

*Sygn. akt VI ACa 2067/15*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 5 maja 2017 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:*

*Przewodniczący – Sędzia SA Aldona Wapińska*

*Sędziowie: SA Marek Kolasiński (spr.)*

*SO (del.) Tomasz Wojciechowski*

*Protokolant: starszy sekretarz sądowy Magdalena Męczkowska*

*po rozpoznaniu w dniu 5 maja 2017 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa (...) S.A. w W.*

*przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej*

*z udziałem zainteresowanych (...) S.A. w W. i (...) w W.*

*o określenie warunków współpracy*

*na skutek apelacji powoda*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

*z dnia 15 października 2015 r.*

*sygn. akt XVII AmT 39/15*

**I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że nadaje mu treść:**

**„1. uchyla decyzję Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z 15 grudnia 2011 roku, (...);**

**2. zasądza od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rzecz (...) S.A. w W. kwotę 747 zł (siedemset czterdzieści siedem złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu.”;**

**II. zasądza od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rzecz (...) S.A. w W. kwotę 370 zł (trzysta siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

*Sygn. akt VI ACa 2067/15*

## UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (Prezes UKE, pozwany), po rozpatrzeniu wniosku (...) S.A. z siedzibą w W. (obecnie (...) SA., dalej (...), powód) z dnia 1 grudnia 2009 r., na podstawie art. 28 ust. 1 w zw. z art. 206 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. nr 171, poz.1800, z późn. zm. dalej (...)) oraz art. 104 § 1 k.p.a. decyzją z dnia 15 grudnia 2011 r. nr (...):

I. odmówił określenia warunków współpracy pomiędzy (...) a (...) S.A. z siedzibą w W. (dalej (...), zainteresowany) w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora,

II. ustalił, że treść stanowiącego integralną część decyzji (...) nr (...) zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa,

III. na podstawie art. 206 ust. 2aa w związku z art. 206 ust. 2 pkt 5 Pt. orzekł, że decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu.

(...) S.A. w złożonym odwołaniu zaskarżyła decyzję Prezesa UKE w całości, zarzucając jej naruszenie:

1. art. 28 ust. 1 Pt poprzez odmowę ustalenia warunków współpracy pomiędzy (...) a (...) na skutek błędnego uznania, iż możliwa jest odmowa rozstrzygnięcia z uwagi na brak wiedzy organu lub przypuszczenia organu (Prezes UKE stwierdził, że w obecnym stanie faktycznym nie jest możliwe ustalenie opłaty hurtowej za przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora),

2. art. 28 ust. 1 pkt 1 Pt poprzez nieuprawnione przyjęcie założenia, iż interes użytkowników sieci telekomunikacyjnych uzasadnia odmowę określenia warunków współpracy pomiędzy (...) a (...) w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług, pomimo istnienia kosztów po stronie (...),

3. art. 28 ust. 1 pkt 2 Pt poprzez nieprawidłowe uznanie, iż odmowa ustanowienia rozliczeń dotyczących usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług nie wpłynie na wykonywanie obowiązku realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przez (...),

4. art. 28 ust. 1 pkt 4 Pt poprzez uznanie, iż w obecnym stanie faktycznym brak jest praktycznej możliwości wdrożenia rozwiązań dotyczących ekonomicznych aspektów rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług, zarówno zaproponowanych przez (...), jak też mogących stanowić rozwiązania alternatywne, tj. opłaty ustalone na podstawie opłat obowiązujących na porównywalnych rynkach europejskich lub opłat obowiązujących w sieci stacjonarnej,

5. art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. b Pt poprzez uznanie, iż niedyskryminujące warunki dostępu telekomunikacyjnego w przedstawionym stanie faktycznym oznaczają brak jakichkolwiek opłat, pomimo istnienia kosztów po stronie (...),

6. art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. c Pt poprzez uznanie, iż najlepszym rozwiązaniem z punktu widzenia rozwoju konkurencyjnego rynku usług telekomunikacyjnych jest brak ustalania opłat z uwagi na fakt, iż określone podmioty działające na rynku usług telekomunikacyjnych widzą w opłacie hurtowej zagrożenie dla swoich celów biznesowych,

7. art. 41 Pt poprzez zastosowanie bliżej nieokreślonej metody oceny opłaty uwzględniającej ponoszone koszty, pomimo braku jakiegokolwiek obowiązku regulacyjnego nałożonego na (...),

8. art. 1 ust. 2 pkt 1 w związku z art. 189 ust. 2 pkt 2 lit. c poprzez dyskryminujące traktowanie (...) polegające na odmowie ustalenia opłaty hurtowej za realizację usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora w sytuacji ustalania opłat hurtowych dla innych podmiotów za realizację usług hurtowych, w tym usługi przenośności numerów.

Na podstawie przedstawionych zarzutów powód wniósł o:

I. uchylenie zaskarżonej decyzji w całości,

ewentualnie o:

II. jej zmianę poprzez ustalenie warunków współpracy pomiędzy (...) a (...) w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora poprzez ustalenie opłat w wysokości:

- zaproponowanej przez Prezesa UKE w projektach decyzji konsultowanych uprzednio w przedmiotowej sprawie tj. w wysokości 25,39 zł obowiązującej dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych działających w stacjonarnej publicznej sieci telekomunikacyjnej albo,
- ustalonej przez Prezesa UKE na podstawie opłat stosowanych na porównywalnych rynkach konkurencyjnych tj. w wysokości 6,44 euro.

III. zasądzenie od Prezesa UKE kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania powód wskazał, że zgodnie z art. 28 ust. 1 Pt Prezes UKE ma obowiązek wydania decyzji o dostępie telekomunikacyjnym, która co do zasady może być decyzją ustalającą warunki dostępu telekomunikacyjnego lub odmawiającą ustalenia tych warunków. Zdaniem powoda Prezes UKE, poprzez stwierdzenie, iż „nie ma możliwości w chwili obecnej rozstrzygnąć kwestii spornej” i powołanie się na przepisy art. 28 ust. 1 pkt 2, pkt 4 i pkt 5 Pt, naruszył przepis art. 28 ust. 1 Pt oraz art. 41 Pt. Przepis art. 28 ust. 1 Pt nie uprawnia Prezesa UKE do wydania decyzji, w której stwierdzi, że „w chwili obecnej” nie rozstrzygnie sporu pomiędzy (...) a (...) bez wskazania, kiedy i na jakiej podstawie będzie mógł ten spór rozstrzygnąć.

Przedstawione przez Prezesa UKE uzasadnienie odmowy ustalenia warunków koncesji powód ocenił jako pozorne. Wskazał, że w celu rozstrzygnięcia o wysokości opłaty pozwany miał możliwość:

- skorzystać z wyników kalkulacji kosztów operatora, na którego nałożono odpowiednie obowiązki regulacyjne w stosunku do określonych typów usług,
- przyjąć opłatę zaproponowaną przez wnioskodawcę lub stronę sporu międzyoperatorskiego,
- ustalić wysokość opłaty na podstawie opłat stosowanych na porównywalnych rynkach konkurencyjnych (benchmark europejski),
- ustalić opłaty na podstawie opłat stosowanych przez innych przedsiębiorców na rynku polskim (benchmark krajowy).

Powód podkreślił, że na (...) nie zostały nałożone obowiązki regulacyjne w zakresie kalkulacji kosztów opłaty hurtowej za przeniesienie przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora (usługa (...)). Stwierdził, że jedynym wymogiem, który (...) powinno spełniać przy ustalaniu tej opłaty są przesłanki określone w art. 41 ust. 1 Pt, który jest implementacją do prawa krajowego art. 30 ust. 2 dyrektywy 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (dalej: dyrektywa o usłudze powszechnej lub (...)). Zgodnie z powołanym przepisem wysokość opłat pobieranych z tytułu usługi (...) powinna być oparta na ponoszonych kosztach. Powód wskazał, że przy kalkulacji przedstawionej Prezesowi UKE wysokości opłaty (...) kierował się wytycznymi wyrażonymi w stanowisku Prezesa UKE z lutego 2009 r., dotyczącymi kosztów ponoszonych w związku z realizacją usługi przenośności numerów. Zarzucił, iż pozwany, mimo potwierdzenia w zaskarżonej decyzji, że realizacja usługi (...) generuje pewne koszty, które zgodnie z art. 41 ust. 1 Pt muszą zostać uwzględnione w opłacie za (...), nie ustalił opłaty hurtowej i stwierdził, iż nie ma możliwości rozstrzygnąć przedmiotowej kwestii spornej.

