

Sygn. akt *XVII AmT 7/17*

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 lipca 2017 r.

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

Przewodniczący –	<i>SSO Andrzej Turliniński</i>
Protokolant –	sekretarz sądowy Iwona Hutnik

po rozpoznaniu 7 lipca 2017 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania (...) sp. z o.o. w W. (*poprzednio (...) sp. z o.o. w W.*)

przeciwko *Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej*

o ustalenie znaczącej pozycji rynkowej, wyznaczenie przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej i nałożenie obowiązków regulacyjnych

na skutek odwołania (...) sp. z o.o. w W. (*poprzednio (...) sp. z o.o. w W.*) od rozstrzygnięcia zawartego w punkcie VI decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 14 grudnia 2012 r. Nr (...)

1. oddała odwołanie;
2. zasądza od (...) sp. z o.o. w W. na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 1440 zł (jeden tysiąc czterysta czterdzieści złotych) z tytułu zwrotu kosztów zastępstwa procesowego za pierwszą instancję oraz kwotę 540 zł (pięćset czterdzieści złotych) z tytułu zwrotu kosztów zastępstwa procesowego za instancję apelacyjną;
3. nakazuje pobrać od (...) sp. z o.o. w W. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 100 zł (sto złotych) z tytułu opłaty sądowej od apelacji pozwanego, od której poniesienia pozwany był zwolniony z mocy prawa.

SSO Andrzej Turliniński

Sygn. akt *XVII AmT 7/17*

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 14 grudnia 2012 r. znak: (...) na podstawie art. 24 pkt 1 i 2 lit. a, lit. b i lit. c w zw. 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 z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (dalej: PT) oraz art. 104 § 1 k.p.a. w zw. z art. 206 ust. 1 PT, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej(dalej Prezes Urzędu): **I.** określił rynek właściwy jako rynek świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...) sp. z o.o. z siedzibą w W.;

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

III. wyznaczył (...) sp. z o.o. 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) (...) sp. z o.o. z siedzibą w W.; **IV.** utrzymał określone w decyzji nr (...) z dnia 28 lutego 2011 r. następujące obowiązki regulacyjne:

1. obowiązek, o którym mowa w art. 34 ust. 1 i 2 PT, 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) (...) sp. z o.o. 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;

- 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 PT, 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) (...) sp. z o.o. 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 PT, polegający na ogłaszaniu informacji w sprawach zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego, dotyczących specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystanie z sieci, a także opłat, przy czym:

- zakres informacji obejmuje wszystkie informacje dotyczące specyfikacji technicznych 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 (...) sp. z o.o. 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 zamiany;

V. zmienił nałożony przez Prezesa Urzędu na (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. w decyzji nr (...) z dnia 28 lutego 2011 r. na podstawie art. 44 PT, obowiązek polegający na zakazie stosowania zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowych (dalej także (...)) w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...) sp. z o.o. z siedzibą w W., poprzez jego uchylenie;

VI. nałożył na podstawie art. 44 PT, obowiązek polegający na stosowaniu opłat za zakończenie połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) sp. z o.o. w wysokości określonej w zamieszczonym w decyzji harmonogramie,

wyliczonej w oparciu o stworzony przez Prezesa Urzędu model operatora efektywnego; **VII.** orzekł, że na podstawie art. 206 ust. 2aa w zw. z art. 206 ust. 2 pkt 1 i pkt 2 PT decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu;

VIII. orzekł, że Załącznik nr 1 do decyzji, zawierający dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowi integralną część decyzji;

IX. orzekł, że Załącznik nr 2 do decyzji, zawierający opis modelu kalkulacji kosztów według metodologii (...), stanowi integralną część decyzji;

X. orzekł, 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. orzekł, że Załącznik nr 4 do decyzji zawierający schemat grupy spółek kontrolowanych przez Z. Ż., stanowi integralną część decyzji. **XII.** orzekł, że 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.

Odwołanie od powyższej decyzji w dniu 31 grudnia 2012 r. wniosła (...) sp. z o.o., zaskarżając decyzję w całości oraz wnosząc o: uchylenie decyzji w całości albo w przypadku uznania przez Sąd, iż brak jest podstaw do uchylenia decyzji w całości o 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 ruchomej sieci telefonicznej (...) sp. z o.o. w PLN/min.	0,137	symetria

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 strona odwołująca wniosła o: - przeprowadzenie postępowania dowodowego z dokumentów zgromadzonych w aktach administracyjnych sprawy oraz z treści dokumentów wskazanych w odwołaniu oraz o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania . Przedmiotowej decyzji zarzucono:

1. naruszenie art. 24 pkt 2 ppkt a), b) i c) PT w zw. z art. 21 i art. 22 PT oraz art. 34 ust. 1 i 2, art. 36, art. 37 ust. 1 i 2 i art. 44 PT poprzez: a) błędne ustalenie istnienia problemów rynkowych, w szczególności problemu w postaci możliwości nieuzasadnionego i antykonkurencyjnego zawyżania 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, uzasadniające 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) PT poprzez wydanie decyzji dyskryminującej Spółkę w stosunku do innych podmiotów działających na rynku telekomunikacyjnym, w szczególności poprzez dokonanie ustaleń faktycznych i prawnych w oderwaniu od rzeczywistej sytuacji rynkowej Spółki, z jej pokrzywdzeniem; 3. naruszenie art. 206 ust. 1 PT w zw. z art. 104 § 1 i art. 107 § 1 i 2 k.p.a. 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 PT w zw. z art. 104 § 1 k.p.a. oraz art. 77 § 1 k.p.a., art. 107 § 1 i 3 k.p.a., a także w zw. z art. 7, 8 i 11 k.p.a. poprzez: a) oparcie rozstrzygnięcia na twierdzeniach niepopartych 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.

