

Sygn. akt *XVII AmT 29/19*

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 marca 2023 r.

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

Przewodniczący –	<b>Sędzia SO Anna Maria Kowalik</b>
Protokolant –	St. sekr. sąd. Joanna Preizner - Offman

po rozpoznaniu 15 marca 2023 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G.** (poprzednio (...) sp. z o.o. sp.j. w W.)

przeciwko **Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej**

z udziałem **Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji w W. i Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej w W.**

**o ustalenie warunków dostępu**

oraz z powództwa **Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji w W.**

przeciwko **Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej**

z udziałem **Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej w (...) i (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G.**

na skutek odwołania powodów od decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z 11 września 2018 r. Nr (...)

1. oddala odwołanie (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G.;
2. zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G. na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 720,00 zł (siedemset dwadzieścia złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego;
3. oddala odwołanie Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji w W.;
4. zasądza od Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji w W. na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 720,00 zł (siedemset dwadzieścia złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sędzia SO Anna Maria Kowalik

**Sygn. akt XVII AmT 29/19**

## UZASADNIENIE

Decyzją z 11 września 2018 r. Nr (...) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej ( dalej Prezes UKE, Pozwany) 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 jako ustawa o wruist) 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 jako Pt) oraz art. 104 § 1 k.p.a., po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego wszczętego z urzędu 6 grudnia 2017 r. w przedmiocie określenia warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej operatora **(...) sp. z o.o. sp. j. w W. (obecnie (...) sp. z o.o. w G.)** ( dalej Operator) w zakresie **kanalizacji kablowej (KK)** oraz **kanalizacji telekomunikacyjnej budynku (KTB)** ( dalej Warunki Dostępu):

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

II. określił 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. nakazał Operatorowi zapewnienie gotowości 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 określił, że decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu.

W szczególności **W Załączniku nr 1 cz. III rozdz. 1 „Opłaty” Prezes UKE wprowadził zapis:** W związku z umożliwieniem dostępu do Kanalizacji kablowej OU pobiera następujące opłaty:

- a) opłata miesięczna za rezerwację,
- b) opłata za dostęp do Kanalizacji kablowej,
- c) opłata za Nadzór OU;

**a w Załączniku nr 1 w części III rozdz. 1 „Opłaty” pkt 1.2 ppkt 1.2.2. Ogólna opłata miesięczna ust. 3 Prezes UKE wprowadził zapis:**

3. Wysokość miesięcznych opłat za 1 (jeden) mb ułożonego Kabla telekomunikacyjnego /Mikrokanalizacji/Kanalizacji wtórnej określa Tabela 1 (k. 59 akt sąd.)

Lp.	Średnica telekomunikacyjnego/ Mikrokanalizacji/ Wtórnej Kabla Kanalizacji	Opłata miesięczna [zł]
1.	poniżej 4 mm	0,0776
2.	od 4,1 do 6 mm	0,1164

3.	od 6,1 do 7 mm	0,1358
4.	od 7,1 do 8 mm	0,1552
5.	od 8,1 do 9 mm	0,1746
6.	od 9,1 do 10 mm	0,1940
7.	od 10,1 do 11 mm	0,2134
8.	od 11,1 do 12 mm	0,2328
9.	od 12,1 do 13 mm	0,2522
10.	od 13,1 do 16 mm	0,3104
11.	od 16,1 do 18 mm	0,3492
12.	od 18,1 do 20 mm	0,3880
13.	od 20,1 do 22 mm	0,4268
14.	od 22,1 do 25 mm	0,4850
15.	od 25,1 do 32 mm	0,6208
16.	od 32,1 do 40 mm	0,7760
17.	powyżej 40 mm	1,9400

**Odwołanie od Decyzji wniosła Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji (PIiT), zarzucając naruszenie:**

1. 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, rozpatrzenia materiału dowodowego i uwzględnienia dokonanych ustaleń w sentencji i uzasadnieniu zaskarżonej Decyzji;
2. przepisów prawa materialnego, tj. art. 18 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 i 2 ustawy o wruist przez nieuwzględnienie konieczności zapewnienia niedyskryminacyjnych i proporcjonalnych warunków dostępu, poprzez określenie asymetrycznych stawek na rynku KK w zaskarżonej Decyzji w porównaniu ze stawkami określonymi w analogicznych decyzjach wydanych tego samego dnia dla 6 innych operatorów.

W oparciu o podniesione zarzuty PIIiT wniosła o zmianę w zakresie Załącznika nr 1 pkt 1.2. Tabela 1 Opłata za udostępnienie Kanalizacji kablowej przez zastąpienie dotychczasowej treści Tabeli 1 w następujący sposób:

Opłaty 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]	Opłata [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
Opłaty za 1 metr wprowadzonego kabla/Mikrokanalizacji do Kanalizacji kablowej o średnicy do 40 mm		
Lp.	średnica kabla [mm]	Opłata [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

oraz o

1) przeprowadzenie dowodów (w tym załączników do odwołania) na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania i znajdujących się w aktach postępowania administracyjnego,

2) zasądzenie od Pozwanego na rzecz Powoda zwrotu kosztów postępowania.

W odpowiedzi na odwołanie PIIIiT Prezes UKE wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od Powoda na swoją rzecz kosztów zastępstwa procesowego w potrójnej wysokości. Wniósł także o przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach administracyjnych sprawy – na okoliczność przebiegu postępowania administracyjnego, ustalonego przez Prezesa UKE stanu faktycznego sprawy oraz treści dokumentów i zaskarżonej Decyzji Prezesa UKE. Wniósł również o oddalenie wniosków dowodowych zgłoszonych przez Powoda.

Odpowiedź na odwołanie PIIIiT złożyła także Polska Izba Komunikacji Elektronicznej (PIKE), która odniosła się krytycznie zarówno do Decyzji, jak i stanowiska PIIIiT zawartego w odwołaniu.

**Odwołanie od Decyzji wniosła również (...)** sp. z o.o. **sp.j. w W., obecnie (...)** sp. z o.o. w G.. Zaskarżonej Decyzji zarzuciła naruszenie:

1) art. 22 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy o wruist oraz art. 6 i art. 7 k.p.a. poprzez to, że Decyzja została wydana w sytuacji, gdy nie istniała i nie została w sprawie wykazana potrzeba jej wydania, która wynikałaby z zajęcia wobec Powoda przesłanki „konieczności zapewnienia niedyskryminacyjnych i proporcjonalnych warunków dostępu” do infrastruktury telekomunikacyjnej Powoda;

2) art. 18 ust. 3 w zw. z art. 17 ustawy o wruist oraz art. 7 k.p.a. poprzez to, że Decyzja została wydana bez potrzeby, tj. w sytuacji, gdy Powód zapewniał innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym dostęp do swojej infrastruktury telekomunikacyjnej w postaci zewnętrznej kanalizacji kablowej i kanalizacji telekomunikacyjnej budynkowej (czyli „KTB” w rozumieniu Decyzji) na niedyskryminujących zasadach, nie odbiegających istotnie od Warunków Dostępu określonych w Decyzji - co zostało w sprawie wywiedzione przez Powoda i nie zostało zakwestionowane przez Prezesa UKE ani środkami dowodowymi, ani choćby twierdzeniami;

3) art. 18 ust. 3 ustawy o wruist poprzez to, że Decyzja została wydana w celu uregulowania sytuacji na całym rynku telekomunikacyjnym (czego dowodem jest wydanie przez Prezesa UKE analogicznych decyzji wobec wszystkich wiodących przedsiębiorców telekomunikacyjnych posiadających kablowe sieci telekomunikacyjne), czyli zastosowana została jako instrument abstrakcyjnego określenia praw i obowiązków (...). Nie została zatem zastosowana jako instrument indywidualnego określenia praw i obowiązków strony (tu: (...)) jak tego wymagają ww. przepisy art. 18 i nast. ustawy o wruist;

4) art. 22 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy o wruist w zw. z art. 6 i art. 8 k.p.a. poprzez to, że wydając Decyzję Prezes UKE postawił Powoda w takiej samej sytuacji co (...), który dysponuje pozycją silnie dominującą lub nawet monopolem (w zależności od danego rynku geograficznego) w odniesieniu do produktowego rynku kanalizacji kablowej, czym Prezes UKE naruszył zasadę proporcjonalności i równego traktowania;

5) art. 22 ust. 2 w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy o wruist w zw. z art. 6 i art. 8 k.p.a., a także rażące naruszenie art. 7 i art. 77 § 1 k.p.a., poprzez to, że Prezes UKE, określając w Decyzji stawki opłat za udostępnianie przez (...) na rzecz innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych:

a) zupełnie pominął kalkulację tych opłat przedstawioną przez Powoda, stwierdzając przy tym, że Powód takiej kalkulacji nie przedstawił, choć przedmiotowa kalkulacja została przez Powoda przedstawiona w piśmie z dnia 22 grudnia 2017 roku (znajdującym się w aktach sprawy);

b) zupełnie pominął wpływ orzeczonych warunków dostępu na plan biznesowy Powoda;

c) oparł kalkulację ww. opłat o abstrakcyjne i kosztorysowe koszty zaopatrzenia budynków w KTB i utrzymania takiego KTB, a nie o koszty ponoszone przez Powoda i zasadę zwrotu tych właśnie kosztów;

d) oparł kalkulację ww. opłat o założenia i poziomy kosztów z 2015 roku, a więc nie uwzględnił istotnego wzrostu tych kosztów w okresie ostatnich 3 lat;

e) nie wykazał dowodowo, jakie konkretnie koszty są ponoszone przez Powoda, choć na Prezesie UKE spoczywał taki obowiązek w myśl art. 7 i art. 77 § 1 k.p.a.;

6) art. 22 ust. 2 w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy o wruist w zw. z art. 6 i art. 8 k.p.a., a także rażące naruszenie art. 7 i art. 77 § 1 k.p.a., poprzez to, że Prezes UKE, określając w Decyzji stawki opłat za udostępnianie przez (...) kanalizacji kablowej na rzecz innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych:

a) zupełnie pominął kalkulację tych opłat przedstawioną przez Powoda, stwierdzając przy tym, że Powód takiej kalkulacji nie przedstawił, choć przedmiotowa kalkulacja została przez Powoda przedstawiona w piśmie z dnia 22 grudnia 2017 roku (znajdującym się w aktach sprawy);

b) zupełnie pominął wpływ orzeczonych warunków dostępu na plan biznesowy Powoda, a także pominął koszty inwestycyjne związane z wytworzeniem kanalizacji kablowej (uzasadniając to odzyskaniem ich w wyniku świadczenia usług), przyjmując jedynie zasadę uwzględniania kosztów utrzymania kanalizacji kablowej;

c) oparł kalkulację ww. opłat o abstrakcyjną metodę mediany rynkowej, a nie o koszty ponoszone przez Powoda i zasadę zwrotu tych właśnie kosztów;

d) nie wykazał dowodowo, jakie konkretnie koszty są ponoszone przez Powoda, choć na Prezesie UKE spoczywał taki obowiązek w myśl art. 7 i art. 77 § 1 k.p.a.;

7) naruszenie art. 18 ust. 3 w zw. z art. 7 i art. 107 § 3 k.p.a. poprzez to, że w Warunkach Dostępu pozostawiono niejasność co do tego, czy przyłącze budynkowe powinno być kwalifikowane jako element kanalizacji kablowej zewnętrznej, czy też jako część KTB;

8) rażące naruszenie art. 7 i art. 77 § 1 k.p.a., mające istotny wpływ na treść wydanej Decyzji, poprzez to, że Prezes UKE:

a) dowodowej weryfikacji tego, czy istnieje realna potrzeba ustalania w drodze Decyzji warunków dostępu do KTB pozostającego w dyspozycji Powoda;

b) dowodowej weryfikacji tego, czy istnieje realna potrzeba ustalania w drodze Decyzji warunków dostępu do kanalizacji kablowej pozostającego w dyspozycji Powoda.

W oparciu o powyższe zarzuty (...), obecnie (...), wniosła o:

1) uchylenie zaskarżonej Decyzji w całości;

2) zasądzenie od Pozwanego na swoją rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego,

3) dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

a) dowodu z opinii biegłego, który ustali, jaka jest faktyczna wartość właściwych dla Powoda i zindywidualizowanych dla niego stawek opłat za dostęp do KTB, zapewniających Powodowi zwrot poniesionych kosztów oraz odzwierciedlających „wpływ dostępu do infrastruktury technicznej na plan biznesowy tego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, w szczególności na realizowane przez niego inwestycje dotyczące szybkich sieci telekomunikacyjnych”

- na okoliczność sprawdzenia, czy wysokości stawek opłat za dostęp do KTB, zawarte w Warunkach Dostępu do KTB, spełniają wymagania określne w art. 22 ust. 2 ustawy o wruist co do zwrotu kosztów Powoda i odzwierciedlają wpływ dostępu do KTB Powoda na jego plan biznesowy;

b) dowodu z opinii biegłego, który ustali, jaka jest faktyczna wartość właściwych dla Powoda i zindywidualizowanych dla niego stawek opłat za dostęp do kanalizacji kablowej, zapewniających Powodowi zwrot poniesionych kosztów oraz odzwierciedlających „wpływ dostępu do infrastruktury technicznej na plan biznesowy tego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, w szczególności na realizowane przez niego inwestycje dotyczące szybkich sieci telekomunikacyjnych.”,

- na okoliczność sprawdzenia, czy wysokości stawek opłat za dostęp do kanalizacji kablowej, zawarte w Warunkach Dostępu do kanalizacji kablowej, spełniają wymagania określne w art. 22 ust. 2 ustawy o wruist co do zwrotu kosztów Powoda i odzwierciedlają wpływ dostępu do kanalizacji kablowej Powoda na jego plan biznesowy.

W odpowiedzi na odwołanie Operatora, Prezes UKE wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie od Powoda na swoją rzecz kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Wniósł także o przeprowadzenie dowodu z dokumentów składających się na akta administracyjne sprawy – na okoliczność przebiegu postępowania administracyjnego, ustalonego przez Prezesa UKE stanu faktycznego sprawy. Wniósł również o oddalenie wniosków dowodowych zgłoszonych przez Operatora.

PIKE w odpowiedzi na odwołanie wniósł o uchylenie Decyzji w całości i zasądzenie kosztów postępowania oraz kosztów zastępstwa procesowego, od Prezesa UKE na rzecz PIKE, według norm przepisanych. Jednocześnie, w przypadku wątpliwości Sądu co do konieczności przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego w odniesieniu do Decyzji wniósł o rozważenie przez Sąd skierowania do Trybunału Sprawiedliwości pytania prejudycjalnego czy art. 7 ust. 3 w zw. z motywem 38 dyrektywy ramowej należy interpretować w ten sposób, że należy poddać postępowaniu konsolidacyjnemu środki mający na celu regulację zasad dostępu do kanalizacji kablowej i kanalizacji telekomunikacyjnej budynku należących do Operatora? Dodatkowo w kolejnym piśmie PIKE wniósł o zasądzenie od Pozwanego na rzecz PIKE kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Zarządzeniem z 3 lipca 2019 r. Sąd połączył sprawę z odwołania (...) o sygn. akt XVII AmT 29/19 ze sprawą z odwołania PIIiT o sygn. akt XVII AmT 109/19 do wspólnego rozpoznania i rozstrzygnięcia, albowiem oba odwołania dotyczyły tej samej Decyzji.

Postanowieniem z 10 maja 2021 roku Sąd zawiesił postępowanie w sprawie do czasu rozstrzygnięcia przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej pytania prejudycjalnego przedstawionego przez tut. Sąd postanowieniem z 6 kwietnia 2021 r. w sprawie o sygn. XVII AmT 2/19 o treści: „Czy art. 8 ust. 3 Dyrektywy 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń w zw. z art. 3 ust.5 oraz art. 1 ust. 3 i ust. 4 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/61/UE z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie środków mających na celu zmniejszenie kosztów realizacji szybkich sieci łączności elektronicznej należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie temu, aby krajowy organ regulacyjny mógł nałożyć na operatora dysponującego infrastrukturą techniczną, będącego jednocześnie dostawcą publicznie dostępnych usług lub sieci łączności elektronicznej, który nie został wyznaczony jako operator o znaczącej pozycji rynkowej, obowiązek stosowania ustalonych przez ten organ ex-ante warunków regulujących zasady dostępu do infrastruktury technicznej tego operatora, w tym zakresie zasad i procedur zawierania umów oraz stosowanych opłat za dostęp, niezależnie od istnienia sporu o dostęp do infrastruktury technicznej tego operatora oraz istnienia skutecznej konkurencji na rynku ?”.

Po udzieleniu odpowiedzi na ww. pytanie Sąd podjął postępowanie w sprawie.

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

(...) sp. z o.o. sp.j. w W., obecnie (...) sp. z o.o. w G. (odpis z KRS z 13/03/2023 r. k. 385-390 akt sąd.), jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, zatem jest operatorem sieci w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 8 ustawy o wruist, na którym ciąży ustawowy obowiązek udostępnienia infrastruktury technicznej w tym, współkorzystania z niej, w celu realizacji szybkiej sieci telekomunikacyjnej (okoliczność niesporna).

Pismem z 10 maja 2017 r. Prezes UKE wezwał Operatora do przedstawienia informacji w sprawie warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej, o którym mowa w art. 17 ustawy o wruist, w zakresie kanalizacji kablowej, kanalizacji telekomunikacyjnej budynku (KTB) oraz opłat za udostępnienie kanalizacji kablowej i KTB (okoliczność niesporna).

Pismem z 9 czerwca 2017 r. Operator przekazał Prezesowi UKE warunki zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej w zakresie Kanalizacji kablowej oraz KTB oraz opłat za ich udostępnienie (okoliczność niesporna).

Pismem z 20 lipca 2017 r. Prezes UKE wezwał Operatora do przedstawienia dodatkowych wyjaśnień odnośnie Warunków Operatora (okoliczność niesporna).

W odpowiedzi z 7 sierpnia 2017 r. Operator przesłał dodatkowe wyjaśnienia w sprawie (okoliczność niesporna).

W dniach 6 sierpnia 2017 r. – 20 września 2017 r. Prezes UKE przeprowadził warsztaty z przedstawicielami izb gospodarczych zrzeszających przedsiębiorców telekomunikacyjnych, tj.:

- a) Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji z siedzibą w W. (dalej „KIGEiT”),
- b) Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji w W. (PIIiT),
- c) Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej (PIKE),
- d) Krajowej Izby Komunikacji Ethernetowej z siedzibą w W. (dalej „KIKE”).

Podsumowaniem warsztatów były stanowiska złożone po ich zakończeniu, tj.:

- a) stanowisko (...) S.A. z siedzibą w W. z 29 września 2017 r.,
- b) stanowisko PIKE z 29 września 2017 r.,
- c) stanowisko (...) S.A. z siedzibą w W. z 5 października 2017 r.,
- d) stanowisko KIKE z 9 października 2017 r.

(okoliczność niesporna).

W dniu 6 grudnia 2017 r. Prezes UKE wszczął postępowanie administracyjne w przedmiocie określenia warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej Operatora w zakresie Kanalizacji kablowej oraz KTB (k. 1 akt adm.).

Pismem z 22 grudnia 2017 r. Operator przedstawił uzasadnienie wysokości opłat za dostęp do kanalizacji kablowej i KTB (k. 3- 5 akt adm., wersja jawna k. 21- 23 akt adm.).

O dopuszczenie do udziału w postępowaniu na prawach strony wniosły:

- a) PIIiT pismem z 17 stycznia 2018 r. (k. 24-29 akt adm.),



b) PIKE pismem z 21 grudnia 2017 r. (k. 6- 20 akt adm.).

Postanowieniami z 7 lutego 2018 r. Prezes UKE dopuścił PIIiT oraz PIKE do udziału w postępowaniu na prawach strony (postanowienia z 07/02/2018 r. k. 31-33 akt adm. oraz k. 34- 36 akt adm.).

Pismem z 5 marca 2018 r. Prezes UKE zawiadomił Operatora, PIIiT i PIKE o włączeniu do materiału dowodowego następujących dokumentów (k. 39- 40 akt adm.):

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

a) Operatora, pismo z 9 czerwca 2017 r.,

b) (...) S.A. z siedzibą w P., pismo z 12 czerwca 2017,

c) (...), pismo z 14 czerwca 2017 r.,

d) (...) sp. z o. o. z siedzibą w B., pismo z 26 maja 2017 r.,

e) (...) S.A. z siedzibą w G., pismo z 12 i 16 czerwca 2017 r.,

f) (...) S.A. z siedzibą w W., pismo z 13 czerwca 2017 r.,

g) (...), pismo z 14 czerwca 2017 r.,

h) (...) S.A. z siedzibą w W. (dalej (...)), pismo z 14 czerwca 2017 r. – Informacje w sprawie warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej, o których mowa w art. 17 ustawy o wspieraniu rozwoju, pismo z 30 czerwca 2017 r. – Informacje w sprawie warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej, o których mowa w art. 17 ustawy o wspieraniu rozwoju – w zakresie kanalizacji telekomunikacyjnej budynku,

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

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

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

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

4. Pismo (...) z 26 lutego 2018 r.,

5. Ekspertyza (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (...) 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”),

6. 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”),

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

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

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

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

b) stanowisko KIKE po warsztatach (pismo z 9 października 2017 r.),

c) stanowisko PIKE po warsztatach (pismo z 29 września 2017 r.),

10. Raport (...) z 19 kwietnia 2017 r. pt. „Best practice for passive infrastructure access”;

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

12. Decyzja Prezesa UKE z 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 „Oferta SOR”) zmieniona następnie decyzjami Prezesa UKE.

W dniach 8 marca 2018 r. – 7 kwietnia 2018 r. Prezes UKE przeprowadził postępowanie konsultacyjne projektu decyzji (k. 41 akt adm.), w ramach którego wpłynęły stanowiska złożone przez:

1. (...) S.A. (pismo z 4 kwietnia 2018 r. k. 56- 61 akt adm.),

2. Związek (...) (pismo z 4 kwietnia 2018 r. k. 51- 55 akt adm.),

3. KIKE (pismo z 6 kwietnia 2018 r. k. 62- 67 akt adm. - kanalizacja kablowa),

4. KIKE (pismo z 6 kwietnia 2018 r. k. 68- 73 akt adm. - KTB),

5. Operatora (pismo z 9 kwietnia 2018 r. k. 78- 84 akt adm.),

6. (...) (pismo z 9 kwietnia 2018 r. k. 74- 76 akt adm.),

7. Krajową Izbę Gospodarki Cyfrowej (pismo z 9 kwietnia 2018 r. k. 77 akt adm.).

Postanowieniem z 12 marca 2018 r. Prezes UKE ograniczył Operatorowi, PIIIiT i PIKE wgląd do materiału dowodowego, w zakresie informacji objętych klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa (k. 42- 45 akt adm.).

Pismem z 25 maja 2018 r. PIKE przedstawiła stanowisko w sprawie (k. 85- 92 akt adm.).

Z uwagi na potrzebę określenia warunków dostępu do infrastruktury technicznej Operatora w zakresie Kanalizacji kablowej oraz KTB na zasadach, które zostały zgłoszone w ramach konsultowania projektów decyzji podejmowanych w innych postępowaniach prowadzonych w sprawie określenia warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej Prezes UKE w dniach 3 lipca 2018 r. – 2 sierpnia 2018 r. przeprowadził ponowne postępowanie konsultacyjne projektu decyzji (k. 93 akt adm.).

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

1. (...) S.A. (pismo z 20 lipca 2018 r. k. 103-105 akt adm.),
2. Związek (...) (pismo z 24 lipca 2018 r. k. 106 akt adm.),
3. (...) (pismo z 30 lipca 2018 r. k.108 akt adm.),
4. Związek (...) (pismo z 30 lipca 2018 r. k. 107 akt adm.),
5. Operatora (pismo z 31 lipca 2018 r. k. 109- 114 akt adm.),
6. Krajową Izbę Gospodarki Cyfrowej (pismo z 2 sierpnia 2018 r. k. 123 akt adm.),
7. KIKE (pismo z 2 sierpnia 2018 r. k. 117- 121 akt adm.),
8. KIGEiT (pismo z 2 sierpnia 2018 r. k. 115- 116 akt adm.),
9. PIKE (pismo z 2 sierpnia 2018 r. k. 124-139 akt adm.).

Pismem z 4 lipca 2018 r. Prezes UKE zawiadomił Operatora, PIIiT i PIKE o włączeniu do materiału dowodowego dokumentów przedłożonych w sprawie (...) (k. 95- 96 akt adm.) stanowiska konsultacyjnego:

1. KIGEiT z 9 kwietnia 2018 r.,
2. Operatora z 9 kwietnia 2018 r. ,
3. (...) z 6 kwietnia 2018 r.,
4. (...) z 9 kwietnia 2018 r.,
5. (...) S.A. z siedzibą w W. (dalej (...)) z 5 kwietnia 2018 r.,
6. (...) z 9 kwietnia 2018 r.,
7. (...) z 9 kwietnia 2018 r.,
8. PIKE z 5 czerwca 2018 r.,
9. PIKE z 6 czerwca 2018 r.,
10. KIGEiT z 25 czerwca 2018 r.

Postanowieniem z 5 lipca 2018 r. Prezes UKE ograniczył Operatorowi, PIIiT i PIKE wgląd do materiału dowodowego w zakresie informacji objętych klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa (k. 99-102 akt adm.).

Pismem z 9 sierpnia 2018 r. Prezes UKE poinformował Operatora, PIIiT i PIKE, 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 (k. 140 akt adm.).

Pismem z 31 sierpnia 2018 r. PIKE przedstawiła stanowisko w sprawie (k. 145- 155 akt adm.).

Prezes UKE 11 września 2018 roku wydał zaskarżoną Decyzję (k. 156- 239 akt adm.).

Powyższy stan faktyczny, Sąd ustalił w oparciu o powołane dowody, których autentyczności nie kwestionowała żadna ze stron, a Sąd nie miał podstaw by uczynić to z urzędu.

Sąd oddalił wniosek (...) o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, który ustali, jaka jest faktyczna wartość właściwych dla Powoda i indywidualizowanych dla niego stawek opłat za dostęp do KK i KTB, zapewniających Powodowi zwrot poniesionych kosztów oraz odzwierciedlających wpływ dostępu do infrastruktury technicznej na plan biznesowy tego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, w szczególności na realizowane przez niego inwestycje dotyczące szybkich sieci telekomunikacyjnych, uznając że dowód ten nie przyczyni się do ustalenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy z przyczyn, które zostaną wyjaśnione w dalszej części uzasadnienia.

Do ustalenia ww. kosztów nie przyczyniły się również zeznania świadka P. S. na okoliczność skutków obowiązywania Decyzji i aspektów praktycznych jej wykonywania przez powoda oraz wpływu obowiązywania i wykonywania Decyzji na relacje biznesowe na rynku dostępu do infrastruktury (k.315), albowiem nie padły w nich konkretne kwoty a jedynie ogólne stwierdzenia, że wprowadzenie Decyzji w życie wiązało się dla powoda z koniecznością zatrudnienia dodatkowych pracowników oraz zaprojektowaniem zgodnym z wymogami narzuconymi Decyzją, budową i wdrożeniem systemu teleinformatycznego dedykowanego do obsługi wniosków i realizacji umów w formacie narzuconym Decyzją. Świadek stwierdził również, że wysokość kosztów poniesionych w związku z wdrożeniem Decyzji w życie jest trudna do oszacowania (k.229 verte akt sąd.).

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

Odwołania PIIiT oraz Operatora nie zasługiwały na uwzględnienie, bowiem zaskarżona Decyzja jest słuszna i ma oparcie w przepisach prawa a podnoszone przez Powodów zarzuty nie są trafne, stąd nie mogą skutkować uchYLENIEM, czy też zmianą Decyzji.

Na wstępie Sąd, analizując w ogóle możliwość wydania przez Prezesa UKE Decyzji, powziął wątpliwości w świetle prawa unijnego odnośnie tego, czy organ regulacyjny był uprawniony, w realiach niniejszej sprawy, do nałożenia na Operatora, który nie został wyznaczony jako operator o znaczącej pozycji rynkowej, ex ante obowiązku stosowania warunków dostępu do infrastruktury technicznej, w związku z czym zawiesił postępowanie w sprawie do czasu udzielenia odpowiedzi przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej TSUE) na pytanie prejudycjalne przedstawione przez tut. Sąd postanowieniem z 6 kwietnia 2021 r. w sprawie o sygn. XVII AmT 2/19 o treści: „Czy art. 8 ust. 3 Dyrektywy 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń w zw. z art. 3 ust.5 oraz art. 1 ust. 3 i ust. 4 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/61/UE z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie środków mających na celu zmniejszenie kosztów realizacji szybkich sieci łączności elektronicznej należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie temu, aby krajowy organ regulacyjny mógł nałożyć na operatora dysponującego infrastrukturą techniczną, będącego jednocześnie dostawcą publicznie dostępnych usług lub sieci łączności elektronicznej, który nie został wyznaczony jako operator o znaczącej pozycji rynkowej, obowiązek stosowania ustalonych przez ten organ ex-ante warunków regulujących zasady dostępu do infrastruktury technicznej tego operatora, w tym zakresie zasad i procedur zawierania umów oraz stosowanych opłat za dostęp, niezależnie od istnienia sporu o dostęp do infrastruktury technicznej tego operatora oraz istnienia skutecznej konkurencji na rynku ?”

W wyroku z 17 listopada 2022 r. TSUE stwierdził, że „ Art. 1 ust. 3 i 4 oraz art. 3 ust. 5 dyrektywy 2014/61 w sprawie środków mających na celu zmniejszenie kosztów realizacji szybkich sieci łączności elektronicznej, w związku z art. 1

ust. 1, art. 5 ust. 1 i art. 8 ust. 3 dyrektywy 2002/19 w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (dyrektywy o dostępie), a także z art. 8 i 12 dyrektywy 2002/21 w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywy ramowej), należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie temu, aby krajowy organ regulacyjny właściwy w dziedzinie komunikacji elektronicznej zobowiązał operatora sieci, który nie został wskazany jako posiadający znaczącą pozycję rynkową, do stosowania warunków, takich jak ustalone ex ante przez ten organ, które regulują zasady dostępu przedsiębiorstw działających w tej dziedzinie do infrastruktury technicznej tego operatora, w tym zakresie zasad i procedur zawierania umów oraz stosowanych opłat za ten dostęp, niezależnie od istnienia sporu o ów dostęp i skutecznej konkurencji.”.

W tej sytuacji, w związku ze stanowiskiem wyrażonym przez TSUE w przedmiocie wykładni przepisów wspólnotowych, Sąd uznał, że wydanie przez organ Decyzji w stosunku do (...) w zakresie dostępu do infrastruktury technicznej w postaci KK i KTB Operatora było możliwe ex ante, pomimo braku formalnego ustalenia jego znaczącej pozycji rynkowej, nierozstrzygania w tym zakresie żadnego konkretnego sporu i abstrahując od istnienia skutecznej konkurencji.

Odnosząc się z kolei do krajowych regulacji prawnych uprawniających Prezesa UKE do wydania Decyzji należy przytoczyć w szczególności art. 17 i art. 18 ust. 2 i 3 ustawy o wruist. Zgodnie z art. 17 ust. 1 operator sieci zapewnia przedsiębiorcom telekomunikacyjnym dostęp do infrastruktury technicznej, w tym współkorzystanie z niej, w celu realizacji szybkiej sieci telekomunikacyjnej. Zgodnie z art. 17 ust. 2 dostęp do infrastruktury technicznej jest odpłatny, chyba że strony umowy postanowią inaczej. Przy czym w myśl art. 18 ust. 2 Prezes UKE może wezwać operatora sieci do przedstawienia informacji w sprawie warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej a stosownie do treści art. 18 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, tj. zapewnienia niedyskryminacyjnych i proporcjonalnych warunków dostępu, może, w drodze decyzji, określić warunki zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej. Przepis art. 22 ust. 4 stosuje się odpowiednio.

Z powyższego wynika, że interwencja Prezesa UKE jest pozostawiona uznaniu administracyjnemu i nie jest zależna od takich okoliczności jak ilość posiadanej przez operatora sieci infrastruktury technicznej, występowanie sporów dotyczących uzyskania dostępu do infrastruktury operatora sieci, czy nierealizowanie obowiązków z art. 17 ustawy o wruist. Tym samym niezasadne są zarzuty Operatora co do określenia warunków dostępu do KK i KTB w zaskarżonej Decyzji pomimo posiadania niewielkich zasobów KK i KTB, udostępniania KK i KTB przez Operatora zgodnie z art. 17 ustawy o wruist, czy też braku występowania, zdaniem Operatora, problemów związanych z dostępem do KK i KTB.

Ponadto w tym miejscu zaznaczyć trzeba, również w kontekście podnoszonej przez Operatora tezy odnośnie braku potrzeby wydania Decyzji, iż Prezes UKE podjął decyzję co do określenia warunków dostępu do infrastruktury Operatora po zapoznaniu z wynikami ekspertyzy (...) z października 2016 r. „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”, która opisuje liczne problemy związane z udostępnianiem KK pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, m.in. blokowanie dostępu, obowiązywanie zróżnicowanych procedur dostępu i zróżnicowanych stawek. W związku zaś z tym, że materiałem źródłowym do opracowania ww. Ekspertyzy (...) były także warunki dostępu do KK stosowane przez Operatora, ingerencja regulatora stała się jak najbardziej uzasadniona.

Działanie organu musiało więc objąć Operatora, podobnie jak 7 innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych będących największymi dysponentami zasobów KK według danych z SIIS. W tej sytuacji racjonalnym i korzystnym dla rynku było wprowadzenie uniwersalnej procedury dostępu do KK i KTB, która miała na celu uspoźnienie terminów, procedur oraz stawek rynkowych związanych z udostępnianiem infrastruktury technicznej. Takie podejście prowadzi bowiem do równego traktowania wszystkich operatorów, co przemawia za przyjęciem, że Prezes UKE kierował się kryteriami określonymi w art. 22 ust. 1 ustawy o wruist, zapewnienia niedyskryminacyjnych warunków dostępu. Określone przez niego warunki należy też uznać za proporcjonalne skoro sam Operator wskazuje, że stosuje procedury

dostępu do KK i KTB co do zasady zbieżne z określonymi w zaskarżonej Decyzji. Nie mogą one zatem zostać uznane za uciążliwe i nadmiarowe, zwłaszcza w kontekście celu tejże regulacji, którym jest przyspieszenie budowy szybkich sieci telekomunikacyjnych.

Podkreślenia przy tym wymaga, że mimo, iż Prezes UKE wydał analogiczne decyzje wobec wiodących przedsiębiorców telekomunikacyjnych posiadających kablowe sieci telekomunikacyjne, to zaskarżona Decyzja jest wyrazem indywidualnego podejścia choćby dlatego, że w jej ramach zostały rozpatrzone zgłoszone stanowiska konsultacyjne różnych podmiotów, w tym stanowisko Operatora, tak więc organ analizował Decyzję pod kątem sytuacji tego Operatora. W konsekwencji Decyzja rozstrzyga o jego konkretnych prawach i obowiązkach przy udzielaniu dostępu a nie stanowi regulacji całego rynku telekomunikacyjnego.

Nie sposób także uznać zarzutów Operatora odnośnie naruszenia zasady proporcjonalności i równego traktowania w związku ze zrównaniem sytuacji Operatora z sytuacją (...), który dysponuje pozycją silnie dominującą lub monopolem, w zależności od rynku geograficznego, gdyż ujednoczenie procedury dostępu do infrastruktury technicznej KK i KTB na rynku nie jest wyrazem dyskryminacji i braku wyważenia zwłaszcza, gdy Operator nie wykazał obiektywnego braku możliwości wdrożenia – na równi z (...) tych procedur, które jak właściwie twierdzi już uprzednio w zasadzie wypełniał, a Decyzja zapewnia mu 6- miesięczny okres przejściowy na wdrożenie jej postanowień, natomiast jeśli chodzi o wysokość opłat za dostęp przyznanych obydwóm podmiotom, to są one zróżnicowane adekwatnie dla konkretnego podmiotu.

W kwestii podnoszonego przez PIKE nieprzeprowadzenia przez Prezesa UKE postępowania konsolidacyjnego trzeba zaznaczyć, że zgodnie z art. 18 ust. 1 Pt jeżeli rozstrzygnięcia, o których mowa w art. 15 Pt, czyli także decyzje w przedmiocie dostępu z ustawy o wspieraniu rozwoju, mogą mieć wpływ na stosunki handlowe między państwami członkowskimi, Prezes UKE, niezwłocznie po zakończeniu postępowania konsultacyjnego i rozpatrzeniu stanowisk uczestników tego postępowania, rozpoczyna postępowanie konsolidacyjne. Innymi słowy, nie każde postępowanie w przedmiocie wydania decyzji z ustawy o wspieraniu rozwoju wymaga przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego, ale tylko takie, którego skutki wskazane zostały w powołanym artkule, tj. jeżeli decyzja może mieć wpływ na stosunki handlowe między państwami członkowskimi.

Nie sposób zaś uznać, iż ustanawiane Decyzją warunki dostępu do KK i KTB będą miały nawet potencjalny wpływ na strukturę wymiany handlowej pomiędzy państwami członkowskimi w sposób stwarzający bariery w funkcjonowaniu jednolitego rynku i wpływ na dostęp do rynku ze skutkiem dla przedsiębiorstw w innych państwach. Należy bowiem zacytować stanowisko wyrażone przez TSUE w wyroku z 16 kwietnia 2015 r. C-3/14 (PREZES URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ, (...) SP. Z O.O. v. (...) S.A., ZOTSiS 2015, nr 4, poz. I-232) w którym stwierdzono: „W związku z powyższym art. 7 ust. 3 powinien być interpretowany w ten sposób, że każdy środek przyjęty przez krajowy organ regulacyjny w celu zapewnienia użytkownikom końcowym dostępu do numerów niegeograficznych zgodnie z art. 28 dyrektywy 2002/22 w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, oddziałuje na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi w rozumieniu tego przepisu, jeśli środek ten może wywrzeć na tę wymianę bezpośredni lub pośredni, rzeczywisty lub potencjalny wpływ, **który nie jest nieznaczny**, czego ustalenie należy do sądu odsyłającego.”

Z kolei jak wynika z twierdzeń samego Operatora jest dysponentem niewielkich zasobów kanalizacji kablowej, w porównaniu z (...), a zatem trzeba stwierdzić, iż ewentualny wpływ na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi byłby nieznaczny, przez co przeprowadzenie postępowania konsolidacyjnego nie było konieczne.

Za brakiem takiej konieczności przemawia również inny argument, a mianowicie że dostęp do infrastruktury technicznej nie jest produktem/usługą, które mogłyby być przedmiotem wymiany transgranicznej. O uznaniu, że dana usługa ma charakter transgraniczny nie może wszak świadczyć to, iż przedsiębiorca korzystający z infrastruktury technicznej ma siedzibę za granicą. Sytuacja przedsiębiorcy zagranicznego w stosunku do podmiotu krajowego zarówno w zakresie w jakim ma możliwość korzystania z dostępu, jak i w związku z uzyskaniem dostępu, jest neutralna.

Warunki dostępu z art. 18 ust. 3 ustawy o wruist ani nie wpływają negatywnie na podmiot zagraniczny, ani go nie uprzywilejowują.

W związku z powyższym, Sąd uznał, że nie ma potrzeby występowania do TSUE z pytaniem prejudycjalnym czy art. 7 ust. 3 w zw. z motywem 38 dyrektywy ramowej należy interpretować w ten sposób, że należy poddać postępowaniu konsolidacyjnemu środki mający na celu regulację zasad dostępu do kanalizacji kablowej i kanalizacji telekomunikacyjnej budynku należących do Operatora ? o co wniosła PIKE w odpowiedzi na odwołanie (...).

Pozostałe zarzuty zarówno Operatora jak i PIIIiT koncentrowały się na wysokości opłat za dostęp do KK i KTB.

PIIIiT, wskazując na niezapewnienie według niego niedyskryminacyjnych i proporcjonalnych warunków dostępu w związku z określeniem asymetrycznych stawek na rynku KK w zaskarżonej Decyzji w porównaniu ze stawkami określonymi w analogicznych decyzjach wydanych tego samego dnia dla 6 innych operatorów, w szczególności kwestionował metodologię wyznaczenia przez Prezesa UKE opłaty na podstawie benchmarków. W ocenie odwołującego się dla wyznaczenia stawki benchmarkowej najbardziej wiarygodne jest posłużenie się statystyczną metodą dominanty, a nie mediany jak uczynił to Prezes UKE. Co prawda mediana eliminuje wartości skrajne, ale poza tym jest bardziej zbliżona do średniej arytmetycznej. W związku z tym nie odzwierciedla rzeczywistych wartości występujących w danym zbiorze, tylko kreuje obraz (wartości) czysto teoretyczny. Natomiast skutkiem zastosowania metody dominanty jest uzyskanie najbardziej typowej wartości występującej z największym prawdopodobieństwem w badanym zbiorze. Dlatego też dominanta najwierniej opisuje rzeczywistość.

W tej kwestii należało zważyć, że metoda dominanty dla ustalenia stawek opłat za korzystanie z infrastruktury jest korzystna jedynie dla operatora zasiedziałego, który dysponuje nieporównywalnie większą od konkurentów infrastrukturą kanalizacji kablowej. Zatem zastosowanie do wyliczeń stawek dominanty sprowadzałoby się w istocie do zastosowania stawek (...) (symetrycznych), co jest nie do pogodzenia z wymogiem zapewnienia zwrotu kosztów inwestycji ponoszonych przez innych operatorów.

Z tego względu właśnie mediana spłaszczająca stawki w kierunku średniej arytmetycznej okazała się być bardziej przydatnym narzędziem dla zapewnienia rozwoju konkurencji między operatorami, chroniąc konkurentów operatora zasiedziałego przed zbyt wysokim poziomem opłat za udzielenie dostępu do kanalizacji.

Z tych powodów odwołanie PIIIiT w analizowanym wyżej zakresie podlegało oddaleniu.

Z kolei Operator mimo podważania wyznaczonego mu przez Prezesa UKE poziomu opłat za dostęp do KK i KTB nie wskazał żadnego materiału źródłowego, który mógłby stanowić podstawę do przyjęcia odmiennych opłat, adekwatnych do kosztów udostępnienia przez Operatora infrastruktury, zapewniających temu Operatorowi zwrot tychże kosztów. Jest to zaś niezwykle istotne, ponieważ opłata za udostępnienie infrastruktury powinna pokrywać wyłącznie koszty związane z zapewnieniem dostępu, nie zaś wszelkie koszty związane z prowadzoną przez Operatora działalnością. Uwzględnienie wszelkich kosztów byłoby sprzeczne z celami ustawy o wspieraniu rozwoju, dotyczącymi zwiększenia efektywności wykorzystania istniejącej infrastruktury oraz zmniejszenia kosztów realizacji szybkich sieci telekomunikacyjnych.

Jak stanowi wszak art. 22 ust. 2 ustawy o wruist „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 szczególności 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.”.

W sytuacji zatem, gdy to Operator jest jedynym dysponentem materiałów źródłowych pozwalających na ustalenie ponoszonych przez niego kosztów, oszacowanie wysokości należnych mu opłat za dostęp do infrastruktury jest zależne od przedstawienia przez niego stosownych danych, tymczasem w toku całego postępowania administracyjnego, ale również i sądowego, ich nie przedstawił.

Wprawdzie w odwołaniu powód wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z opinii biegłego, który ustali, jaka jest faktyczna wartość właściwych dla Powoda i zindywidualizowanych dla niego stawek opłat za dostęp do KK i KTB, zapewniających Powodowi zwrot poniesionych kosztów oraz odzwierciedlających „wpływ dostępu do infrastruktury technicznej na plan biznesowy tego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, w szczególności na realizowane przez niego inwestycje dotyczące szybkich sieci telekomunikacyjnych”, jednak na wezwanie do wskazania dowodów, w oparciu o które miałyby zostać wydana opinia zaproponował wyłącznie: a) księgi rachunkowe VI wraz z dokumentami źródłowymi, w zakresie dotyczącym wysokości ponoszonych nakładów i kosztów na budowę, modernizację i utrzymanie infrastruktury telekomunikacyjnej oraz kosztów ogólnych przedsiębiorstwa - w posiadaniu (...), do przedłożenia na wniosek biegłego; b) warunki dostępu do infrastruktury technicznej (...) - pisma z dnia 9 czerwca 2017 r., 7 sierpnia 2017 r., 22 grudnia 2017 r. - w aktach sprawy; c) warunki dostępu do infrastruktury technicznej przedsiębiorców telekomunikacyjnych, przekazane w związku z wezwaniem Prezesa UKE z dnia 10 maja 2017 r. – w aktach sprawy; d) umowy (...) z podmiotami trzecimi o udostępnianie KTB / KK obowiązujące w okresie 2 lat przed wydaniem Decyzji - w posiadaniu (...), do przedłożenia na wniosek biegłego; e) umowy podmiotów wskazanych w lit. c) powyżej z podmiotami trzecimi o udostępnianie KTB / KK obowiązujące w okresie 2 lat przed wydaniem Decyzji - w posiadaniu ww. podmiotów, które miałyby, na podstawie art. 248 § 1 k.p.c., zostać zobowiązane o ich przedłożenie.

Przedmiotowy materiał dowodowy jest zaś nieprzydatny dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, bowiem należy podkreślić, że księgi rachunkowe wraz z dokumentami źródłowymi miały obrazować wysokość ponoszonych nakładów i kosztów na budowę, modernizację i utrzymanie infrastruktury telekomunikacyjnej oraz koszty ogólne przedsiębiorstwa, podczas gdy wysokość tych kosztów jest irrelevantna dla rozstrzygnięcia sprawy, jako, że dla wyznaczenia kosztów, których zwrot należy się Operatorowi udostępniającemu nie są potrzebne materiały dotyczące kosztów ogólnych budowy i utrzymania infrastruktury, ponieważ zwrot tych kosztów otrzymuje w ramach opłat za świadczone klientom usługi telekomunikacyjne, a zatem nie może obciążać nimi operatorów ubiegających się o dostęp. Innymi słowy podstawą do sporządzenia opinii powinny być tylko takie materiały które dotyczą kosztów związanych z udostępnieniem infrastruktury, a takich Operator nie przedstawił. Podkreślić również trzeba, że sam biegły nie byłby uprawniony do poszukiwania takich materiałów samodzielnie, ma on bowiem obowiązek oprzeć się na dowodach wskazanych w postanowieniu dowodowym przez Sąd.

Ponadto w ocenie Sądu takimi przydatnymi materiałami źródłowymi nie mogą być czy to umowy (...) o udostępnianie, gdyż nie zawierają dowodów wyjściowych, a tym bardziej, umowy innych podmiotów o udostępnianie, czy ich warunki dostępu, w szczególności, że Operator kwestionował właśnie oparcie się przez Prezesa UKE na danych, które nie pochodzą od niego, stąd nie pokazują jego sytuacji indywidualnej.

Z kolei jeśli chodzi o pisma złożone w toku postępowania administracyjnego, a przede wszystkim o pismo z 22 grudnia 2017 r., to należy podkreślić, że zawiera ono jedynie informacje o składowych składających się na opłaty dostępowe stosowane przez Operatora. Z rzeczonego pisma w żaden sposób nie wynika podstawa wartości podanych składowych, bowiem Operator nie wskazał ich źródła, nie poparł żadnymi dokumentami finansowymi, nie udowodnił ich wysokości.

W tej sytuacji Pozwany przy ustalaniu wysokości opłat za dostęp wziął pod uwagę wyjaśnienia Operatora przedstawione w toku postępowania, treść umów o dostępie do KK przekazywanych pozwanemu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy o wruist a także opłaty przedstawione przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych.



Prezes UKE w oparciu o posiadane dane był zaś zobowiązany do oszacowania opłat na takim poziomie, aby zapewniły Operatorowi zwrot poniesionych kosztów, uwzględniały cele wskazane w art. 8 dyrektywy ramowej oraz wpływ dostępu na plan biznesowy Operatora.

Sąd po zapoznaniu się z obszernym uzasadnieniem Decyzji w części dotyczącej opłat uznał, że wszystkie powyższe przesłanki zostały przez Prezesa UKE uwzględnione, a wywód wyjaśniający sposób dojścia do ostatecznej wysokości opłat za logiczny i tym samym przekonywujący.

Oparcie kalkulacji o „ Ekspertyzę dotycząca kalkulacji kosztów i możliwości modernizacji budynków w zakresie instalacji telekomunikacyjnej” (dalej Ekspertyza ITTI) oraz o załączony do niej Modelowy kalkulator było prawidłowe, skoro jest to narzędzie obiektywne, oparte o wiedzę naukową i sporządzone przez osoby posiadające odpowiednie kwalifikacje. Z uwagi na brak dotychczasowej praktyki w zakresie ustalania opłat za KTB oraz różne modele rozliczeń zawarte w Warunkach przedstawionych przez PT, najbardziej uzasadnione było skorzystanie z profesjonalnego obiektywnego narzędzia zawartego w Ekspertyzie ITTI. Jednocześnie w związku z tym, że Ekspertyza ITTI dotyczyła szacowania kosztów instalacji telekomunikacyjnej w budynku zamieszkania zbiorowego, w tym zabudowy wielorodzinnej, nie zaś wyłącznie KTB, dlatego konieczna była weryfikacja katalogu kosztów przyjętych w Ekspertyzie i wyeliminowanie tych niezwiązanych z KTB.

Wyliczenia Prezesa UKE oparte są na danych szacunkowych, ponieważ szacowanie jest jedyną metodą określenia w przybliżeniu wartości jakiejś wielkości przy posiadaniu niepełnych danych, a z taką sytuacją Prezes UKE miał do czynienia w niniejszej sprawie.

Co prawda Prezes UKE opierał się również na danych przedstawionych przez różnych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, podczas gdy wyliczane przez niego opłaty powinny umożliwiać zwrot poniesionych kosztów nie przez tych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, ale jak wynika z art. 22 ust. 2 ustawy o wruist, poniesionych przez Operatora, jednakże nie miał innego wyjścia, wobec nie przedstawienia przez Operatora sposobu wyliczenia wysokości opłat wraz z dokumentami źródłowymi. Jednakże wysokość opłat uwzględniona w Decyzji zapewnia Operatorowi zwrot kosztów związanych z udostępnieniem infrastruktury, ponieważ podstawą do ich ustalenia była między innymi wysokość opłat stosowanych przez Operatora. Z drugiej strony, aby skutecznie podważyć ustalenia z Decyzji, Operator powinien wykazać, że wysokość opłat, o których mowa w Decyzji w jego przypadku nie doprowadzi do zwrotu poniesionych kosztów, jednakże tego nie uczynił.

Podniesione przez Operatora i PIIiT zarzuty odnośnie naruszenia przepisów kodeksu postępowania administracyjnego, w szczególności art.7, 77, 107 k.p.a. nie mogły odnieść skutku, albowiem do kognicji Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie należy kontrola prawidłowości postępowania prowadzonego przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (tak Sąd Najwyższy w uzasadnieniu do wyroku z 13/05/2004 r., sygn. akt III SK 44/04, Lex nr 137437), jest to bowiem postępowanie sądowe pierwszoinstancyjne, w którym strona może przedstawić wszystkie okoliczności faktyczne i dowody na potwierdzenie zasadności swojego stanowiska, tak więc co do zasady ewentualne uchybienia postępowania administracyjnego nie miały znaczenia dla rozpoznania sprawy przed tym Sądem.

„Wniesienie odwołania do SOKIK wszczyna postępowanie sądowe na zasadach postępowania kontradiktoryjnego. Kontradiktoryjność procesu cywilnego wymaga, aby strony wskazywały dowody dla wykazania swoich twierdzeń. Bierność strony w tym zakresie nie zobowiązuje zaś sądu - poza wyjątkowymi przypadkami - do prowadzenia dowodów z urzędu (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 grudnia 1998 r., sygn. akt: I CKN 944/97). Rzeczą sądu nie jest bowiem zarządzenie dochodzeń w celu uzupełnienia lub wyjaśnienia twierdzeń stron i wykrycia środków dowodowych pozwalających na ich udowodnienie ani też sąd nie jest zobowiązany do przeprowadzenia z urzędu dowodów zmierzających do wyjaśnienia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy (art. 232 k.p.c.). Obowiązek przedstawienia dowodów spoczywa na stronach (art. 3 K.p.c.), a ciężar udowodnienia faktów mających dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie (art. 227 k.p.c.) spoczywa na stronie, która z faktów tych wywodzi skutki prawne (art. 6 K.c.). Pogląd powyższy wyrażony został również przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 grudnia

1996 r., sygn. akt: I CKU 45/96 (OSNC 1997/6-7/76). W cywilnym postępowaniu gospodarczym powód, zgodnie z art. 479(12) § 1 k.p.c., obarczony został dodatkowo ciężarem przytoczenia w pozwie całego znanego mu materiału procesowego (tj. twierdzeń o okolicznościach faktycznych i dowodów na ich poparcie) pod rygorem utraty prawa powoływania niewskazanych uprzednio twierdzeń i dowodów w toku postępowania (poza sytuacjami wyjątkowymi wskazanymi w tym przepisie). Stąd też - zdaniem Sądu Apelacyjnego - nie sposób uznać za zasadny zarzutu powoda dotyczącego naruszenia przez Sąd pierwszej instancji art. 316 k.p.c. w świetle tego, iż zaskarżony wyrok wydany został w oparciu o stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy, ustalony w dużej mierze na podstawie twierdzeń i środków dowodowych zawartych pozwie i odpowiedzi na pozew (okoliczność przyznana przez powoda w apelacji), bowiem powód zajął całkowicie bierną postawę w toku postępowania przed Sądem Okręgowym w Warszawie Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów w zakresie inicjatywy dowodowej, ograniczając się jedynie w odwołaniu do powołania dwóch dowodów z dokumentów, które zostały ocenione przez Sąd Okręgowy. Sąd drugiej instancji w pełni podziela pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w wyroku z 24 października 1996 r., sygn. akt: III CKN 6/96 (OSNC 1997/3/29), iż: "obowiązek wskazania dowodów, potrzebnych dla rozstrzygnięcia sprawy, obciąża strony. Sąd został wyposażony w uprawnienie (a nie obowiązek) dopuszczenia dalszych jeszcze, nie wskazanych przez żadną ze stron, dowodów, kierując się przy tym własną oceną, czy zebrany w sprawie materiał jest - czy też nie jest - dostateczny do jej rozstrzygnięcia (art. 316 § 1 in principio k.p.c.)". (podobnie SN w wyroku z dnia 20 maja 1997 r., sygn. akt: II UKN 125/97)." (tak SA w Warszawie w wyroku z 10.06.2010 r., VI ACa 1338/09).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, należy wskazać, że jeśli w ocenie Operatora pozwany oparł rozstrzygnięcie o dane nieznajdujące uzasadnienia w rzetelnie zgromadzonym materiale dowodowy, to mógł takie dowody przedstawić w odwołaniu, nawet jeśli nie zgłosił ich w postępowaniu administracyjnym. Jednakże Operator z takiej możliwości nie skorzystał, tym samym poniósł negatywne skutki zaniechania inicjatywy dowodowej. W tym miejscu Sąd podkreśla, że Prezes UKE w toku postępowania administracyjnego zgromadził obszerny materiał dowodowy, który następnie stał się podstawą do m.in. do ustalenia wysokości opłat za dostęp, a w samym uzasadnieniu został przez Pozwanego szczegółowo omówiony.

Sąd nie znalazł również podstaw do uznania, iż Pozwany wbrew brzmieniu przepisów ustawy nie uwzględnił orzeczonych warunków dostępu na plan biznesowy Powoda, albowiem w uzasadnieniu Decyzji Pozwany wskazał, że w pierwszej kolejności Powód ma prawo realizować swoje zamierzenia w stosunku do KTB i KK i ma prawo odmówić ich udostępnienia, jeżeli kolidowałyby to z jego planami inwestycyjnymi (Część II rozdział 1 podrozdział 1.1 ust. 8 b) warunków dostępu do KK i Część II rozdział 1 podrozdział 1.1 ust. 10 b) warunków dostępu do KTB).

Odnosząc się jeszcze do ostatniego zarzutu Operatora, Sąd zaznacza, iż nie zgadza się z jego twierdzeniem, że w Warunkach Dostępu istnieje niejasność co do tego, czy przyłącze budynkowe powinno być kwalifikowane jako element kanalizacji kablowej zewnętrznej, czy też jako część KTB, ponieważ na stronie 13 Decyzji w akapicie 3 Prezes UKE wyjaśnił, że kanalizacja przyłącza stanowi element kanalizacji kablowej.

Reasumując, mając na uwadze powyższe argumenty, Sąd na podstawie art. 479<sup>31a</sup> § 1 k.p.c. oddalił zarówno odwołanie PIIiT, jak i (...) sp. z o.o.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 98 k.p.c., zgodnie z którym strona przegrywająca sprawę obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony (koszty procesu).

Z uwagi na oddalenie odwołania PIIiT jak i (...) sp. z o.o. w całości, należało uznać, że przegrały one proces i zasądzić od nich na rzecz Pozwanego zwrot kosztów procesu. Na powyższe koszty składa się wynagrodzenie pełnomocnika Pozwanego w wysokości 720 zł ustalone w oparciu § 14 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. z 2015 r., poz. 1804 ze zm.).

Sędzia SO Anna Maria Kowalik

(...)

Sędzia SO Anna Maria Kowalik