

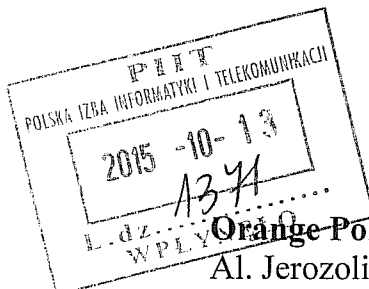


Warszawa, 9 października 2015 r.

**PREZES  
URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ**

*Magdalena Gaj*

DART-SMP-6041-6/14(60)



**Orange Polska S.A.**  
Al. Jerozolimskie 160  
02-326 Warszawa

Podmioty na prawach strony:

**Krajowa Izba Gospodarcza  
Elektroniki i Telekomunikacji**  
ul. Stępińska 22/30  
00-739 Warszawa

**Polska Izba Informatyki  
i Telekomunikacji**  
ul. Kruczkowskiego 8  
00-380 Warszawa

**Polska Izba Komunikacji  
Elektronicznej**  
ul. Przemysłowa 30  
00-450 Warszawa

### DECYZJA

Na podstawie art. 138 § 1 pkt 1 w zw. z art. 127 § 3 i art. 162 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 roku Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r. poz. 267, z późn. zm., zwanej dalej „kpa”) oraz w zw. z art. 206 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (tekst jednolity: Dz. U. z 2014, poz. 243, zwanej dalej „PT”), po rozpatrzeniu:

- wniosku Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji (dalej także „KIGEiT”) z dnia 9 grudnia 2014 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej dnia 11 grudnia 2014 r.) o ponowne rozparzenie sprawy zakończonej wydaniem przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (zwanego dalej „Prezesem UKE”) decyzji z dnia 24 listopada 2014 r. znak: DART-SMP-6041-6/14(22) (dalej także „Decyzja wygaszająca”), stwierdzającej wygaśnięcie z dniem

7 października 2014 r. decyzji Prezesa UKE z dnia 28 kwietnia 2011 r. nr DART-SMP-6040-1/10(47) (zwanej dalej „Decyzją SMP 2011”), w sprawie określenia rynku właściwego jako krajowego rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego, z wyłączeniem obszarów gminnych, określonych w pkt 1 Załącznika nr 1 do Decyzji SMP 2011, ustalenia, że na krajowym rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego, z wyłączeniem obszarów gminnych, określonych w pkt 1 Załącznika nr 1 do Decyzji SMP 2011, występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej; wyznaczenia Telekomunikacji Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie (obecnie Orange Polska S.A., zwanej dalej „OPL”), jako przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na krajowym rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego, z wyłączeniem obszarów gminnych, określonych w pkt 1 Załącznika nr 1 do Decyzji SMP 2011 oraz nałożenia na Telekomunikację Polską S.A. (obecnie OPL) obowiązków regulacyjnych;

- wniosku Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej (dalej także „PIKE”) z dnia 11 grudnia 2014 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej dnia 16 grudnia 2014 r.) o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej wydaniem przez Prezesa UKE decyzji z dnia 24 listopada 2014 r. znak: DART-SMP-6041-6/14(22), stwierdzającej wygaśnięcie z dniem 7 października 2014 r. Decyzji SMP 2011, w sprawie określenia rynku właściwego jako krajowego rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego, z wyłączeniem obszarów gminnych, określonych w pkt 1 Załącznika nr 1 do Decyzji SMP 2011, ustalenia, że na krajowym rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego, z wyłączeniem obszarów gminnych, określonych w pkt 1 Załącznika nr 1 do Decyzji SMP 2011, występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej; wyznaczenia Telekomunikacji Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie (obecnie OPL), jako przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na krajowym rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego, z wyłączeniem obszarów gminnych, określonych w pkt 1 Załącznika nr 1 do Decyzji SMP 2011 oraz nałożenia na Telekomunikację Polską S.A. (obecnie OPL) obowiązków regulacyjnych;

**utrzymuję w mocy zaskarżoną Decyzję wygaszającą.**

## UZASADNIENIE

### 1. Przebieg postępowania

1.1. W dniu 12 lutego 2010 r., po przeprowadzeniu analizy rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego, Prezes UKE wszczął postępowanie, o którym mowa w art. 22 ust. 1 PT. Następnie w dniu 28 kwietnia 2011 r. Prezes UKE wydał Decyzję SMP 2011, w której określił rynek właściwy jako krajowy rynek świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego, z wyłączeniem obszarów gminnych, określonych w pkt 1 Załącznika nr 1 do Decyzji SMP 2011 (zwany dalej również „rynkiem 5/2011”); ustalił, że na rynku 5/2011 występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej; wyznaczył OPL jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na rynku 5/2011 oraz nałożył na OPL następujące obowiązki regulacyjne:

– na obszarach gminnych określonych w Decyzji SMP 2011 jako I Grupa:

- obowiązek dostępu, o którym mowa w art. 34 ust. 1 i ust. 2 PT;

- obowiązek równego traktowania, o którym mowa w art. 36 PT;
  - obowiązek ogłaszania lub udostępniania informacji, o którym mowa w art. 37 ust. 1 i ust. 2 PT;
  - obowiązek prowadzenia rachunkowości regulacyjnej, o którym mowa w art. 38 ust. 1 PT;
  - obowiązek ustalania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty, o którym mowa w art. 40 ust. 1 PT;
  - obowiązek przygotowania i przedstawienia projektu oferty ramowej, o którym mowa w art. 42 ust. 1 PT;
- na obszarach gminnych określonych w Decyzji SMP 2011 jako II Grupa:
- obowiązek dostępu, o którym mowa w art. 34 ust. 1 i ust. 2 PT;
  - obowiązek równego traktowania, o którym mowa w art. 36 PT;
  - obowiązek ogłaszania lub udostępniania informacji, o którym mowa w art. 37 ust. 1 i ust. 2 PT;
  - obowiązek prowadzenia rachunkowości regulacyjnej, o którym mowa w art. 38 ust. 1 PT;
  - obowiązek ustalania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty, o którym mowa w art. 40 ust. 1 PT;
- na obszarach gminnych określonych w Decyzji SMP 2011 jako III Grupa:
- obowiązek dostępu, o którym mowa w art. 34 ust. 1 i ust. 2 PT;
  - obowiązek prowadzenia rachunkowości regulacyjnej, o którym mowa w art. 38 ust. 1 PT.

**1.2.** Po przeprowadzeniu analizy 11 obszarów gminnych, w dniu 27 czerwca 2011 r. Prezes UKE wszczął postępowanie, o którym mowa w art. 22 ust. 1 PT. Projekt postanowienia stwierdzającego skuteczną konkurencję na 11 obszarach gminnych został w dniach 27 lipca – 26 sierpnia 2011 r. poddany konsultacjom, a w dniu 9 listopada 2012 r. został notyfikowany Komisji Europejskiej, która w dniu 8 lutego 2013 r. wydała decyzję nakazującą Prezesowi UKE wycofanie wspomnianego projektu. W dniu 11 lipca 2013 r. Prezes UKE wydał decyzję umarzającą postępowanie wszczęte w dniu 27 czerwca 2011 r.