Prezes Urzędu wniósł o oddalenie odwołanie w całości; przeprowadzenie dowodu z dokumentów stanowiących karty akt administracyjnych oraz Wytycznych Komisji w sprawie analizy rynku i oceny znaczącej pozycji rynkowej zgodnie z ramami regulacyjnymi Wspólnoty dotyczącymi sieci i usług łączności elektronicznej i Raportu o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce w 2012 roku. Nadto wniósł o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego.

Wyrokiem z dnia 5 lutego 2015 r. Sąd Okręgowy w Warszawie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK) w pkt 1 uchylił zaskarżoną decyzję w punkcie VI, w pkt II oddalił odwołanie w pozostałej części i w pkt III zniósł wzajemnie między stronami koszty postępowania.

Na skutek apelacji obu stron postępowania Sąd Apelacyjny w Warszawie wyrokiem z dnia 14 października 2015 r.:

1. uchylił zaskarżony wyrok częściowo – to jest co do rozstrzygnięcia zawartego w punkcie pierwszym i trzecim wyroku i w tym zakresie przekazał sprawę do ponownego rozpoznania SOKiK w W. pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego,
2. oddalił apelację powoda w całości,
3. zasądził od (...) Sp. z o.o. w W. na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 270 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny wskazał, między innymi, że trafnym okazał się podniesiony w apelacji pozwanego zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. przez brak wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału wobec pominięcia w tym zakresie załączników nr 2 i 3 do decyzji z dnia 14 grudnia 2012 r, mimo, że załączniki te wchodziły w skład akt administracyjnych. W konsekwencji doprowadziło to do nierozpoznania istoty sprawy, gdyż dane zawarte w załącznikach nr 2 i 3 do decyzji nie zostały objęte badaniem przez Sąd pierwszej instancji.

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów został zobowiązany, aby przy ponownym rozpoznaniu sprawy poddać analizie treść załączników nr 2 i 3 do decyzji i stosownie do poczynionych na tej podstawie ustaleń ocenić zasadność rozstrzygnięcia zawartego w punkcie VI zaskarżonej decyzji. Z tego powodu zaskarżony wyrok w punkcie pierwszym został uchylony. Konsekwencją tego rozstrzygnięcia było także uchylenie punktu trzeciego wyroku dotyczącego rozstrzygnięcia o kosztach procesu.

W zakresie niezbędnym do oceny zasadności odwołania w stosunku do rozstrzygnięcia zawartego w punkcie VI zaskarżonej decyzji Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów realizując wytyczne Sądu Apelacyjnego w Warszawie ustalił, co następuje.

Do chwili wydania decyzji Nr (...) Prezes Urzędu wydał dla 7 przedsiębiorców telekomunikacyjnych decyzje stwierdzające brak skutecznej konkurencji na danym rynku oraz ustalenie statusu podmiotu posiadającego znaczącą pozycję rynkową (tzw. „decyzje (...)). W decyzjach (...) nałożono określone obowiązki regulacyjne na (...) ((...) z dnia 29 września 2009 r.), (...) sp. z o.o. ((...) z dnia 29 września 2009 r.) i (...) S.A. (...) z dnia 29 września 2009 r.) - zaś inne obowiązki na (...) sp. z o.o. (...) z dnia 18 grudnia 2008 r.), (...) S.A. (...) z dnia 19 kwietnia 2011 r.), (...) (...) z dnia 28 lutego 2011 r.) oraz (...) (...) z dnia 28 lutego 2011 r.). Kolejnym rodzajem decyzji były tzw. decyzje MTR, wydane tylko dla trzech operatorów ((...), (...) (...) i (...)). Decyzje zgodnie z art. 40 ust. 1 PT ustalały wysokość MTR na poziomie ponoszonych przez operatorów kosztów świadczenia usługi. W Decyzjach MTR z dnia 9 grudnia 2009 r. dla (...) (...), (...) i (...) (odpowiednio decyzje o sygn.: (...)); (...); (...) zostały ustalone stawki za zakańczanie połączeń głosowych w sieciach wymienionych operatorów na poziomie 0,1677 zł/min. Kolejne decyzje Prezesa Urzędu wydane na podstawie art. 43a PT ustaliły wysokość stawek za zakańczanie połączeń głosowych od dnia 1 lipca 2011 r. w wysokości 0,1520 zł/min. oraz od dnia 1 lipca 2012 r. w wysokości 0,1223 zł/min. (decyzja dla (...) z dn. 25 maja 2011 r. ((...); decyzja dla (...) z dn. 29 czerwca 2011 r. (...); decyzja dla (...) z dn. 11 maja 2011 r.(...).

Za zakańczanie połączeń w sieciach (...) (...), (...) i (...) stawka MTR według decyzji wynosiła netto:

od 1 maja 2007 r. – 40 gr/min., od 1 maja 2008 r. – 33,87 gr/min., od 1 stycznia 2009 r. – 21,62 gr/min., od 1 lipca 2009 r. – 16,77 gr/min., od 1 lipca 2011 r. – 15,20 gr/min., od 1 lipca 2012 r. – 12,23 gr/min.