Zdaniem (...) Prezes UKE mógł ustalić opłatę (...) w wysokości 25,39 zł, stosowanej już faktycznie na krajowym rynku w telefonii stacjonarnej lub wykorzystać metodę analizy porównawczej (benchmark), uwzględniając dane dotyczące ceny hurtowej z tytułu usługi (...) na porównywalnych zagranicznych rynkach konkurencyjnych. Powód powołał się na kilka decyzji pozwanego, przy których wydawaniu Prezes UKE wykorzystał metodę benchmarku europejskiego do

ustalenia stawki (...) w sytuacji, gdy operatorzy przedstawili różne koszty świadczenia usług. Wskazał, iż w zaskarżonej decyzji, brak możliwości zastosowania analizy porównawczej pozwany uzasadnił domniemaniem, że w krajach UE żaden operator nie kalkuluje opłaty (...) zgodnie z metodologią, którą Prezes UKE uważa za słuszną.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 28 ust. 1 pkt 1 Pt powód zauważył, iż ustalenie opłaty hurtowej ma charakter symetryczny, co oznacza, że ponoszą ją obaj operatorzy zależnie od tego, który występuje w roli biorcy numeru. (...) oświadczyła, że po wprowadzeniu opłaty hurtowej z tytułu realizacji usługi przeniesienia numeru nie zamierza podnieść opłat detalicznych. Wprowadzenie tej opłaty nie stanowi, więc zagrożenia dla interesu użytkowników sieci telekomunikacyjnych, a Prezes UKE nie może nadmiernie powoływać się na tę okoliczność, ponieważ koszty prowadzonej przez przedsiębiorców działalności muszą zostać pokryte. Przyjęcie założenia, że najbardziej korzystne dla użytkowników jest likwidacja hurtowych opłat (...) powód uznał za nieuzasadnione.

Powód nie zgodził się ze stanowiskiem Prezesa UKE, że ustanowienie lub brak ustanowienia opłaty (...) są niezależne od realizacji obowiązku określonego w art. 71 ust. 1 Pt i nie wpłynęły na sam fakt wykonywania tego obowiązku. Zdaniem powoda prawidłowe zastosowanie przepisu art. 28 ust. 1 pkt 2 Pt polega na uznaniu, że w sytuacji gdy realizacja nałożonego na przedsiębiorcę obowiązku świadczenia określonej usługi generuje koszty, przedsiębiorca powinien mieć prawo do pobierania odpowiedniej opłaty z tego tytułu. W ocenie (...) art. 28 ust. 1 pkt 2 Pt pozwany zastosował w sposób nieprawidłowy.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 28 ust. 1 pkt 4 Pt oraz art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. b i c Pt, powód powołał się na argumentację przedstawioną przy uzasadnianiu zarzutu naruszenia art. 28 ust. 1 Pt., dotyczącą możliwych do wdrożenia metod rozliczeń. Wskazał, iż okoliczność, że przed wydaniem zaskarżonej decyzji (...) nie uiszczał opłat z tytułu realizacji przeniesienia numeru i nie uwzględniał ryzyka istnienia takiej opłaty nie może być argumentem za jej całkowitą likwidacją i świadczeniem przez (...) usługi przenośności numerów za darmo. Powód zauważył, że większość opłat hurtowych stosowanych przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych jest zagrożeniem dla ich konkurentów i kosztem prowadzenia działalności gospodarczej. Jednak postulowanie likwidacji opłaty (...) z tego względu, zdaniem powoda, nie jest zasadne.

Powołując się na treść art. 1 ust. 2 pkt 1 Pt powód wskazał, iż celem ustawy jest stworzenie warunków do wspierania równoprawnej i skutecznej konkurencji. Oznacza to stosowanie takiej samej miary i ocenianie sytuacji wszystkich zainteresowanych według takich samych kryteriów. Równe traktowanie polega na stworzeniu dla każdego podmiotu identycznych możliwości realizacji praw i obowiązków. Przyjęte w zaskarżonej decyzji rozwiązanie, polegające na rezygnacji z ustalenia opłaty (...) powoduje, że (...) jest dyskryminowane jako przedsiębiorca ponoszący koszty i występujący z wnioskiem do Prezesa UKE o ustalenie opłaty uwzględniającej ponoszone koszty. Obowiązująca od połowy 2009 r. sytuacja rynkowa, w której realizacja przenośności numerów w sieci ruchomej jest wykonywana bez żadnych opłat, przy jednoczesnym ustaleniu opłat (...) w sieci stacjonarnej, zdaniem powoda, jest dyskryminująca dla (...), które ponosi koszty z tytułu realizacji usługi przenośności numerów w sieci telefonii ruchomej. W ocenie powoda zadaniem Prezesa UKE jako regulatora nie jest tworzenie warunków, w których jeden z przedsiębiorców korzysta, a drugi ponosi straty.

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wniósł o oddalenie odwołania (...) w całości, oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 720 zł z uwagi na rodzaj i stopień zawłości sprawy oraz wymagany nakład pracy w przedmiotowej sprawie.

Wniosek powoda o uchylenie zaskarżonej decyzji, wobec niewykazania w odwołaniu braku podstaw prawnych do jej wydania, pozwany uznał za bezpodstawny. Odnosnie wniosku o zmianę decyzji poprzez ustalenie opłaty (...) w jednym z dwóch wskazanych wariantów wysokości pozwany, powołując się na przepis art. 41 ust. 1 Pt zarzucił, że w odwołaniu nie przedstawiono dowodów w celu wykazania kosztów, jakie w związku z realizacją obowiązku przenośności numerów ponosi (...). Zdaniem Prezesa UKE żądanie powoda o ustalenie wysokości opłaty za realizację przenoszenia numerów z sieci ruchomej (...) do sieci innego operatora nie zostało oparte na kosztach realizacji obowiązku.

Odpowiadając na zarzut naruszenia art. 28 ust. 1 Pt pozwany stwierdził, że odmowa określenia warunków współpracy pomiędzy stronami jest rozstrzygnięciem merytorycznym. Zauważył, że art. 28 ust. 3 Pt przewiduje jedynie uprawnienie a nie obowiązek dla Prezesa UKE do zawarcia w decyzji elementów, o których mowa w art. 31 ust. 12 i 3 Pt, co wynika ze specyfiki umów o dostępie telekomunikacyjnym, których przedmiot i szczegółowe regulacje różnią się w konkretnych przypadkach. Wskazał, przepisy Prawa telekomunikacyjnego regulujące wydawanie decyzji o dostępie telekomunikacyjnym nie obligują Prezesa UKE do podejmowania czynności, których (...) oczekuje od organu, tj. ustalenia opłaty (...) mimo, że w toku postępowania nie zdołano ustalić wysokości kosztów ponoszonych przez strony w związku z realizacją przenoszenia numerów. Zebrany w sprawie materiał dowodowy ujawnił takie rozbieżności w podejściu operatorów do składników oraz wysokości opłaty za wykonywanie usługi (...), że zastosowanie do rozstrzygnięcia sporu międzyoperatorskiego metody porównawczej nie było możliwe. Nie oznacza to jednak, iż zebrany w sprawie materiał dowodowy nie był kompletny. Brak możliwości wydania decyzji o ustaleniu stawki (...) wynikał z tego, że (...) nie była w stanie podać wysokości kosztów związanych z tą usługą i określić składających się na nią procesów. Pozostali operatorzy, świadczący usługę (...) wskazali, że nie są zobligowani do kalkulacji kosztów usługi (...) i mogli podać jedynie orientacyjne koszty. Przy ustalaniu danych dotyczących tej usługi operatorzy przyjmowali różne metodologie ich liczenia. W związku z tym zebrane informacje nie nadawały się do porównania lub weryfikacji.

Prezes UKE podniósł, że w toku postępowania konsultacyjnego operatorzy mobilni wskazali, że oparcie metodologii i wysokości kosztów świadczenia usługi (...) na informacjach dotyczących przenoszenia numerów w sieciach stacjonarnych jest błędem.

Pozwany podkreślił, iż obowiązek realizacji usług (...) ma źródło w przepisie art. 71 ust. 1 Pt. Nie wynika z decyzji organu regulacyjnego jednak w związku z treścią art. 71 ust. 3 Pt organ uprawniony jest do weryfikacji przyjętej przez (...) metodologii kosztów oraz ich wysokości. Nie ma obowiązku zaakceptowania zaproponowanej przez (...) kwoty. Przyjęcie opłaty (...) w wysokości podanej przez (...) bez weryfikacji oznaczałoby swobodne ich narzucenie innym operatorom. Przed wydaniem decyzji konieczne było zbadanie praktyki innych krajów UE i zbadanie kosztów ponoszonych przez polskich operatorów przy realizacji poszczególnych przeniesień numerów.

Prezes UKE odwołał się również do treści art. 41 ust. 1 Pt, zgodnie z którym opłaty związane z przenoszeniem numerów między sieciami powinny uwzględniać ponoszone koszty. Wskazał, że przedsiębiorca, który wnioskuje o wydanie decyzji w przedmiocie opłaty (...) powinien określić wysokość tej opłaty z uwzględnieniem ponoszonych kosztów. Podkreślił, że (...) nie była w stanie przedstawić tych kosztów. Zauważył, iż zgodnie z przyjętym orzecnictwem sądowym strona nie jest zwolniona od lojalnego współdziałania w wyjaśnianiu okoliczności faktycznych, skoro nieudowodnienie określonego faktu może prowadzić do wydania decyzji dla niej niekorzystnej.