**1.3.** W dniu 13 maja 2014 r., po przeprowadzeniu analizy rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego, Prezes UKE wszczął postępowanie, o którym mowa w art. 22 ust. 1 PT. Następnie w dniu 7 października 2014 r. Prezes UKE wydał Decyzję (dalej także „Decyzja SMP 2014”), w której określił rynek właściwy jako rynek świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego na obszarze całego kraju, z wyłączeniem obszarów gminnych, określonych w pkt 1 Załącznika nr 1 do Decyzji SMP 2014 (zwany dalej również „rynkiem 5/2014”); ustalił, że na rynku 5/2014 występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej; wyznaczył OPL jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na rynku 5/2014 oraz nałożył na OPL następujące obowiązki regulacyjne:

- obowiązek dostępu, o którym mowa w art. 34 ust. 1 i ust. 2 PT;
- obowiązek równego traktowania, o którym mowa w art. 36 PT;

- obowiązek ogłaszania lub udostępniania informacji, o którym mowa w art. 37 ust. 1 i ust. 2 PT;
- obowiązek prowadzenia rachunkowości regulacyjnej, o którym mowa w art. 38 ust. 1 PT;
- obowiązki kalkulacji uzasadnionych kosztów świadczenia dostępu telekomunikacyjnego i opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego uwzględniających zwrot uzasadnionych kosztów, o których mowa w art. 39 ust. 1 PT;
- obowiązek ustalania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty, o którym mowa w art. 40 ust. 1 PT;
- obowiązek przygotowania i przedstawienia projektu oferty ramowej, o którym mowa w art. 42 ust. 1 PT.

- 1.4.** W dniu 13 maja 2014 r., po przeprowadzeniu analizy rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego na 76 obszarach gminnych, Prezes UKE wszczął postępowanie, o którym mowa w art. 22 ust. 1 PT. Następnie w dniu 7 października 2014 r. Prezes UKE wydał Postanowienie (dalej także „Postanowienie SMP 2014”), w którym określił rynek właściwy jako rynek świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego, na obszarach gminnych, określonych w pkt 1 Załącznika nr 1 do Postanowienia SMP 2014 (zwany dalej również „76 obszarami rynku 5/2014”); ustalił, że na 76 obszarach rynku 5/2014 nie występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej ani przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą; stwierdził, że na 76 obszarach rynku 5/2014 występuje skuteczna konkurencja i zobowiązał OPL do utrzymania na dotychczasowych warunkach dostępu telekomunikacyjnego ustanowionego w celu korzystania z hurtowych usług dostępu szerokopasmowego i świadczenia w oparciu o nie detalicznych usług dostępu szerokopasmowego na rzecz innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych przed dniem doręczenia Postanowienia SMP 2014 OPL, na 76 obszarach rynku 5/2014, przez okres, na jaki obowiązują zawarte pomiędzy tymi przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi a użytkownikami końcowymi, przed dniem doręczenia Postanowienia SMP 2014 OPL, umowy detaliczne o świadczenie usług dostępu szerokopasmowego świadczone w oparciu o przedmiotowy dostęp telekomunikacyjny, jednakże nie dłużej niż przez 24 miesiące od dnia doręczenia OPL Postanowienia SMP 2014.
- 1.5.** Pismem z dnia 15 października 2014 r. oraz z dnia 22 października 2014 r. Prezes UKE zawiadomił OPL, KIGeIT oraz Polską Izbę Informatyki i Telekomunikacji (dalej także „PIIT”) o wszczęciu postępowania w sprawie stwierdzenia wygaśnięcia Decyzji SMP 2011. Prezes UKE powiadomił ponadto OPL, KIGeIT oraz PIIT o włączeniu do akt sprawy wymienionych w piśmie dokumentów oraz o możliwości zapoznania się z materiałem zgromadzonym w sprawie, a także wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań (art. 10 § 1 kpa). Ponadto OPL, KIGeIT oraz PIIT zostały poinformowane o prawie wglądu w akta sprawy, sporządzania z nich notatek, kopii lub odpisów, także po zakończeniu postępowania.
- 1.6.** Pismem z dnia 20 października 2014 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej, zwanego dalej „UKE” dnia 23 października 2014 r.) PIKE, na podstawie art. 31 § 1 pkt 2 kpa, wystąpiła z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu.

- 1.7. W dniu 22 października 2014 r. KIGeIT złożyła stanowisko w sprawie.
- 1.8. Postanowieniem z dnia 24 października 2014 r. Prezes UKE dopuścił PIKE do udziału w niniejszym postępowaniu.
- 1.9. Pismem z dnia 22 października 2014 r. (data wpływu do UKE w dniu 24 października 2014 r.) PIKE przedstawiła stanowisko w sprawie.
- 1.10. Pismem z dnia 27 października 2014 r. Prezes UKE zawiadomił OPL, KIGeIT, PIIT oraz PIKE o możliwości zapoznania się z materiałem zgromadzonym w sprawie, a także wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań (art. 10 § 1 kpa). Ponadto PIKE została poinformowana o włączeniu z dniem 15 października 2014 r. do akt sprawy kopii Decyzji SMP 2011, kopii Decyzji SMP 2014 oraz kopii Postanowienia SMP 2014.
- 1.11. W dniu 3 listopada 2014 r. OPL przedstawiła stanowisko w sprawie.
- 1.12. W dniu 24 listopada 2014 r. Prezes UKE wydał decyzję znak: DART-SMP-6041-6/14 (22).
- 1.13. Pismem z dnia 9 grudnia 2014 r. (data wpływu do UKE dnia 11 grudnia 2014 r.) KIGeIT wniosła o ponowne rozpatrzenie sprawy.
- 1.14. Pismem z dnia 11 grudnia 2014 r. (data wpływu do UKE dnia 16 grudnia 2014 r.) PIKE wniosła o ponowne rozpatrzenie sprawy.
- 1.15. Postanowieniem z dnia 7 stycznia 2015 r. Prezes UKE przedłużył termin załatwienia niniejszej sprawy do dnia 11 marca 2015 r.
- 1.16. Postanowieniem z dnia 11 marca 2015 r. Prezes UKE przedłużył termin załatwienia niniejszej sprawy do dnia 11 maja 2015 r.
- 1.17. Postanowieniem z dnia 11 maja 2015 r. Prezes UKE przedłużył termin załatwienia niniejszej sprawy do dnia 11 lipca 2015 r.
- 1.18. Postanowieniem z dnia 13 lipca 2015 r. Prezes UKE przedłużył termin załatwienia niniejszej sprawy do dnia 14 września 2015 r.
- 1.19. Postanowieniem z dnia 14 września 2015 r. Prezes UKE przedłużył termin załatwienia niniejszej sprawy do dnia 14 października 2015 r.
- 1.20. Pismem z dnia 21 września 2015 r. Prezes UKE zawiadomił OPL, KIGeIT, PIKE i PIIT o możliwości zapoznania się z materiałem zgromadzonym w sprawie, a także wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań (art. 10 § 1 kpa).
- 1.21. Pismem z dnia 29 września 2015 r. (data wpływu do UKE dnia 1 października 2015 r.) KIGeIT przedstawiła swoje stanowisko w sprawie. W stanowisku tym KIGeIT podtrzymała i powtórzyła zarzuty zgłoszone we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, uwypuklając w szczególności kwestię bezprzedmiotowości Decyzji SMP 2011, kwestię postępowania odwoławczego względem Decyzji SMP 2011 oraz kwestię zastosowania trybu przewidzianego w kpa. Prezes UKE odniósł się do tych zarzutów w dalszej części uzasadnienia niniejszej decyzji.

