

*Sygn. akt VI ACa 1119/14*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 24 czerwca 2015 r.*

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

*Przewodniczący – Sędzia SA Teresa Mróz (spr.)*

*Sędziowie: SA Marcin Strobel*

*SO (del.) Jolanta Pyżlak*

*Protokolant: Izabela Nowak*

*po rozpoznaniu w dniu 24 czerwca 2015 r. w Warszawie*

*na rozprawie sprawy z powództwa (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W.*

*przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej*

*przy udziale zainteresowanych (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W. i (...) z siedzibą w W.*

*o określenie warunków współpracy*

*na skutek apelacji pozwanego*

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

*z dnia 22 kwietnia 2014 r.*

*sygn. akt XVII AmT 35/12*

*uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi Okręgowemu w Warszawie - Sądowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.*

*VI A Ca 1119/14*

## UZASADNIENIE

Decyzją (...) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej działając na podstawie art. 28 ust. 1 w związku z art. 206 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2004 r., Nr 171, poz. 1800 z późn. zm.) oraz art. 104 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jednolity: Dz. U. z 2000 r., Nr 98, poz. 1071, z późn. zm.), po rozpatrzeniu wniosku (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. (zmiana na (...) S.A. z siedzibą w W.) z dnia 1 grudnia 2009 r. o wydanie decyzji określającej warunki współpracy w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora pomiędzy (...) a (...) S.A. z siedzibą w W.,

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

II. ustalił treść Załącznika Nr 1, stanowiącego integralną część niniejszej Decyzji, zawierającego tajemnice przedsiębiorstwa.

Na podstawie art. 206 ust. 2a Pt w związku z art. 206 ust. 2 pkt 5 Pt niniejsza decyzja podlegała natychmiastowemu wykonaniu (pkt III).

(decyzja (...)(99), k. 5).

Odwołaniem z dnia 30 grudnia 2011 roku (...) S.A. zaskarżyła w całości decyzję zarzucając:

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

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

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

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

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

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

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

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

W konkluzji odwołania powódka wniosła o uchylenie zaskarżonej decyzji w całości, ewentualnie o jej zmianę w całości poprzez ustalenie warunków współpracy pomiędzy (...) a (...) w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora tj. poprzez ustalenie opłat w wysokości zaproponowanej przez Prezesa UKE w projektach decyzji konsultowanych uprzednio w przedmiotowej sprawie tj. w wysokości 25,39 PLN obowiązującej dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych działających w stacjonarnej publicznej sieci telekomunikacyjnej albo w wysokości ustalonej przez Prezesa UKE na podstawie opat stosowanych na porównywalnych rynkach konkurencyjnych (benchmark) tj. w wysokości 6,44 EUR.

Prezes UKE wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania.

Zainteresowane (...) S.A. i (...) nie złożyły odpowiedzi na odwołanie.

Wyrokiem z dnia 22 kwietnia Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił zaskarżoną decyzję i rozstrzygnął o kosztach postępowania.

Sąd ustalił, że pismem z dnia 1 grudnia 2009 r. (...) wystąpiła do Prezesa UKE z wnioskiem o określenie warunków współpracy w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora pomiędzy (...) a (...). (...) jednocześnie zastrzegła, na podstawie art. 9 Pt treść załącznika nr 9 do swojego wniosku.

Pismem z dnia 7 grudnia 2009 r. Prezes UKE, wypełniając dyspozycję art. 61 § 4 kpa, poinformował strony o wszczęciu w dniu 4 grudnia 2009 r. postępowania o wydanie decyzji określającej warunki współpracy w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora pomiędzy (...) a (...) oraz zwrócił się do (...) na podstawie art. 27 ust. 4 Pt o przedstawienie stanowiska w przedmiocie wniosku (...) w terminie 14 dni od dnia otrzymania zawiadomienia o wszczęciu postępowania.

Pismem z dnia 10 grudnia 2009 r. (...) przedstawiła wersję jawną swojego wniosku z dnia 1 grudnia 2009 r.

Pismem z dnia 22 grudnia 2009 r. (...) przedstawił swoje stanowisko w przedmiotowej sprawie, wnioskując o wydanie przez Prezesa UKE decyzji odmawiającej określenia warunków współpracy w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora pomiędzy (...) a (...). (...) wskazał, przy tym, iż nie istnieją prawne przesłanki co do konieczności ustalenia opłat, o jakie wniosła (...). Zdaniem (...), przepisy prawa wspólnotowego, w tym art. 30 ust. 2 Dyrektywy nr 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (Dz.U.UE.L.02.108.51; Dz.U.UE-sp. 13-29-367, (...)) oraz prawa krajowego (Pt) nie nakładają obowiązku ustalenia opłat, o które wnioskuje (...), a jedynie umożliwiają wprowadzenie takich opłat, o ile krajowy regulator uzna za konieczne ich ustalenie. (...) podniósł przy tym, iż to biorca ponosi wyższe koszty związane z realizacją obsługi procesu przenośności numeru i to na rzecz biorcy w zaistniałej sytuacji powinna być wnoszona opłata.

(...) wskazał również, iż opłata taka powinna zostać zorientowana kosztowo, w oparciu o indywidualnie ponoszone koszty każdej ze stron rozliczeń. Równocześnie w ww. piśmie z dnia 22 grudnia 2009 r. (...) potwierdził okoliczność wszczęcia negocjacji w zakresie objętym wnioskiem (...) w niniejszej sprawie z dniem 19 maja 2009 r.

W dniu 19 maja 2009 r. odbyły się w siedzibie (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. warsztaty operatorów telekomunikacyjnych na temat przenośności numerów w świetle nowych przepisów, w których brały udział także (...) i (...). W trakcie ww. warsztatów rozpoczęto prowadzenie negocjacji pomiędzy operatorami telefonii mobilnej, w tym (...) i (...), w zakresie ustalenia opłat hurtowych za przeniesienie numeru. W dniach 11 sierpnia 2009 r., 21 sierpnia 2009 r. oraz 2 września 2009 r. przeprowadzono szereg spotkań, w czasie których nie udało się osiągnąć porozumienia co do zasad rozliczeń Stron przy przenoszeniu numeru przez abonenta.