Zdaniem pozwanego w sprawie nie było możliwe zastosowanie metody benchmarku z uwagi na to, że w obrębie Unii Europejskiej nie występują porównywalne w tym zakresie do krajowego rynku telekomunikacyjnego. Tylko w dwóch krajach wprowadzono opłatę za usługę (...). W siedmiu krajach wraz z Polską nie ma opłat hurtowych za (...). W pozostałych krajach UE opłaty zostały wprowadzone przez operatorów. Zastosowano przy tym specyficzne dla rynku danego kraju rozwiązania. Odnośnie do twierdzeń powoda o możliwości skorzystania w sprawie z metody benchmarku europejskiego pozwany wskazał na specyficzne cechy występujące na każdym z rynków w poszczególnych krajach unijnych.

Prezes UKE podkreślił, iż część przedstawionych przez (...) kosztów nie była związana z samym procesem przenoszenia numerów. Uwzględnienie przy kalkulacji opłaty za przeniesienie numeru, poza kosztami założenia także kosztów modernizacji sieci było, zdaniem pozwanego, sprzeczne z wytycznymi wskazanymi w wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 lipca 2006 r. w sprawie C- 438/04 powołanym w uzasadnieniu decyzji. Koszty modernizacji sieci wynikają z obowiązku operatora określonego w art. 71 ust. 1 Pt, który ma być realizowany bez względu na to czy abonenci korzystają czy nie z przysługującego im uprawnienia.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 28 ust. 1 Pt, pozwany wskazał, iż w decyzji opowiedział się za istnieniem opłat za wzajemne korzystanie z połączonych sieci, związane z realizacją przenoszenia numerów. Ustalenie zbyt wysokiej

opłaty (...) mogłoby spowodować pogorszenie sytuacji użytkowników sieci telekomunikacyjnych, ponieważ biorczy zaprzestaliby działań promocyjnych dla przenoszących się do nich abonentów i mogliby zaniechać zawierania umów abonenckich z przeniesieniem numeru do ich sieci. Dodał, że konieczność ponoszenia zbyt wysokiej opłaty za (...) może prowadzić do podniesienia przez biorców swoich cen detalicznych i ekonomicznego obciążenia abonentów kosztami procesu przenośności numerów, co byłoby sprzeczne z art. 71 ust. 3 Pt.

Pozwany wskazał, że zgodnie z art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. b Pt opłata za usługę (...) powinna być analogiczna dla wszystkich operatorów mobilnych, aby uniknąć promowania operatorów nieefektywnych i dyskryminowania efektywnych. Wobec braku możliwości ustalenia równej i niedyskryminującej opłaty dla wszystkich operatorów, Prezes UKE wydał decyzję odmowną.

Zdaniem pozwanego uprawnienie abonenta do przeniesienia numeru z art. 71 Pt jest niezależne od regulacji zawartej w art. 41 Pt. Nie zgodził się z zarzutem odwołania, iż odmowa ustanowienia rozliczeń dotyczących usługi (...) wpłynie niekorzystnie na realizację uprawnienia abonentów do przeniesienia numeru. Wskazał, na ustawowy charakter obowiązku realizacji usługi (...), który wynika wprost z art. 71 ust. 1 Pt oraz na to, że kwestia rozliczeń międzyoperatorskich została uregulowana w art. 41 ust. 1 Pt.

Twierdzenia powoda oparte na zarzucie dyskryminacyjnego traktowania (...) w następstwie odmowy ustalenia opłaty (...) pozwany uznał za nietrafne i przedstawił stosowaną argumentację na uzasadnienie swego stanowiska.

Zainteresowani – (...) S.A. oraz (...), którym doręczono odpis odwołania nie złożyli odpowiedzi na odwołanie.

Wyrokiem z dnia 15 października 2015 r., wydanym w sprawie o sygn. akt XVII AmT 39/15, Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie (pkt I) oraz zasądził od (...) S.A. z siedzibą w W. na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 2160 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego (pkt II).

Powyższe rozstrzygnięcie Sąd Okręgowy oparł następujących ustaleniach faktycznych.

Ustawa z dnia 24 kwietnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 85, poz. 716) wprowadziła nowelizację art. 71 ust. 3 Pt polegającą na zmianie procesu przenośności numerów poprzez zniesienie zasady pobierania od abonenta opłaty detalicznej za przeniesienie przydzielonego numeru. W związku z tym w maju 2009 r., operatorzy telefonii mobilnej, m. in. (...) i (...) rozpoczęli negocjacje w kwestii ustalenia opłat hurtowych za przeniesienie numeru. Wobec nieosiągnięcia porozumienia (...), pismem z dnia 1 grudnia 2009 r. wystąpiła do Prezesa UKE z wnioskiem o określenie warunków współpracy w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora pomiędzy (...) a (...).

Pismem z dnia 7 grudnia 2009 r., Prezes UKE poinformował strony o wszczęciu w dniu 4 grudnia 2009 r. postępowania o wydanie decyzji określającej warunki współpracy w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora pomiędzy (...) a (...) oraz zwrócił się do (...) na podstawie art. 27 ust. 4 Pt o przedstawienie stanowiska w przedmiocie wniosku (...).

W piśmie z dnia 22 grudnia 2009 r., (...) wskazał, iż nie istnieją przesłanki prawne uzasadniające konieczność ustalenia opłat proponowanych przez (...). Przepisy art. 30 ust. 2 (...) i prawa krajowego nie nakładają obowiązku ustalenia takich opłat. Umożliwiają wprowadzenie tych opłat jeżeli regulator krajowy uzna to za konieczne. (...) wniósł o wydanie przez Prezesa UKE decyzji odmawiającej określenia warunków współpracy w zakresie hurtowych rozliczeń z tytułu realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru (k. 66-69 akt administracyjnych).

Pismem z dnia 13 stycznia 2010 r., Prezes UKE, na podstawie art. 50 § 1 k.p.a., wezwał (...) do złożenia niezbędnych wyjaśnień w przedmiocie przedstawionej przez (...) we wniosku z dnia 1 grudnia 2009 r. kalkulacji

kosztów. (...) pismem z 21 stycznia 2010 r. wyjaśniła, iż przedstawiona kalkulacja została sporządzona w oparciu o wartości historyczne i oświadczyła, iż aktualne dane zostaną przedstawione bez zbędnej zwłoki (wezwanie k. 86 akt administracyjnych, odpowiedz na wezwanie k. 105-107 akt administracyjnych).

Pismem z dnia 29 stycznia 2010 r., Prezes UKE ponownie wezwał (...) do przekazania niezbędnych wyjaśnień w przedmiocie przedstawionej przez (...) we wniosku z dnia 1 grudnia 2009 r. kalkulacji kosztów z uwzględnieniem najbardziej aktualnych danych. W piśmie z dnia 5 lutego 2010 r. (...) udzieliła dalszych wyjaśnień w przedmiocie przedstawionej w złożonym wniosku kalkulacji kosztów. Jednocześnie (...) zawnioskowała o zawieszenie przedmiotowego postępowania na podstawie art. 97 § 1 pkt 4 k.p.a. do czasu dostarczenia przez nią zaktualizowanej kalkulacji opłaty hurtowej (ponowne wezwanie k. 105 akt administracyjnych., pismo k. 108 akt administracyjnych).

Pismami z dnia 5 i 9 marca 2010 r. (...) przedstawiła nową kalkulację wysokości hurtowej opłaty za przeniesienie przydzielonego numeru. Opłata została ustalona w wysokości 62,12 zł (k. 160-167 akt administracyjnych).

W dniu 4 maja 2010 r. do Prezesa UKE wpłynęło pismo (...) zawierające Opinię Rzecznika Generalnego Y. B., przedstawioną w dniu 15 kwietnia 2010 r. w sprawie C-99/09 (k. 177 akt administracyjnych).

Z uwagi na konieczność opracowania systemowego rozwiązania opłat za przenośność numerów Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej w toku postępowania administracyjnego zwrócił się do operatorów telekomunikacyjnych działających na rynku o udzielenie wyjaśnień dotyczących ponoszonych przez nich kosztów związanych z przenoszeniem numeru, w tym również kosztów poszczególnych procesów składających się na pojedyncze przeniesienie numeru, tj.: odebrania komunikatu (...) – zarejestrowanie wniosku o przeniesienie numeru – automatyczna weryfikacja danych, wysyłanie odpowiedzi (...) – informacja dawcy o planowanym terminie zwolnienia numeru lub odpowiedzi (...) - odmowa przeniesienia numeru w danym dniu, odebranie komunikatu (...) – żądanie biorcy wydania numeru przez dawcę, wysłanie komunikatu (...) – zwolnienie przez dawcę numeru.