## **2. W przedmiotowej sprawie Prezes UKE zważył, co następuje**

Zgodnie z art. 206 ust. 1 PT postępowanie przed Prezesem UKE toczy się na podstawie przepisów kpa ze zmianami wynikającymi z PT oraz ustawy z dnia

7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 880 z późn. zm.).

Zgodnie z art. 127 § 3 kpa od decyzji wydanej w pierwszej instancji przez ministra lub samorządowe kolegium odwoławcze nie służy odwołanie, jednakże strona niezadowolona z decyzji może zwrócić się do tego organu z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy; do wniosku tego stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące odwołań od decyzji. Postępowanie wszczęte wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy kończy się rozstrzygnięciem - sposobem załatwienia sprawy - przewidzianym w art. 138 § 1 kpa, (por. wyroki NSA z dnia 17 listopada 2000 r., sygn. akt I SA 1543/99, LEX nr 57182 i z dnia 27 listopada 2001 r., sygn. akt I SA 1011/00, LEX nr 81760). Powyższe oznacza, że organ wydający decyzję na skutek prawidłowo złożonego wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy „*obowiązany jest ponownie rozpoznać i rozstrzygnąć sprawę, która już raz została rozstrzygnięta przez ten organ w ramach działania jako organu pierwszej instancji, przy zastosowaniu takich rozstrzygnięć, które zostały przewidziane w art. 138 § 1 k.p.a.*” (tak: wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 20 marca 2007 r. sygn. V SA/Wa 248/07, LEX nr 338253). Zgodnie z art. 129 § 2 kpa odwołanie wnosi się w terminie czternastu dni od dnia doręczenia decyzji stronie, a gdy decyzja została ogłoszona ustnie - od dnia jej ogłoszenia stronie.

Niniejsze postępowanie zostało zainicjowane wnioskiem KIGeIT z dnia 9 grudnia 2014 r. o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej wydaniem Decyzji wygaszającej oraz wnioskiem PIKE z dnia 11 grudnia 2014 r. o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej wydaniem Decyzji wygaszającej. Decyzja wygaszająca została doręczona KIGeIT w dniu 25 listopada 2014 r., a PIKE w dniu 27 listopada 2014 r. Mając na uwadze, iż oba wnioski o ponowne rozpatrzenie sprawy zostały nadane w polskich placówkach pocztowych operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe (Dz. U. z 2012 r., poz. 1529), w dniu 9 grudnia 2014 r. przez KIGeIT oraz w dniu 11 grudnia 2014 r. przez PIKE, należy je uznać za złożone w terminie, o którym mowa w art. 129 § 2 kpa. Należy zatem stwierdzić, że w przedmiotowej sprawie zrealizowane zostały przesłanki wynikające z art. 127 § 3 oraz art. 129 § 2 kpa, upoważniające Prezesa UKE do ponownego rozpoznania sprawy administracyjnej zakończonej wydaniem Decyzji wygaszającej i wydania nowego rozstrzygnięcia w tym zakresie.

Zgodnie z art. 138 kpa organ odwoławczy wydaje decyzję, w której:

- 1) utrzymuje w mocy zaskarżoną decyzję albo
- 2) uchyla zaskarżoną decyzję w całości albo w części i w tym zakresie orzeka co do istoty sprawy albo uchylając tę decyzję - umarza postępowanie pierwszej instancji w całości albo w części, albo
- 3) umarza postępowanie odwoławcze.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, iż przepis art. 138 kpa zawiera zamknięty katalog decyzji organu odwoławczego. Oznacza to, że organ odwoławczy nie jest uprawniony do wydania decyzji o sentencji innej niż wymienione w komentowanym przepisie.

Zgodnie z zasadą dwuinstancyjności postępowania administracyjnego i kompetencjami organu, Prezes UKE obowiązany jest ponownie rozpoznać i rozstrzygnąć sprawę, nie ograniczając się do kontroli decyzji i do oceny argumentów przedstawionych we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy (por. wyrok z dnia 14 grudnia 2005 r. Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie sygn. akt II OSK 1081/05, Lex nr 181370). Jak wskazuje orzecznictwo, jeżeli „*przyjęte przez organ przesłanki faktyczne lub prawne, jak również ocena dowodów, budzą zastrzeżenia strony, w uzasadnieniu decyzji winno zostać zawarte*

*rozstrzygnięcie odnośnie do tych wątpliwości” (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 12 maja 2009 r. sygn. akt. II SA/Kr 340/09, LEX nr 551956). Organ odwoławczy wydaje decyzję o utrzymaniu w mocy zaskarżonej decyzji wówczas, gdy stwierdzi, że decyzja organu pierwszej instancji jest prawidłowa. Zwrot art. 138 § 1 pkt 1 kpa „utrzymuje w mocy zaskarżoną decyzję” ma charakter skrótowy wyrażającego zasadę, że nowe, powtórne rozstrzygnięcie organu odwoławczego jest identyczne z rozstrzygnięciem zawartym w decyzji organu I instancji. Oznacza to zatem, iż organ odwoławczy rozpatrujący sprawę doszedł w wyniku swojego postępowania w sprawie do takiej samej konkluzji, jak organ I instancji. Jak słusznie przyjmuje się w piśmiennictwie, gdy w ocenie organu odwoławczego rozstrzygnięcie organu I instancji jest prawidłowe, zarówno z punktu widzenia zgodności z prawem, jak i celowości, rozstrzygnięcie organu odwoławczego pokrywa się z rozstrzygnięciem organu I instancji. Należy zatem podkreślić, iż utrzymanie w mocy zaskarżonej decyzji to utrzymanie w mocy rozstrzygnięcia zawartego w tej decyzji. Wskazuje na to również Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 15 sierpnia 1985 r., (III SA 730/85), stwierdzając, że: „Utrzymanie w mocy decyzji organu I instancji oznacza w szczególności utrzymywanie w mocy jej podstawowego, koniecznego elementu, jakim jest rozstrzygnięcie. W rozstrzygnięciu (osnowie) decyzji zostaje bowiem wyrażona wola organu administracji załatwiającego sprawę w tej formie. O ile może być wydana decyzja bez uzasadnienia (np. decyzja uwzględniająca żądanie strony), to nie można wydać decyzji bez rozstrzygnięcia. Z tego też względu, w razie sprzeczności pomiędzy rozstrzygnięciem decyzji a jej uzasadnieniem, za miarodajną należy przyjąć treść rozstrzygnięcia. W razie więc gdy organ odwoławczy utrzymuje w mocy decyzję organu I instancji, należy przyjąć, że w szczególności utrzymał w mocy jej rozstrzygnięcie, sformułowane przez organ I instancji”.*