Trzech pozostałych operatorów posiadających decyzje regulacyjne na rynkach świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych, tj. (...), (...) oraz (...) stosuje asymetryczne MTR. Zgodnie z decyzją(...)z dnia 28 lutego 2011 r. (...) zobowiązany był do stosowania MTR netto:

od 1 lipca 2011 r. – 28,00 gr/min., od 1 stycznia 2012 r. – 18,00 gr/min., od 1 lipca 2012 r. – 14,00 gr/min., od 1 stycznia 2013 r. – 13,70 gr/min., od 1 lipca 2013 r. – symetria.

Pismem z dnia 15 marca 2012 r. – po przeprowadzeniu analizy rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...) sp. z o.o. - Prezes Urzędu zawiadomił tę spółkę 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) wyznaczenia 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 uchylenia obowiązków regulacyjnych nałożonych na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą przed przeprowadzeniem analizy rynku.

W dniach od 3 sierpnia do 3 września 2012 r. Prezes Urzędu przeprowadził postępowanie konsultacyjne, dotyczące projektu decyzji.

Pismem z dnia 8 sierpnia 2012 r. poinformowano Spółkę (powoda) o włączeniu do akt sprawy (i) stosowanego przez Prezesa Urzędu modelu kalkulacji kosztów operatora efektywnego (w formie pliku xls zapisanego na płycie CD) oraz (ii) opisu modelu kalkulacji kosztów według metodologii (...) dokumentacji modelu (...) LRIC.

Pismem z dnia 28 września 2012 r. Prezes Urzędu notyfikował projekt decyzji Komisji Europejskiej. Dnia 31 października 2012 r. Komisja Europejska przekazała Prezesowi Urzędu uwagi do notyfikowanego projektu decyzji.

W dniu 8 listopada 2012 r. Prezes Urzędu przedstawił projekt decyzji w przedmiotowej sprawie Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, a ten ostatni 23 listopada 2012 r. na podstawie art. 106 § 5 k.p.a., wydał postanowienie, w którym uznał za zasadne rozstrzygnięcie przyjęte przez Prezesa Urzędu.

Niesporne jest, że spór stron sprowadza się obecnie do oceny zasadności nałożenia na powoda na podstawie art. 44 PT obowiązku regulacyjnego polegającego na stosowaniu opłat za zakończenie połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej powoda w wysokości wyliczonej w oparciu o stworzony przez Prezesa UKE model operatora efektywnego (...) i określonej w harmonogramie według którego w okresie od 01.01.2013 r. do 30.06.2013 r. miała obowiązywać stawka MTR w wysokości 0,0826 zł/min, a od 01.07.2013 r. stawka MTR w wysokości 0,0429 zł/min (pkt VI decyzji).

Szczegółowy opis modelu kalkulacji kosztów według metodologii (...) znajduje się w załączniku nr 2 do decyzji. W załączniku tym wyjaśniono zakres danych wejściowych do modelu, jego cel i zakres, przyjęty sposób modelowania usługi zakończenia połączenia głosowego, strukturę budowy modelu, metodologię budowy modelu oraz jego parametryzację.

W szczególności metodologia oparta została o wytyczne wynikające z Zalecenia KE w sprawie kalkulacji MTR. Powyższa metodologia zakłada posłużenie się narzędziem w postaci modelu (...) (...) w celu wyznaczania kosztów usługi zakańczania połączenia w sieci mobilnej. Model opiera się na danych dotyczących wolumenów poszczególnych usług (historycznych i prognozowanych) i uwzględnia powszechnie obowiązujące na rynku telefonii mobilnej reguły inżynierskie obowiązujące przy projektowaniu sieci. W modelu przyjęto parametry techniczne jakie zakładane są w chwili obecnej w sieciach telekomunikacyjnych w oparciu, o które świadczone są aktualnie usługi telekomunikacyjne użytkownikom końcowym. W modelu uwzględnione składniki kosztowe projektowanej sieci, które wynikają z rzeczywistych kosztów ponoszonych przez operatorów w związku z budową i rozwojem ich sieci ruchomych. W zakresie przyjętych w modelu prognoz na lata przyszłe (2012-2016), które dotyczą poszczególnych wolumenów ruchu usług podstawowych, tj. czasu połączeń wewnątrzsieciowych, połączeń wychodzących i przychodzących z/do sieci innych operatorów, usług transmisji danych, SMS, MMS, opierano się na danych przekazywanych przez krajowych operatorów telekomunikacyjnych. Uwzględniono dane pochodzące od wszystkich siedmiu operatorów posiadających przydział częstotliwości a dotyczące wskazanych wyżej usług. W zakresie ustalenia udziałów rynkowych modelowanego operatora efektywnego, zgodnie z Zaleceniem w sprawie MTR zostały one przyjęte na poziomie 20%. Założono więc, iż prognozowane wartości dotyczące ruchu telekomunikacyjnego odnoszą się do operatora o udziale rynkowym stanowiącym 20%. W zakresie struktury ruchu operatora efektywnego została przyjęta średnia struktura ruchu wykazywanego przez wszystkich operatorów. W modelu (...), założono progresywne wymiarowanie sieci i dobór optymalnych konfiguracji modelowanych elementów sieci - od konfiguracji gwarantującej minimalną pojemność, umożliwiającą korzystanie z sieci operatora telekomunikacyjnego na terenie całego kraju przez pojedynczego abonenta do sieci zwymiarowanej dla obsługi ruchu generowanego przez liczbę użytkowników jaka odpowiada przyjętemu udziałowi 64 modelowanego operatora efektywnego. Przyjęte rozwiązanie pozwala na wyznaczenie przyrostu (inkrementu) pojemności sieci koniecznego do obsługi ruchu telekomunikacyjnego inicjowanego w innych sieciach i zakańczanego w modelowanej sieci. Powyższe rozwiązanie wynika wprost z Zalecenia KE. Jak wskazane zostało w Załączniku do Zalecenia KE „koszty, które zostałyby włączone do przyrostu usługi zakańczania połączeń, obejmowałyby koszty dodatkowej pojemności sieci koniecznej do przesyłania dodatkowego hurtowego natężenia (tzn. dodatkowej infrastruktury sieci w zakresie, w jakim wynika to z potrzeby zwiększenia pojemności dla celów przesyłania dodatkowego natężenia hurtowego zakańczania połączeń)”. Należy mieć przy tym na uwadze fakt, iż zasięg zdefiniowany jest w Zaleceniu KE jako zdolność lub możliwość zrealizowania pojedynczego połączenia z jakiegokolwiek punktu w sieci w określonym momencie, natomiast sama pojemność oznacza dodatkowe koszty sieci, które są konieczne by sprostać wzrastającemu natężeniu. Przy opracowywaniu założeń do modelu przyjęto, iż w latach przyszłych nastąpi spadek ilości terminali (aparatów) pracujących jedynie w sieci 2G na rzecz aparatów wielosystemowych (pracujących w technologii 2G i 3G). Powyższe podyktowane jest zauważalną na rynku tendencją wzrostu udziału aparatów zapewniających poza tradycyjnymi usługami głosowymi również transmisję danych w sieci 3G. Wzrost popularności aparatów wielosystemowych będzie się przekładał na wzrost udziału połączeń głosowych realizowanych w ramach sieci 3G w stosunku do sieci 2G i 3G łącznie. Model sieci rdzeniowej odzwierciedla sieć