Na wniosek Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej operatorzy udzielili następujących wyjaśnień.

(...) wskazał, że miesięczny koszt utrzymania systemu obsługującego proces (...) jest niezależny od ilości numerów przeniesionych. Zdaniem (...) to operator biorca ma większą ilość zadań w procesie przenoszenia numeru, z tego względu operator biorca powinien otrzymywać opłatę od operatora dawcy. Stwierdził, iż brak jest uzasadnienia dla zmiany obecnego systemu rozliczeń międzyoperatorskich. (...) nie podał informacji o ponoszonych kosztach procesu realizacji usługi (...).

(...) S.A. przedstawił koszty ogólne aplikacji (...) zaznaczając, że poniesione przez niego koszty są niewspółmierne do ilości zrealizowanych przeniesień. (...) wskazał jednocześnie szacunkowy jednostkowy koszt przesłania komunikatu na poziomie 0,000298 zł. Zastrzegł, że nie posiada on możliwości weryfikacji poprawności tego kosztu.

(...) sp. z o.o. z siedzibą w W. wskazała, że brak jest podstaw prawnych prowadzenia kalkulacji kosztów procesów usługi (...). Operator zauważył ponadto, że nie zawsze proces (...) przebiega według ogólnego schematu, gdyż możliwe są sytuacje wymagające dodatkowych działań. (...) wskazała koszt pojedynczego przeniesienia numeru.

(...) S.A. nie wskazała kosztów przeniesienia numeru i odwołała się do swojej wcześniejszej metodologii wprowadzających różne opłaty za przeniesienie numeru w zależności od ilości przeniesień.

(...) S.A. z siedzibą w W. wskazał, że nie jest możliwe wyodrębnienie kosztów poszczególnych komunikatów wysyłanych przez operatorów w związku z przenoszeniem numerów. Operator ten wskazał koszt pojedynczego przeniesienia numeru. W koszty te wliczył również elementy niezwiązane bezpośrednio z realizacją przeniesienia numeru, takie jak np. szkolenia pracowników, obsługa prawna.

W dniach od 1 czerwca do 1 lipca 2011 r., Prezes UKE przeprowadził postępowanie konsultacyjne odnośnie projektu decyzji administracyjnej w niniejszej sprawie, określającej warunki współpracy w zakresie hurtowych rozliczeń, dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego

operatora pomiędzy (...) a (...). W projekcie decyzji Prezes UKE wprowadził opłatę za przenośność numeru w sieciach mobilnych w wysokości 25,39 zł netto, płaconą przez biorcę na rzecz dawcy, która została oparta na opłacie za przenośność numerów stosowanej na rynku telefonii stacjonarnej (obwieszczenie k. 216 akt administracyjnych, projekt decyzji k. 238-247 akt administracyjnych).

W nawiązaniu do projektu decyzji Prezesa UKE wprowadzającej opłatę za przenośność numeru w sieciach mobilnych w wysokości 25,39 zł operatorzy telekomunikacyjni zajęli następujące stanowiska.

Spółka (...) wskazała, że ww. opłata wpłynie niekorzystnie na sytuację użytkowników końcowych poprzez podniesienie cen detalicznych, gdyż spowoduje podniesienie cen detalicznych i wycofanie korzystnych dla użytkowników ofert związanych z przeniesieniem numerów – darmowe pakiety dla abonentów zmieniających operatora z zachowaniem numeru. Zdaniem (...), wprowadzenie opłaty spowoduje, że usługa (...) będzie mniej dostępna dla użytkowników końcowych, co jest sprzeczne z art. 28 ust. 1 pkt 5 Pt. Operator postulował uwzględnienie przez Prezesa UKE przy określaniu wysokości opłaty z tytułu przenośności numerów ponoszonych kosztów. Wysokość opłaty ustalonej na poziomie analogicznym do opłaty w sieciach stacjonarnych (...) uznał za zawyżoną. Podtrzymał stanowisko, zgodnie z którym opłata za (...) powinna być uiszczana przez dawcę na rzecz biorcy i wskazał na konieczność przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego w sprawie projektowanej decyzji z uwagi na jej wpływ na rynek wspólnotowy.

Stanowisko konsultacyjne przedstawiła także (...), która złożyła dwie opinie członków Izby. (...), (...) i (...) jako operatorzy zasiedzieli byli zwolennikami wydania decyzji w proponowanym kształcie, nie wnosząc uwag. Operatorzy alternatywni (...), (...) i (...) optowali za wydaniem decyzji odmownej i wskazywali, że:

- przedstawione rozstrzygnięcie nie przyczyni się do ochrony interesów konsumentów,
- brak podstaw prawnych do ustalenia opłaty hurtowej za (...),
- ustalenie opłaty (...) na podstawie kosztów ponoszonych przez operatora stacjonarnego jest błędne,
- metoda płacenia operatorowi dawcy dyskryminuje biorcę,
- wprowadzenie opłaty (...) przyczyni się do hamowania rozwoju konkurencyjnego rynku telekomunikacyjnego,
- w części krajów członkowskich UE występują niższe stawki za usługę (...).

Ponadto (...) wskazała, że brak jest podstaw do ustalenia opłaty za (...) w systemie biorca płaci dawcy.

Zdaniem (...) proponowane rozstrzygnięcie, promuje tych operatorów, których oferty detaliczne nie cieszą się uznaniem abonentów. Operator wskazał też na brak interesu konsumentów w ustaleniu proponowanej opłaty z uwagi na jej potencjalny wpływ na ceny detaliczne.

(...) S.A. podniósł, że brak jest podstaw prawnych dla konsultowanego rozstrzygnięcia. Ponadto wskazał, że nie przyczyni się ono do ochrony interesów konsumentów, a ponadto dyskryminuje biorcę i promuje operatorów oferujących słabsze warunki detaliczne. Proponowane rozstrzygnięcie wpłynie negatywnie na rozwój konkurencyjnego rynku telekomunikacyjnego i może być źródłem ewentualnych nadużyć finansowych na skutek sztucznego generowania przeniesień numerów telefonów.

(...) wskazała również, że projektowana opłata będzie najprawdopodobniej odzyskiwana poprzez podwyższanie cen usług detalicznych, a ponadto, że jej jednostronny charakter dyskryminuje biorcę.

Pismem z dnia 12 sierpnia 2011 r. Prezes UKE zawiadomił strony, iż zgodnie z art. 10 § 1 k.p.a., mogą zapoznać się z materiałem zgromadzonym w sprawie, a także wypowiedzieć się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłosić żądania w terminie siedmiu dni od dnia otrzymania zawiadomienia (pismo k. 338 i



339 akt administracyjnych). Jednocześnie Prezes UKE poinformował strony o włączeniu do materiału dowodowego wskazanych kopii następujących dokumentów:

- oferty ramowej określającej ramowe warunki dostępu telekomunikacyjnego w zakresie rozpoczynania i zakańczania połączeń, hurtowego dostępu do sieci (...), dostępu do łączy abonenckich w sposób zapewniający dostęp pełny lub współdzielony, dostępu do łączy abonenckich poprzez węzły sieci telekomunikacyjnej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych, wprowadzonej decyzją Prezesa UKE z dnia 29 września 2010 r., zmienionej w części decyzją Prezesa UKE z dnia 5 kwietnia 2011 r. nr (...) zwanej dalej Ofertą (...),

- kopii wyjaśnień: (...), (...), (...), (...) złożonych w toku prowadzonego przez Prezesa UKE postępowania, dotyczących kosztów ponoszonych przez tych operatorów za przenoszenie numerów z ich sieci ,

- 15<sup>(th)</sup> Progress Report on the Single European Electronic Communications Market – 2009,

- orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w trybie prejudycjalnym z dnia 13 lipca 2006 r. w sprawie C-438/04, w postępowaniu (...) S.A. przeciwko (...).

W dniach od 28 września do 28 października 2011 r., Prezes UKE przeprowadził, na podstawie art. 15 pkt 3 Pt, postępowanie konsultacyjne odnośnie kolejnego projektu decyzji administracyjnej, odmawiającej ustalenia warunków współpracy pomiędzy (...) a (...) w zakresie wprowadzenia opłaty za przenośność numeru w sieciach mobilnych (obwieszczenie Prezesa UKE k. 497 akt administracyjnych).

W ramach przedmiotowego postępowania konsultacyjnego do Prezesa UKE wpłynęło stanowisko (...) z dnia 26 października 2011 r. (stanowisko (...) k. 524 akt administracyjnych).

(...) w stanowisku konsultacyjnym sprzeciwiła się wydaniu decyzji o odmowie ustalenia opłaty (...) i wskazała, że taka decyzja będzie stanowić naruszenie art. 28 ust. 1 pkt 1 Pt oraz przepisów art. 8, 12 i 104 k.p.a.

