jest możliwe w przyszłości w oparciu o rozumowanie oparte na zasadach logiki i doświadczenia życiowego (domniemanie faktyczne).

Możliwość nieuzasadnionego i antykonkurencyjnego zawyżania stawek za zakańczanie połączeń głosowych jest możliwym zachowaniem przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej. Powód nie przytoczył w odwołaniu żadnego argumentu, który podważałby wniosek, że zagrożenia takie istnieją. Twierdzenie, że ustalanie stawek połączeń w oderwaniu od rzeczywistych kosztów powoduje negatywne skutki dla rozwoju operatora przekładające się na osłabienie jego pozycji rynkowej jest ogólnikowe i gołosłowne, a nadto nie wyklucza możliwości przedmiotowego zachowania.

Należy mieć na względzie, co wskazał Prezes URE w zaskarżonej Decyzji, że możliwość stosowania zawyżonych cen dotyczy może połączeń przychodzących, których koszt zazwyczaj nie stanowi kryterium wyboru użytkowników końcowych, a także, że ewentualne osłabienie pozycji rynkowej jest kompensowane wyższymi przychodami wynikającymi ze stosowania zawyżonych cen.

W ocenie Sądu nie ma też podstaw do zawężania zagrożenia polegającego na utrudnianiu innym operatorom dostępu do sieci powoda wyłącznie do odmowy zawarcia umowy o dostępie do sieci. Samo zaś zawarcie umowy nie jest równoznaczne z faktycznym uzyskaniem dostępu do sieci.

Zauważyć należy, że nałożone przez pozwanego środki regulacyjne dotyczą innych form utrudniania niż odmowa zawarcia umowy o dostępie. Dotyczą one w szczególności prowadzenia negocjacji w złej wierze czy utrudnianiu dostępu do infrastruktury, interfejsów, protokołów lub innych kluczowych technologii. Powód nie wykazał, że utrudnianie dostępu chociażby poprzez opóźnianie uzyskania fizycznego dostępu do sieci nie jest możliwe.

Zważyć również należało, że bezspornym jest, że jedynym właścicielem powodowej spółki jest (...), w którego kapitale akcyjnym Z. Ż. ma 65,9966% udział. (...) kontroluje ponadto dwie spółki telekomunikacyjne: (...) sp. z o.o. i (...) sp. z o.o. (...) kontroluje (poprzez podmiot zależny (...) sp. z o.o.) (...) sp. z o.o. i (poprzez (...) Ltd.) (...) S.A.

W ocenie Sądu fakt pośredniej zależności powoda i innych przedsiębiorstw telekomunikacyjnych od jednej osoby stwarza potencjalną możliwość podejmowania przez te podmioty skoordynowanych działań. Ustalenie to jest wystarczające dla zastosowania regulacji ex ante, gdyż zastosowanie środków określonych w art.24 pkt 1 a ustawy Prawo telekomunikacyjne ma zapobiegać wystąpieniu problemów rynkowych, a nie jest reakcją na ich występowanie. Przywoływane przez powoda orzecznictwo dotyczące one economic entity nie mają związku z istotą rozstrzygnięcia.

Bezzasadny jest zarzut naruszenia art.189 ust.2 pkt 2 ppkt c ustawy Prawo telekomunikacyjne poprzez dokonanie ustaleń faktycznych i prawnych w oderwaniu od rzeczywistej sytuacji rynkowej, z pokrzywdzeniem powoda.

W ocenie Sądu, powoływanie się na odmienną sytuację operatora nowego wobec zasiedziały na rynku nie daje podstaw do zarzutu, a także zróżnicowanych pozycjach rynkowych, nie daje podstaw do wniosku, że równe traktowanie takich podmiotów stanowi dyskryminację. Słowo „dyskryminacja” pochodzi od łacińskiego „discriminatio” i oznacza „oddzielenie” lub „rozdzielenie”. Odnosi się ono zatem do sytuacji różnego traktowania podmiotów o takim samym statusie. Twierdzenie powoda, że operatorów o różnych pozycjach rynkowych należy traktować odmiennie jest gołosłowne.

Należy również zauważyć, że powód działa na rynku od 2009 r., a więc w ocenie Sądu, dostatecznie długo by mógł uzyskać stabilną pozycję na rynku, właściwą podmiotom „zasiedziały”.

Za bezprzedmiotowy należy uznać zarzut naruszenia art.206 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne w zw. z art.104 § 1 i art. 107 k.p.a. poprzez wyłączenie części decyzji do załącznika w postaci płyty CD.