opartą o koncepcję sieci nowej generacji (...) bazującą na (...) i technologiach (...) do transmisji wszystkich danych w szkieletach sieci zamiast (...) i technologii (...) / (...), które były stosowane w sieciach rdzeniowych sieci 2G. Modelowana sieć dostępową jest kombinacją sieci telefonii drugiej (2G) i trzeciej generacji (3G). Rozwiązanie to zgodne jest ze wskazanym w pkt 4 Zalecenia KE motywem, mówiącym, że model opierać się na wydajnych technologiach dostępnych w ramach czasowych, których dotyczy ten model. Sieć podstawowa dla sieci ruchomych może opierać się natomiast na sieci nowej generacji (...) natomiast sieć dostępową sieci ruchomej powinna opierać się na kombinacji sieci telefonii drugiej i trzeciej generacji. Istotne parametry techniczne dotyczące m.in. takich wartości jak: procentowy rozkład rozmów w half-rate i full-rate, współczynnika blokowalności połączeń na poziomie sieci dostępowej i szkieletowej, współczynnika ponownego odzyskiwania częstotliwości, 65 rozkładu ruchu w godzinie największego ruchu (tzw. (...)), maksymalnej liczby (...) na sektor, średniej liczby przesyłań radiowych (hop'ów) zostały przyjęte na poziomie jaki wskazywali krajowi operatorzy telefonii ruchomej lub wynikają bezpośrednio z danych jakie prezentowane były w formularzach przekazywanych do UKE. Przyjęte dla potrzeb stworzenia operatora efektywnego dane dotyczące podziału transmisji pomiędzy poszczególnymi elementami sieci uwzględniają rzeczywiste tendencje w sieciach operatorów dotyczące terminacji ruchu, występujące przy wykonywaniu połączeń przez abonentów tych sieci. Dla przykładu wskazać można, iż uwzględniono zależność dotyczącą ruchu wewnątrzsieciowego, którego część odbywa się w ramach jednego (...) / (...), co powoduje, że dla części ruchu on-net w terminację ruchu zaangażowana jest tylko jedna ta sama centrala (a więc w obsłudze ruchu bierze udział mniejsza ilość elementów sieciowych). Parametry dotyczące czynników kosztowych (wartość sprzętu, koszt budowy, utrzymanie poszczególnych elementów sieci, narzuty) zostały przyjęte na poziomie jaki wskazywali krajowi operatorzy telefonii ruchomej lub wynikają bezpośrednio z danych jakie prezentowane były w formularzach zawierających dane przedkładanych UKE na potrzeby budowy modelu. Ceny sprzętu telekomunikacyjnego uwzględniają rabaty jakie uzyskują operatorzy od dostawców sprzętu, są to więc rzeczywiste koszty sprzętu telekomunikacyjnego ponoszone przez operatorów. Do celów kalkulacji stawek MTR uwzględnione zostały tylko te koszty, które nie byłyby poniesione, jeśli usługi hurtowego zakończenia połączeń nie byłyby świadczone stronom trzecim (tj. koszty możliwe do uniknięcia). Koszty związane z natężeniem w pierwszej kolejności są więc alokowane na pozostałe usługi (rozpoczynanie połączeń, przesyłanie wiadomości SMS, przesyłanie wiadomości MMS, transfer danych), tak aby na usługę zakańczania połączeń głosowych alokowane były tylko koszty związane z natężeniem wynikającym ze świadczenia usługi zakańczania połączeń. Powyższe założenie wynika wprost ze wskazanych w Załączniku do Zalecenia KE zasad kalkulacji stawek za hurtowe zakańczanie połączeń w sieciach ruchomych dotyczących właściwej alokacji ponoszonych kosztów na świadczenie usług telekomunikacyjnych gdzie wskazano wprost, iż do celów kalkulacji stawek za hurtowe zakańczanie połączeń nie należy uwzględniać kosztów niezwiązanych z natężeniem. Z kosztów związanych z natężeniem, do istotnego przyrostu zakańczania 66 połączeń należy przypisać tylko te koszty, których by uniknięto, jeżeli hurtowa usługa zakańczania połączeń nie byłaby świadczona. Koszty aparatu telefonicznego (mikrotelefonu) i karty SIM, jako niezwiązane z natężeniem ruchu telekomunikacyjnego i niesłużące jedynie obsłudze usługi zakończenia połączenia w sieci ruchomej, nie zostały uwzględnione w modelu kalkulacji kosztów hurtowych usług zakańczania połączeń. Rozwiązanie takie również wprost wskazane zostało w Załączniku do Zalecenia KE (akapit 3 Załącznika). Koszt hurtowej usługi zakańczania połączeń nie obejmował kosztów związanych z zapewnieniem zasięgu (koszty przydziału widma radiowego). Koszty związane z korzystaniem z widma w paśmie 900, 1800 i 2100 MHz oraz jego przydziałem (niezwiązane z natężeniem) nie zostały wliczone jako część kosztu przyrostu hurtowej usługi zakańczania połączeń. Kurs EUR przyjęty został (przy przeliczaniu cen na potrzeby uwzględnienia cen w PLN) na poziomie średniego rocznego kursu euro za rok 2011 jaki publikowany jest na stronie NBP. Wartość wskaźnika WACC dla operatora efektywnego została ustalona w wysokości 12,64% jako średnia wartość wskaźników WACC dla (...), (...), (...), (...). W kalkulacji Prezes UKE nie uwzględniał wskaźników WACC wyznaczonych dla (...), (...) i (...) wchodzących w skład grupy kapitałowej (...) S.A. Wartość współczynnika WACC dla (...), (...), (...) i (...) została ponownie przeliczona w oparciu o metodologię zaprezentowaną w dokumencie z 16 sierpnia 2006 r. pt. „Metodologia kalkulacji wskaźnika zwrotu kosztu zaangażowanego kapitału dla (...) S.A.” (zwanym dalej (...)), przy wykorzystaniu następujących wartości elementów będących komponentami wskaźnika WACC : stopa wolna od ryzyka w wysokości 5,803%, określona na podstawie rentowności 10 letnich, hurtowych obligacji skarbowych, premia za udostępnienie kapitału własnego w wysokości 6,5%, określona na podstawie średniej dla krajów europejskich, skorygowanej o premię za ryzyko dla Polski; stopa podatkowa dla osób prawnych w wysokości 19%. Ponadto czynniki wpływające na wysokość WACC, zależne od ryzyka inwestowania w