Pismem z dnia 16 listopada 2011 r., Prezes UKE zawiadomił strony, iż zgodnie z art. 10 § 1 k.p.a., mogą zapoznać się z materiałem zgromadzonym w sprawie, a także wypowiedzieć się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań w terminie siedmiu dni od dnia otrzymania zawiadomienia. Jednocześnie Prezes UKE poinformował strony o włączeniu, na wniosek (...), do materiału dowodowego kopii trzech decyzji z dnia 26 kwietnia 2007 r. ustalających dla (...), (...) i (...) wysokość stawki (...) na podstawie zastosowania metody benchmarku w sytuacji, gdy operatorzy przedstawili różne koszty usług tego samego typu (pismo Prezesa UKE k. 539 akt administracyjnych).

W dniu 15 grudnia 2011 r. Prezes UKE wydał decyzję (...).

W dniu 27 maja 2013 r. (...) S.A. zmieniła swoją nazwę na (...) S.A. (odpis aktualny z KRS (...) k. 180 akt sprawy).

Powyższe okoliczności zostały przez Sąd I instancji ustalone na podstawie dokumentów załączonych przez strony do pism procesowych oraz znajdujących się w aktach administracyjnych.

Przechodząc do rozważań prawnych Sąd ten w pierwszym rzędzie wskazał, że Sąd Apelacyjny w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z dnia 27 maja 2015 r., dotyczącym niniejszej sprawy, uznał za sprzeczne z art. 104 k.p.a. oraz art. 28 ust. 6 w związku z art. 31 Pt stanowisko, że przy rozstrzygnięciu sporów z zakresu dostępu telekomunikacyjnego, Prezes UKE jest zobowiązany w każdym przypadku do wydania decyzji pozytywnie rozstrzygającej spór. Zarówno decyzja pozytywna, uwzględniająca wniosek strony jak i decyzja negatywna, w której Prezes UKE odmawia uwzględnienia wniosku z uwagi na brak materialnoprawnych podstaw do ingerencji organu regulacyjnego w łączące strony stosunki prawne i wydania rozstrzygnięcia pozytywnego, jest decyzją merytoryczną (por. wyrok NSA w Warszawie z dnia 26 maja 2009 r., sygn. akt I OSK 761/08, Lex nr 546603). Na tej podstawie Sąd Apelacyjny stwierdził, że wynikający z art. 28 ust. 1 Pt w zw. z art. 30 ust. 1 Pt obowiązek organu regulacyjnego do wydania decyzji o zmianie umowy o dostępie telekomunikacyjnym nie przesądza, iż rozstrzygnięcie decyzji w każdym przypadku

musi prowadzić do takiej zmiany, niezależnie od istnienia podstaw materialnoprawnych, o których mowa w art. 28 ust. 6 Pt, uzasadniających ingerencję w treść stosunku prawnego. Takie założenie zawęzałoby możliwość orzekania organu regulacyjnego jedynie do decyzji merytorycznych o treści pozytywnej wyłączając możliwość zakończenia postępowania decyzją merytoryczną o treści negatywnej, w przypadku stwierdzenia braku przesłanek wynikających z prawa materialnego.

Jak zauważył Sąd Okręgowy, zgodnie z art. 28 ust. 8 Pt decyzja o dostępie telekomunikacyjnym powinna obejmować wszystkie ustalenia niezbędne do zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego. W art. 31 ust. 2 Pt zostały wymienione tzw. obligatoryjne postanowienia umowy, które powinna zawierać każda decyzja o dostępie telekomunikacyjnym. Natomiast art. 31 ust. 3 Pt wymienia te postanowienia umowy o dostępie telekomunikacyjnym, które w ocenie ustawodawcy nie mają charakteru obligatoryjnego. Wskazane w art. 31 ust. 3 pkt 5 lit. b Pt postanowienia dotyczące przenoszenia numerów zakwalifikowane zostały jako fakultatywne postanowienia umowy o dostępie telekomunikacyjnym. Ustalenie wysokości hurtowych opłat za przeniesienie numeru, które zgodnie z wnioskiem powoda było przedmiotem zaskarżonej decyzji, niewątpliwie należy do grupy postanowień dotyczących przenoszenia numerów. Wobec tego, że były to postanowienia o charakterze fakultatywnym, Prezes UKE - co do zasady - był uprawniony do odmowy ustalenia hurtowych stawek za przeniesienie numeru w rozliczeniach między (...) a (...).

W warunkach powstania sporu między operatorami telekomunikacyjnymi, do oceny zasadności określenia w zaskarżonej decyzji administracyjnej warunków współpracy pomiędzy (...) a (...) w zakresie wysokości hurtowych opłat z tytułu usługi przeniesienia numeru, zdaniem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, należało uwzględnić wymienione w art. 28 ust. 6 Pt przesłanki materialnoprawne, uzasadniające wydanie decyzji o dostępie telekomunikacyjnym.

W ocenie Sądu I instancji, w postępowaniu przed wydaniem zaskarżonej decyzji Prezes UKE za bezsporne uznał, że realizacja usługi przenośności numerów w ruchomej publicznej sieci telefonicznej wiąże się z ponoszeniem kosztów przez operatorów telekomunikacyjnych. Jednak z uwagi na brak rynku właściwego, który regulowałby kwestię przenośności numerów, na operatorów telekomunikacyjnych telefonii mobilnej nie został nałożony obowiązek kalkulacji kosztów wykonania usługi (...). Z tej przyczyny w przedstawianej kalkulacji tych kosztów poszczególni operatorzy uwzględniają niejednolite informacje dotyczące czynności zaliczanych do procesu realizacji usługi (...) i podają różne koszty realizacji usługi.

W tym miejscu Sąd Okręgowy zauważył, że w art. 74 ust. 1 Pt na dostawcę usług i operatora został nałożony między innymi obowiązek zapewnienia warunków technicznych i realizacji uprawnienia abonenta wynikającego z art. 71 ust. 1 Pt do przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług.

Zgodnie z przepisem art. 71 ust. 3 Pt, jak wskazał Sąd I instancji, w związku z realizacją uprawnienia abonenta do przeniesienia przydzielonego numeru operatorzy telekomunikacyjni nie mogą pobierać opłat od abonentów. Takie unormowanie wyklucza możliwość bezpośredniego przerzucania na abonentów kosztów wykonania usługi (...). Przyczynia się do ochrony interesów konsumentów, którzy na mocy obowiązujących przepisów nie ponoszą opłat detalicznych z tytułu przeniesienia numeru. Likwiduje okoliczności, które przed nowelizacją art. 71 ust. 3 Pt mogły zniechęcać abonentów do korzystania z przysługującego im na podstawie art. 71 ust. 1 Pt uprawnienia do zmiany dostawcy usług telekomunikacyjnych. Zniesienie możliwości pobierania opłat za przeniesienie przydzielonego numeru mobilizuje operatorów do konkutowania między sobą jakością, zakresem lub ceną oferowanych usług. Ma więc pozytywny wpływ na rozwój konkurencji i sprzyja ogólniej poprawie interesów konsumentów. W ocenie Sądu brak ustalenia przez Prezesa UKE opłaty obowiązującej w dwustronnych rozliczeniach pomiędzy (...) i (...) może również pozytywnie wpływać na rozwój konkurencji na rynku usług telefonii mobilnej, na którym działają obaj przedsiębiorcy. Stwarza, bowiem jednolite warunki działania konkurujących między sobą przedsiębiorców, co może mieć korzystny wpływ na sytuację użytkowników końcowych.

Dalej Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wskazał, że po wejściu w życie z dniem 6 czerwca 2009 r. przepisów likwidujących detaliczną opłatę za przeniesienie przydzielonego numeru w związku ze zmianą dostawcy usług,

operatorzy telekomunikacyjni, w tym (...) i (...), nadal realizują nałożony na nich obowiązek przeniesienia numeru mimo braku ustanowienia stawki opłaty hurtowej z tytułu usługi (...).

W ocenie tego Sądu oznaczało to, że ustanowienie hurtowej opłaty (...) lub brak tej opłaty nie wywiera wpływu na realizację przez operatorów telefonii mobilnej obowiązku określonego w art. 71 ust. 1 Pt i nie ma wpływu na sam fakt wykonywania tego obowiązku, a więc na interoperacyjność usług, rozumianą zgodnie z art. 2 pkt 13 Pt jako zdolność sieci telekomunikacyjnych do efektywnej współpracy w celu zapewnienia wzajemnego dostępu użytkowników do usług świadczonych w tych sieciach.

Zdaniem Sądu Okręgowego, przy rozpoznawaniu sporu nie można wykluczyć, że w ustalenie przez Prezesa UKE wysokości hurtowej opłaty (...) w rozliczeniach pomiędzy (...) a (...) nie miałyby pośredniego wpływu na wzrost cen świadczonych przez tych operatorów usług telekomunikacyjnych. Ta okoliczność również daje podstawy do uznania, że wydanie przez Prezesa UKE decyzji pozytywnej, zgodnej z wnioskiem powoda, nie przyczyni się do ochrony interesów użytkowników końcowych.