Pismem z dnia 13 stycznia 2010 r. Prezes UKE, na podstawie art. 50 § 1 kpa, wezwał (...) do przekazania niezbędnych wyjaśnień w przedmiocie przedstawionej przez (...) we wniosku z dnia 1 grudnia 2009 r. kalkulacji kosztów. W odpowiedzi na wezwanie Prezesa UKE, (...) pismem z dnia 21 stycznia 2010 r. wyjaśniła, iż przedstawiona kalkulacja została sporządzona w oparciu o wartości historyczne. Jednocześnie (...) wskazała, iż aktualne dane zostaną przedstawione bez zbędnej zwłoki oraz wniosła, aby ustalanie opłat hurtowych było oparte na przepisie art. 41 Pt.

Pismem z dnia 29 stycznia 2010 r. Prezes UKE ponownie wezwał (...) do przekazania niezbędnych wyjaśnień w przedmiocie przedstawionej przez (...) we wniosku z dnia 1 grudnia 2009 r. kalkulacji kosztów z uwzględnieniem najbardziej aktualnych danych. Pismem z dnia 5 lutego 2010 r. (...) udzieliła dalszych wyjaśnień w przedmiocie

przedstawionej we wniosku z dnia 1 grudnia 2009 r. kalkulacji kosztów. (...) wskazała ponownie, iż przedstawiona we wniosku kalkulacja została „oparta o wartości historyczne” oraz że jest obecnie na etapie „weryfikacji przyjętych założeń” w oparciu, o które (...) zaprezentowała tę kalkulację.

Pismem z dnia 5 marca 2010 r. (...) przedstawiła nową kalkulację wysokości hurtowej opłaty za przeniesienie przydzielonego numeru. Jednocześnie (...) zastrzegła informacje dotyczące kalkulacji wysokości hurtowej opłaty za przeniesienie przydzielonego numeru jako tajemnicę przedsiębiorstwa. (...) poinformowała, iż informacja zawarta w przekazanej Prezesowi UKE kalkulacji dotycząca wysokości ustalonej opłaty uwzględniającej ponoszone przez (...) koszty nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Opłata ta została ustalona w wysokości 62,12 PL.

W związku z koniecznością opracowania systemowego rozwiązania opłat za przenośność numerów, pismami z dnia 17 września 2010 r. Prezes UKE zwrócił się do (...), (...), (...) S.A. z siedzibą w W., (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. i (...) z prośbą o przedstawienie Prezesowi UKE wykazu rodzajów kosztów ponoszonych przez tych operatorów za przenoszenie przydzielonego numeru z ich sieci mobilnych oraz ich wysokość, na podstawie danych finansowych za ostatni rok obrotowy tj. 2009 r.

W efekcie ww. wezwań z dnia 17 września 2010 r. (...) przedstawili swoje stanowiska w tym zakresie. Wszyscy operatorzy wskazali na brak obowiązku kalkulacji kosztów usługi przenośności numerów (brak rynku właściwego, który regulowałby kwestię przenośności numerów) w efekcie czego dane przez nich wskazane miały charakter bardzo szacunkowy. Dodatkowo operatorzy przekazując Prezesowi UKE dane przyjmowali różne metodologie, biorąc pod uwagę różne koszty. Ponadto wszyscy operatorzy, mimo wezwania do przedstawienia kosztu pojedynczego przeniesienia numeru, podali ogólne koszty systemu przenoszenia numerów z ich sieci. W swoich pismach (...) wskazali na ilość procesów realizowanych w wyniku przeniesienia pojedynczego numeru argumentując, iż to operator biorca ma większą ilość zadań w tym procesie. Z tego też względu, zdaniem tych operatorów, to operator Biorca powinien otrzymywać opłatę od operatora dawcy, a nie odwrotnie.

Korzystając z przekazanych przez (...) informacji o procesach przeniesienia numeru oraz wzorując się na strukturze hurtowej opłaty za przeniesienie numeru w telefonii stacjonarnej, Prezes UKE ponownie zwrócił się do operatorów z wezwaniem do przedstawienia informacji. W wezwaniach z dnia 12 stycznia 2011 r. Prezes UKE wezwał operatorów mobilnych do przedstawienia kosztów następujących procesów:

- odebranie komunikatu E03 (zarejestrowanie wniosku o przeniesienie numeru) –automatyczna weryfikacja danych,
- wysłanie odpowiedzi E06 (informacja Dawcy o planowanym terminie zwolnienia numeru) lub odpowiedzi E17 (odmowa przeniesienia numeru w danym dniu),
- odebranie komunikatu E12 (żądanie Biorcy wydania numeru przez Dawcę),
- wysłanie komunikatu E13 (zwolnienie przez Dawcę numeru).

W odpowiedzi na kolejne wezwania z dnia 12 stycznia 2011 r. do przedstawienia kosztów realizacji procesów w procedurze przenośności numerów w sieciach ruchomych ( (...) lub (...)) pięciu operatorów udzieliło następujących odpowiedzi:

-(...), pismem z dnia 8 lutego 2011 r., wskazała na koszty ogólne systemu (...) bez rozdzielania na koszty operatora dawcy i biorcy. (...) wskazała jednak, że miesięczny koszt utrzymania systemu obsługującego proces (...) jest niezależny od ilości numerów przeniesionych. Jednocześnie (...) wskazała, że nie widzi powodu, aby zmieniać obecny system rozliczeń międzyoperatorskich, a jeśli już to opłaty powinny być na rzecz biorcy. (...) nie podała kosztów procesów wskazanych w wezwaniu.

- (...), pismem z dnia 11 lutego 2011 r., nie wskazała żadnych kosztów, odwołała się do swoich wcześniejszych metodologii wprowadzających różne opłaty za przeniesienie numeru w zależności od ich ilości.

- (...), pismem z dnia 10 lutego 2011 r., wskazała na brak podstaw prawnych prowadzenia kalkulacji kosztów procesów usługi (...). Zasygnalizowała jednak, że nie zawsze proces (...) przebiega według ogólnego schematu, gdyż możliwe są sytuacje wymagające dodatkowych działań (np. wyjaśnień). (...) podała orientacyjne koszty przesyłania komunikatów wraz z obsługą.

