

Sygn. Akt XVII AmT 171/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 listopada 2019 roku

Sąd Okręgowy w Warszawie XVII Wydział Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący: **Sędzia SR (del.) Jolanta Stasińska**

Protokolant: protokolant sądowy **Aleksandra Marczak**

po rozpoznaniu w dniu 23 października 2019 roku w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa **(...) Izby (...) w W.**

przeciwko **Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej**

z udziałem zainteresowanych **(...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W., Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej w W.**

o ustalenie warunków dostępu

na skutek odwołania **(...) Izby (...) w W.** od decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 11 września 2018 roku, Nr **(...)**

1. oddała odwołanie,
2. zasądza od **(...) Izby (...) w W.** na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 720,00 zł (siedemset dwadzieścia złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego,
3. zasądza od **(...) Izby (...) w W.** na rzecz **(...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W.** kwotę 737,00 zł (siedemset trzydzieści siedem złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sędzia SR (del.) Jolanta Stasińska

Sygn. akt XVII AmT 171/18

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej decyzją z dnia 11 września 2018 roku, **(...)**, na podstawie art. 18 ust. 3 w związku z art. 17 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 2062 ze zm., dalej „ustawa o wspieraniu rozwoju”) i art. 206 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1907 ze zm., dalej **(...)**) oraz art. 104 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1257 ze zm., dalej „kpa”), po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego wszczętego z urzędu w dniu 6 grudnia 2017 r. w przedmiocie określenia warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej Operatora w zakresie kanalizacji kablowej oraz kanalizacji telekomunikacyjnej budynku (dalej **(...)**), orzekł:

I. określłam Warunki Dostępu do infrastruktury technicznej Operatora w zakresie kanalizacji kablowej, w brzmieniu określonym w Załączniku nr 1 do decyzji, stanowiącym jej integralną część,

II. określłam Warunki Dostępu do infrastruktury technicznej Operatora w zakresie kanalizacji telekomunikacyjnej budynku, w brzmieniu określonym w Załączniku nr 2 do decyzji, stanowiącym jej integralną część,

III. Operator zapewni gotowość do zawierania Umów Ramowych i Umów Szczegółowych, a także rozpatrywania Zapytań o dostęp do infrastruktury technicznej zgodnie z postanowieniami Warunków Dostępu określonymi w Załączniku nr 1 i Załączniku nr 2 do decyzji, najpóźniej do dnia 15 marca 2019 r.; do czasu wdrożenia ww. funkcjonalności Operator jest zobowiązany do udostępniania infrastruktury technicznej w zakresie kanalizacji kablowej i kanalizacji telekomunikacyjnej budynku na dotychczasowych zasadach, stosowanych w ramach przedsiębiorstwa Operatora,

IV. na podstawie art. 206 ust. 2aa Pt w związku z art. 206 ust. 2 pkt 6 decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu.

Odwołanie od powyższej decyzji wniósł powód (...) Izba (...) z siedzibą w W..

W odwołaniu od decyzji podniesiono następujące zarzuty:

1. naruszenie przepisów postępowania tj. art. 7, 77, 107 k.p.a. w zw. z art. 206 ust. 1 Pt poprzez niedopełnienie obowiązku dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego (art. 7 k.p.a.), rozpatrzenie materiału dowodowego (art. 77 k.p.a.) i uwzględnienie dokonanych ustaleń w sentencji i uzasadnienia skarżonej decyzji (art. 107 k.p.a.),

2. naruszenie przepisów materialnych, tj.:

- art. 18 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 i 2 MegaU przez: nieuwzględnianie konieczności zapewnienia niedyskryminacyjnych i proporcjonalnych warunków dostępu – (i) poprzez określenie asymetrycznych stawek na rynku KK w skarżonej decyzji w porównaniu ze stawkami określonymi w analogicznych decyzjach wydanych tego samego dnia dla innych 6 operatorów.

Wskazując na powyższe zarzuty wniósł o następującą zmianę w zakresie załącznika nr 1 pkt 1.2 Tabela 1, opłata za udostępnienie kanalizacji kablowej do skarżonej decyzji poprzez zastąpienie dotychczasowej treści tabeli 1 w następującym zapisem:

Oplaty za 1 metr wprowadzonego kabla/ Mikrokanalizacji/rury kanalizacji wtórnej do Kanalizacji kablowej o średnicy większej niż 40 mm		
Lp.	średnica kabla/ mikrokanalizacji/rury kanalizacji wtórnej [mm]	Oplata [zł]
1.	poniżej 10	0,13
2.	od 10 do 13	0,17

3.	powyżej 13 do 20	0,26
4.	powyżej 20 do 27	0,36
5.	rura kanalizacji wtórnej 32 lub 40	0,44
<p>Oplaty za 1 metr wprowadzonego kabla/ Mikrokanalizacji do Kanalizacji kablowej o średnicy do 40 mm</p>		
Lp-	średnica kabla [mm]	Oplata [zł]
1.	poniżej 10	0,33
2.	od 10 do 13	0,43
3.	powyżej 13 do 20	0,66
4.	powyżej 20 do 27	0,89
5.	powyżej 27	1,32