Prowadząc niniejsze postępowanie Prezes UKE ponownie wnikliwie rozpatrzył sprawę, i to zarówno pod względem legalności, jak i celowości. Rozpatrując ponownie sprawę zakończoną wydaniem Decyzji wygaszającej, mając jednocześnie na uwadze treść wniosku KIGEiT o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej wydaniem Decyzji wygaszającej oraz treść wniosku PIKE o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej wydaniem Decyzji wygaszającej, Prezes UKE stwierdza co następuje.

Zgodnie z art. 162 § 1 pkt 1 kpa, organ administracji publicznej, który wydał decyzję w pierwszej instancji, stwierdza jej wygaśnięcie, jeżeli decyzja stała się bezprzedmiotowa, a stwierdzenie wygaśnięcia takiej decyzji nakazuje przepis prawa albo gdy leży to w interesie społecznym lub w interesie strony. Przepis art. 162 kpa, dopuszczający możliwość wzruszenia decyzji ostatecznych, ma charakter szczególny, bowiem z jednej strony norma ta reguluje zagadnienie ze sfery kontroli wykonania decyzji administracyjnej, z drugiej zaś - stanowi wyjątek od zasady stabilności (trwałości) ostatecznych decyzji administracyjnych.

Jak wynika z analizy normy art. 162 § 1 pkt 1 kpa, przepis ten ma zastosowanie, gdy spełnione są następujące przesłanki:

- 1) decyzja stała się bezprzedmiotowa
- i
- 2) stwierdzenie wygaśnięcia takiej decyzji:
  - a) nakazuje przepis prawaalbo
  - b) leży to w interesie społecznym lub w interesie strony.

Prezes UKE w kontekście zaistniałego stanu faktycznego przed wydaniem niniejszej decyzji rozważył wszystkie powyższe przesłanki celem stwierdzenia, czy zostały one spełnione i czy wobec tego zachodzi konieczność stwierdzenia wygaśnięcia Decyzji SMP 2011.

### 3. Bezprzedmiotowość Decyzji SMP 2011

Prezes UKE wskazuje, że w niniejszej sprawie zaistniała bezprzedmiotowość decyzji administracyjnej tj. Decyzji SMP 2011 we wskazywanym przez naukę przedmiotu rozumieniu. Z uwagi bowiem na zmianę istotnych okoliczności faktycznych i prawnych Decyzja SMP 2011 stała się decyzją nie odpowiadającą rzeczywistości i nierealną z punktu widzenia możliwości osiągnięcia jej celu, co szczegółowo zostało wyjaśnione poniżej.

Zgodnie z poglądami nauki przedmiotu *„organ administracji publicznej jest obowiązany stwierdzić wygaśnięcie decyzji, jeżeli spełnione są łącznie następujące przesłanki: a) decyzja stała się bezprzedmiotowa, b) stwierdzenie wygaśnięcia takiej decyzji nakazuje przepis prawa albo stwierdzenie wygaśnięcia decyzji leży w interesie społecznym lub w interesie strony. Z wykładni gramatycznej przepisu art. 162 § 1 pkt 1 kpa wynika zatem, że bezprzedmiotowość decyzji jest konieczną, lecz niewystarczającą przesłanką stwierdzenia jej wygaśnięcia (...). W przypadku zaś, gdy kwestia wygaśnięcia decyzji nie jest uregulowana w przepisach szczególnych, wówczas stwierdzenie bezprzedmiotowości decyzji nie jest wystarczające do stwierdzenia jej wygaśnięcia, bowiem należy dodatkowo wykazać, że wymaga tego interes społeczny albo interes strony”*.<sup>1</sup> Jednocześnie w nauce przedmiotu zauważa się, że *„jeżeli przepis szczególny nie wskazuje możliwości wygaśnięcia decyzji, wówczas oprócz bezprzedmiotowości decyzji należy wykazać istnienie „interesu społecznego” lub „interesu strony”, które to wymuszają (uzasadniają) podjęcie takiego rozstrzygnięcia”*.<sup>2</sup>

Pierwszą z obligatoryjnych przesłanek, określonych w art. 162 § 1 pkt 1 kpa, jest bezprzedmiotowość decyzji. Jak wyjaśnił to Naczelny Sąd Administracyjny (zwany dalej także „NSA”) w Warszawie w uchwale składu pięciu sędziów z dnia 23 czerwca 1997 r., sygn. akt: OPK 32/97 (ONSA 1997/4 poz. 152) *„w ściśle określonych sytuacjach dopuszczalne, a nawet konieczne jest stwierdzenie wygaśnięcia decyzji, jeżeli decyzja stała się bezprzedmiotowa”*. Jak wskazuje się w nauce przedmiotu, *„bezprzedmiotowość decyzji oznacza jej nierealność z punktu widzenia możliwości osiągnięcia celu i wiąże się ze zmianą stanu faktycznego, gdyż każda decyzja wiąże tak długo, jak długo istnieją stosunki faktyczne stanowiące podstawę jej wydania”*.<sup>3</sup> W doktrynie wyrażony został także pogląd, zgodnie z którym *„należy przyjąć, że decyzja administracyjna wiąże rebus sic stantibus, co powoduje, że kiedy powstaną nowe przesłanki faktyczne, które czynią poprzednią decyzję nie odpowiadającą rzeczywistości, przestaje istnieć stosunek prawny w postaci skonkretyzowanej w tej decyzji i sama decyzja staje się bezprzedmiotowa wraz ze zmianą tych okoliczności, na których uregulowanie była skierowana”*.<sup>4</sup>

Należy wskazać, że Decyzją SMP 2011 Prezes UKE ustalił, że na rynku hurtowych usług dostępu szerokopasmowego, z wyłączeniem obszarów gminnych, określonych w pkt 1 Załącznika nr 1 do Decyzji SMP 2011 występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej; wyznaczył OPL jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego

<sup>1</sup> Jaśkowska Małgorzata, Wróbel Andrzej, *Komentarz bieżący do art.162 kodeksu postępowania administracyjnego (Dz.U.00.98.1071)*, LEX/el. 2010.

<sup>2</sup> G. Łaszczycza, C. Martysz, A. Matan, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*. Tom II. Komentarz do art. 104-269, LEX, 2010, wyd. III.

<sup>3</sup> Czapiel Paweł, Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 12 listopada 1993 r., II SA 2000/92. Teza nr 3; PiP.1996.7.106.