- (...), pismem z dnia 10 lutego 2011 r., wskazał koszty ogólne aplikacji (...) zaznaczając, że poniesione przez niego koszty są niewspółmierne do ilości zrealizowanych przez niego przeniesień. Wskazał również koszt jednostkowy przesłania komunikatu: 0,000298 zł. Według (...) przy przeniesieniu jednego numeru wysyłanych jest przez Dawcę ok. 6,78 komunikatów co daje ogółem ok. 0,00298 zł kosztu za pojedyncze przeniesienie numeru.

- (...), pismem z dnia 11 lutego 2011 r., wskazał na swoje wcześniejsze wyliczenia. Ponadto według niego brakuje komunikatu E14 – zwrot numeru do przedsiębiorcy macierzystego po zaprzestaniu świadczenia. Według (...) nie jest możliwe wyodrębnienie kosztów poszczególnych komunikatów. Ponadto liczba przesłanych komunikatów nie pokrywa się z liczbą wykonanych przeniesień. (...) (uwzględniających koszty historyczne jak i bieżące) wyliczył koszt pojedynczego przeniesienia numeru wliczając również takie elementy nie związane bezpośrednio z realizacją przeniesienia numeru, jak np. szkolenia pracowników, czy też obsługa prawna.

W dniach od 1 czerwca 2011 r. do 1 lipca 2011 r. Prezes UKE przeprowadził postępowanie konsultacyjne odnośnie projektu decyzji administracyjnej w niniejszej sprawie, określającej warunki współpracy w zakresie hurtowych rozliczeń, dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora pomiędzy (...) a (...), w której wprowadził opłaty za przenośność numeru w sieciach mobilnych w wysokości 25,39 zł netto.

Opłata 25,39 zł została wyliczona z uwzględnieniem kosztów jakie ponoszone są w związku z realizacją poszczególnych procesów w ramach przenoszenia numerów w sieci stacjonarnej.

W ramach przedmiotowego postępowania konsultacyjnego do Prezesa UKE wpłynęło:

- stanowisko (...) z dnia 30 czerwca 2011 r.,
- stanowisko (...) z dnia 30 czerwca 2011 r.,
- stanowisko (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. z dnia 30 czerwca 2011 r.,
- stanowisko (...) z dnia 30 czerwca 2011 r.,
- stanowisko (...) z dnia 30 czerwca 2011 r.,
- stanowisko (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. z dnia 30 czerwca 2011 r.

Pismem z dnia 7 lipca 2011 r. (...) złożyła wniosek o dopuszczenie jej do udziału w postępowaniu na prawach strony. Prezes UKE postanowieniem z dnia 13 lipca 2011 r. na podstawie art. 31 § 2 kpa dopuścił (...) do postępowania.

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

W ramach przedmiotowego postępowania konsultacyjnego do Prezesa UKE wpłynęło stanowisko (...) z dnia 26 października 2011 r., w którym (...) wyraziła swój sprzeciw w stosunku do propozycji odmowy ustalenia w niniejszym rozstrzygnięciu opłaty za (...) wskazując, iż konsultowany projekt decyzji stanowić będzie naruszenie przesłanek z art. 28 ust. 1 pkt 1 Pt oraz przepisów art. 8 i 12 kpa.

W opinii (...) Prezes UKE powinien wydać decyzję ustalającą opłatę za (...) w wysokości 25,39 zł. lub 6,44 euro (uprzednio przez Prezesa UKE poddaną konsultacjom w niniejszym postępowaniu). Jednocześnie (...) zaproponowała zastosowanie benchmarku w zakresie ustalenia opłaty za (...).

W dniu 15 grudnia 2011 r. Prezes UKE wydał decyzję (...), mocą której odmówił określenia warunków współpracy pomiędzy (...) a (...) w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora.

(...) zmieniła nazwę na (...) SA.

W tych okolicznościach Sąd Okręgowy uznał, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Wskazał, że stosownie do treści art. 27 ust. 2 Pt, w przypadku niepodjęcia negocjacji o zawarcie umowy o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia sieci, odmowy połączenia sieci telekomunikacyjnych przez podmiot do tego obowiązany lub nie zawarcia umowy o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia sieci w terminie, o którym mowa w ust. 1, lub nie zawarcia umowy w terminie 90 dni licząc od dnia wystąpienia z wnioskiem o zawarcie umowy o dostępie telekomunikacyjnym, każda ze stron może zwrócić się do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji w sprawie rozstrzygnięcia kwestii spornych lub określenia warunków współpracy.

W takiej sytuacji, zgodnie z art. 28 ust. 1 Pt Prezes UKE podejmuje decyzję o dostępie telekomunikacyjnym w terminie 90 dni od dnia złożenia wniosku. Przepis powyższy nakłada zatem na Prezesa UKE obowiązek podjęcia decyzji o dostępie, a więc wydania decyzji zastępującej umowę stron. Sąd pierwszej instancji podkreślił, że w rozpoznawanej sprawie jest bezsporne, że negocjacje między stronami o określenie warunków współpracy w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora pomiędzy (...) i (...) trwały od 19 maja 2009 r. i nie zakończyły się zawarciem umowy. W ocenie Sądu wydanie decyzji o dostępie, a więc o określenie warunków współpracy w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora pomiędzy (...) i (...) było ustawowym obowiązkiem pozwanego.

Sąd wskazał, że zgodnie z art. 104 k.p.a., organ administracji publicznej, co do zasady, załatwia sprawę przez wydanie decyzji, którą rozstrzyga sprawę co do jej istoty w całości lub w części albo w inny sposób kończy sprawę w danej instancji.