(...), (...), (...) i (...), takie jak: struktura kapitału, współczynnik (...) i premia za ryzyko udostępnienia kapitału obcego, zostały przyjęte przez Prezesa UKE w wysokości wskazanej przez ww. spółki. Prezes UKE wyznaczając wartość wskaźnika WACC dokonał 67 korekty współczynnika (...) współczynnikiem (...), w celu jak najlepszego dostosowania do warunków panujących w przyszłości, co jest zgodne z metodologią zaprezentowaną w Raporcie (...) pt. „Metodologiczne aspekty kalkulacji średniego ważonego kosztu kapitału”.

Treść załącznika nr 2 stanowi instrukcję do wypełnienia przez Prezesa UKE konkretnymi danymi modelu kalkulacji kosztów operatora efektywnego, to jest załącznika nr 3. Dane i obliczenia znajdujące się w załączniku nr 3 stanowią tajemnicę przedsiębiorstw telekomunikacyjnych. Na ich podstawie wyliczona została wysokość stawki MTR operatora efektywnego.

W zakresie przekazanym Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 14 października 2015 r., to jest co do rozstrzygnięcia objętego treścią pkt VI zaskarżonej decyzji, Sąd Okręgowy zważył, co następuje.

Uważna lektura odwołania skłania Sąd do uznania, że dla oceny rozstrzygnięcia z punktu VI decyzji zachodzi potrzeba rozważenia wszystkich zarzutów skierowanych przeciwko decyzji.

Powód żądając uchylenia zaskarżonej decyzji Prezesa UKE także w pkt VI wskazywał przede wszystkim na jej wadliwość poprzez – jak zostało to określone – wyłączenie części decyzji Prezesa UKE do załączników w postaci płyty CD, co nie spełnia wymogów dotyczących formy decyzji administracyjnej.

Podnosząc ten zarzut powód wskazywał na naruszenie art. 206 ust. 1 Pt w zw. z art. 104 § 1 i art. 107 § 1 i 2 k.p.a.

Zgodnie z art. 104 § 1 k.p.a., organ administracji publicznej załatwia sprawę przez wydanie decyzji, chyba że przepisy kodeksu stanowią inaczej.

Z zawartych w apelacji skarżącego wywodów nie wynika, na czym miałyby polegać naruszenie przez sąd pierwszej instancji art. 104 § 1 k.p.a. Załatwienie sprawy nastąpiło w formie decyzji administracyjnej Prezesa UKE stanowiącej przedmiot wniesionego w tej sprawie odwołania.

Z kolei w świetle art. 107 § 1 k.p.a., decyzja administracyjna powinna zawierać: 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 lub, jeżeli decyzja wydana została w formie dokumentu elektronicznego, powinna być opatrzona bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Decyzja, w stosunku do której może być wniesione powództwo do sądu powszechnego lub skarga do sądu administracyjnego, powinna zawierać ponadto pouczenie o dopuszczalności wniesienia powództwa lub skargi. Zgodnie z § 2 art. 107 k.p.a. przepisy szczególne mogą określać także inne składniki, które powinna zawierać decyzja.