Powód wniósł również o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odwołania powód wskazał, że Prezes UKE w dniu 11 września 2018 roku wydał równocześnie szereg decyzji nakładających prawie identyczne quasi-oferty ramowe w zakresie KK/KB na operatorów będących największymi dysponentami tej infrastruktury, regulując w ten sposób na analogicznych zasadach (z wyłączeniem stawek w KK) zasadniczo kluczowe krajowe zasoby KK/KT. Oprócz QOR KK/KTB dla (...) S.A. podobne quasi oferty ramowe zostały wydane dla 6 innych operatorów. Wszystkie wspomniane quasi Ors zawierają analogiczne warunki świadczenia usługi dostępu do infrastruktury technicznej - za wyjątkiem opłat miesięcznych za KK. Powód wskazał dalej, że różnice w metodologii ustalenia opłat miesięcznych za KK w poszczególnych decyzjach Prezesa UKE z dnia 11 września 2018 roku budzą wiele wątpliwości, gdyż bazują na różnych stawkach bazowych za wypełnienie całej średnicy kanalizacji, a w konsekwencji prowadzą do dużej asymetrii stawek poszczególnych 7 operatorów. Z ustaleń powoda wynika, że najbardziej skorzystali operatorzy, którzy nie przekazali żadnego uzasadnienia do wysokości stosowanych przez nich opłat, bowiem na podstawie benchmarków uzyskali znacznie wyższe stawki w decyzjach (1,94 zł), w sytuacji gdy Prezes UKE posiada instrumenty prawne, aby wezwać wszystkich operatorów, którzy nie przekazali żadnego uzasadnienia do przedstawienia stawek stosowanych dla USs. Wątpliwości powoda również budzi sama metodologia wyznaczenia opłaty na podstawie benchmarków przez Prezesa UKE. W ocenie powoda, bardziej wiarygodną metodą statystyczną dla wyznaczenia stawki benchmarkowej powinna być dominanta, a nie mediana. Wprawdzie mediana eliminuje wartości skrajne, ale poza tym jest bardziej zbliżona do średniej arytmetycznej,

ponieważ nie odzwierciedla najbardziej typowych wartości. Wadą zaś średniej arytmetycznej jest to, że nie obrazuje prawdziwych wartości występujących w badanym zbiorze, lecz kreuje czysto teoretyczny obraz, często nie mający wiele wspólnego z badaną rzeczywistością. Tymczasem dominanta mówi o najbardziej typowej wartości, która z największym prawdopodobieństwem występuje w badanym zbiorze. W ocenie powoda, przewaga dominandy nad medianą polega na tym, że dominanta przedstawia wartość obiektywnie najczęściej występującą w badanym zbiorze, przez co najwierniej opisuje rzeczywistość, podczas gdy mediana pozwala na żonglowanie statystyką (instrumentalne stosowanie) w celu wykazania nierzeczywistych wartości jako najbardziej typowych. Powód wskazał, że wyznaczając stawkę metodą benchmarkową, Prezes UKE powinien przyjąć wartość najczęściej występującą na rynku, czyli w faktycznie zawieranych przez operatorów umowach dzierżawy kanalizacji kablowej. Zdaniem powoda, tylko taka metoda określenia stawki będzie zgodna z art., 8 k.p.a., który nakazuje rozstrzygać sprawy w sposób budzący zaufanie do władzy publicznej, tymczasem wybór mediany jest odwołaniem się do zniekształconego opisu rynku, ponieważ bez uwzględnienia najbardziej rynkowych stawek, które są faktycznie stosowane przez operatorów. Powód wskazał, że tylko wartość dominująca w zbiorze realnych opłat stosowanych przez operatorów jest w stanie odzwierciedlić rzeczywistą praktykę rynkową.

Zdaniem powoda nie jasne są zasady wyznaczania stawki za pełny otwór, w tym dla (...) na poziomie 1,94 zł. Prezes UKE na potrzeby zbudowania modelu rozliczeń za średnice poszczególnych kabli telekomunikacyjnych przyjął różne stawki bazowe za wypełnienie całego otworu KK. Powód zaprezentował również ogólną dysproporcję za pomocą tabel, z których w jego ocenie wynika, że różnica procentowa stawek oscyluje w przedziale od 29%-47%, czyli w uproszczeniu OAs z wyższymi stawkami mają je wyższe względem (...) od $\frac{1}{3}$ do $\frac{1}{2}$. W ocenie powoda wprowadzona przez Prezesa UKE asymetria opłat nie przyniesie pożądanych efektów dla rynku, a mianowicie jedynie (...) oraz I. w praktyce będą udostępniać KK po symetrycznych stawkach. Pozostali operatorzy udostępniający będą mogli pobierać znacząco wyższe opłaty za dostęp do KK, co wpłynie na ograniczenie konkurencji w nieruchomościach, które są obsługiwane przez tych operatorów. W ocenie powoda powyższe świadczy o tym, że pozwany faworyzuje niektórych operatorów i ogranicza dostęp do ich sieci, natomiast dostęp do innych sieci ułatwia, tym bardziej, że dostęp do KK stanowi krytyczny element, który umożliwia operatorowi wejście do danego budynku z własną siecią. W przekonaniu powoda wszystkie wydawane rozstrzygnięcia przez Prezesa UKE powinny w jednakowy (symetryczny) sposób uregulować wysokość stosowanych wzajemnie stawek, co będzie zgodne z przesłanką niedyskryminujących warunków dostępu do kanalizacji kablowej oraz rozwoju konkurencyjnego usług. Z tego względu wnioszek o zmianę decyzji zmierza do ich ujednoczenia (symetryzacji) z referencją do stawek proponowanych przez (...) S.A.

W odpowiedzi na odwołanie Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej podtrzymał stanowisko zawarte w treści decyzji, wnosząc o:

1. oddalenie odwołania w całości,
2. zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstw procesowego w wysokości 1440,00 zł.

W uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie pozwany wskazał, że ustalając w zaskarżonej decyzji warunki zapewniania dostępu do KK i KTB operatorów miał na względzie, że warunki powinny zostać określone w sposób proporcjonalny i niedyskryminujący. Przyjęta w sentencji decyzji uniwersalna procedura określająca warunki dostępu przyczyni się do ograniczenia kosztów pozyskiwania infrastruktury przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych korzystających z dostępu do infrastruktury technicznej oraz pozwoli na szerszy dostęp do KK i KTB. Pozwany zaznaczył, że dla ustalenia ogólnej opłaty miesięcznej za dostęp do KK operatora, Prezes UKE wziął pod uwagę wyjaśnienia przedstawione w toku postępowania, materiały dowodowe zebrane w sprawie, w tym treść umów o dostępie do KK, a także opłaty przedstawione przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych w odpowiedzi na wezwania Prezesa UKE. Pozwany ocenił jako niesłuszny zarzut powoda, że mediana nie jest właściwa dla wyznaczenia opłat oraz, że Prezes UKE powinien wyznaczyć opłatę za pomocą dominandy. Dominanta nie znajduje uzasadnienia z uwagi na uwarunkowania historyczne oraz pozycję (...) S.A. z siedzibą w W., która posiada większość zasobów KK i przez wiele lat była jedynym dysponentem KK i monopolistą na rynku KK. Z uwagi na fakt, że znaczna część KK (...) została wybudowana ze środków publicznych w czasie kiedy (...), była przedsiębiorstwem państwowym, nie można zrównywać jej pozycji z

pozycją Operatorów, którzy wybudowali całość posiadanej KK z własnych KK. Z tego względu opłata ustalona dla (...) jest inna od opłat ustalonych dla innych operatorów, gdyż koszty KK przedsiębiorców też są różne. Pozwany nadmieniał ponadto, że dla przedsiębiorców których opłaty mieściły się w przedziale poniżej mediany, Prezes UKE ustalił je na poziomie przez nich wskazanym, natomiast dla pozostałych PT, których opłaty były wyższe niż mediana, Prezes UKE wyznaczył opłatę na poziomie mediany. Prezes UKE zaznaczył, że celem określenia poziomu opłat nie była bowiem dyskryminacja żadnego z podmiotów, ale ustalenie racjonalnego, proporcjonalnego i niedyskryminującego poziomu opłaty za dostęp do KK.

W piśmie procesowym z dnia 7 lutego 2019 roku złożył odpowiedź na odwołanie zainteresowany (...) Izba (...) z siedzibą w W. (zwany dalej: (...)). Wskazał, że jego odpowiedź jest niezależna od aprobowania przez (...) stanowisk lub odwołań innych operatorów podkreślających liczne wady decyzji.

W odniesieniu do zarzutów powoda zainteresowany (...) wskazał, że ustalenie przez Prezesa UKE opłat z tytułu dostępu do infrastruktury technicznej wszystkich siedmiu operatorów na jednakowym, identycznym i postulowanym w pkt II petitum odwołania powoda poziomie, powodowałoby, że taka regulacja Prezes UKE w zasadzie od samego początku sprawiałaby, że określone w decyzji warunki dostępu do kanalizacji kablowej nie byłyby proporcjonalne – nie byłyby zgodne z art. 22 ust. 1 ustawy szerokopasmowej. Zaznaczył, że sytuacja rynkowa regulowanych siedmiu operatorów telekomunikacyjnych jest diametralnie różna. Zainteresowany zauważył, że według powoda, jednakowe koszty budowy i obsługi infrastruktury technicznej miałyby występować zarówno po stronie zasiedziałego operatora, którego obszar działalności obejmuje obszar całego kraju, jak i po stronie np. (...) S.A. – operatora, którego sieci kablowe położone są na nieporównywalnie mniejszym obszarze. Zainteresowany wskazał też na brak akceptacji dla proponowanej przez powoda metodologii obliczenia opłaty, tj. dominanty. W przekonaniu zainteresowanego takie stanowisko powoda jest nie do zaakceptowania bowiem jak wskazał Prezes UKE obowiązującą dotychczas praktyką rynkową jest zawieranie umów dostępu, w szczególności do kanalizacji kablowej z (...) S.A., z uwagi na obowiązywanie oferty ROI narzucającej (...) obowiązek udostępniania kanalizacji kablowej, po określonych przez pozwanego stawkach. W zdecydowanej większości przypadków, infrastruktura techniczna w postaci kanalizacji kablowej jest dzierżawiona od (...) S.A., z uwagi na fakt, że operator ten jako jedyny posiada tego rodzaju infrastrukturę rozmieszczoną na terenie całego kraju. Udostępnienie kanalizacji kablowej przez innych operatorów niż (...) S.A. ma charakter znikomy i marginalny, a zatem wyznaczenie stawki opartą o dominantę prowadziłoby do ustalenia stawki tożsamej ze stosowaną przez (...) S.A. Oznacza to uregulowanie stawki różnych operatorów których sytuacja techniczna jest diametralnie różna na jednakowym poziomie, czyli stawki symetrycznej. Taka sytuacja nie pozwalałaby uznać decyzji za spełniającą kryterium proporcjonalności i stawiałby znak zapytania przed faktycznym uwzględnieniem takich kryteriów jak zwrot poniesionych kosztów, czy wpływ dostępu do infrastruktury technicznej na plan biznesowy danego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego.

Zainteresowany (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w G. wniósł o oddalenie odwołania oraz o zasądzenie kosztów postępowania z uwzględnieniem kosztów zastępstwa procesowego.