W tym stanie rzeczy Sąd I instancji uznał, że w okolicznościach faktycznych sprawy nie istniały określone w art. 28 ust. 6 Pt przesłanki materialnoprawne, uzasadniające wydanie decyzji o ustaleniu hurtowej opłaty (...) w rozliczeniach pomiędzy (...) a (...).

Skoro, więc przedmiot decyzji w sprawie z wniosku (...) nie dotyczył postanowień o charakterze obligatoryjnym a jedynie fakultatywnym, a wydanie decyzji pozytywnej nie było uzasadnione potrzebą zapewnienia ochrony interesów użytkowników końcowych, skutecznej konkurencji lub interoperacyjności usług, to zdaniem Sądu Okręgowego, Prezes UKE nie był zobowiązany do wydania pozytywnej decyzji o ustaleniu opłat wskazanych we wniosku (...).

Ponadto Sąd ten wywiódł, że w sytuacji, gdy zebrane w postępowaniu administracyjnym informacje nie były wystarczające do ustalenia opłaty (...) w wysokości zgodnej z art. 41 ust. 1 Pt w oparciu o koszty ponoszone przez (...) i (...) w związku z realizacją usługi (...) w sieci telefonii ruchomej, Prezes UKE nie miał, zdaniem Sądu, podstaw do wydania decyzji o ustaleniu opłaty (...). Na powyższą ocenę nie ma wpływu podnoszona w odwołaniu okoliczność, że przy zmianie dostawcy usług (...) ponosi koszty w związku z realizacją usługi przeniesienia numeru.

W tym miejscu Sąd Okręgowy wskazał, że okoliczność ponoszenia tych kosztów nie była kwestionowana przez żadną ze stron postępowania. Jednak w ocenie tego Sądu pojęcie kosztów przeniesienia numeru nie może być rozumiane w sposób szeroki, obejmujący wszystkie koszty operatora, dotyczące prowadzonej przez niego działalności, które niejako przy okazji obejmują również przeniesienie do sieci operatora biorcy numeru przydzielonego abonentowi w sieci dawcy. Brak jest podstaw do uwzględniania w kalkulacji wysokości opłaty za przeniesienie numeru kosztów stałych i szeroko rozumianych kosztów inwestycyjnych prowadzonej działalności. Przyjęcie takiej metody rozumienia kosztów przeniesienia numeru byłoby niezgodne z powołanym przez Prezesa UKE poglądem przedstawionym w komentarzu do art. 41 Prawa telekomunikacyjnego (M. Rogalski, K. Kawalek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, LEX, 2010.). Należy przyjąć, że opłaty, o których mowa w art. 41 ust. 1 Pt powinny opierać się na kosztach, jakie faktycznie ponosi przedsiębiorca w związku z przeniesieniem numeru. Powyższa ocena znajduje potwierdzenie w treści wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 lipca 2006 r. w sprawie C-438/04.

Według Sądu Okręgowego nie zasługiwały na uwzględnienie zarzuty powoda dotyczące możliwości zastosowania przy ustalaniu warunków rozliczeń pomiędzy (...) a (...) w zakresie opłaty (...) metody benchmarku. Informacje o wysokości opłat (...) ustalonych na innych konkurencyjnych rynkach, dotyczyły opłat ustalonych przez krajowe organy regulacyjne i obowiązujących w rozliczeniach wszystkich podmiotów działających na danym rynku krajowym. Wysokość tych opłat została ustalona w oparciu o koszty ponoszone przez operatorów w konkretnych, specyficznych dla tych rynków warunkach, odmiennych od specyficznych warunków polskiego rynku krajowego.

Zdaniem Sądu I instancji, informacje dotyczące pozostałych rynków wspólnotowych mogą być przydatne przy podejmowaniu decyzji o wyborze metody ustalenia przez organ regulacyjny wysokości uniwersalnej opłaty (...) obowiązującej wszystkich uczestników rynku krajowego. Jednak w przypadku rozpatrywania wniosku o

ustalenie warunków rozliczeń dotyczących realizacji przeniesienia numeru pomiędzy konkretnymi przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi na rynku krajowym, o co wnosił powód, zastosowanie metody benchmarku europejskiego nie jest możliwe. Należy pamiętać, że ustalenie opłaty (...) musi być w każdym przypadku oparte na kosztach. Dane dotyczące kosztów ponoszonych przez (...), ustalonych z zastosowaniem określonej przez ten podmiot metody, mogą nie mieć odzwierciedlenia w kosztach przyjętych za podstawę ustalenia opłaty na krajowym rynku konkurencyjnym, a tym bardziej na rynku konkurencyjnym innego kraju. Koszty te mogą być nieporównywalne, szczególnie jeżeli metody przyjęte do ich ustalenia nie były identyczne.

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie stwierdził podstaw do zastosowania przy ustalaniu wysokości opłaty (...) z tytułu przeniesienia numeru w sieci ruchomej metody benchmarku krajowego z wykorzystaniem danych dotyczących telefonii stacjonarnej. Należy zauważyć, iż procesy związane z przeniesieniem numeru w sieci stacjonarnej i mobilnej nie są tożsame. Nie było więc możliwości odpowiedniego zastosowania w rozliczeniach operatorów sieci ruchomej danych dotyczących stawki rozliczeniowej wynikającej z Oferty (...) dla (...) SA.

Z tych względów zarzuty powoda związane z niezastosowaniem przy wydawaniu zaskarżonej decyzji metody benchmarku w celu ustalenia hurtowych rozliczeń pomiędzy dwoma operatorami w ocenie tego Sądu nie były trafne.

Odnosnie zarzutu dyskryminującego traktowania (...) poprzez odmowę ustalenia opłaty hurtowej (...) w sytuacji ustalenia tych opłat dla innych podmiotów z tytułu przeniesienia numeru, Sąd Okręgowy wskazał, że opłaty te zostały ustalone w związku z realizacją usługi w sieci telefonii stacjonarnej, w której możliwe było ustalenie czynności bezpośrednio powiązanych z wykonaniem usługi i kalkulacja kosztów usługi.

Zdaniem Sądu I instancji, wspieranie równoprawnej konkurencji nie polega na ustaleniu opłaty hurtowej dla rozliczeń pomiędzy dwoma operatorami. Konieczne jest ustalenie jednolitej opłaty (...) obowiązującej w rozliczeniach pomiędzy wszystkimi operatorami z tytułu realizacji usługi przeniesienia numeru. W tym celu wskazane jest wypracowanie przez operatorów katalogu czynności bezpośrednio związanych z realizacją usługi. Dopiero stworzenie jednolitej płaszczyzny umożliwi wycenę tych działań i ustalenie opłaty w wysokości opartej na faktycznie ponoszonych kosztach, zgodnie z art. 30 ust. 2 Dyrektywy o usłudze powszechnej i art. 41 ust. 1 Pt.

Odnosnie wniosków powoda o ewentualną zmianę zaskarżonej decyzji przez wydanie wyroku kształtującego poprzez ustalenie opłaty (...) w wysokości 29,39 zł lub 6,44 euro Sąd Okręgowy wskazał, iż powód nie przedstawił w odwołaniu uzasadnienia tego żądania oraz kalkulacji związanej z proponowanymi stawkami.

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił wnioski powoda o dopuszczenie dowodów wskazanych w odwołaniu, ponieważ odnosiły się one do dokumentów, których treść dotyczyła opłat za przeniesienie numeru w okresie przed nowelizacją art. 71 ust. 3 Pt oraz ustalenia opłat (...) w sieciach stacjonarnych i nie miała wpływu na ocenę zaskarżonej decyzji i treść wyroku w sprawie.

Mając na uwadze przedstawione okoliczności, Sąd Okręgowy, wobec braku podstaw do jego uwzględnienia, oddalił odwołanie jako bezzasadne – art. 479<sup>64</sup> § 1 k.p.c. O kosztach zastępstwa procesowego orzeczono na zasadzie art. 98 k.p.c. stosownie do wyniku sporu.

Powyższe rozstrzygnięcie zostało w całości zaskarżone apelacją przez powoda, który zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie art. 28 ust. 6 Pt., art. 28 ust. 4 Pt. w zw. z art. 31 ust. 2 pkt 3 lit. a Pt poprzez ich błędną wykładnię i przyjęcie, że kwestia uregulowania wysokości rozliczeń za prowadzoną współpracę między podmiotami prowadzącymi działalność gospodarczą nie stanowi obligatoryjnego elementu umowy o dostępie telekomunikacyjnym.

Mając powyższe na względzie apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku zgodnie z żądaniem powoda oraz o rozstrzygnięcie o kosztach postępowania za wszystkie instancje, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy w tym zakresie Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania oraz o pozostawienie Sądowi I instancji rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego.