Decyzja administracyjna oznacza władcze i jednostronne rozstrzygnięcie organu administracyjnego podejmowane w indywidualnej sprawie, skierowane na wywołanie konkretnych, indywidualnie oznaczonych skutków prawnych (tzw. indywidualny akt administracyjny zewnętrzny). Jest ona aktem rozstrzygającym sprawę administracyjną merytorycznie, lub w inny sposób kończącym sprawę. Elementem kwalifikującym dane działanie jako decyzję jest cel tego działania, który musi przejawiać się w załatwieniu sprawy administracyjnej, będącej przedmiotem postępowania administracyjnego lub zakończeniu postępowania w tej sprawie, czyli zastosowaniu norm prawa administracyjnego lub procesowego. Decyzja stanowi określoną czynność procesową, do której wydania potrzebny jest odrębny przepis prawa materialnego, a nie tylko art. 104 k.p.a., który dotyczy decyzji jako czynności procesowej. Z konstytucyjnej zasady działania organów władzy publicznej na podstawie i w granicach prawa (art. 7 Konstytucji RP) oraz zasady ogólnej ujętej w art. 6 k.p.a. wynika, że nie można domniemywać stosowania władczej i jednostronnej formy działania, jaką stanowi decyzja administracyjna, tylko z okoliczności sprawy lub z samego art. 104 k.p.a., lecz podstawę prawną do jej wydania należy wywieść z powszechnie obowiązujących przepisów prawa materialnego.

Sąd powołał się również na poglądy doktryny, z których wynika, że klasyfikuje się akty administracyjne indywidualne m.in. na wydawane na zasadzie uznania administracyjnego (decyzje swobodne) lub akty związane. Podział ten oparty jest na kryterium stopnia związania organu administracyjnego normą prawną, tudzież stopnia swobody organu administracji publicznej przy rozstrzyganiu poszczególnych rodzajów spraw administracyjnych. Decyzje swobodne powstają na podstawie norm prawnych kreujących uznanie administracyjne, natomiast decyzje związane zapadają

wówczas, gdy przepisy prawa, stanowiące podstawę rozstrzygnięcia, nie zezwalają na żadne luzy interpretacyjne – nie ma w nich luk ani pojęć nieostrych, będących podstawą swobodnej oceny organu przy interpretacji tych przepisów. Uznanie administracyjne występuje w przypadkach, gdy w przepisach prawa przewidziano, iż organ administracyjny „może” podjąć w sprawie rozstrzygnięcie, a nie ma w nich nakazu lub zakazu ustalenia określonej treści rozstrzygnięcia.

Wniesione w niniejszej sprawie odwołanie dotyczyło decyzji Prezesa UKE, którą odmówiono określenia warunków współpracy w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora pomiędzy Spółką (...) a Spółką (...). Zgodnie z art. 71 ust. 1 Pt, abonent będący stroną umowy z dostawcą usług, w której przydzielany jest abonentowi numer z planu numeracji krajowej dla publicznych sieci telekomunikacyjnych, może żądać przy zmianie dostawcy usług przeniesienia przydzielonego numeru do istniejącej sieci operatora. W świetle aktualnie obowiązujących przepisów, za przeniesienie przydzielonego numeru nie pobiera się opłat od abonenta, przy czym nie jest to rozwiązanie powszechnie przyjęte w UE. Niemniej jednak z przenoszeniem numerów pomiędzy sieciami związane są określone koszty, wynikające ze współpracy operatorów w tym zakresie. Koszty te powstają zarówno u operatora, w którego sieci przenoszony numer dotychczas funkcjonował, jak również u operatora, do którego sieci przechodzi abonent. Interpretacji art. 71 Pt nie można dokonywać w oderwaniu od art. 41 Pt, wobec czego przyjmuje się, że omawiane koszty pokrywane są przez operatorów w formie opłaty za wzajemne korzystanie z połączonych sieci, ustalonej w oparciu o ponoszone koszty. Sąd podkreślił, że również Prezes UKE nie kwestionuje okoliczności, iż świadczenie usługi (...) generuje koszty oraz dostrzega istnienie podstawy prawnej dla wprowadzenia między operatorami opłaty za przeniesienie przydzielonego numeru.

Sąd wskazał, że na definicję dostępu telekomunikacyjnego nakłada się przepis art. 34 ust. 2 Pt, ale elementy umowy o dostępie telekomunikacyjnym określa art. 31 Pt. W art. 31 ust. 3 pkt 5 lit. b Pt przewidziano, że umowa o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia sieci może także zawierać postanowienia dotyczące zapewnienia przenoszenia numerów, co obejmuje także postanowienia dotyczące opłat związanych z przenoszeniem numerów. W przypadku zaistnienia w tym zakresie sporu między operatorami, zgodnie z art. 27 ust. 2 Pt, każda ze stron może zwrócić się do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji w sprawie rozstrzygnięcia kwestii spornych lub określenia warunków współpracy. Decyzja ta zastępuje umowę o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie objętym decyzją (art. 28 ust. 4 Pt), a więc wywołuje skutki cywilnoprawne w postaci doprowadzenia do ukształtowania wzajemnych praw i obowiązków adresatów decyzji jak w umowie.

Decyzja wydawana przez Prezesa na podstawie art. 28 ust. 2 Pt, stanowi przykład decyzji związanej, na co wskazuje sformułowanie „Prezes UKE podejmuje decyzję”. Oznacza to, że w przedmiotowej sprawie organ był nie tylko uprawniony, lecz także zobowiązany do rozstrzygnięcia sporu pomiędzy (...) a (...), czyli ukształtowania treści umowy o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie określenia zasad hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru. Ewentualna odmowa wydania decyzji mogłaby nastąpić jedynie w sytuacji niespełnienia warunków określonych w art. 27 Pt, co w niniejszej sprawie nie miało jednak miejsca.