Zainteresowany zaznaczył, że argumentacja spółki nie zmierza do przyznania prawidłowości zaskarżonej decyzji, a jedynie do zakwestionowania stanowiska, które mogłoby prowadzić do dalej idącej regulacji działalności spółki, która już w zakresie określonym, przez prezesa UKE jest zdaniem spółki nieprawidłowa. W ocenie zainteresowanego powód w sposób błędny interpretuje zasadę niedyskryminacji w kontekście decyzji wydawanych na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 7 maja 2010 roku o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnej, tzw. ustawy szerokopasmowej. Zainteresowany wskazał, że zgodnie z literalnym brzmieniem art. 22 ust. 1 ustawy szerokopasmowej to warunki dostępu nie powinny dyskryminować i powinny być proporcjonalne. Warunki ustalone w decyzji nie powinny dyskryminować żadnego z potencjalnych kontrahentów. Nie sposób też wywieść żadnej normy, która powodowałaby konieczność zastosowania identycznej stawki we wszystkich ustalonych warunkach dostępu. Nadto, w ocenie spółki, wyżej wymieniona przesłanka niedyskryminacji jest spełniona już ze względu na sam fakt określenia warunków dostępu w formie decyzji. Stanowisko powoda jest też sprzeczne z art. 22 ust. 2 ustawy szerokopasmowej nakazującym uwzględnienie takiej wysokości opłat, która umożliwi zwrot poniesionych kosztów oraz wpływ dostępu na plan biznesowy przedsiębiorcy. Oczywistym według zainteresowanego jest, że z uwagi na skalę działalności koszty spółki

będą jednostkowo wyższe niż koszty ponoszone przez (...) S.A. Według zainteresowanego, indywidualne podejście do wysokości opłat wynika również z Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/61/UE z dnia 15 maja 2014r. oraz ustalenie opłat wyższych niż w przypadku (...) S.A. nie narusza również zasady niedyskryminacji, o której mowa w art. 8 ust. 5 lit b) dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002r. Wobec tego, że brak jakichkolwiek analogii pomiędzy warunkami funkcjonowania spółki i (...) S.A., tym samym brak podstaw do stosowania identycznych warunków dostępu do infrastruktury tych dwóch podmiotów. Zainteresowany nie zgodził się również, że stanowiskiem powoda co do zasadności ustalenia stawki opartej o dominantę, gdyż biorąc pod uwagę udział rynkowy (...) S.A. sprowadziłby się w istocie do zastosowania stawki ww. operatora, co jest nie do pogodzenia z wymogiem zapewnienia zwrotu kosztów inwestycji ponoszonych przez spółkę. Zainteresowany jednocześnie podkreślił, że brak uzasadnienia kosztowego wynika z braku jakichkolwiek obowiązków ciążących na spółce w zakresie rachunkowości regulacyjnej.

W toku rozprawy, strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska w sprawie.

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

W dniu 6 grudnia 2017 r. Prezes Urzędu komunikacji Elektronicznej wszczął postępowanie administracyjne w przedmiocie określenia warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej (...) S.A. z siedzibą w G. w zakresie Kanalizacji kablowej oraz KTB. /k. 1 akt adm./

Pismem z dnia 20 grudnia 2017 r. Operator przedstawił uzasadnienie wysokości opłat za udostępnienie Kanalizacji kablowej i KTB. /k. 14-15 akt adm./

Pismem datowanym na dzień 21 grudnia 2017 r. (...) Izba (...) z siedzibą w W. wniosła o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na prawach strony ./k. 19-32 akt adm./

Pismem z dnia 17 stycznia 2018 r. (...) Izba (...) z siedzibą w W. wniosła o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na prawach strony./k. 8-13 akt adm./

Postanowieniami z dnia 7 lutego 2018 r. Prezes UKE dopuścił (...) oraz (...) do udziału w postępowaniu na prawach strony./k. 34-36, 40-41 akt adm./

Pismem z dnia 5 marca 2018 r. Prezes UKE zawiadomił Operatora, (...) oraz (...) o włączeniu do materiału dowodowego następujących dokumentów:

1. Warunki dostępu do infrastruktury technicznej następujących przedsiębiorców telekomunikacyjnych (dalej (...)), przekazane w związku z wezwaniem Prezesa UKE z dnia 10 maja 2017 r.:

- a. Operatora, pismo datowane na dzień 12 i 16 czerwca 2017 r.,
- b. (...) sp. z o. o. z siedzibą w B., pismo z dnia 26 maja 2017 r.,
- d. (...) sp. z o. o. sp. j. z siedzibą w W. (dalej (...)), pismo z dnia 9 czerwca 2017 r.,
- e. (...) S.A. z siedzibą w P. (dalej (...)), pismo z dnia 12 czerwca 2017 r.,
- f. (...) S.A. z siedzibą w W., pismo z dnia 13 czerwca 2017 r.,
- g. (...) sp. z o. o. z siedzibą w Ł., pismo z dnia 14 czerwca 2017 r.,
- h. (...), pismo z dnia 14 czerwca 2017 r.,
- i. Grupy (...) S.A. z siedzibą w W. (dalej (...)), pismo z dnia

30 czerwca 2017 r. (dalej (...)),

j. (...) sp. z o. o. z siedzibą w W., pismo z dnia 30 czerwca 2017 r. (dalej (...)),

k. (...) S.A. z siedzibą w W., pismo z dnia 30 czerwca 2017 r.