<sup>4</sup> Woś Tadeusz, *Stwierdzenie wygaśnięcia decyzji administracyjnej jako bezprzedmiotowej (art. 162 kpa)*; Teza nr 5; PiP 1992.7.49.



o znaczącej pozycji rynkowej na rynku 5/2011 oraz nałożył na OPL wymienione w Decyzji SMP 2011 obowiązki regulacyjne. Następnie wskazać należy, że w dniu 7 października 2014 r. Prezes UKE wydał Postanowienie SMP 2014, w którym określił rynek właściwy jako rynek świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego, na obszarach gminnych określonych w pkt 1 Załącznika nr 1 do Postanowienia SMP 2014 i stwierdził występowanie skutecznej konkurencji na tym rynku. W tym samym dniu Prezes UKE wydał Decyzję SMP 2014, w której określił rynek właściwy jako rynek świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego na obszarze całego kraju, z wyłączeniem obszarów gminnych określonych w pkt 1 Załącznika nr 1 do Decyzji SMP 2014, ustalił, że na tym rynku występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej, wyznaczył OPL jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na rynku 5/2014 i nałożył na OPL obowiązki regulacyjne.

W tym miejscu należy zauważyć, że zarówno Decyzja SMP 2011, jak i Decyzja SMP 2014 oraz Postanowienie SMP 2014 dotyczą rynku hurtowych usług dostępu szerokopasmowego, jednakże nie można uznać, iż rynek właściwy określony w Decyzji SMP 2011 jest tym samym rynkiem właściwym, co rynki określone w Decyzji SMP 2014 i Postanowieniu SMP 2014. Powyższe wynika z geograficznego zróżnicowania przedmiotowych rynków. Należy bowiem wskazać, że zakres geograficzny rynku właściwego wskazanego w Decyzji SMP 2011 dotyczył obszaru całego kraju z wyłączeniem obszarów gminnych, określonych w pkt 1 Załącznika nr 1 do Decyzji SMP 2011 (11 wskazanych tam obszarów gminnych). Natomiast w kontekście zakresu geograficznego rynków właściwych określonych regulacjami z dnia 7 października 2014 r., należy stwierdzić, że Postanowienie SMP 2014 dotyczy 76 obszarów gminnych (obszary konkurencyjne), a Decyzja SMP 2014 obszaru kraju z wyłączeniem 76 obszarów gminnych, do których odnosi się Postanowienie SMP 2014. Zakres obydwu rozstrzygnięć łącznie obejmuje obszar całego kraju.

Wskazana wyżej okoliczność odrębnych zakresów geograficznych rynków właściwych określonych w Decyzji SMP 2011, Decyzji SMP 2014 oraz w Postanowieniu SMP 2014 przesądza o tym, że są to odrębne rynki właściwe. Zgodnie bowiem z komentarzem do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów pod red. A. Stawickiego (opubl. LEX 2011) *„określenie rynku właściwego jest narzędziem identyfikacji rzeczywistego przedmiotu i faktycznego terytorialnego zasięgu konkurencji stron bezpośrednio zaangażowanych w postępowanie oraz stron trzecich, w tym aktualnych lub potencjalnych konkurentów. Wskazuje też przedmiot i obszar związków z dostawcami i odbiorcami. Postępowanie mające na celu określenie tego rynku ma charakter sekwencyjny - rozpoczyna je zdefiniowanie właściwego rynku produktowego, a kończy wyznaczenie terytorialnych granic tego rynku - właściwego rynku geograficznego”*. Należy również wziąć pod uwagę, że *„Określenie rynku właściwego następuje w wymiarze produktowym oraz geograficznym”* (S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne, komentarz, 3 wydanie, Wydawnictwo C.H. Beck, str. 199). Na rynek właściwy składa się zatem zarówno jego wymiar produktowy, jak i geograficzny. Tak więc określenie rynku właściwego bez uwzględnienia tych obu czynników byłoby niezgodne z przepisami prawa. Tym samym skoro rynek właściwy w zakresie geograficznym określony w Decyzji SMP 2011 nie jest tożsamy z rynkami właściwymi w tym zakresie, określonymi w Decyzji SMP 2014 i Postanowieniu SMP 2014, to stwierdzić należy, że są to odrębne rynki właściwe.

Jednakże, pomimo wskazanej wyżej odrębności omawianych rynków właściwych ze względu na ich zakres geograficzny, należy zwrócić uwagę, że nowe regulacje zawarte w Decyzji SMP 2014 oraz w Postanowieniu SMP 2014 obejmują pod względem produktowym dotychczasowe regulacje zawarte w Decyzji SMP 2011.

Należy bowiem wskazać, że w Decyzji SMP 2011 Prezes UKE określił, że zakres produktowy rynku „obejmuje niefizyczny lub wirtualny dostęp sieciowy, w tym dostęp do „strumienia bitów” w stałej lokalizacji, który może być realizowany przy wykorzystaniu zasobów stacjonarnej infrastruktury sieciowej w połączeniu z innymi elementami. Takie podejście do niniejszego rynku opowiada się za bardziej ogólnym i spójnym jego definiowaniem z rynkiem hurtowego (fizycznego) dostępu do infrastruktury sieciowej w stałej lokalizacji. Dzięki temu określenie tego rynku zostało zaktualizowane i dostosowane do obecnego wykorzystania dostępu szerokopasmowego m.in. do świadczenia usług internetowej transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych w celu dostarczania treści radiofonicznych lub telewizyjnych użytkownikom końcowym” (pkt 2.1).

Następnie należy wziąć pod uwagę, że zarówno w Decyzji SMP 2014 r., jak i w Postanowieniu SMP 2014 Prezes UKE określił, że zakres produktowy rynku „obejmuje niefizyczny lub wirtualny dostęp sieciowy, w tym dostęp do „strumienia bitów” w stałej lokalizacji, który może być realizowany przy wykorzystaniu zasobów stacjonarnej infrastruktury sieciowej w połączeniu z innymi elementami. Takie podejście do niniejszego rynku przemawia za bardziej ogólnym i spójnym jego definiowaniem z rynkiem hurtowego (fizycznego) dostępu do infrastruktury sieciowej w stałej lokalizacji. Dzięki temu określenie tego rynku zostało zaktualizowane i dostosowane do obecnego wykorzystania dostępu szerokopasmowego m.in. do świadczenia usług internetowej transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych w celu dostarczania treści radiofonicznych lub telewizyjnych użytkownikom końcowym” (pkt 2.1).

Z powyższych fragmentów wynika, że pomimo, iż zarówno Decyzja SMP 2011, jak i Decyzja SMP 2014 i Postanowienie SMP 2014 zawierają regulacje odnoszące się do różnych rynków właściwych (ze względu na ich zakres geograficzny, o czym była mowa powyżej), to jednocześnie odnoszą się one do tego samego zakresu produktowego rynku, a mianowicie rynku hurtowych usług dostępu szerokopasmowego. Ponadto należy zauważyć, że Decyzja SMP 2014 i Postanowienie SMP 2014 zostały wydane po przeprowadzeniu nowej analizy rynku, odpowiadają zatem aktualnej sytuacji występującej na rynku telekomunikacyjnym związanym z zakresem produktowym i geograficznym rynku hurtowych usług dostępu szerokopasmowego, uwzględniają bowiem faktyczne zmiany, jakie zaszły na rynku telekomunikacyjnym od momentu wydania Decyzji SMP 2011.