W dalszej kolejności Sąd podkreślił, że z art. 104 k.p.a. wynika, iż treścią decyzji administracyjnej jest „załatwienie sprawy”, a więc orzeczenie co do tych interesów prawych lub obowiązków, które legitymowały określone podmioty do udziału w postępowaniu jako strony. W tym wypadku rozstrzygnięcie będzie stanowiło przecięcie sporu co do prawa, usunięcie wątpliwości co do prawa przez jego ustalenie, stworzenie prawa przez jego nadanie, sprecyzowanie lub wyznaczenie obowiązku. Niekiedy treścią decyzji będzie stwierdzenie niedopuszczalności rozstrzygnięcia o istocie sprawy, co kończy postępowanie przed organem w danej instancji (umorzenie postępowania, obalenie decyzji bez rozstrzygnięcia o istocie sprawy). Załatwiając sprawę poprzez wydanie decyzji organ administracyjny zamyka czynności postępowania w ramach danej instancji i wykonuje tym samym tzw. proceduralny nakaz podjęcia decyzji. Załatwienie sprawy, o którym stanowi art. 104 k.p.a., obejmuje trzy przypadki, decyzja rozstrzyga całą sprawę co do jej istoty, rozstrzyga część sprawy co do jej istoty, w inny sposób kończy postępowanie w sprawie w danej instancji. Ani powyższy przepis k.p.a., ani inne przepisy tej ustawy nie przewidują natomiast treści decyzji w formie odmowy wydania decyzji, do czego w istocie sprowadza się rozstrzygnięcie przyjęte w zaskarżonej decyzji, którą Prezes UKE „odmówił określenia

warunków współpracy w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora”.

Sąd przywołał orzeczenia Naczelnego Sądu Administracyjnego, w których wbrew przepisom proceduralnym organ administracji nie rozstrzygnął sprawy co do istoty, pomimo istnienia po jego stronie takiego obowiązku. W postanowieniu z dnia 13 lipca 1983 r. (sygn. akt II SA 593/83) przyjęto, że pismo organu informujące stronę o niemożności załatwienia sprawy jest uchYLENIEM SIĘ od rozstrzygnięcia sprawy co do jej istoty przez wydanie decyzji, zaś w postanowieniu z dnia 18 października 1995 r. (sygn. akt III ARN 45/95) stwierdzono, że organ administracyjny nie może poprzestać na udzieleniu stronie informacji co do braku możliwości pozytywnego załatwienia sprawy, gdy istnieją przesłanki do załatwienia sprawy w formie decyzji. W wyroku z dnia 19 lipca 1983 r. (sygn. akt II SA 668/83) za rażąco sprzeczny z art. 104 k.p.a. uznano pogląd, iż niewydanie w sprawie decyzji jest równoznaczne z decyzją odmowną, natomiast w wyroku z dnia 5 stycznia 2010 r. (sygn. akt I OSK 425/09) Naczelny Sąd Administracyjny przyjął, że przepisy k.p.a. regulujące w art. 104 § 2 k.p.a. rodzaje decyzji kończących postępowanie, nie wprowadzają zakończenia postępowania odmową rozstrzygnięcia sprawy.

Mając powyższe na uwadze Sąd uznał, że w sprawie niniejszej bezspornie istniała podstawa prawna dla wydania przez Prezesa UKE merytorycznego rozstrzygnięcia. Odmowa jego wydania nastąpiła nie z powodu istnienia przeszkód natury prawnej, lecz z powodu rzekomej niemożności ustalenia przez organ zasad rozliczeń stron w związku z usługą (...). Skoro zatem na organie spoczywał obowiązek merytorycznego rozstrzygnięcia sporu, to w świetle powyższych ustaleń, Prezes nie mógł uchylić się od jego wydania. Oznacza to, że treść zaskarżonej decyzji nie odpowiada przepisom prawa postępowania administracyjnego, a co za tym idzie zarzuty odwołania należało uznać za trafne.

Poprzez odmowę określenia warunków współpracy pomiędzy (...) a (...) w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora nastąpiło naruszenie art. 28 ust. 1 pkt 1, 2, 4, 5 lit. b) i c) Pt.

Sąd Okręgowy stwierdził, że w pierwszej kolejności podstawę ustalenia wysokości opłaty z tytułu realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru winny stanowić koszty ponoszone w związku z tą usługą przez operatorów telekomunikacyjnych, których dotyczy konkretny spór rozstrzygany przez Prezesa UKE, nie zaś koszty, jakie ponoszą z tego tytułu inni przedsiębiorcy. Zgodnie z art. 41 Pt, opłaty za wzajemne korzystanie z połączonych sieci związane z realizacją przenoszenia numerów między sieciami powinny uwzględniać ponoszone koszty. Przepis ten nawiązuje do art. 30 ust. 2 dyrektywy 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (dyrektywa o usłudze powszechnej), z którego wynika, że ceny ustalane przez operatorów lub dostawców usług związane z przenoszeniem numerów powinny być zorientowane na koszty. Sąd wskazał na wyrok z dnia 13 lipca 2006 r., wydanym w sprawie C-438/04, w którym Trybunał Sprawiedliwości dokonał wykładni ww. przepisu dyrektywy przyjmując, że do kosztów przeniesienia numeru należy zaliczyć koszty ruchu i koszty założenia, wyjaśniając jednocześnie, co należy rozumieć pod pojęciem tych kosztów.

Pozwany uznał kalkulacje (...) za niespójne, różniące się od danych innych operatorów co do rodzaju kosztów, metodologii ich liczenia i wysokości. Koszty te obejmowały nie tylko „koszty założenia” ale i koszty modernizacji sieci. Organ uznając tak wykazane koszty za nieprawidłowe, mógł i powinien był dokonać samodzielnego ustalenia wysokości opłat zorientowanych na ponoszone koszty. Regulator rozpoczął działania mające na celu opracowanie systemowego rozwiązania opłat za przenoszenie numerów. Z wezwania z dnia 12 stycznia 2011 r. skierowanego do operatorów mobilnych wynika, że regulator ustalił niezbędne procesy E03, E06, E17, E12 i E13 przy przenoszeniu numerów. Podjął też próbę ustalenia kosztów poszczególnych procesów wchodzących w skład procedury przenoszenia numeru. Prezes UKE stwierdził jednak, że wobec diametralnych różnic w przedstawionych kosztach poszczególnych procesów wchodzących w skład procedury przenoszenia numeru nie był w stanie ustalić rzetelnych kosztów wchodzących w skład procesów przeniesienia numeru.