(dalej łącznie (...)),

2. Pismo (...) z dnia 5 lipca 2017 r. - Korekta informacji w sprawie warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej, o których mowa w art. 17 ustawy o wspieraniu rozwoju, w zakresie kanalizacji kablowej (opłaty za nadzory),

3. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Business (...) spółka komandytowa z siedzibą w W. (dalej (...)) z lipca 2017 r. pt. „Analiza zasad współpracy przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu do instalacji telekomunikacyjnej budynku oraz przyłącza telekomunikacyjnego do budynku (w szczególności do kabli telekomunikacyjnych, kanalizacji kablowej, szachtów kablowych oraz urządzeń telekomunikacyjnych, w tym punktu styku) uwzględniająca kwestie finansowe, usługowe i techniczne oraz prawne oraz przedstawienie rekomendacji” (dalej „Analiza (...) dotycząca instalacji telekomunikacyjnej budynku”),

4. Ekspertyza (...) z października 2016 r. pt. „Analiza aktualnej sytuacji na rynku telekomunikacyjnym w zakresie udostępniania przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych posiadanej kanalizacji kablowej oraz przedstawienie rekomendacji dotyczących opracowania uniwersalnej procedury udostępniania kanalizacji kablowej” (dalej „Analiza (...) dotycząca kanalizacji kablowej”),

5. „Ekspertyza dotycząca kalkulacji kosztów i możliwości modernizacji budynków w zakresie instalacji telekomunikacyjnej” grudzień 2015 r., (...) dla Ministerstwa Administracji i Cyfryzacji (dalej „Ekspertyza”),

6. Interpretacja Głównego Urzędu Nadzoru Budowlanego w sprawie przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane,

7. Stanowiska zgłoszone po warsztatach przeprowadzonych przez Prezesa UKE w dniach 6 sierpnia 2017 r. - 20 września 2017 r.:

a) Stanowisko (...) po warsztatach (pismo z dnia 29 września 2017 r.),

b) Stanowisko (...) po warsztatach (pismo z dnia 9 października 2017 r.),

c) Stanowisko (...) po warsztatach (pismo z dnia 29 września 2017 r.),

8. Pismo (...) z dnia 12 stycznia 2018 r. - Modyfikacja informacji ws. warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej na podstawie art. 17 i nast. ustawy o wspieraniu rozwoju,

9. Raport (...) z dnia 19 kwietnia 2017 r. pt. „Best practice for passive infrastructure access”,

10. Decyzja Prezesa UKE z dnia 23 listopada 2012 r. nr (...) zatwierdzająca „Ramową Ofertę (...) o dostępie telekomunikacyjnym w części infrastruktura telekomunikacyjna w zakresie kanalizacji kablowej” (dalej (...)),

11. Decyzja Prezesa UKE z dnia 29 września 2010 r. nr (...) zatwierdzająca „Ofertę ramową określającą 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 oraz dostępu do łączy abonenckich poprzez węzły sieci telekomunikacyjnej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych” (dalej (...)) zmieniona następnie decyzjami Prezesa UKE,

12. Pismo (...) z dnia 26 lutego 2018 r.

/k. 50-51 akt adm., płyta CD zawierająca tajemnicę przedsiębiorstwa – w nieponumerowanej kopercie zatytułowanej „tajemnica przedsiębiorstwa” znajdującej się na początku akt administracyjnych/

W dniach 8 marca 2018 r. - 7 kwietnia 2018 r. Prezes UKE przeprowadził postępowanie konsultacyjne dotyczące projektu decyzji Prezesa UKE w sprawie. W ramach postępowania konsultacyjnego do Prezesa UKE wpłynęły stanowiska złożone przez:

1. Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, pismem z dnia 23 marca 2018 r.,
2. (...) S.A., pismem z dnia 4 kwietnia 2018 r. (dalej „stanowisko konsultacyjne (...)"),
3. Związek (...), pismem z dnia 4 kwietnia 2018 r. (dalej „stanowisko konsultacyjne (...)"),
4. (...), pismem z dnia 6 kwietnia 2018 r. (kanalizacja kablowa), (dalej „stanowisko konsultacyjne (...) 1"),
5. (...), pismem z dnia 6 kwietnia 2018 r. (kanalizacja telekomunikacyjna budynku), (dalej „stanowisko konsultacyjne (...) 2"),
(dalej łącznie ze stanowiskiem konsultacyjnym (...) 1 „stanowisko konsultacyjne (...)"),
6. Operatora, pismem z dnia 9 kwietnia 2018 r. (dalej „stanowisko konsultacyjne (...)"),
7. (...), pismem z dnia 9 kwietnia 2018 r. (dalej „stanowisko konsultacyjne (...)"),
8. (...), pismem z dnia 9 kwietnia 2018 r. (dalej „stanowisko konsultacyjne (...) ")

./k. 64-160, 174-186 akt adm./

Postanowieniem z dnia 12 marca 2018 r. Prezes UKE ograniczył stronom wgląd do materiału dowodowego, w zakresie informacji objętych klauzulą tajemnica przedsiębiorstwa./k. 56-59 akt adm./

Pismem z dnia 25 kwietnia 2018 r. Operator przedstawił stanowisko w sprawie./k. 161-173 akt adm./

Prezes UKE, w dniach 3 lipca 2018 r. - 2 sierpnia 2018 r. przeprowadził ponowne postępowanie konsultacyjne projektu decyzji.