Mając na uwadze powyższą okoliczność należy następnie wskazać, że Postanowieniem SMP 2014 Prezes UKE określił rynek właściwy jako rynek świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego, na obszarach gminnych określonych w pkt 1 Załącznika nr 1 do Postanowienia SMP 2014 i stwierdził występowanie skutecznej konkurencji na tym rynku. Wśród obszarów gminnych wymienionych w Postanowieniu SMP 2014 znalazło się 69 obszarów gminnych, na których dotychczas obowiązywała Decyzja SMP 2011. Należy zatem wskazać, że na ww. 69 obszarach uregulowanych dotychczas mocą Decyzji SMP 2011, od dnia 7 października 2014 r. odpadł cel, który realizować miała Decyzja SMP 2011, której wydanie miało służyć regulacji rynku w sytuacji braku skutecznej konkurencji na tym rynku, a sama Decyzja SMP 2011 na wyżej wymienionych obszarach gminnych przestała odpowiadać rzeczywistości wobec stwierdzonego na tych obszarach stanu skutecznej konkurencji. Z dniem 7 października 2014 r. przestał zatem istnieć na tych obszarach stosunek prawny uregulowany w Decyzji SMP 2011, co w zakresie omawianych 69 obszarów gminnych uczyniło tę decyzję bezprzedmiotową.

Należy również zwrócić uwagę, że Decyzją SMP 2014 Prezes UKE określił rynek właściwy jako rynek świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego na obszarze całego kraju, z wyłączeniem obszarów gminnych określonych w pkt 1 Załącznika nr 1 do Decyzji SMP 2014, ustalił, że na tym rynku występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej

pozycji rynkowej, wyznaczył OPL jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na rynku 5/2014 i nałożył na OPL obowiązki regulacyjne. Decyzja SMP 2014 objęła swoim zakresem pozostałe obszary gminne uregulowane do tej pory Decyzją SMP 2011 (z wyłączeniem 69 obszarów, o których mowa powyżej) oraz 4 spośród 11 obszarów gminnych wyłączonych z rynku 5/2011 mocą Decyzji SMP 2011. Należy zatem wskazać, że na ww. obszarach uregulowanych dotychczas mocą Decyzji SMP 2011 (z wyłączeniem 69 obszarów, o których mowa powyżej) oraz na 4 spośród 11 obszarów wyłączonych spod regulacji zawartej w Decyzji SMP 2011, od dnia 7 października 2014 r. Decyzja SMP 2011 przestała odpowiadać rzeczywistości. Wynika to z faktu, iż Decyzja SMP 2014 została wydana po przeprowadzeniu nowej analizy rynku, odpowiada ona zatem aktualnej sytuacji występującej na rynku telekomunikacyjnym, uwzględnia bowiem faktyczne zmiany, jakie zaszły na rynku telekomunikacyjnym od momentu wydania Decyzji SMP 2011. Biorąc zatem pod uwagę powyższe oraz fakt, że zakres produktowy rynku właściwego określonego w Decyzji SMP 2014 obejmuje zakres produktowy rynku właściwego określonego w Decyzji SMP 2011, cel, jakiemu służyła regulacja zawarta w Decyzji SMP 2011, związany z regulacją usług wchodzących w zakres rynku 5/2011, realizowany jest w ramach regulacji rynku 5/2014, zawartej w Decyzji SMP 2014. Oznacza to, iż z dniem 7 października 2014 r. przestał istnieć na omawianych obszarach gminnych stosunek prawny uregulowany w Decyzji SMP 2011, co w zakresie omawianych obszarów gminnych uczyniło tę decyzję bezprzedmiotową.

Reasumując należy wskazać, że przesłanka bezprzedmiotowości Decyzji SMP 2011, o której mowa wyżej, zaistniała w dniu 7 października 2014 r., czyli w dniu, w którym w obrocie prawnym zaistniały Decyzja SMP 2014 i Postanowienie SMP 2014. Jak słusznie bowiem wskazuje się w doktrynie: „*nie budzi wątpliwości również deklaratoryjny charakter decyzji stwierdzającej wygaśnięcie decyzji bezprzedmiotowej. Wywołuje ona skutki prawne ex tunc, tzn. od dnia, w którym powstały przesłanki wygaśnięcia decyzji, czyli od dnia, w którym decyzja stała się bezprzedmiotowa.*”<sup>5</sup> Tym samym stwierdzić należy, że stwierdzenie wygaśnięcia, powiązane z momentem zaistnienia bezprzedmiotowości Decyzji SMP 2011, nastąpić musiało z dniem 7 października 2014 r.

KIGEiT wskazała, że Decyzja SMP 2011 nadal obowiązuje, a tym samym nie zachodzi przesłanka bezprzedmiotowości Decyzji SMP 2011, której wystąpienie jest niezbędne do stwierdzenia jej wygaśnięcia. Wynika to m.in. z faktu, że nie doszło do zmiany stanu faktycznego, który uniemożliwiłby wykonywanie Decyzji SMP 2011.

Odnosząc się do powyższego należy wskazać, że kwestia bezprzedmiotowości Decyzji SMP 2011 została szczegółowo omówiona powyżej w uzasadnieniu do niniejszej decyzji. Ze względu na różny zakres geograficzny Decyzji SMP 2014 oraz Postanowienia SMP 2014 w stosunku do Decyzji SMP 2011 nie można mówić w tym przypadku o takich samych rynkach właściwych. Jednakże, pomimo wskazanej wyżej odrębności omawianych rynków właściwych ze względu na ich zakres geograficzny, należy zwrócić uwagę, że nowe regulacje zawarte w Decyzji SMP 2014 oraz w Postanowieniu SMP 2014 obejmują pod względem produktowym dotychczasowe regulacje zawarte w Decyzji SMP 2011. Dodatkowo należy zwrócić uwagę, iż rynek właściwy określony w Decyzji SMP 2011 obejmował obszar całego kraju z wyłączeniem 11 obszarów gminnych, określonych w pkt 1 Załącznika nr 1 do Decyzji SMP 2011. Natomiast w Decyzji SMP 2014 Prezes UKE określił rynek właściwy jako rynek świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego na obszarze całego kraju, z wyłączeniem 76 obszarów gminnych określonych w pkt 1 Załącznika nr 1 do Decyzji

---

<sup>5</sup> Woś Tadeusz, *Stwierdzenie wygaśnięcia decyzji administracyjnej jako bezprzedmiotowej (art. 162 kpa)*; Teza nr 8; PiP 1992.7.49; por. wyrok WSA z dnia 10 listopada 2006 roku, II SA/WA 1589/06.