Nie można podzielić zarzutu sformułowanego w odwołaniu, że decyzja Prezesa UKE, stanowiąca przedmiot odwołania w tej sprawie, nie spełnia wymogów formalnych wskazanych w art. 107 k.p.a. Przede wszystkim wyjaśnić należy, w kontekście zarzutów sformułowanych w odwołaniu, że załącznikiem do zaskarżonej decyzji nie była płyta CD, a model kalkulacji kosztów operatora efektywnego w formie pliku xls. Model ten został jedynie zapisany na nośniku w postaci płyty CD.

Brak jest przeszkód prawnych do przyjęcia, że do decyzji administracyjnej mogą być dołączone również załączniki. Stanowią one dokumenty odrębne od decyzji w sensie fizycznym, ale będące integralną częścią decyzji w sensie prawnym. Jak wskazuje się w orzecznictwie sądów administracyjnych, to z treści decyzji administracyjnej wynika, co będzie jej załącznikiem. W rozpoznawanej sprawie w zaskarżonej decyzji wyraźnie określono w jej treści załączniki będące jej integralną częścią. Tym samym niezasadny jest zawarty w odwołaniu zarzut „wyłączenia części decyzji do

załączników”. Powód podnosi przy tym również, że załączniki do zaskarżonej decyzji, w szczególności załącznik w postaci płyty CD, nie spełniają wymogów dotyczących formy decyzji administracyjnej. Zarazem jednak sam przywołuje orzeczenie Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie, zgodnie z którym brak podpisu na załączniku decyzji nie stanowi naruszenia przepisu art. 107 § 1 k.p.a. mogącego mieć istotny wpływ na wynik sprawy. Wskazać należy, że pogląd ten podzielany jest również w innych orzeczeniach sądów administracyjnych (tak m.in. wyrok NSA z dnia 6 czerwca 2013 r., II OSK 346/12, LEX nr 1352912, czy wyrok WSA w Rzeszowie z dnia 12 września 2012 r., II SA/Rz 527/12, LEX nr 1222399).

Niezrozumiały jest dalszy zarzut w tym zakresie podnoszący wątpliwości co do związku z wydaną decyzją załącznika w postaci modelu kalkulacji kosztów operatora efektywnego zapisanego w formacie pliku xls na nośniku w postaci CD. Nośnik ten dołączony został do decyzji z oznaczeniem, że stanowi on jej załącznik, doręczony został również wraz z decyzją skarżącemu. W treści decyzji wskazano i opisano natomiast wszystkie jej załączniki z zaznaczeniem, że załącznik nr 3 (model kalkulacji kosztów operatora efektywnego w formie pliku xls) zapisany został na płycie CD. Tym samym nie można podzielić zarzutu skarżącego, że wskazany załącznik nie został opisany w wystarczający sposób i tym samym powstają wątpliwości co do jego związku z wydaną przez Prezesa UKE decyzją.

Niezasadne są również dalsze zarzuty skarżącego mające swoje źródło w przepisach kodeksu postępowania administracyjnego (art. 104 § 1 k.p.a., art. 77 § 1 k.p.a., art. 107 § 1 i 3 k.p.a., art. 7,8 i 11 k.p.a.). W tym zakresie powód podnosi nieprawidłowe ukształtowanie uzasadnienia zaskarżonej decyzji, które miało uniemożliwić poddanie jej skutecznej kontroli w zakresie wysokości stawek MTR. Zarazem skarżący podnosi, że z treści decyzji nie wynika, w jaki sposób organ regulacyjny dokonał kalkulacji wysokości stawek MTR, które zostały ustalone w zaskarżonej decyzji. Ponadto wskazuje, że model stworzony dla celów tej decyzji jest obciążony istotnymi wadami.

Metodologia doboru danych oraz przesłanki, jakimi kierował się Prezes UKE przy opracowywaniu modelu efektywnego operatora zostały wskazane w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji (str. 49 – 54). Podnieść należy również, co zostało pominięte w wywodach odwołania, że sam opis przyjętego przez Prezesa UKE modelu zawarty został w załączniku nr 2 do decyzji. W załączniku tym, stanowiącym integralną część wydanej decyzji Prezesa UKE, wyjaśniono między innymi zakres danych wejściowych do modelu, cel i zakres modelu, przyjęty sposób modelowania usługi zakańczania połączenia głosowego, strukturę i metodologię budowy modelu. Zakwestionowanie prawidłowości przyjętego przez Prezesa UKE modelu wymagałoby przytoczenia przez powoda określonych zarzutów dotyczących jego całości lub poszczególnych elementów. Z kolei ocena tych zarzutów wymagałaby wiadomości specjalnych, którymi nie dysponuje sąd orzekający. Zważywszy, że skarżący zarzutów takich nie przytoczył, ograniczając się w istocie do podnoszenia zarzutów formalnych dotyczących samego sposobu przedstawienia przez Prezesa UKE przyjętego modelu, a także nie wnioskował o jego weryfikację w określonym kierunku w oparciu o opinię biegłego, ogólne zarzuty sformułowane w tym zakresie w odwołaniu nie mogą być uznane za zasadne. Natomiast dane stanowiące podstawę tego modelu, zebrane zostały od przedsiębiorców telekomunikacyjnych i uznane zostały w toku postępowania za tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym stronie powodowej ograniczony został wgląd do materiału dowodowego w tym zakresie. Trafnie pozwany podnosi, że postanowienie w tym przedmiocie nie zostało przez powoda zaskarżone w toku postępowania administracyjnego.