W ramach ponownego postępowania konsultacyjnego do Prezesa UKE wpłynęły stanowiska złożone przez:

1. (...) S.A., pismem z dnia 20 lipca 2018 r. (dalej „stanowisko konsultacyjne (...) II"),
2. Związek Pracodawców (...), pismem z dnia 24 lipca 2018 r. (dalej „stanowisko konsultacyjne (...)"),
3. Związek (...), pismem z dnia 30 lipca 2018 r. (dalej „stanowisko konsultacyjne (...)"),
4. Operatora, pismem z dnia 2 sierpnia 2018 r. (dalej „stanowisko konsultacyjne (...)"),
5. (...), pismem z dnia 2 sierpnia 2018 r. (dalej „stanowisko konsultacyjne (...)"),
6. (...), pismem z dnia 2 sierpnia 2018 r. (dalej „stanowisko konsultacyjne (...)"),
7. (...), pismem z dnia 2 sierpnia 2018 r. (dalej „stanowisko konsultacyjne (...) ||")
8. (...), pismem z dnia 2 sierpnia 2018 r. (dalej „stanowisko konsultacyjne (...)").

/k. 188-271, 287-313, 316-330 akt adm./

Pismem z dnia 4 lipca 2018 r. Prezes UKE zawiadomił Operatora, (...) i (...) o włączeniu do materiału dowodowego następujących dokumentów:

1. Stanowiska konsultacyjnego (...) z dnia 9 kwietnia 2018 r. przedłożonego w sprawie (...)(...),
2. Stanowiska konsultacyjnego (...) z dnia 9 kwietnia 2018 r. przedłożonego w sprawie (...)(...),
3. Stanowiska konsultacyjnego (...) z dnia 6 kwietnia 2018 r. przedłożonego w sprawie (...) (...),
4. Stanowiska konsultacyjnego (...) z dnia 9 kwietnia 2018 r. przedłożonego w sprawie (...)(...),
5. Stanowiska konsultacyjnego (...) S.A. z siedzibą w W. (dalej (...)) z dnia 5 kwietnia 2018 r. przedłożonego w sprawie (...) (...),
6. Stanowiska konsultacyjnego (...) z dnia 9 kwietnia 2018 r. przedłożonego w sprawie (...) (...),
7. Stanowiska konsultacyjnego (...) z dnia 9 kwietnia 2018 r. przedłożonego w sprawie (...)(...),
8. Stanowiska (...) z dnia 5 czerwca 2018 r. przedłożonego w sprawie (...)(...),
9. Stanowiska (...) z dnia 6 czerwca 2018 r. przedłożonego w sprawie (...)(...),
10. Stanowiska (...) z dnia 25 czerwca 2018 r. przedłożonego w sprawie (...)(...). /k.272 akt adm., płyta CD zawierająca tajemnicę przedsiębiorstwa – w nieponumerowanej kopercie zatytułowanej „tajemnica przedsiębiorstwa” znajdującej się na początku akt administracyjnych/

Postanowieniem z dnia 5 lipca 2018 r. Prezes UKE ograniczył stronom wgląd do materiału dowodowego, w zakresie informacji objętych klauzulą tajemnica przedsiębiorstwa./k. 281-283 akt adm./

Pismem z dnia 9 sierpnia 2018 r. Prezes UKE poinformował Strony, iż zgodnie z art. 10 § 1 kpa mogą zapoznać się z materiałem zgromadzonym w sprawie, a także wypowiedzieć się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań./k. 314 akt adm./

Pismem z dnia 31 sierpnia 2018 r. (...) przedstawiła stanowisko w sprawie./k.331-339 akt adm./

W dniu 11 września 2018 roku Prezes UKE wydał decyzję nr (...)(...)

Powyżej opisany stan faktyczny Sąd ustalił w oparciu o dowody z dokumentów zgromadzonych w postępowaniu administracyjnym, których prawdziwość, wiarygodność i moc dowodowa nie była podważana w postępowaniu sądowym, jak również w ocenie Sądu nie budziła wątpliwości.

Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje:

Odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Sądu, sformułowane w odwołaniu zarzuty i twierdzenia nie zasługiwały na uwzględnienie, gdyż stanowiły one jedynie niepopartą dowodami polemikę z rozstrzygnięciem organu regulacyjnego i nie mogły prowadzić do zmiany decyzji we wnioskowanym przez powoda zakresie.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia przepisów postępowania administracyjnego, Sąd stoi na stanowisku, iż co do zasady, tego typu zarzuty są nieskuteczne przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Sąd ten nie może ograniczyć sprawy wynikającej z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu do funkcji sprawdzającej prawidłowość postępowania administracyjnego, poprzedzającego postępowanie sądowe. Prowadzenie kontroli postępowania administracyjnego nie stanowi celu postępowania sądowego. Jego zadaniem natomiast jest merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy, w której przedmiotem jest spór między stronami, powstający wówczas, gdy decyzja zostanie

wydana przez Prezesa Urzędu. Sąd ten prowadzi sprawę cywilną, która została wszczęta na skutek wniesienia odwołania od decyzji Prezesa Urzędu - w przedmiotowej sprawie – Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, w odróżnieniu od kontroli legalności decyzji administracyjnej, jak w przypadku sądów administracyjnych w postępowaniu sądowo-administracyjnym. W przypadku wniesienia odwołania od decyzji Prezesa UKE do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Sąd rozpoznaje sprawę merytorycznie, a wskazywane przez powoda naruszenia art. 7, 77, 107 k.p.a. w zw. z art. 206 ust. Ustawy – Prawo telekomunikacyjne nie mogły zatem skutkować zmianą decyzji. Mając bowiem na względzie charakter postępowania przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów, postępowanie niniejsze tj., z odwołania od decyzji Prezes UKE ma charakter postępowania rozpoznawczego, pierwszoinstancyjnego i kontrydaktoryjnego. Z tych względów, mając na względzie wymogi odwołania przyjęte przez ustawodawcę, odwołanie odpowiada konstrukcji pozwu w ogólnym postępowaniu cywilnym, bowiem wymagania odnoszące się do odwołania (art. 479⁽⁶⁰⁾ k.p.c.) są zbliżone do wymagań pozwu (art. 187 k.p.c.), a ponadto odwołanie, podobnie jak pozew, uruchamia postępowanie sądowe w pierwszej instancji. W świetle powyższego przyjmując należało, że zastosowanie znajdują również reguły dowodzenia w procesie cywilnym. W konsekwencji, obowiązek przedstawienia dowodów w niniejszym postępowaniu również spoczywał na stronach (art. 3 k.p.c.), a ciężar udowodnienia faktów mających dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie (art. 227 k.p.c.) spoczywał na tej stronie, która z tych faktów wywodzi skutki prawne. Skoro zatem odwołanie łączy w sobie cechy nie tylko środka zaskarżenia, ale też powództwa, strony przede wszystkim w ramach realizacji zasady kontrydaktoryjności mogą przedstawiać dowody, czego niewątpliwie w niniejszym postępowaniu powód nie uczynił.