SMP 2014. W odniesieniu do ww. 76 obszarów gminnych Prezes UKE wydał Postanowienie SMP 2014. A zatem rynki właściwe określone w Decyzji SMP 2014 oraz Postanowieniu SMP 2014 obejmują łącznie obszar całego kraju. Tym samym obejmują pod względem geograficznym cały rynek właściwy określony w Decyzji SMP 2011. Jednocześnie należy ponownie zwrócić uwagę, że zakres produktowy rynku właściwego określonego w Decyzji SMP 2014 obejmuje zakres produktowy rynku właściwego określonego w Decyzji SMP 2011, zatem cel, jakiemu służyła regulacja usług wchodzących w zakres rynku 5/2011 zawarta w Decyzji SMP 2011, realizowany jest obecnie w ramach regulacji rynku 5/2014, dokonanej w Decyzji SMP 2014. Oznacza to, iż z dniem 7 października 2014 r. przestał istnieć na omawianych obszarach gminnych stosunek prawny uregulowany w Decyzji SMP 2011, co w zakresie omawianych obszarów gminnych uczyniło tę decyzję bezprzedmiotową. Należy zauważyć, że Decyzja SMP 2014 i Postanowienie SMP 2014, obejmujące pod względem obszaru cały rynek właściwy określony w Decyzji SMP 2011, zostały wydane po przeprowadzeniu nowej analizy rynku, odpowiadają zatem aktualnej sytuacji występującej na rynku telekomunikacyjnym związanym z zakresem produktowym i geograficznym rynku hurtowych usług dostępu szerokopasmowego, uwzględniają bowiem faktyczne zmiany, jakie zaszły na rynku telekomunikacyjnym od momentu wydania Decyzji SMP 2011, która tym samym stała się nieaktualna i nieodpowiadająca rzeczywistości. W świetle powyższego stwierdzić należy, iż z dniem wydania Postanowienia SMP 2014 oraz Decyzji SMP 2014 (7 października 2014 r.) cel Decyzji SMP 2011 nie może być zrealizowany. Wbrew twierdzeniom KIGEiT doszło bowiem do zmiany stanu faktycznego, który uniemożliwia realizację celu Decyzji SMP 2011, a zatem czyni tę decyzję bezprzedmiotową.

KIGEiT wskazała ponadto, że za dalszym obowiązywaniem Decyzji SMP 2011 przemawia fakt, iż na podstawie Decyzji SMP 2011, decyzjami Prezesa UKE: z dnia 2 czerwca 2014 r. nr DHRT-WORK-6082-3/11(448) (dalej „Decyzja z dnia 2 czerwca 2014 r.”) oraz z dnia 18 czerwca 2014 r. nr DHRT-WORK-6082-1/13(202) (dalej „Decyzja z dnia 18 czerwca 2014 r.”), zostały zatwierdzone zmiany oferty ramowej określającej ramowe warunki dostępu telekomunikacyjnego w zakresie rozpoczynania i zakańczania połączeń, hurtowego dostępu do sieci OPL, dostępu do łącz abonenckich w sposób zapewniający dostęp pełny lub współdzielony oraz dostępu do łącz abonenckich poprzez węzły sieci telekomunikacyjnej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych (zwanej dalej także „Ofertą SOR”). Również PIKE stwierdziła, iż za dalszym obowiązywaniem Decyzji SMP 2011 przemawia wydanie na jej podstawie oferty SOR, która nadal pozostaje w obrocie prawnym.

Odnosząc się do powyższego, w pierwszej kolejności stwierdzić należy, iż w dniu 3 lipca 2015 r. Prezes UKE, po rozpoznaniu wniosku KIGEiT oraz wniosku OPL o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej wydaniem decyzji Prezesa UKE z dnia 2 czerwca 2014 r., wydał decyzję nr DHRT-WORK-6082-3/11(611). W decyzji tej Prezes UKE wyraźnie stwierdził, iż rozpatrując sprawę wziął pod uwagę stan faktyczny i prawny na dzień wydawania decyzji. Prezes UKE wskazał w szczególności, że: „w zakresie stanu prawnego niniejszej sprawy nastąpiła zmiana sytuacji prawnej OPL, jako podmiotu regulowanego na rynku hurtowych usług dostępu szerokopasmowego. (...) do dnia 7 października 2014 r. (...) rynek hurtowych usług dostępu szerokopasmowego regulowany był Decyzją SMP 5, która określała przedmiotowy rynek właściwy, jako krajowy rynek świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego z wyłączeniem obszarów gminnych, określonych w pkt 1 Załącznika nr 1 do przedmiotowej decyzji (11 obszarów gminnych). Natomiast od dnia 7 października 2014 r. rynek dostępu szerokopasmowego do Internetu regulowany jest Decyzją SMP 5 – 2014 (Decyzja SMP 2014), która określa przedmiotowy rynek właściwy, jako rynek świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego na obszarze całego kraju z wyłączeniem obszarów gminnych określonych w pkt 1 Załącznika nr 1

*do przedmiotowej decyzji (76 obszarów gminnych). Prezes UKE wskazuje zatem, że obie wyżej wspomniane decyzje SMP określają różne, bowiem niepokrywające się jeżeli chodzi o zakres terytorialny, rynki właściwe. Wspomniana różnica oznaczała, że Decyzja SMP 5 - 2014 (Decyzja SMP 2014) nie utrzymywała (względnie zmieniała lub uchylała) obowiązków regulacyjnych nałożonych na OPL w Decyzji SMP 5 w trybie art. 22 ust. 1 pkt 4 Pt, ale spowodowała bezprzedmiotowość i w konsekwencji wygaśnięcie tej decyzji (stwierdzenie wygaśnięcia Decyzji SMP 5 nastąpiło decyzją Prezesa UKE z dnia 24 listopada 2014 r. znak DART-SMP-6041-6/14(22)). Niemniej, Prezes UKE wskazuje, że usługi, których zmiany warunków świadczenia dotyczy niniejsze postępowanie, wchodziły zarówno w zakres produktowy rynku określonego Decyzją SMP 5 (Decyzją SPM 2011), jak i wchodziły w zakres rynku określonego Decyzją SMP 5 - 2014 (Decyzją SMP 2014). Inaczej rzecz ujmując niniejsze postępowanie dotyczy zmiany Oferty w takim zakresie Rynku 5, który regulowany był Decyzją SMP 5 (Decyzją SMP 2011), a na dzień wydania niniejszej decyzji jest regulowany Decyzją SMP 5 - 2014 (Decyzją SMP 2014).*

*Niezależnie zatem od wspomnianego braku tożsamości rynków właściwych określonych w Decyzji SMP 5 i Decyzji SMP 5 - 2014 (i w konsekwencji braku ciągłości regulacji), Prezes UKE uznał, że właściwym jest merytoryczne rozstrzygnięcie niniejszego postępowania i zmiana Oferty, a nie jego umorzenie w pierwszej instancji. Pomimo bowiem stwierdzenia wygaśnięcia Decyzji SMP 5, w zakresie, w jakim Oferta jest zmieniana w niniejszym postępowaniu, na OPL ciąży obowiązek stosowania oferty ramowej nałożony Decyzją SMP 5 - 2014. Oznacza to, że przedmiot niniejszego postępowania istnieje (obowiązek stosowania Oferty podlegającej zmianie w odnośnym zakresie) i z tej przyczyny podlega ono merytorycznemu rozstrzygnięciu.”*

W świetle powyższego, stwierdzić należy, iż zmiana Ofert SOR dokonana decyzją z dnia 2 czerwca 2014 r., uchyloną następnie w części i zmienioną decyzją Prezesa UKE z dnia 3 lipca 2015 r., dokonana została w oparciu o Decyzję SMP 2014, nie zaś, wbrew twierdzeniom KIGeIT, w oparciu o Decyzję SMP 2011.