Sąd wskazał na kolejny etap działania pozwanego, którym było oparcie się na opłatach stosowanych przez innych przedsiębiorców na rynku polskim w telefonii stacjonarnej. Prezes UKE odniósł się do danych zawartych w Ofercie (...) za przeniesienie numeru w stacjonarnej sieci (...) SA, gdzie opłata została ustalona przez Prezesa UKE w oparciu o koszty poszczególnych procesów realizowanych przy przeniesieniu pojedynczego numeru w sieci stacjonarnej (...) SA. Rozwiązanie zaproponowane w konsultowanym projekcie decyzji zostało skrytykowane przez (...), (...), (...), (...), (...) oraz (...) w toku postępowania konsultacyjnego. Podmioty te wskazały, iż usługa przeniesienia numeru w ramach telefonii stacjonarnej składa się z zupełnie innych procesów niż (...). Z tego względu wprowadzenie tej opłaty za (...) opartej na kosztach i procesach za przeniesienie numeru w telefonii stacjonarnej jest niemożliwe i nie odpowiada przesłance z art. 41 ust. 1 Pt. Prezes UKE uznał za zasadny argument podniesiony w postępowaniu konsultacyjnym co do niemożności wprowadzania opłat za (...) na podstawie kosztów przenośności numerów w telefonii stacjonarnej z uwagi na odmienną realizację przenośności numerów stacjonarnych w stosunku do procesów realizacji usługi (...), a co za tym idzie odmienną kosztów obu tych procesów.

Sąd Okręgowy zauważył, że nie ma w uzasadnieniu decyzji wskazania na czym polegają różnice procesów w przeniesieniu numerów w obu telefoniach, ani czy te różnice procesów generują zupełnie inne koszty.

Zdaniem Sądu Okręgowego Prezes UKE nie powinien rozstrzygać istniejących kwestii spornych wybierając jedno z prezentowanych przez strony rozwiązań. W tym zakresie organ ma bowiem swobodę orzekania. Prezes UKE musi w takim wypadku uwzględnić także praktyczną możliwość wdrożenia rozwiązań dotyczących technicznych i ekonomicznych aspektów dostępu telekomunikacyjnego, zarówno zaproponowanych przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych będących stronami postępowania, jak i mogących stanowić rozwiązania alternatywne. Prezes UKE, jako regulator rynku telekomunikacyjnego, dysponuje instrumentami prawnymi pozwalającymi mu na zebranie materiału dowodowego w sprawie, niezbędnego do wydania rozstrzygnięcia.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji nie jest zasadne twierdzenie pozwanego o konieczności odmowy władczego rozstrzygnięcia przedmiotowej kwestii spornej z uwagi na brak wśród operatorów - zarówno będących stronami postępowania administracyjnego, jak i innych działających na rynku telekomunikacyjnym - jednolitych standardów w zakresie ustalenia struktury i metodologii kosztów świadczenia usługi (...). Ponadto w przypadku gdyby mimo wszystko Prezes UKE nie był w stanie ustalić opłat hurtowych za usługę (...), mogło wchodzić w grę zastosowanie w tym zakresie rozwiązania alternatywnego, np. metodę benchmarku europejskiego, polegającą na uwzględnieniu opłat na porównywalnych konkurencyjnych rynkach europejskich poprzez określenie rynków mogących być uznane za porównywalne. Sąd podkreślił, że Prezes UKE nie wskazał jakie parametry w jego ocenie winny być wzięte pod uwagę dla wyodrębnienia rynków porównywalnych, poprzestając na stwierdzeniu, że nie ma takich rynków. Na możliwość wykorzystania tej metody wskazano w motywie 42 preambuły do dyrektywy o usłudze powszechnej, w którym stwierdzono, że zapewniając kierowanie się kosztami przy ustalaniu cen za połączenia wzajemne w odniesieniu do wprowadzenia przenoszenia numerów, krajowe organy regulacyjne mogą uwzględniać ceny dostępne na porównywalnych rynkach. Istotne jest przy tym, aby zastosowana przez organ metoda miała charakter obiektywny i wiarygodny oraz by była oparta na odpowiednio uzasadnionych, racjonalnych kryteriach, których dobór nie będzie miał arbitralnego charakteru. Jednocześnie wysokość opłaty w związku z przeniesieniem numeru nie może pozostawać w oderwaniu od kosztów ponoszonych w tym zakresie przez operatorów. W ocenie Sądu Okręgowego pomocne w określeniu opłat może być porównanie do innych rynków, ale w pierwszej kolejności winny być wskazane kryteria świadczące o podobieństwie rynków.

Sąd Okręgowy wskazał, że Prezes UKE nie określił jakie wskaźniki determinują rynek, który spełnia kryteria rynku podobnego do rynku polskiego. Natomiast analiza cen bez ukazania, czy ceny pochodzą z rynków podobnych i podkreślenie, że istnieją przeszkody uniemożliwiające poznanie struktury i wysokości kosztów ponoszonych przez krajowych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, do których te ceny mają być porównane nie spełnia kryterium porównywalnego rynku telekomunikacyjnego.

W związku z powyższym niezasadna była, w ocenie Sądu Okręgowego, odmowa przez Prezesa UKE merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy z uwagi na przesłanki z art. 28 ust. 1 pkt 1 i 5 lit. b Pt, dotyczące uwzględnienia interesu

użytkowników sieci telekomunikacyjnych oraz konieczności zapewnienia niedyskryminujących warunków dostępu telekomunikacyjnego. Uwzględnienie interesu użytkowników sieci oznacza konieczność oceny następstw wydanej decyzji na możliwość korzystania przez nich z usług operatorów, będących adresatami decyzji administracyjnej. Natomiast druga z wymienionych przesłanek nawiązuje do konieczności takiego samego traktowania przedsiębiorców telekomunikacyjnych ubiegających się o dostęp do sieci telekomunikacyjnej konkretnego operatora i oznacza, że w sytuacji zaistnienia podobnych okoliczności warunki dostępu powinny być podobne.