W odpowiedzi na apelację powoda, pozwany wniósł o jej oddalenie w całości.

### **Sąd Apelacyjny zważył co następuje.**

Apelacja zasługuje na uwzględnienie.

SOKiK prawidłowo ustalił stan faktyczny, a jego ustalenia Sąd Apelacyjny przyjął za własne.

W niniejszej sprawie Prezes Urzędu odmówił określenia warunków współpracy pomiędzy (...) a (...) w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usługi do sieci innego operatora. W decyzji stwierdzono, że „kwestia wprowadzenia opłaty za (...) lub też odmowa ustanowienia takiej opłaty są niezależne od realizacji obowiązku, o którym mowa w art. 71 ust. 1 Pt i tym samym nie wpłynę na sam fakt wykonywania przedmiotowego obowiązku przez strony” (k. 18). Prezes UKE podkreślił, „iż nie uznał za zasadne argumenty (...) o braku podstaw prawnych do wprowadzenia opłaty za (...) (k. 19), ale stwierdził, iż „nie ma możliwości w chwili obecnej rozstrzygnięcia przedmiotowej kwestii spornej” (s. 28). Prezes Urzędu wyraził pogląd, że „działając na podstawie art. 104 kpa, wydał niniejszą decyzję, która, zgodnie z dyspozycją zawartą w tym przepisie, rozstrzyga sprawę, co do istoty w całości i kończy postępowanie” (k. 32). Uzasadniając to zapatrywanie wskazano, że „wydanie decyzji odmownej w zakresie ustalenia hurtowej opłaty za przenośność numerów, a tym samym nieuwzględnienie wniosku (...), nie oznacza jednak braku rozstrzygnięcia w sprawie. Jest to bowiem decyzja co do istoty sprawy, jednak nie rozstrzygająca pozytywnie w myśl wniosku (...), lecz negatywna tj. odmawiająca określenia opłat za (...) (k. 32).

SOKiK uchylił przedmiotową decyzję, wskazując, iż „wydanie decyzji o dostępie, a więc określenie warunków współpracy w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przenoszenia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora pomiędzy (...) i (...) było ustawowym obowiązkiem pozwanego” (k. 211, 212). SOKiK podniósł, że w niniejszej sprawie „bezsprzecznie istniała podstawa prawna dla wydania przez Prezesa UKE merytorycznego rozstrzygnięcia. Odmowa jego wydania nastąpiła nie z powodu przeszkód natury prawnej, lecz z powodu rzekomej niemożności ustalenia przez organ zasad rozliczeń stron w związku z usługą (...)” (k. 215).

Sąd Apelacyjny, wyrokiem z dnia 24 czerwca 2015 r. uchylił przedmiotowy wyrok i przekazał sprawę SOKiK do ponownego rozpoznania. W uzasadnieniu stwierdzono, że z faktu, iż Prezes UKE jest „uprawniony do rozstrzygania spraw spornych w zakresie zmiany umowy (decyzji) o dostępie telekomunikacyjnym” nie wynika, że „w każdym przypadku takiego sporu organ regulacyjny jest zobowiązany do wydania decyzji pozytywnie rozstrzygającej spór”. Sąd Apelacyjny uznał, iż „taki wniosek, leżący u podstaw wydania zaskarżonego wyroku, jest sprzeczny z treścią art. 104 k.p.a. oraz art. 28 ust. 6 w związku z art. 31 ustawy – Prawo telekomunikacyjne” (k. 321). Sąd ten stanął również na stanowisku, że „skoro brak jest podstaw do twierdzenia, że określone wysokości hurtowych opłat za przenoszenie numerów jest obligatoryjnym postanowieniem umowy o dostępie telekomunikacyjnym, nie można twierdzić, że wydając decyzję o dostępie lub o zmianie decyzji o dostępie, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej obowiązany jest orzec o wysokości tych opłat” (k. 323). Sąd Apelacyjny stwierdził, że sąd pierwszej instancji wadliwie uznał, że „sam fakt wydania przez organ regulacyjny decyzji o treści negatywnej, wobec wynikającego z ustawy obowiązku wydania decyzji o treści pozytywnej, uzasadniał uchylenie zaskarżonej decyzji” oraz wyraził zapatrywanie, iż „nie można się zgodzić z Sądem Okręgowym, że (...) w niniejszej sprawie Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wydając decyzję odmawiającą określenia warunków współpracy uchylił się od merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy. (...) odmowa określenia warunków współpracy nie stanowi o braku decyzji, a jedynie o jej negatywnym charakterze” (k. 323). W uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego znajduje się stwierdzenie, iż „ponownie rozpatrując sprawę Sąd pierwszej instancji powinien ocenić, czy w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy istnieją materialnoprawne przesłanki uzasadniające wydanie decyzji o zmianie umowy o dostępie telekomunikacyjnym (...) Dopiero dokonanie takiej oceny pozwoli na rozstrzygnięcie, czy decyzja organu regulacyjnego o treści negatywnej jest prawidłowa, czy też organ ten powinien wydać decyzję o treści pozytywnej, tj. decyzję obejmującą określenie warunków współpracy (...) w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru” (k. 324).

Po ponownym rozpoznaniu sprawy SOKiK, wyrokiem z dnia 15 października 2015 r., oddalił odwołanie, stwierdzając, iż „skoro więc przedmiot decyzji w sprawie wniosku (...) nie dotyczył postanowień o charakterze obligatoryjnym, a jedynie fakultatywnym, a wydanie decyzji pozytywnej nie było uzasadnione potrzebą zapewnienia ochrony interesów użytkowników końcowych, skutecznej konkurencji lub interoperacyjności usług, Prezes UKE nie był zobowiązany do wydania pozytywnej decyzji o ustaleniu opłat wskazanych we wniosku (...). SOKiK uznał również, iż „w sytuacji, gdy zebrane w postępowaniu administracyjnym informacje nie były wystarczające do ustalenia opłaty (...) w wysokości zgodnej z art. 41 ust. 1 Pt w oparciu o koszty ponoszone przez (...) i (...) w związku z realizacją usługi (...) w sieci telefonii ruchomej, Prezes UKE nie miał, zdaniem Sądu, podstaw do wydania decyzji o ustaleniu opłaty (...). Na powyższą ocenę nie ma wpływu podnoszona w odwołaniu okoliczność, że przy zmianie dostawcy usług (...) ponosi koszty w związku z realizacją usługi przeniesienia numeru” (k. 407).

Węzłowe znaczenie dla sporu stanowiącego przedmiot niniejszej sprawy ma zagadnienie dopuszczalności wydawania przez Prezesa Urzędu decyzji negatywnych. Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 18 sierpnia 2015 r., III SZ 6/15 stanął na stanowisku, że <<Prezes Urzędu może wydać decyzję odmawiającą zmiany umowy o dostępie telekomunikacyjnym z uwagi na brak wynikających z art. 28 Prawa telekomunikacyjnego materialnoprawnych podstaw do ingerencji regulatora w łączący strony stosunek umowny. Organ może również wydać decyzję odmowną, gdy sprawa poddana pod jego rozstrzygnięcie nie jest sprawą sporną w rozumieniu art. 27 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego. Jednakże, jak przyjęto w postanowieniu Sądu Najwyższego z 11 sierpnia 2015 r., III SZ 3/15, jeżeli między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi toczy się spór dotyczący kwestii objętej zakresem pojęcia „dostęp telekomunikacyjny”, spór ten zostanie poddany pod rozstrzygnięcie organu na podstawie art. 27 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego, a jego rozwiązanie przez organ wymaga zmiany dotychczasowej umowy o dostępie telekomunikacyjnym, bądź wydania decyzji zastępującej odrębną umowę w tym zakresie, Prezes Urzędu nie może wydać decyzji negatywnej odmawiającej określenia warunków współpracy między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi z powodu trudności, jakie organ regulacji komunikacji elektronicznej napotkał przy gromadzeniu materiału dowodowego. Sąd Najwyższy miał na względzie, że odmawiając wydania decyzji w niniejszej sprawie Prezes Urzędu nie wydał decyzji negatywnej w rozumieniu przyjętym w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, lecz uchylił się od rozstrzygnięcia sporu między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi.>>

Sąd Apelacyjny w niniejszym składzie podziela zapatrywanie wyrażone w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 26 listopada 2015 r., sygn. akt VI ACa 1610/15, iż „określenie warunków rozliczeń (...) w związku z realizacją usługi (...) jest określeniem warunków dostępu telekomunikacyjnego”. W decyzji wskazano, że „Prezes UKE uznał, że (...) składając wniosek o wydanie decyzji zastępującej umowę, wypełniła procedurę wynikającą z przepisu art. 27 ust. 2 Pt.(...), co daje Prezesowi UKE kompetencje do wydania rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie” (k. 16, 17). Z powołanych wcześniej fragmentów uzasadnienia decyzji wynika też, że zasadniczą przyczyną wpływającą na jej treść były okoliczności scharakteryzowane przez Sąd Najwyższy, jako „trudności, jakie organ regulacji komunikacji elektronicznej napotkał przy gromadzeniu materiału dowodowego”. Idąc torem rozumowania wytyczonym powołanymi orzeczeniami Sądu Najwyższego dojść należy do wniosku, że również w niniejszym przypadku Prezes Urzędu „uchylił się od rozstrzygnięcia sporu między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi”, a zaskarżona decyzja została wydana bez podstawy prawnej i narusza art. 28 pkt 1 Pt.