Prezes UKE weryfikował dane przedstawiane przez operatorów. Czytelnym tego przejawem jest fakt, iż dane przedstawione przez nich w odpowiedzi na wezwania z dnia 4 stycznia 2012 r., zostały przez Prezesa UKE uznane za niespójne oraz fakt, że na wskazanym etapie postępowania stwierdził on, iż „mogą one nie odzwierciedlać stanu rzeczywistego”. Do wniosku, iż analizowany zarzut jest chybiony prowadzi też uwzględnienie tego, że Prezes UKE, wobec stwierdzenia wskazanych wyżej nieprawidłowości, wystosował do operatorów kolejne indywidualne wezwania oraz przeprowadził z ich przedstawicielami serię indywidualnych rozmów „w celu dokładnego wyjaśnienia wszystkich niejasności, tak aby ponownie przekazane dane pozbawione były wad występujących dotychczas”.

W decyzji wskazano i szczegółowo przedstawiono też sposób kalkulacji MTR.

Prezes UKE miał prawo wykorzystania modelu hipotetycznego operatora efektywnego. W uzasadnieniu przekonywująco wskazano, że rozwiązanie takie znajduje oparcie w art. 44 PT oraz jest zgodne z zaleceniami Komisji Europejskiej. Prezes UKE zwrócił uwagę, że doszło do zmiany „podejścia regulacyjnego w zakresie MTR w państwach członkowskich” w związku z wydaniem Zalecenia w sprawie FTR i MTR oraz stwierdził, iż „w wielu państwach UE implementowane zostały nowe rozwiązania w zakresie regulacji MTR, które uwzględniają Zalecenie w sprawie FTR i MTR, wprowadzając stawki za zakańczanie połączeń w sieci telefonii ruchomej na symetrycznym poziomie wyliczone w oparciu o metodologię (...)”. W uzasadnieniu decyzji podniesiono też, iż wskazane zalecenie „jasno określiło rekomendowany model regulacji MTR w Unii Europejskiej, który w ocenie Prezesa UKE jest również możliwy do zastosowania i odpowiadający potrzebom rynku w realiach polskiego rynku telekomunikacyjnego”.

Zgodzić należy się ze stanowiskiem Prezesa UKE, iż wskazane przez niego okoliczności „stanowią przesłankę szczególnego przypadku, uzasadniającego zastosowanie art. 44 PT.”. Zwrócić należy uwagę na punkt 1 Zalecenia Komisji z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych (2009/396/WE), Dz.U.UE L z dnia 20 maja 2009 r. W jego myśl, podczas nakładania kontroli kosztów i obowiązków w zakresie księgowania kosztów zgodnie z art. 13 dyrektywy 2002/19/WE na operatorów wyznaczonych przez krajowe organy regulacyjne (NRA) ze względu na ich znaczącą pozycję rynkową na rynkach hurtowego zakańczania połączeń głosowych w poszczególnych publicznych sieciach telefonicznych (zwanym dalej "rynkami zakańczania połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych") w wyniku analizy rynku przeprowadzonej zgodnie z art. 16 dyrektywy 2002/21/WE, krajowe organy regulacyjne powinny ustanowić stawki za zakańczanie połączeń w oparciu o koszty poniesione przez efektywnego operatora. Oznacza to, że stawki te będą również symetryczne. W punkcie 2 powołanego dokumentu, znajduje się stwierdzenie, że „zaleca się, by szacowanie efektywnych kosztów opierało się na bieżących kosztach oraz na modelu typu (...), z wykorzystaniem modelu długookresowych kosztów przyrostowych (LRIC), jako na odpowiedniej metodzie kalkulacji kosztów”

Prezes UKE naruszyłby swe obowiązki, gdyby zignorował treść Zalecenia. Wynika to zarówno z ogólnego obowiązku lojalnej współpracy między państwami członkowskimi a Unią Europejską, jak również ze szczegółowych unormowań prawa wtórnego. Wskazać tu można w szczególności na art. 8 ust. 3 Dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywy ramowej), Dziennik Urzędowy (...), (...). W jego myśl, krajowe organy regulacyjne będą wspierać rozwój rynku wewnętrznego m.in.:

- a) usuwając istniejące bariery rynkowe w zakresie udostępniania sieci i usług łączności elektronicznej, urządzeń towarzyszących i usług oraz usług łączności elektronicznej na szczeblu wspólnotowym;
- b) wspierając ustanawianie i rozwój transeuropejskich sieci oraz interoperacyjność usług ogólnoeuropejskich i możliwość podłączenia typu koniec-koniec;
- c) zapewniając, że, w podobnych okolicznościach nie występuje dyskryminacja w traktowaniu przedsiębiorstw udostępniających sieci i usługi łączności elektronicznej;
- d) współpracując ze sobą, jak również z Komisją, w sposób przejrzysty, ażeby zapewnić spójne stosowanie prawa i wdrażanie postanowień niniejszej dyrektywy oraz dyrektyw szczegółowych.

Przeobrażenia otoczenia rynkowego i wskazane obowiązki Prezesa UKE wynikające z prawa UE, muszą być również uwzględniane przy wykładni art. 44 PT i przy analizie obowiązków nałożonych na operatora.

Prezes UKE wyjaśnia, że „model (...) w metodologii (...) zakłada kalkulowanie kosztów hipotetycznego operatora efektywnego o zakładanej wielkości rynku (takiej samej dla wszystkich badanych operatorów)”. W decyzji słusznie wskazano, że metodologia, którą wykorzystano nie opiera się na kosztach operatora zobowiązanego oraz, że istnieje konieczność zasilenia przedmiotowego modelu „danymi pochodzącymi od operatorów działających w danym kraju”. Nieuprawnione są więc zarzuty powoda, że Prezes UKE „nie dokonał ustaleń kosztowych w oparciu o dane przekazane

przez Spółkę”, lecz oparł się na danych pochodzących od „podmiotów znajdujących się w odmiennej sytuacji faktycznej od powodowej Spółki”. Jak wcześniej wskazano, również sposób gromadzenia i analizy relewantnych danych przez Prezesa UKE nie budzi zastrzeżeń.