Powód nie wykazał, aby przedmiotowa decyzja w zaskarżonej części w została wydana w sposób nieprawidłowy, bez dokonania szczegółowego i całościowego zbadania materiału dowodowego sprawy oraz poza granicach swobodnej oceny dowodów, jaka przysługuje organowi.

Powód w niniejszej sprawie zakwestionował decyzję Prezes UKE określającą warunki dostępu do infrastruktury technicznej zainteresowanego operatora (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w G. w zakresie kanalizacji kablowej (zwanej dalej (...)), w brzmieniu określonym w Załączniku nr 1 do decyzji, stanowiącym jej integralną część, wnosząc o zmianę w zakresie załącznika nr 1 pkt 1.2 Tabela 1, opłata za udostępnienie kanalizacji kablowej do skarżonej decyzji, poprzez zastąpienie dotychczasowej treści tabeli 1 zapisem o treści wskazanej przez powoda, wskazując wysokość opłat w określonej przez powoda wysokości. Powód zakwestionował wysokość przedmiotowych opłat jak również przyjętą przez Prezesa UKE metodologię ich ustalenia, wskazując na zasadność zastosowania dominanty, nie zaś mediany. Zauważyć tu jednak należy, iż powód wnosząc o zmianę przedmiotowej decyzji w zaskarżonej części poprzestał jedynie na twierdzeniach, które dowodami nie są. Wskazane przez powoda w żądaniu odwołania opłaty stanowią jedynie wynik końcowy wyliczeń własnych powoda, których to wyliczeń powód jednak nie przedstawił. Powód nie przedłożył również żadnego dowodu na okoliczność zasadności wskazanej przez niego wysokości przedmiotowych opłat, ani też dowodu na okoliczność wskazanej przez powoda metodologii ich ustalenia.

Zgodnie z treścią art.18 ust. 1 ustawy z dnia 7 maja 2010 roku o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (dz. U. z 2017 poz. 2062 ze zm.) warunki dostępu do infrastruktury technicznej, w tym techniczne, eksploatacyjne i finansowe warunki współpracy, strony ustalają w umowie o dostępie do infrastruktury technicznej, zawartej na piśmie pod rygorem nieważności. Zgodnie z ust. 2 Prezes UKE może wezwać operatora sieci do przedstawienia informacji w sprawie warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej. Według zaś ust. 3, po przedstawieniu przez operatora sieci informacji w sprawie warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej Prezes UKE, kierując się kryteriami określonymi w art. 22 ust. 1 i 2, może, w drodze decyzji, określić warunki zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej. Przepis art. 22 ust. 4 stosuje się odpowiednio.

Jak wynika natomiast z art. 22 ust. 1 ustawy o wruist Prezes UKE wydaje decyzję w sprawie dostępu do infrastruktury technicznej w terminie 60 dni od dnia złożenia wniosku o jej wydanie, biorąc pod uwagę w szczególności konieczność zapewnienia niedyskryminacyjnych i proporcjonalnych warunków dostępu. Zgodnie z ust. 2, Prezes UKE, wydając decyzję w sprawie dostępu do infrastruktury technicznej przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, bierze pod uwagę, aby opłaty z tego tytułu umożliwiały zwrot poniesionych przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego kosztów, w

szczegółności bierze pod uwagę cele określone w art. 8 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa) (Dz. Urz. UE L 108 z 24.04.2002, str. 33, z późn. zm.) oraz wpływ dostępu do infrastruktury technicznej na plan biznesowy tego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, w szczególności na realizowane przez niego inwestycje dotyczące szybkich sieci telekomunikacyjnych.

Z treści decyzji i treści odpowiedzi na odwołanie, jednoznacznie wynika, że strona pozwana dokonała szczegółowej analizy w zakresie przedmiotowej sprawy. Przedstawiła bowiem określone działania podjęte w celu ustalenia wysokości przedmiotowych opłat wskazane w treści cytowanego wyżej art. 18 ust. 2 ustawy o wruist, pozyskując stosowną dokumentację dotyczącą metodologii ustalenia wysokości opłat. Pozwany ustalając wysokość opłat w decyzji, w jej zaskarżonej części, działając w ramach uznania administracyjnego dokonał wyboru określonej metodologii ich ustalenia. Powód nie wykazał zaś w niniejszym postępowaniu żadnych nieprawidłowości w procesie wydania tej decyzji. Pozwany działał bowiem w granicach uznania, jakie ustanowił ustawodawca w ramach przepisu art., 22 ust. 2 ustawy o wruist. Z uzasadnienia decyzji wynika bowiem, że ustalając wysokość tych opłat uwzględnił w szczególności treść umów o dostępie do KK, opłaty przedstawione przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych w odpowiedzi na wezwania z dnia 10 maja 2017 roku, przeprowadził postępowania konsultacyjne. Pozwany zaznaczył, że na podstawie zebranych danych, za pomocą mediany wyznaczył wysokość opłaty będącej podstawą do wyznaczenia opłat dla poszczególnych średnic kabli telekomunikacyjnych. Mediana została określona na poziomie 1,94 zł/mb/mc, jako wartość przeciętna opłat pobieranych miesięcznie za mb KK. Prezes UKE w celu jej wyznaczenia wziął pod uwagę dane 10 przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Warto tu zauważyć, iż podobnie jak zainteresowani w niniejszej sprawie, pozwany Prezes UKE nie zgodził się z zarzutem powoda, że mediana nie jest właściwa dla wyznaczenia opłat oraz, że Prezes UKE powinien wyznaczyć opłatę za pomocą dominanty. Pozwany również bowiem zauważył, że dominanta nie znajduje uzasadnienia z uwagi na uwarunkowania historyczne oraz uwarunkowania jednego z operatorów, który posiada większość zasobów KK i przez wiele lat był jedynym dysponentem KK i monopolistą na rynku KK, jak również okoliczność wybudowania znacznej części KK wskazanego operatora ze środków publicznych. Powód zaś nie podjął nawet próby udowodnienia żadnej okoliczności przeciwnej.

W świetle powyższego przyjąć należało za uzasadnione stanowisko pozwanego jak również zainteresowanych co do braku podstaw do ustalenia opłaty bazowej w niniejszej sprawie według dominanty, a tym samym ustalenia opłat na jednakowym poziomie z opłatami innych operatorów wymienionych w załączonych przez powoda decyzjach (k. 98). Z treści powołanego przez ustawodawcę art. 8 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa) (Dz. Urz. UE L 108 z 24.04.2002, str. 33, z późn. zm.) również nie wynika, aby przedmiotowe stawki miały być ustalone na jednakowym poziomie. W treści art. 8 ust. 1 powyższej dyrektywy wskazano bowiem, że Państwa Członkowskie zapewnią, by krajowe organy regulacyjne, wypełniając swoje zadania wynikające z postanowień niniejszej dyrektywy lub dyrektyw szczegółowych, podejmowały stosowne środki zmierzające do realizacji celów określonych w ust. 2, 3 oraz 4. Takie środki winny być proporcjonalne do celów, jakie mają zostać osiągnięte. Nadto w ust. 5 pkt b wskazano, że w dążeniu do osiągnięcia założeń polityki, o których mowa w ust. 2, 3 i 4, krajowe organy regulacyjne stosują obiektywne, przejrzyste, niedyskryminacyjne i proporcjonalne zasady regulacyjne, w tym celu między innymi: zapewniając, aby w podobnych okolicznościach nie występowała dyskryminacja w traktowaniu przedsiębiorstw udostępniających sieci i usługi łączności elektronicznej. Z powyższego wynika, iż w oparciu o treści art. 22 ust. 2 ustawy o wruist Prezes UKE wydając przedmiotową decyzję w jej zaskarżonej części, tj. ustalając przedmiotowe opłaty miał wręcz obowiązek ustalić je na takim poziomie „aby w podobnych okolicznościach nie występowała dyskryminacja w traktowaniu przedsiębiorstw udostępniających”. Zasadnie zatem pozwany uwzględnił uwarunkowania historyczne i źródła finansowania zasobów KK operatora, aby przyjąć, że przedmiotowe opłaty ustalone dla operatora zainteresowanego (...) S.A., są różne od opłat ustalonych dla innych operatorów, w tym operatora, który jest największym i zasiedziałym operatorem w Polsce w przedmiotowej działalności telekomunikacyjnej. Powyższe działanie pozwanego jest uzasadnione, bowiem przedsiębiorstwa posiadające znaczącą pozycję rynkową nie mogą zniekształcać konkurencji w myśl zasady niedyskryminacji, o której mowa w art. 8 powyższej dyrektywy.

W świetle powyższego przyjąć należało, że Prezes UKE rozpatrzył wszystkie dowody zgromadzone w aktach postępowania administracyjnego oraz, że organ rozpatrzył te dowody w ich wzajemnej łączności, dokonując kompletnych ustaleń, mających znaczenie dla rozstrzygnięcia spornej kwestii. Pozwany zatem działając na zasadzie uznania, działał w oparciu o przepisy prawa, lecz nie dowolnie.

Reasumując powyższe rozważania, zdaniem Sądu Okręgowego, odwołanie podlegało oddaleniu jako niezasadne.

O kosztach procesu rozstrzygnięto, zgodnie z wyrażoną w art. 98 § 1 k.p.c., zasadą odpowiedzialności za wynik procesu, przyjmując, że powód, jako strona przegrywająca sprawę, zobowiązany jest do zwrotu pozwanemu oraz zainteresowanemu (...) S.A. kosztów procesu, na które złożyło się wynagrodzenie pełnomocnika procesowego w wysokości 720 zł ustalone na podstawie § 14 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz opłata skarbową od dokumentu pełnomocnictwa w wysokości 17,00 zł na rzecz wskazanego zainteresowanego. Wskazać tu należy, iż pozwany nie wykazał, aby w niniejszej sprawie zaistniały przesłanki, o których mowa w § 15 ust. 3 powyższego rozporządzenia, do ustalenia wynagrodzenia pełnomocnika pozwanego w wysokości przewyższającej stawkę minimalną tj. w wysokości 1440,00 zł.

Sędzia SR (del.) Jolanta Stasińska