W ocenie Sądu, powyższe kryteria w żadnej mierze nie stoją na przeszkodzie ustaleniu w przedmiotowej sprawie opłaty za usługę (...), skoro punkt odniesienia powinny w tym wypadku stanowić przede wszystkim koszty ponoszone w związku z tą usługą przez operatorów telekomunikacyjnych, których dotyczy spór rozstrzygany przez Prezesa UKE, nie zaś koszty, jakie ponoszą z tego tytułu inni operatorzy. Natomiast skoro, organ nie jest związany propozycjami stron co do wysokości opłaty za świadczenie usługi przeniesienia numeru i może ją weryfikować oraz samodzielnie ustalić, to w konsekwencji jest uprawniony do ustalenia tej opłaty na takim poziomie, by zabezpieczała ona ekonomiczny interes abonentów, chroniąc ich przed nadmiernym i niezasadnym obciążeniem kosztami usługi (...). Sąd zauważył, że kształtując opłaty za omawianą usługę w relacjach pomiędzy poszczególnymi operatorami telekomunikacyjnymi Prezes UKE ma równocześnie możliwość wpływu na to, by przyjęte w tym zakresie rozstrzygnięcia zapewniały niedyskryminujące warunki dostępu telekomunikacyjnego. Regulator może podjąć także w tym przedmiocie odpowiednie działania, mające na celu ustalenie jednolitych opłat hurtowych z tytułu usługi (...), obowiązujących wszystkich przedsiębiorców telekomunikacyjnych, których ta usługa obejmuje.

Powyższe, zdaniem Sądu pierwszej instancji uzasadniało uchylenie decyzji.

Zdaniem Sądu zmiana decyzji w kierunku sugerowanym przez odwołującą się Spółkę nie była możliwa, ze względu na potrzebę ustalenia okoliczności dotyczących przesłanek wprowadzenia opłat hurtowych związanych z usługą (...) oraz ich wysokości w oparciu o specjalistyczną, fachową wiedzę w tym zakresie, a rozstrzyganie w tym przedmiocie przez tutejszy Sąd byłoby równoznaczne z wkroczeniem w zakres kompetencji organu regulacyjnego, tj. Prezesa UKE.

Stosownie do przepisu art. 98 k.p.c. w związku z art. 98 § 3 k.p.c. w związku z art. 99 k.p.c. Sąd zaliczył do niezbędnych kosztów procesu poniesionych przez odwołującego wynagrodzenie radcy prawnego należne stosownie do § 14 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. 2002r., Nr 163, poz. 1349 ze zm.) w wysokości 360,00 zł, opłatę od pełnomocnictwa 17,00 zł oraz koszty odwołania 100,00 zł. Sąd Okręgowy na mocy art. 105 § 1 k.p.c. w związku z art. 98 § 1 k.p.c. postanowił obciążyć współuczestników kosztami procesu proporcjonalnie do ich udziału w niniejszej sprawie. Mając na uwadze, że niniejsze postępowanie zostało zainicjowane na skutek wydania przez Prezesa UKE decyzji uchybiającej art. 28 Pt, Sąd uznał za zasadne obciążenie Prezesa UKE w całości kosztem opłaty od odwołania oraz połową kosztów zastępstwa procesowego, pozostałą część zastępstwa procesowego zasądzając od zainteresowanego.

Apelację od powyższego orzeczenia wniósł pozwany.

Zaskarżając wyrok w całości zarzucił Sądowi Okręgowemu:

- naruszenie art. 479 ind. 64 § 2 k.p.c. w zw. z art. 4 ust. 1 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) poprzez niewłaściwe zastosowanie polegające na uchyleniu decyzji Prezesa UKE z dnia 15 grudnia 2011 r. pomimo, że nie wystąpiły okoliczności uzasadniające takie rozstrzygnięcie i jednocześnie istniała możliwość merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy,

- naruszenie art. 28 ust. 1 i 3 w zw. z art. 31 ust. 3 pkt 3 lit. a) i pkt 5 lit. b) ustawy Prawo telekomunikacyjne poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że Prezes UKE ma obowiązek określić warunki hurtowych rozliczeń z tytułu usługi przeniesienia przydzielonego numeru telefonicznego przy zmianie dostawcy usług.

W konkluzji apelacji pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez oddalenie odwołania ewentualnie o jego uchylenie w całości i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

**Apelacja pozwanego jest zasadna o ile zmierza do uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.**

Dokonane przez Sąd pierwszej instancji ustalenia faktyczne są prawidłowe i Sąd Apelacyjny przyjmuje je za własne. Sąd Apelacyjny jednak stoi na stanowisku, że Sąd Okręgowy wyprowadził z niego nieprawidłowe wnioski.

Zgodnie z treścią art. 206 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 243 ze zm.) od decyzji wydawanych w sprawach spornych, z wyjątkiem decyzji w sprawie rezerwacji częstotliwości po przeprowadzeniu przetargu, aukcji albo konkursu oraz od decyzji o uznaniu przetargu, aukcji albo konkursu za nierozstrzygnięte, przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. W piśmiennictwie wskazuje się, że pojęcie „sprawy sporne” dotyczy rozstrzyganych w drodze decyzji sporów pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi. Do kategorii spraw spornych należy zaliczyć m.in. sprawy z zakresu dostępu telekomunikacyjnego, których dotyczą decyzje, o których mowa w art. 28 ust. 1 i art. 29 ustawy - Prawo telekomunikacyjne. Są to więc również sprawy o zmianę umowy o dostępie telekomunikacyjnym, do których zgodnie z treścią art. 30 ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne stosuje się odpowiednio przepisy art. 26-28 i 32 tej ustawy.

Z powyższego wynika, że Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej jest uprawniony do rozstrzygania spraw spornych w zakresie zmiany umowy (decyzji) o dostępie telekomunikacyjnym. Nie oznacza to jednak, że w każdym przypadku takiego sporu organ regulacyjny zobowiązany jest do wydania decyzji pozytywnie rozstrzygającej spór. Taki wniosek, leżący u podstaw wydania zaskarżonego wyroku, jest sprzeczny z treścią art. 104 k.p.a. oraz art. 28 ust. 6 w związku z art. 31 ustawy - Prawo telekomunikacyjne.