Przepis art.104 § 1 k.p.a. w ogóle nie odnosi się do kwestii formy decyzji, zaś art. 107 § 1 k.p.a. określa co powinna zawierać decyzja administracyjna (oznaczenie organu administracji publicznej, datę wydania, oznaczenie strony lub stron, powołanie podstawy prawnej, rozstrzygnięcie, uzasadnienie faktyczne i prawne, pouczenie, czy i w jakim trybie służy od niej odwołanie, podpis z podaniem imienia i nazwiska oraz stanowiska służbowego osoby upoważnionej do wydania decyzji). Przepis ten nie zakazuje posługiwania się załącznikami ani też nie określa wobec nich wymogów

formalnych. W praktyce, organy administracji posługują się załącznikami w przypadkach, gdy forma pisemna nie jest w stanie oddać istoty rozstrzygnięcia lub wyjaśnić jego motyw. Najczęściej załącznikami bywają zatem mapy, rysunki, szkice itp.

W rozpoznawanej sprawie załącznik do decyzji obejmuje jedynie fragment uzasadnienia decyzji, co powoduje, że zarzut niedopuszczalności takiego działania jest bezprzedmiotowy w postępowaniu przed sądem ochrony konkurencji i konsumentów.

Zgodnie, bowiem z ugruntowanym w orzecznictwie poglądem (vide: Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 1991 roku sygn. akt III CRN 120/91 OSNC 1992 Nr 5, poz. 87; Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 października 1998 roku sygn. akt I CKN 265/98 OSP 2000 Nr 5 poz. 68; Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 sierpnia 1999 roku sygn. akt 351/99 OSNC 2000 Nr 3 poz. 47; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2001 roku sygn. akt I CKN 1036/98 LEX Nr 52708; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 września 2005 roku, sygn. akt III SZP 2/05 OSNP 2006/19-20/312) Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie może ograniczyć sprawy wynikającej z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu tylko do funkcji sprawdzającej prawidłowość postępowania administracyjnego, które poprzedza postępowania sądowe. Celem postępowania nie jest przeprowadzenie kontroli postępowania administracyjnego, ale merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy, której przedmiotem jest spór między stronami powstający dopiero po wydaniu decyzji przez Prezesa Urzędu. Postępowanie sądowe przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest postępowaniem kontradiktoryjnym, w którym uwzględnia się materiał dowodowy zebrany w postępowaniu administracyjnym, co nie pozbawia jednak stron możliwości zgłoszenia nowych twierdzeń faktycznych i nowych dowodów, według zasad obowiązujących w postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych. Sąd antymonopolowy jest sądem cywilnym i prowadzi sprawę cywilną, wszczętą w wyniku wniesienia odwołania od decyzji Prezesa Urzędu, w tym wypadku Urzędu Komunikacji Elektronicznej, według reguł kontradiktoryjnego postępowania cywilnego, a nie sądem legalności decyzji administracyjnej, jak to czynią sądy administracyjne w postępowaniu sądowno-administracyjnym. Tylko takie odczytanie relacji pomiędzy postępowaniem administracyjnym i postępowaniem sądowym może uzasadniać dokonany przez racjonalnego ustawodawcę wybór między drogą postępowania cywilnego i drogą postępowania sądowno-administracyjnego dla wyjaśnienia istoty sprawy.

Konsekwencją ewentualnego uznania za niedopuszczalne posłużenia się załącznikiem w formie płyty CD jako części uzasadnienia byłoby uznanie, że ta część informacji (zamieszczonej na płycie CD) nie stanowi części składowej decyzji. W rezultacie decyzja zawierałaby jedynie uboższe uzasadnienie, formalnie jednak zawierając wszystkie elementy wymienione w art.107 § 1 k.p.a. Sama treść uzasadnienia zaskarżonej decyzji, jak również wartość przedstawionej w niej argumentacji nie ma jednak znaczenia w postępowaniu przed sądem, który nie jest związany w żaden sposób treścią uzasadnienia, dokonując własnych ustaleń i oceny prawnej w zakresie istoty sprawy.

Z uwagi na wskazany wyżej pierwszo instancyjny charakter postępowania przed sądem ochrony konkurencji i konsumentów za bezprzedmiotowe należało uznać zarzuty naruszenia art.206 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne w zw. z art.104 § 1 i art. 107 § 1 i 3 k.p.a., a także art.7, 8 i 11 k.p.a.

Podkreślić przy tym należy, że powód w odwołaniu ogranicza się do kontestacji uzasadnienia zaskarżonej Decyzji, uznając twierdzenia pozwanego za gołosłowne lub nieprzekonujące, lub też nie mające w jego ocenie uzasadnienia w stanie faktycznym. Nie stanowi to podstawy do wzruszenia Decyzji, gdyż w toku postępowania odwoławczego sąd orzeka *in meriti*, a więc nawet hipotetycznie błędne uzasadnienie nie stanowi przesłanki uchylenia lub zmiany decyzji, jeżeli jej rozstrzygnięcie jest prawidłowe.

Z tych względów odwołanie należało oddalić wobec braku podstaw do jego uwzględnienia (art.479<sup>64</sup> § 1 k.p.c.).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sporu, zasądzając na rzecz pozwanego koszty zastępstwa procesowego według norm przepisanych (art.98 k.p.c.)