Nie można również podzielić zawartych w odwołaniu zarzutów dotyczących naruszenia przepisów prawa telekomunikacyjnego, to jest przepisów art. 24 pkt 2 lit. a), b) i c) Pt w zw. z art. 21 i art. 22 Pt oraz art. 34 ust. 1 i 2, art. 36, art. 37 ust. 1 i 2 i art. 44 Pt.

Przesłanką wydania decyzji przewidzianej w art. 24 PT jest ustalenie, że na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej. Znacząca pozycja rynkowa oznacza posiadanie przez przedsiębiorcę tak silnej ekonomicznie pozycji na danym rynku, że może on postępować według swego uznania, nie bacząc na działania innych konkurentów i konsumentów. Wydanie decyzji na podstawie art. 24 PT ma na celu regulację rynku ex ante, tak aby zapobiec zagrożeniom dla rynku wynikającym z posiadanej przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego znaczącej pozycji rynkowej. W efekcie nałożenie określonych obowiązków regulacyjnych wiąże się z brakiem sprawnie działającej konkurencji na rynku właściwym, co daje przedsiębiorcy o znaczącej pozycji na tym rynku możliwość ingerowania w przyszłości w mechanizm konkurencji. Nałożenie obowiązków regulacyjnych jest więc konsekwencją ustalenia, że na danym rynku właściwym nie występuje skuteczna konkurencja oraz wyznaczenia przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji na tym rynku (tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 czerwca 2011 r., III SK 51/10). Ustalenia Prezesa UKE w tym zakresie nie zostały zakwestionowane przez powoda. Zarazem wskazać należy, dzieląc argumentację pozwanego, że nieuzasadnione i antykonkurencyjne zawyżanie stawek za zakańczanie połączeń głosowych jest możliwym zachowaniem przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej. Brak ustalenia, że w przeszłości dochodziło do zawyżania stawek za zakańczanie połączeń głosowanych nie wyklucza potencjalnego zagrożenia w tym zakresie w przyszłości zważywszy, że powód jest jedynym dostawcą usługi zakańczania połączeń głosowanych we własnej sieci. Tym samym trafnie pozwany po dokonaniu analizy rynku właściwego wskazał na występujące problemy rynkowe polegające na: możliwości antykonkurencyjnego zawyżania stawek za zakańczanie połączeń w sieci powoda, możliwość utrudniania innym operatorom dostępu do tej sieci oraz możliwość nadużywania asymetrii stawek za zakańczanie połączeń przez spółki wchodzące w skład grupy spółek kontrolowanych przez Z. Ż., a w tym przez powoda. Stwierdzonym problemom rynkowym odpowiadają obowiązki regulacyjne nałożone w zaskarżonej decyzji na skarżącego.

Powód w odwołaniu podnosi również, że nałożone obowiązki regulacyjne są nieadekwatne i nieproporcjonalne do zidentyfikowanych przez organ regulacyjny problemów rynkowych. Zarzut ten jednak nie należy wykazać. Powód nie zawarł bowiem w odwołaniu tego typu argumentacji, która skutkowałaby skutecznym podważeniem oceny proporcjonalności poszczególnych obowiązków nałożonych w decyzji. W istocie jego argumentacja, sprowadzająca się do negowania ustaleń Prezesa UKE co do stwierdzonych problemów rynkowych, zmierzała do zmiany nałożonych obowiązków poprzez wprowadzenie wskazanego w odwołaniu odmiennego harmonogramu zastosowania MTR w ruchomej publicznej sieci telefonicznej powoda.

Niezasadny jest również zarzut naruszenia przez sąd pierwszej instancji art. 189 ust. 2 pkt 2 lit. c) PT poprzez pominięcie wynikającej z tego przepisu zasady równego traktowania (niedyskryminacji w traktowaniu) przedsiębiorców telekomunikacyjnych. W ocenie skarżącego wprowadzenie obowiązku stosowania stawek MTR wynikających z określonego w zaskarżonej decyzji harmonogramu dyskryminuje powodową spółkę w stosunku do operatorów zasiedziałych. W tym zakresie wskazać należy przede wszystkim, że powód należy do grupy spółek kontrolowanych przez Z. Ż., które posiadają ponad 30 % udziału w rynku usług telefonii mobilnej. Trafnie w tym kontekście pozwany wskazuje, że brak jest podstaw do traktowania powoda jako nowego podmiotu wchodzącego na rynek telekomunikacyjny. Tym samym brak jest również podstaw do formułowania zarzutu dyskryminacji powoda względem tak zwanych operatorów zasiedziałych.

W tym stanie rzeczy na podstawie art. 479⁶⁴ § 1 k.p.c. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie w zakresie rozstrzygnięcia z punktu VI decyzji, gdyż nie znalazł podstaw do jego uwzględnienia.

O kosztach postępowania w pierwszej instancji i w instancji apelacyjnej, które ograniczały się do kosztów zastępstwa prawnego pozwanego Sąd orzekł stosownie do wyniku sporu na podstawie art. 98, 99 i 108 § 1 k.p.c.

Pobranie od powoda opłaty sądowej, od której poniesienia pozwany był zwolniony z mocy prawa znajduje podstawę w art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych przy uwzględnieniu wyniku procesu – art. 98 k.p.c.