Rozważania wymagała kwestia zakresu związania sądów wynikającego z art. 386 § 6 k.p.c. Zgodnie z tym przepisem, ocena prawna i wskazania co do dalszego postępowania wyrażone w uzasadnieniu wyroku sądu drugiej instancji wiążą zarówno sąd, któremu sprawa została przekazana, jak i sąd drugiej instancji, przy ponownym rozpoznaniu sprawy. Nie dotyczy to jednak wypadku, gdy nastąpiła zmiana stanu prawnego.

Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 8 listopada 2016 r., sygn. akt P 126/15 zwrócił uwagę, że „dopuszczalne jest ograniczenie sędziowskiej niezawisłości polegające na tym, że orzeczenie sądu odwoławczego ogranicza swobodę sędziego, który rozpoznaje sprawę po jej przekazaniu do pierwszej instancji, w ocenie dowodów i wykładni prawa. Ograniczenie takie ma jednak pewne konstytucyjne ramy (...) Ustawodawca, kształtując model postępowania

odwoławczego, może przyjąć różne rozwiązania. Powinien jednak dążyć do zachowania równowagi między sędziowską niezawisłością, sprawnością postępowania i jednolitością orzecznictwa.”

Charakteryzując linię orzecniczą Sądu Najwyższego, Trybunał Konstytucyjny uznał, iż zgodnie z nią „podkreśla się, że wyrażona w art. 386 § 6 k.p.c. zasada związania oceną prawną sądu drugiej instancji oraz wskazaniem co do dalszego postępowania jest jedną z naczelných ustrojowych zasad procesu cywilnego. Zasada ta zapobiega powtarzaniu popełnionych błędów oraz gwarantuje pewność i trwałość raz zajętego w sprawie stanowiska sądu wyższej instancji (...). Sąd Najwyższy podkreśla, że ograniczenia wynikające z orzeczenia sądu drugiej instancji mają na celu jedynie zapobieżenie powtórzeniu się okoliczności powodujących wadliwość uchylonego orzeczenia (zob. wyrok SN z 20 lutego 2002 r., sygn. akt V CKN 757/00, Lex nr 56021).” TK wyraził pogląd, że „Konstytucyjną gwarancją prawa do sądu narusza między innymi ograniczenie uprawnień procesowych zbędne z punktu widzenia zamierzonych przez ustawodawcę celów regulacji”.

TK zwrócił też uwagę, iż „w postanowieniu z 16 marca 2011 r. o sygn. P 36/09 (...) podkreślił, że art. 386 § 6 k.p.c. należy traktować jako zasygnalizowanie sądowi pierwszej instancji uchybień i nieprawidłowości w ustaleniach, by ponownie wydanemu orzeczeniu nie można było postawić tych samych i jednocześnie słusznych zarzutów wskazanych w apelacji.”

Sytuacja zaistniała w niniejszej sprawie jest specyficzna na kilku płaszczyznach. W pierwszym rzędzie zwrócić należy uwagę na fakt, iż powołane postanowienia, które wytyczyły linię orzecniczą Sądu Najwyższego zapadły później i idą w odmiennym kierunku niż wyrok Sądu Apelacyjnego z 24 czerwca 2015 r. Na podkreślenie zasługuje to, że istota sporów, na gruncie których zapadły wskazane orzeczenia jest bardzo podobna, a w orzecznictwie Sądu Najwyższego nie wystąpiły żadne elementy wskazujące na to, że może on zmienić swoje stanowisko w relewantnym zakresie.

Żadne względy funkcjonalne wskazane przez Trybunał Konstytucyjny nie uzasadniają przyjęcia, iż na obecnym etapie postępowania Sąd Apelacyjny jest, na podstawie art. 386 § 6 k.p.c., związany w ten sposób, że nie może wydać orzeczenia odpowiadającego linii orzecniczej Sądu Najwyższego, która wykształciła się już po wydaniu wyroku Sądu Apelacyjnego z 24 czerwca 2015 r. Przyjęcie odmiennego stanowiska nie tylko nie skutkowałoby zapobieżeniem powtarzaniu popełnionych błędów, lecz doprowadziłoby do ich powielenia oraz do ograniczenia pewności i trwałości orzecznictwa. Przyjęcie wariantu interpretacyjnego prowadzącego do takich rezultatów szłoby wbrew wykładni funkcjonalnej oraz godziłoby w regułę interpretacyjną nakazującą przyjęcie takiego rozumienia przepisu, które zapewnia jego zgodność z Konstytucją. W braku funkcjonalnego uzasadnienia, norma przewidująca związanie sądu na podstawie art. 386 § 6 k.p.c. naruszałaby bowiem standardy konstytucyjne.

Należy również podkreślić, że w niniejszej sprawie, w wyniku naruszenia przez organ administracyjny prawa, podmiot indywidualny został pozbawiony możliwości uzyskania merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy, a istota uchybienia, którego dopuścił się Prezes Urzędu polega na uchyleniu się od „rozstrzygnięcia sporu między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi.” Przyjęcie zawężającej wykładni art. 386 § 6 k.p.c. nie stwarza zatem jakiegokolwiek zagrożenia dla ochrony praw podmiotów indywidualnych.

Zapamiętanie, iż w niniejszej sprawie rozwiązaniem właściwym jest wydanie orzeczenia o treści odpowiadającej stanowisku Sądu Najwyższego znajduje oparcie również w orzecznictwie SN. Tak w szczególności, w wyroku z dnia 11 stycznia 2001 r. I PKN 183/00 potwierdził on, iż „naruszenie art. 386 § 6 KPC wskutek nieuwzględnienia ocen wiążących przy ponownym rozpoznawaniu sprawy nie przekreśla możliwości uznania przez Sąd Najwyższy wyroku za odpowiadający prawu (art. 393<sup>12</sup> KPC).” SN wskazał, iż w wyroku z dnia 6 kwietnia 1998 r., I CK 595/97 przyjął, „że choć doszło do naruszenia art. 386 § 6 KPC, to jednak nie mogło mieć ono wpływu na wynik sprawy (art. 393<sup>1</sup> pkt 2 KPC), uznanie bowiem powództwa przez Sąd drugiej instancji, w następstwie przyjęcia, że ocena prawna jest dla niego wiążąca, doprowadziłoby do tego, że strona zaskarżyłaby kasacją taki wyrok, Sąd Najwyższy zaś jako nie związany oceną prawną zawartą w uzasadnieniu orzeczenia sądu drugiej instancji, wydałby orzeczenie reformatoryjne, odpowiadające swą treścią zaskarżonemu wyrokowi.”

Podobnie, jak w sprawie rozstrzygniętej powołanym wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 26 listopada 2015 r., tak i w niniejszej sprawie „rozstrzygnięcie sporu między przedsiębiorcami wymaga przeprowadzenia całego postępowania przed Prezesem Urzędu z wykorzystaniem specjalistycznej, fachowej wiedzy, którą dysponuje organ regulacyjny, konieczne jest ustalanie okoliczności dotyczących przesłanek wprowadzenia opłat i ustalania ich wysokości, a zatem wymagane jest przeprowadzenie całościowych ustaleń w sprawie”, co pociąga za sobą konieczność uchylecia przedmiotowej decyzji. Podkreślić należy przy tym, iż Prezes Urzędu nie może ponownie uchylić się od „rozstrzygnięcia sporu między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi.”

Fakt, iż Prezes Urzędu uchylił się od rozstrzygnięcia sporu między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi” przesądza o tym, że zaskarżona decyzja została wydana bez podstawy prawnej i narusza art. 28 pkt 1 Pt, co w świetle przedstawionych uwag dotyczących wykładni art. 386 § 6 k.p.c., przesądza o konieczności jej uchylecia. W tej sytuacji odnoszenie się do pozostałych zarzutów podniesionych w apelacji jest zbędne, z uwagi na to, że nawet ich ewentualne uwzględnienie nie mogłoby wpłynąć na treść niniejszego wyroku.

Ze wskazanych wyżej względów, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. w zw. z art. 479<sup>64</sup> § 2 k.p.c. orzekł jak w sentencji. Orzeczenie o kosztach oparto na podstawie art 98 § 1 i 3 k.p.c. i art. 108 k.p.c. oraz § 14 ust. 3 pkt 3 i § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu.