

*Sygn. akt VI ACa 315/13*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 14 listopada 2013 r.*

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

*Przewodniczący - Sędzia SA – Irena Piotrowska (spr.)*

*Sędzia SA – Krzysztof Tucharz*

*Sędzia SO (del.) – Maciej Kruszyński*

*Protokolant: – sekr. sądowy Beata Pelikańska*

*po rozpoznaniu w dniu 14 listopada 2013 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa (...) Sp. z o.o. w W.*

*przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej*

*z udziałem zainteresowanej (...) S.A. w W.*

*o zmianę umowy*

*na skutek apelacji pozwanego i zainteresowanej*

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

*z dnia 17 grudnia 2012 r., sygn. akt XVII AmT 27/11*

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

*„1. uchyla Decyzję Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 8 lutego 2011r., nr (...) punkcie I.1., a w pozostałej części oddala odwołanie;*

*2. znosi wzajemnie koszty postępowania pomiędzy powodem a pozwanym”;*

*II oddala apelację w pozostałej części;*

*III znosi wzajemnie koszty postępowania apelacyjnego pomiędzy powodem, a pozwanym i zainteresowaną.*

*Sygn. akt VI ACa 315/13*

## UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 8 lutego 2011 roku nr (...) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej: „Prezes Urzędu”) działając na podstawie art. 28 ust. 1 w zw. z art. 30 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 roku Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1880 ze zm., dalej: „Pt”) oraz art. 104 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 roku Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2000 r., Nr 98, poz. 1071 ze zm., dalej: „k.p.a.”) w związku z art. 206 ust. 1 Pt po rozpatrzeniu wniosku (...) Spółki akcyjnej z siedzibą w W. (dalej: (...) S.A.”) z dnia 4 września 2010 roku o wydanie

decyzji zmieniającej warunki współpracy pomiędzy (...) S.A. a (...) Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. (dalej: (...)) określone umową o połączeniu sieci z dnia 26 czerwca 2003 roku, zmienioną aneksem nr (...) z dnia 18 maja 2004 roku, aneksem nr (...) z dnia 21 maja 2004 roku, aneksem nr (...) z dnia 14 kwietnia 2005 roku, aneksem nr (...) z dnia 14 lipca 2005 roku, aneksem nr (...) z dnia 22 września 2005 roku, aneksem nr (...) z dnia 26 września 2005 roku, porozumieniem do aneksu nr (...) z dnia 26 września 2005 roku, aneksem nr (...) z dnia 30 marca 2006 roku, aneksem nr (...) z dnia 5 kwietnia 2006 roku, aneksem nr (...) z dnia 25 lipca 2006 roku, aneksem nr (...) z dnia 24 listopada 2006 roku, aneksem nr (...) z dnia 24 listopada 2006 roku, aneksem nr (...) z dnia 25 czerwca 2007 roku, aneksem nr (...) z dnia 6 maja 2010 roku, aneksem nr (...) z dnia 8 czerwca 2010 roku, aneksem nr (...) z dnia 26 czerwca 2010 roku, decyzjami Prezesa UKE z dnia 29 grudnia 2003 roku nr (...), z dnia 6 czerwca 2007 r. nr (...), z dnia 19 maja 2008 roku nr (...) w zakresie ruchu międzysieciowego rozliczanego ryczałtowo, zmienił postanowienia umowy w ten sposób, że:

1. W § 2 Załącznika Technicznego (Załącznik nr 3 do Umowy) ust. 10 otrzymuje następujące brzmienie:

„10. (...) zobowiązuje się przesłać do (...) numer Abonenta wywołującego (A)”

2. W § 14 Załącznika Technicznego (Załącznik nr 3 do Umowy) ust. 5 otrzymuje następujące brzmienie:

Rozliczenia ruchu w oparciu o PSI obejmują usługi rozpoczęcia połączeń od Abonentów przyłączonych do Sieci (...) lub zakończenia połączeń do Abonentów przyłączonych do Sieci (...). Usługi międzysieciowe rozliczane ryczałtowo nie obejmują zakończenia połączeń w Sieci (...): do numerów, na których świadczone są usługi sieci inteligentnej, do numerów (...), do numerów (...), usługi tranzytu w Sieci (...), a także ruchu zakańczanego z zagranicy, z zastrzeżeniem, iż:

1) jeżeli w danym okresie rozliczeniowym (...) skieruje na wydzielone dla ruchu rozliczanego w oparciu o PSI Wiązki Łączy Międzysieciowych połączenia, które zgodnie z niniejszym punktem nie podlegają rozliczeniom z zastosowaniem PSI, stosowane będą z zastrzeżeniem pkt 2), zasady rozliczeń zgodnie z którymi rozliczenia za powyższe połączenia przesłane na daną wiązkę PSI zostaną dokonane z wykorzystaniem dwukrotnej wysokości stawek rozliczeniowych z Umowy i stosowanych dla rozliczania ruchu kierowanego na Wiązki Łączy Międzysieciowych innych niż wiązki PSI (tzn. w oparciu o stawki minutowe),

2) w przypadku skierowania na daną wiązkę PSI w danym okresie rozliczeniowym połączeń, które zgodnie z ust. 5 nie podlegają rozliczeniom z zastosowaniem PSI, w ilości nie przekraczającej 1,5 % wyrażonej w minutach ilości całkowitego ruchu skierowanego na wszystkie wiązki PSI nie stosuje się zasad rozliczeń określonych w pkt 1). W takim przypadku połączenia te będą rozliczane w oparciu o stawki rozliczeniowe wynikające z Umowy i stosowane dla rozliczenia ruchu kierowanego na Wiązki Łączy Międzysieciowych inne niż wiązki PSI (w oparciu o stawki minutowe).”.

Pozostałe postanowienia Prezes UKE pozostawił bez zmian.

(...) zaskarżył powyższą decyzję Prezesa Urzędu odwołaniem zarzucając naruszenie następujących przepisów:

1. art. 28 ust. 1 pkt 4 Pt poprzez wydanie zaskarżonej decyzji bez zbadania czy spełnia ona kryterium charakteru zaistniałych kwestii spornych oraz praktycznej możliwości wdrożenia rozwiązań dotyczących technicznych i ekonomicznych aspektów dostępu telekomunikacyjnego,

2. art. 28 ust. 1 pkt 2 Pt w związku z art. 43 ust. 6 Pt, polegające na wprowadzeniu, zaskarżoną decyzją, warunków gorszych dla (...), niż określone w Ofercie (...), mianowicie nałożeniu bezwzględnego obowiązku przesyłania numeru abonenta wywołującego (A), w sytuacji gdy zapis Oferty (...). W Części II ( Usługa (...)) w Rozdziale 6 pkt 1 ust.8 lit. a, w sposób wyraźny przewiduje, że przesłanie numeru Abonenta wywołującego (A) może nie być możliwe.

3. art. 28 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 2a-8 Pt w związku z art. 7 k.p.a. polegające na wydaniu zaskarżonej decyzji przy jednoczesnym zaniechaniu zbadania czy są spełnione wszystkie kryteria wskazane w art. 28 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 2a-8

Pt, a tym samym niewypełnieniu obowiązku podjęcia wszelkich kroków niezbędnych do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz do załatwienia sprawy.

4. art. 15 oraz art. 16 ust. 1 i 2 Pt w związku z art. 8, art. 9 oraz art. 10 § 1 k.p.a. polegające na wydaniu zaskarżonej decyzji w treści zasadniczo odmiennej niż treść projektu decyzji będącego przedmiotem postępowania konsultacyjnego, bez przeprowadzenia ponownego postępowania konsultacyjnego, co w konsekwencji uniemożliwiło (...) zajęcie stanowiska w kwestii ostatecznej wersji projektu rozstrzygnięcia.

5. art. 77 § 1 oraz 107 § 1 i § 3 k.p.a. polegające na niewyjaśnieniu wszystkich okoliczności stanu faktycznego w sprawie oraz wadliwym i lakonicznym uzasadnieniu decyzji.

(...) wniósł o uchylenie zaskarżonej decyzji oraz o wstrzymanie jej wykonania do czasu rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Prezes Urzędu w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego oraz o oddalenie wniosku o wstrzymanie wykonania zaskarżonej decyzji.

Zainteresowana (...) S.A. w odpowiedzi na odwołanie wносиła o oddalenie odwołania i oddalenie wniosku o wstrzymanie wykonania zaskarżonej decyzji.

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Warszawie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił zaskarżoną decyzję oraz orzekł w przedmiocie kosztów procesu.

W motywach tego rozstrzygnięcia wskazano na następujące ustalenia faktyczne i ich ocenę prawną.

W dniu 26 czerwca 2003 r. została zawarta Umowa o współpracy, w tym szczegółowych warunków rozliczeń w zakresie usług telekomunikacyjnych świadczonych przy wykorzystaniu numeru (...) pomiędzy (...) S.A. a (...).

Pismem z dnia 16 czerwca 2010 r. (...) S.A. wystąpiła do (...) z wnioskiem o podpisanie aneksu zmieniającego Umowę, regulującego kwestie wzajemnej współpracy w przypadku pojawienia się na wiązce rozliczanej ryczałtowo ruchu, który w świetle zapisów decyzji Prezesa Urzędu z dnia 19 maja 2008 r. nr (...), nie może być tam kierowany.

Pismem datowanym 4 września 2010 r. (...) S.A. złożyła na podstawie art. 27 ust 2b w zw. z art. 30 ust. 1 Pt do Prezesa Urzędu wniosek o wydanie decyzji zmieniającej warunki współpracy pomiędzy (...) S.A. a (...) określone Umową, zgodnie z załączonym projektem aneksu określającego zasady współpracy w zakresie ruchu międzysieciowego rozliczanego ryczałtowo. (...) S.A. wskazała we wniosku, że projekt aneksu jest w całości sporny, bowiem (...) e-mailem z dnia 20 lipca 2010 r. przedstawił swoje stanowisko w sprawie, zgodnie z którym ze względów technicznych wnioskował o wykreślenie z projektu aneksu części zapisów.

Prezes Urzędu pismem z dnia 7 października 2010 r. zawiadomił strony o wszczęciu w dniu 5 października 2010 roku postępowania z wniosku (...) S.A. oraz wezwał (...) do przedstawienia stanowiska w sprawie w terminie 14 dni od dnia otrzymania zawiadomienia o wszczęciu postępowania.

W odpowiedzi na zawiadomienie Prezesa Urzędu pismem z dnia 21 października 2010 roku (...) przedstawił swoje stanowisko w sprawie wskazując, że proponuje wprowadzenie do aneksu do Umowy zapisu o treści: iż „ruchem niedozwolonym nie jest ruch z niepełnym numerem abonenta inicjującego (numer A) i nie zawierający numeru A" oraz, że nie zgadza się na proponowany przez (...) S.A. zapis, iż „(...) zobowiązuje się przesłać do (...) numer Abonenta wywołującego (A)". Brak zgody na powyższy zapis (...) argumentował tym, iż ze względów technicznych może nastąpić przekazanie numeru A w innej postaci niż (...), w związku z czym numer ten będzie traktowany jako numer międzynarodowy niedozwolony dla Płaskiej Stawki Interkonektowej (zwanej „PSI”). Jednocześnie, (...) wskazał, że wprowadził zmiany w proponowanym § 14 Załącznika Technicznego ust. 5 poprzez wykreślenie wymogu, aby ruch w oparciu o PSI dotyczył ruchu związanego z realizacją zakończenia połączenia kierowanego wyłącznie do

Abonentów przyłączonych do sieci (...) S.A.. Zdaniem (...) ograniczenie to uniemożliwia realizację ruchu do abonentów (...) S.A. przeniesionych do innych sieci.

Ponadto podniesiono, że wniosek (...) S.A. z dnia 4 września 2010 roku nie spełnia warunków formalnych określonych w art. 27 ust 3 Pt, gdyż nie zawiera stanowiska stron z zaznaczeniem tych części Umowy, co do których strony nie doszły do porozumienia.

W dniu 29 września 2010 roku Prezes Urzędu wydał decyzję nr (...), zatwierdzającą „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, dostępu do łączy abonenckich poprzez węzły sieci telekomunikacyjnej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych.” (zwaną (...)).

W okresie od dnia 14 grudnia 2010 roku do dnia 13 stycznia 2011 roku Prezes Urzędu przeprowadził postępowanie konsultacyjne odnośnie projektu przedmiotowej decyzji. W trakcie postępowania konsultacyjnego zgłoszone zostało stanowisko (...) S.A. z dnia 11 stycznia 2011 roku.

W złożonym stanowisku konsultacyjnym (...) S.A. wskazała, iż zapis projektu aneksu dotyczący zmian w § 2 Załącznika Technicznego o treści: „10. (...) zobowiązuje się przesłać do (...) numer Abonenta wywołującego (A)” powinien być uwzględniony w treści decyzji, gdyż jest zgodny z (...). Zdaniem (...) S.A., kryterium rozwoju nowoczesnej infrastruktury przytoczone w uzasadnieniu projektu decyzji powinno obowiązywać nie tylko (...) S.A., ale również przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, który powinien dążyć do unowocześnienia swojej infrastruktury w celu realizacji zapisów zawartych w (...). Ponadto, (...) S.A. nadmieniła, że przedsiębiorca telekomunikacyjny ma obowiązek bezwzględnej prezentacji numeru Abonenta A dla numerów alarmowych (...), zgodnie z zapisami (...). (...) S.A., jeżeli w przypadku numerów alarmowych (...) istnieją możliwości techniczne do prezentacji numeru Abonenta inicjującego połączenie, to istnieją one również w przypadku pozostałych połączeń.

Zaskarżoną decyzją z dnia 8 lutego 2011 roku nr (...), Prezes Urzędu po rozpatrzeniu wniosku (...) S.A. zmienił postanowienia umowy w zakresie ruchu międzysieciowego rozliczanego ryczałtowo.

W ocenie Sądu Okręgowego odwołanie zasługuje w całości na uwzględnienie.

Przed odniesieniem się do zarzutów merytorycznych w zakresie wydanej przez Prezesa Urzędu decyzji podniesiono, iż nie należy do sądu powszechnego kontrola prawidłowości przeprowadzonego postępowania administracyjnego, chyba, że naruszenie zasad postępowania administracyjnego miało bezpośredni wpływ na naruszenie norm prawa materialnego. Kontrola postępowania administracyjnego i formalna kontrola decyzji nie należy do kompetencji sądu powszechnego. Stwierdzono, że podniesione w odwołaniu zarzuty w zakresie naruszenia przepisów prawa administracyjnego są nietrafne, bowiem przepisy te dotyczą zasad postępowania administracyjnego i jako takie podlegają badaniu jedynie w postępowaniu administracyjnym w zakresie legalności wydanej decyzji. Podkreślono, że odwołanie wszczyna postępowanie przed sądem powszechnym i tym samym podniesione w odwołaniu zarzuty powinny odnosić się do merytorycznej treści zagadnienia objętego decyzją. Z tych przyczyn zarzuty odnoszące się do naruszenia zasad postępowania administracyjnego, o ile nie dotyczą merytorycznej treści decyzji, nie mogą być przedmiotem odwołania.

Odnosząc się do zarzutów co do treści merytorycznej zaskarżonej decyzji Prezesa Urzędu przychylnie się do argumentacji powoda w zakresie naruszenia art. 15 oraz 16 ust. 1 i 2 Pt poprzez wydanie decyzji o treści zasadniczo odmiennej od projektu decyzji będącego przedmiotem postępowania konsultacyjnego, bez przeprowadzenia ponownego postępowania konsultacyjnego mającego za przedmiot nowy projekt decyzji, a tym samym uniemożliwienie stronom zajęcia stanowiska odnośnie ostatecznego projektu rozstrzygnięcia.

Przypomniano, że zasadniczym celem procedury konsultacji treści decyzji z zainteresowanymi jest umożliwienie im zajęcia stanowiska odnośnie do proponowanego projektu rozstrzygnięcia. Poprzez konsultacje strony mają

spособność wpływania na ostateczny kształt decyzji tak, aby uwzględniała ona nie tylko interesy użytkowników (konsumentów), ale również uzasadnione interesy ekonomiczne stron. Wskazano, że ostateczna decyzja Prezesa Urzędu powinna w możliwie najszerszym zakresie odzwierciedlać wyniki konsultacji z zainteresowanymi, przy czym opinia stron w przedmiocie konsultacji nie stoi na przeszkodzie wydania przez organ rozstrzygnięcia, którego treść odbiega nie tylko od pierwotnego projektu, ale uwzględnia jedynie część postulatów podnoszonych przez strony.

Zaznaczono, że wprawdzie Ustawa nie przewiduje obowiązku przeprowadzenia ponownych konsultacji w wyniku zmiany projektu decyzji, jednakże uznano, że powinność ponownego zasięgnięcia przez Prezesa Urzędu opinii stron wynika wprost z zasadniczego celu konsultacji. Podzielono stanowisko prezentowane w doktrynie, iż w przypadku zmiany, szczególnie zmiany o charakterze istotnym, pierwotnego projektu decyzji będącego przedmiotem konsultacji, Prezes Urzędu nie może wydać ostatecznego rozstrzygnięcia bezpośrednio po zakończeniu konsultacji, ale powinien ponownie zainicjować konsultacje między stronami, tak aby mogły one zająć stanowisko odnośnie wprowadzonych zmian. Zgłaszane uprzednio uwagi stron dotyczą bowiem innego projektu, który - odmiennie od projektu zmienionego - nie jest już projektem ostatecznego rozstrzygnięcia (tak m.in. Maciej Rogalski w komentarzu do art. 16 ustawy Prawo telekomunikacyjne, Komentarz LEX oraz Stanisław Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, Warszawa 2005, str. 207). Podkreślono, że uniemożliwienie stronom zajęcia stanowiska wobec nowego, zmienionego projektu decyzji oznaczałoby nie zrealizowanie głównego celu postępowania konsultacyjnego, a mianowicie zebrania stanowisk odnośnie ostatecznego projektu rozstrzygnięcia.

Dokonując porównania pierwotnego brzmienia projektu decyzji (dalej jako „Projekt Decyzji”) z treścią ostatecznego rozstrzygnięcia („Decyzja”), Sąd Okręgowy uznał, iż zakres zmian wprowadzonych do wstępnego projektu jest na tyle istotny, iż uzasadnia stwierdzenie, że nie mamy tu do czynienia ze zmianami, ale z nowym projektem ostatecznego rozstrzygnięcia, który nie został poddany pod konsultacje zainteresowanych stron.

Podkreślono, że już w uzasadnieniu projektu decyzji Prezes Urzędu podkreślał, że sporna między stronami była treść propozycji (...) SA do § 2 ust. 10 Załącznika Technicznego do Umowy, iż „(...) zobowiązuje się przesłać do (...) numer Abonenta wywołującego (A)”. (...) w stanowisku z dnia 21 października 2010 r. wskazywał, że ze względów technicznych zapis jest niemożliwy do spełnienia. W projekcie decyzji Prezes Urzędu uznał, iż stosownie do przesłanki, o której mowa w art. 28 ust. 1 pkt 2 Pt zaproponowana przez (...) zmiana jest niezgodna z (...) i przychylił się do stanowiska (...).

Wskazano, że wprowadzony do decyzji § 2 Załącznika Technicznego (Załącznik nr 3 do Umowy) ust. 10 o brzmieniu „(...) zobowiązuje się przesłać do (...) numer Abonenta wywołującego (A)” nie był przedmiotem konsultacji w związku z faktem, iż Prezes Urzędu przychylił się do stanowiska (...). W opinii Sądu pierwszej instancji wprowadzenie do decyzji postanowienia, co do którego był spór stanowi o jego randze dla stron. Zakres i waga zmian wprowadzonych przez Prezesa Urzędu w pełni uzasadniała ponowne przeprowadzenie konsultacji. Podkreślono, iż dopełnienie obowiązku przeprowadzenia konsultacji odnosi się nie tylko do pierwotnego projektu, ale również do zmienionych w istotnej części dalszych projektów, które ostatecznie stanowią bazę dla finalnego rozstrzygnięcia Prezesa Urzędu.

Uchybienie przez Prezesa Urzędu powinności ponowienia procesu konsultacji odnośnie nowego projektu rozstrzygnięcia uznano za nie dopełnienie obowiązku przeprowadzenia konsultacji, co uzasadnia uwzględnienie odwołania w całości i uchylenie decyzji Prezesa Urzędu z dnia 8 lutego 2011 r.

Kosztami postępowania, na mocy art. 105 § 1 k.p.c. w związku z art. 98 § 1 k.p.c. obciążono współuczestników proporcjonalnie do ich udziału w sprawie. Z uwagi na to, iż niniejsze postępowanie zostało zainicjowane na skutek wydania przez Prezesa Urzędu decyzji z uchybieniem procedury konsultacji, uznano za zasadne obciążenie pozwanego w całości kosztem opłaty od odwołania wniesionej przez powoda oraz całością kosztów zastępstwa procesowego.

Apelacje od tego rozstrzygnięcia wniósł pozwany Prezes Urzędu oraz zainteresowana (...) S.A.

Pozwany zaskarżył wyrok w całości i przedstawił następujące zarzuty:

1.naruszenia przepisów postępowania, które mogły mieć wpływ na wynik sprawy, a to : - art.479<sup>64</sup> k.p.c. w zw. z art.4 ust.1 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej poprzez nierozpoznanie istoty sprawy;

2.naruszenia przepisów prawa materialnego , a to : - art.15 w zw. z art.16 ust.1 i 2 Pt. poprzez uznanie , że w sytuacji gdy na skutek postępowania konsultacyjnego Prezes Urzędu zmieni projekt decyzji to istnieje obowiązek ponownego przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego.

Wskazując na powyższe zarzuty pozwany wnosił o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i oddalenie odwołania oraz zasądzenie kosztów postępowania ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji.

Zainteresowana (...) S.A. (dalej (...)) zaskarżyła wyrok i całości i podniosła następujące zarzuty:

1.naruszenia przepisów postępowania mających wpływ na wynik sprawy, a to.:

a) art. 479<sup>64</sup> § 1 k.p.c. poprzez zaniechanie oddalenia odwołania w sytuacji, gdy odwołanie nie zawierało zarzutów uzasadniających jego uwzględnienie oraz gdy istniała podstawa prawna do wydania decyzji oraz art. 479<sup>64</sup> § 2 k.p.c., poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na uchyleniu zaskarżonej Decyzji w sytuacji gdy nie została rozpoznana istota sprawy oraz gdy nie było ku temu przesłanek;

b) art. 233 § 1 k.p.c. polegające na błędnej ocenie dowodów, tj.z pominięciem dowodów wnioskowanych przez pozwanego oraz zainteresowaną w odpowiedziach na odwołanie.

c) art. 244 § 1 k.p.c. art. 217 § 1 k.p.c. w związku z art. 16 kpa poprzez uznanie, iż Sąd nie jest związany decyzją administracyjną, tj.: decyzją Prezesa Urzędu zatwierdzającą ofertę ramową (...).

2. naruszenie przepisów prawa materialnego, a to:

a) art. 15 pkt 3 Pt i art. 16 Pt w związku z art. 8, 9 i 10 § 1 kpa poprzez błędne przyjęcie, że w sprawie wywołanej wniesieniem odwołania od zaskarżonej Decyzji niezbędne było przeprowadzenie ponownego postępowania konsultacyjnego oraz poprzez bezpodstawne uznanie, że brak przeprowadzenia ponownego postępowania konsultacyjnego uniemożliwiło Powodowi zajęcia stanowiska w kwestii ostatecznej wersji projektu rozstrzygnięcia i obrony swoich praw w postępowaniu poprzedzającym wydanie zaskarżonej decyzji;

b) art. 15 pkt 3 i art. 16 w związku z art. 28 ust. 1 oraz 30 ust. 1 Pt poprzez błędne przyjęcie, iż treść zaskarżonej decyzji jest zasadniczo odmienna niż treść projektu decyzji będącego przedmiotem postępowania konsultacyjnego;

c) art. 28 Pt poprzez błędne przyjęcie, że Prezes UKE podejmując zaskarżoną decyzję nie był zobowiązany do brania pod uwagę przesłanek wymienionych w tym przepisie, w szczególności kryteriów, o których mowa w art. 28 ust. 1 pkt 2 i 5 lit. c).

Wskazując na powyższe zarzuty zainteresowana wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez orzeczenie oddalenia w całości odwołania oraz zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych;

ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji

Ponadto zainteresowana wniosła o przeprowadzenie dowodów z dokumentów zawartych w odpowiedziach na odwołanie na okoliczności wskazane w tych odpowiedziach.

**Sąd Apelacyjny ustalił i zważył , co następuje.**

Apelacje pozwanego i zainteresowanej są częściowo uzasadnione i dlatego musiały doprowadzić do częściowej zmiany zaskarżonego wyroku.

Ustalenia faktyczne poczynione w sprawie Sąd Apelacyjny w pełni podziela i przyjmuje za podstawę dla własnych rozważań.

Zawarty w obu apelacjach zarzut naruszenia art.479<sup>64</sup> k.p.c. nie jest zasadny.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego Sąd Okręgowy i Sąd Apelacyjny działające jako sądy orzekające w sprawach z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej nie powinny ograniczać swojej kognicji tylko do kontroli legalności postępowania administracyjnego, lecz powinny dokonać oceny prawnej zasadności wniesionego odwołania. Powyższa rola nie stoi na przeszkodzie uwzględnianiu w szczególności kwalifikowanych wad zaskarżonej decyzji. Za takie wady uznano przypadki wydania decyzji z naruszeniem przepisów określających tryb działania Prezesa Urzędu, w warunkach określonych w art. 156 § 1 pkt 3 k.p.a. oraz z naruszeniem prawa przedsiębiorcy do obrony. Przepis art. 479<sup>(64)</sup> § 2 k.p.c. nie określa sytuacji uprawniającej wybór rozstrzygnięcia (kasacyjnego lub zmieniającego). Treść rozstrzygnięcia uzasadniającego odwołanie zależy od rodzaju stwierdzonej wadliwości decyzji Prezesa Urzędu. Zasadniczo w przypadku stwierdzenia przez sąd nieprawidłowości w zakresie prawa materialnego uzasadnione jest skorzystanie z kompetencji do zmiany decyzji Prezesa Urzędu i w ten sposób uzgodnienie określenia praw i obowiązków adresata decyzji z prawem. Z kolei uchylenie przez sąd decyzji Prezesa Urzędu może oznaczać, że konkretyzacja normy Prawa telekomunikacyjnego została dokonana przez Prezesa Urzędu wadliwie, przy czym jest to wada, której sąd nie może skorygować w toku postępowania z racji braku kompetencji analogicznych do tych, w jakie wyposażony jest wyłącznie Prezes Urzędu (np. przeprowadzenie postępowania konsultacyjnego). Sąd uchyła zaskarżoną decyzję Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej w razie stwierdzenia nieuzasadnionego pominięcia postępowania konsultacyjnego (por wyrok SN z dnia 18 maja 2012 r. III SK 37/11 OSNP 2013/11/143) .

Na częściowe uwzględnienie zasługiwał natomiast zawarty w obu apelacjach zarzut naruszenia art.15 w zw. z art.16 ust.1 i 2 Pt. oraz zawarty w apelacji zainteresowanej zarzut naruszenia art.28 Pt..

Zdaniem Sądu Apelacyjnego z treści przepisów art.15 i art.16 Pt. nie wynika obowiązek przeprowadzania dodatkowej konsultacji w wypadku wprowadzenia przez Prezesa Urzędu zmian do projektu decyzji poddanego konsultacjom. Przepis art.15 Pt. jednoznacznie wskazuje na obowiązek przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego w sytuacjach w nim wskazanych, zaś doniosła rola konsultacji polega na tym, że umożliwiają one realizację zasady przejrzystości działania organu regulacyjnego i zapewniają podmiotom możliwość przedstawienia uwag i postulatów odnośnie do proponowanych rozwiązań regulacyjnych. Prezes Urzędu, po przeprowadzeniu postępowania konsultacyjnego, może wydać decyzję, której treść będzie odbiegała od treści projektu poddanego konsultacjom( por. wyrok SA w Warszawie z dnia 24 stycznia 2013r. sygn. akt VI ACa 944/12).

Zasadnicze znaczenia ma w niniejszej sprawie rozstrzygnięcie, czy poddany procedurze konsultacji projekt decyzji zawierał wszystkie elementy istotne projektowanej decyzji, a zatem, czy przedsiębiorcy telekomunikacyjni w myśl zasady przejrzystości postępowania mieli możliwość przedstawienia uwag i postulatów odnośnie do wszystkich proponowanych rozwiązań regulacyjnych.

Podkreślenia wymaga, że jak prawidłowo ustalił Sąd pierwszej instancji projekt decyzji poddany konsultacjom zawierał jedynie propozycję nadania nowego brzmienia § 14 Załącznika Technicznego (Załącznik nr 3 do Umowy) ust. 5 – w zakresie ustalenia opłat stawek za tzw. niedozwolone połączenia umowy w zakresie ruchu międzysieciowego rozliczanego ryczałtowo ( pkt I. 2. zaskarżonej decyzji ). Niewątpliwie w stosunku do tej propozycji wyczerpano procedurę konsultacyjną, zaś proponowane rozwiązania zostały dostatecznie uzasadnione w świetle wymogów określonych w treści art.28 Pt. W tym stanie rzeczy brak uzasadnionych podstaw do uchylenia zaskarżonej decyzji w tej części i dlatego apelacja pozwanego i zainteresowanej w tym zakresie odniosła skutek.

Zaskarżona decyzja zawiera jednak jeszcze postanowienie o nadaniu nowego brzmienia W § 2 Załącznika Technicznego (Załącznik nr 3 do Umowy) ust. 10 :

„10. (...) zobowiązuje się przesłać do (...) numer Abonenta wywołującego (A)“( pkt.I.1.zaskarżonej decyzji) Ta propozycja nie była poddana konsultacji , zaś jak wynika z korespondencji poprzedzającej postępowanie administracyjne była to kwestia sporna między powodem a zainteresowaną. Trafnie zatem uznano , że pojawienie się w ostatecznym brzmieniu zaskarżonej decyzji postanowienia, co do którego był spór od początku negocjacji między stronami przyszłej umowy stanowi o jego randze dla stron.

Zakres i waga zmian wprowadzonych przez Prezesa Urzędu w pełni uzasadniała przeprowadzenie konsultacji także i co do tej propozycji. Nie można przyjąć , jak to podnoszą apelujący , że taka zmiana ostatecznej wersji decyzji w stosunku do jej projektu poddanego konsultacjom jest dopuszczalna.

W istocie zaskarżona decyzja zawiera dwa zasadnicze postanowienia , z których tylko jedno zostało poddane procedurze konsultacyjnej. Z tych powodów apelacje w pozostałej części zostały oddalone.

Dla rozstrzygnięcia w tej sprawie nie ma znaczenia nowelizacja ustawy Prawo telekomunikacyjne dokonana podstawie ustawy z dnia 16 listopada 2012r. o zmianie ustawy – Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw ( Dz.U. z 2012r. poz. 1445), bowiem zaskarżona decyzja została wydana 8 lutego 2011r. i winna spełniać wymogi prawne obowiązujące w dacie jej wydania.

Mając to wszystko na uwadze na podstawie art.386§1 k.p.c. i art.385 k.p.c. orzeczono , jak na wstępie.

O kosztach procesu orzeczono na podstawie art.100 k.p.c. w związku z art.108§1 k.p.c. wobec faktu częściowego uwzględnienia żądań stron.