Przede wszystkim wskazać należy, że decyzją rozstrzygającą taki spór co do istoty, jest zarówno decyzja pozytywna - zmieniająca umowę, jak i decyzja negatywna - odmawiająca takiej zmiany z uwagi na brak materialnoprawnych podstaw do ingerencji organu regulacyjnego w łączący strony stosunek prawny. Zgodnie z treścią art. 104 § 2 k.p.a. decyzje rozstrzygają sprawę co do jej istoty w całości lub w części albo w inny sposób kończą sprawę w danej instancji. W orzecznictwie przyjmuje się, że decyzją merytoryczną jest zarówno decyzja pozytywna (tj. uwzględniająca wniosek strony), jak i decyzja negatywna (tj. odmawiająca uwzględnienia wniosku) z uwagi na brak materialnoprawnej podstawy do wydania decyzji o charakterze pozytywnym (por. wyrok NSA w Warszawie z 26 maja 2009 r., sygn. akt I OSK 761/08, Lex nr 546603).

W związku z powyższym stwierdzić należy, że wynikający z treści art. 28 ust. 1 w związku art. 30 ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne obowiązek organu regulacyjnego wydania decyzji o zmianie umowy o dostępie telekomunikacyjnym nie przesądza o tym, że wydana decyzja musi prowadzić do takiej zmiany w każdym wypadku, niezależnie od istnienia materialnoprawnych podstaw uzasadniających ingerencję w treść stosunku prawnego. Takie założenie prowadziłoby bowiem do ograniczenia orzekania organu regulacyjnego jedynie do decyzji merytorycznych o treści pozytywnej, przy braku możliwości zakończenia postępowania decyzją merytoryczną o treści negatywnej, w przypadku braku przesłanek wynikających z prawa materialnego.

Poza tym założenie takie pozostawałoby w sprzeczności z treścią art. 28 ust. 6 w związku z art. 30 ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, dopuszczającego zmianę umowy o dostępie telekomunikacyjnym tylko w przypadkach uzasadnionych potrzebą zapewnienia ochrony interesów użytkowników końcowych, skutecznej konkurencji lub interoperacyjności usług.

Zgodnie z treścią art. 28 ust. 8 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, wydając decyzję o dostępie telekomunikacyjnym organ regulacyjny obowiązany jest objąć nią wszystkie ustalenia niezbędne do zapewnienia tego dostępu, a

więc decyzja powinna zawierać co najmniej postanowienia, o których mowa w art. 31 ust. 2 ustawy - Prawo telekomunikacyjne (tzw. obligatoryjne postanowienie umowy o dostępie telekomunikacyjnym). Do postanowień obligatoryjnych nie można natomiast zaliczyć określenia opłat za przenoszenie numerów pomiędzy operatorami sieci. W myśl art. 31 ust. 3 pkt 6 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, opłaty te należy zakwalifikować jako fakultatywne postanowienia umowy o dostępie komunikacyjnym, a w szczególności świadczenia dodatkowe, skoro nie dotyczą one samego procesu przenoszenia numerów i wykorzystywania zasobów numeracji.

Skoro brak jest podstaw do twierdzenia, że określenie wysokości hurtowych opłat za przenoszenie numerów jest obligatoryjnym postanowieniem umowy o dostępie telekomunikacyjnym, nie można twierdzić, że wydając decyzję o dostępie lub o zmianie decyzji o dostępie, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej obowiązany jest orzec o ustaleniu wysokości tych opłat. Należy przyjąć, że organ regulacyjny - co do zasady - może zaniechać zmiany umowy o dostępie telekomunikacyjnym polegającej na ustaleniu pomiędzy operatorami hurtowych stawek za przenoszenie numerów w należących do nich sieciach. Jednakże w przypadku powstania sporu między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, ocena zasadności ustalenia takich opłat hurtowych, powinna być dokonana w każdym konkretnym przypadku, mając na uwadze przesłanki określone w art. 28 ust. 6 ustawy - Prawo telekomunikacyjne.

Sąd pierwszej instancji zaniechał jednak zbadania powyższych przesłanek, wadliwie uznając, że sam fakt wydania przez organ regulacyjny decyzji o treści negatywnej, wobec wynikającego z ustawy obowiązku wydania decyzji o treści pozytywnej, uzasadniał uchylene zaskarżonej decyzji. Ponadto nie można zgodzić się z Sądem Okręgowym powołującym się na orzeczenia sądów administracyjnych, które w tym wypadku nie będą miały zastosowania, że w niniejszej sprawie Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wydając decyzję odmawiającą określenia warunków współpracy uchylił się od merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy. Jak wyżej wskazano odmowa określenia warunków współpracy nie stanowi o braku decyzji, a jedynie o jej negatywnym charakterze.

W tej sytuacji jako zasadny należy ocenić podniesiony w apelacji pozwanego zarzut naruszenia art. 28 ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, poprzez niezasadne uznanie, że przepis ten obligował pozwanego do wydania decyzji pozytywnie rozstrzygającej wniosek powoda o zmianę umowy.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, zaniechanie przez Sąd pierwszej instancji zbadania materialnoprawnych podstaw wniosku powoda o zmianę umowy o dostępie, jest równoznaczne z nierozpoznananiem istoty sprawy, co uzasadniało potrzebę uchylene zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania. Ponownie rozpoznając sprawę Sąd pierwszej instancji powinien ocenić, czy w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy istnieją materialnoprawne przesłanki uzasadniające wydanie decyzji o zmianie umowy o dostępie telekomunikacyjnym, o których mowa w przepisie art. 28 ust. 6 w związku z art. 30 ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne. Dopiero dokonanie tej oceny pozwoli na rozstrzygnięcie, czy decyzja organu regulacyjnego o treści negatywnej jest prawidłowa, czy też organ ten powinien wydać decyzję o treści pozytywnej, tj. decyzję obejmującą określenie warunków współpracy pomiędzy (...) S.A. z siedzibą w W. a (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora.

***Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 4 k.p.c. orzekł jak w sentencji wyroku. O kosztach procesu rozstrzygnięto stosownie do treści art. 108 § 2 k.p.c.***