Natomiast Decyzja z dnia 18 czerwca 2014 r., którą również powołała KIGeIT, dotyczyła zobowiązania do zmiany Ofert SOR w zakresie kar umownych i bonifikat. Zapisy odnośnie kar umownych i bonifikat znajdują się w części I. Ogólnej Oferty SOR, są zatem odbiciem obowiązków regulacyjnych nałożonych na OPL nie tylko na rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego, ale również na pozostałych rynkach, na których OPL ma nałożony obowiązek regulacyjny w postaci przygotowania i przedstawienia projektu oferty ramowej. Niezależnie od powyższego, wskazać należy, iż Decyzja z dnia 18 czerwca 2014 r. została w części uchylona i zmieniona decyzją Prezesa UKE z dnia 7 maja 2015 r. nr DHRT-WORK-6082-1/13(319), w której Prezes UKE wziął pod uwagę zmianę stanu prawnego i faktycznego na dzień wydawania decyzji. Prezes UKE wskazał m.in., że: „ustalając wysokość kar umownych (lub oceniając w ogóle zasadność ich funkcjonowania w ofercie ramowej) w niniejszej sprawie, był zobowiązany wziąć pod uwagę w szczególności okoliczność utraty przez OPL pozycji dominującej na hurtowym rynku świadczenia usług szerokopasmowych na terenie 76 gmin (por. Postanowienie z dnia 7 października 2014 r.).” Zatem twierdzenie KIGeIT, iż wydanie Decyzji z dnia 18 czerwca 2014 r. świadczy o dalszym obowiązywaniu Decyzji SMP 2011, należy uznać za bezzasadne.

Niezależnie od powyższego, stwierdzić należy, iż istnienie Oferty SOR jest pochodną istnienia obowiązków regulacyjnych nałożonych na OPL decyzjami Prezesa UKE wydanymi na podstawie art. 24 PT. Oferta SOR obejmuje swoim zakresem nie tylko warunki dostępu do łączy abonenckich poprzez węzły sieci telekomunikacyjnej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych, ale również warunki dostępu w zakresie rozpoczynania i zakańczania połączeń, hurtowego dostępu do sieci oraz dostępu do łączy abonenckich

w sposób zapewniający dostęp pełny i współdzielony. Ciążący na OPL obowiązek przygotowania i przedstawienia projektu oferty ramowej wynika z wydanej w dniu 22 września 2009 r. decyzji nr DART-SMP-6040-5/09(22), w której OPL została wyznaczona jako przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej OPL; wydanej w dniu 30 grudnia 2010 r. decyzji nr DART-SMP-6040-2/10(52), w której OPL została wyznaczona jako przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej na krajowym rynku świadczenia usług hurtowego (fizycznego) dostępu do infrastruktury sieciowej (w tym dostępu dzielonego lub w pełni uwolnionego); wydanej w dniu 5 sierpnia 2011 r. decyzji nr DART-SMP-6040-5/10(42), w której OPL została wyznaczona jako przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej na krajowym rynku świadczenia usługi rozpoczynania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej oraz w chwili obecnej z Decyzji SMP 2014.

W odniesieniu do Oferty SOR należy wskazać, że z dniem 7 października 2014 r. jej postanowienia w zakresie dostępu do łączy abonenckich poprzez węzły sieci telekomunikacyjnej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych nie mają zastosowania dla 76 skutecznie konkurencyjnych obszarów gminnych (z zastrzeżeniem art. 43 ust. 5 PT). Z kolei na pozostałym obszarze kraju Decyzją SMP 2014 został nałożony na OPL obowiązek przygotowania projektu oferty ramowej, a tym samym skutek nałożenia tego obowiązku jest taki sam, jak w przypadku, gdyby obowiązek był utrzymany, zgodnie z art. 24 ust.2 lit. b PT. Ponadto jak wskazano w uzasadnieniu Decyzji SMP 2014 (pkt 6.4.3.):

*„Mocą niniejszej Decyzji Prezes UKE określił, że Orange Polska, wykonując obowiązek, o którym mowa w art. 42 ust. 1 PT, nałożony niniejszą Decyzją, wykona go poprzez przygotowanie i przedstawienie projektu nowej oferty ramowej, zgodnie z zakresem wskazanym w Załączniku nr 2 do niniejszej Decyzji lub, jeżeli istnieje obowiązująca oferta ramowa, wykona go poprzez przygotowanie i przedstawienie zmiany oferty ramowej zgodnie z zakresem wskazanym w Załączniku nr 2 do niniejszej Decyzji. Dzięki temu inni (niż Orange Polska) przedsiębiorcy telekomunikacyjni otrzymają narzędzie, ułatwiające im kompleksowe korzystanie z hurtowych usług Orange Polska.*

*W przypadku konieczności dostosowania obowiązującej ujednoczonej oferty ramowej, do niniejszej Decyzji, Orange Polska powinna przygotować odpowiednią zmianę tej oferty. Prezes UKE wskazuje, że dzięki temu będzie istnieć jedna aktualna oferta ramowa, obejmująca wszystkie usługi regulowane, w tym także w zakresie wskazanym w Załączniku nr 2 do niniejszej Decyzji. W ocenie Prezesa UKE ujednoczyci to i tym samym uprości oraz uczyni przejrzystymi procedury obowiązujące na rynku telekomunikacyjnym, przez co przyczyni się do jego dalszego, szybkiego i wszechstronnego rozwoju”.*

Tym samym to Decyzja SMP 2014 stanowi podstawę dalszego obowiązywania Oferty SOR (nie zaś Decyzja SMP 2011). Dlatego też stosowanie Oferty SOR w żaden sposób nie dowodzi potrzeby dalszego obowiązywania Decyzji SMP 2011.

Zarówno w opinii KIGEiT, jak i PIKE, fakt dalszego obowiązywania Decyzji SMP 2011 potwierdza także pkt. IV sentencji Postanowienia SMP 2014, zgodnie z którym OPL ma utrzymywać na dotychczasowych warunkach dostęp telekomunikacyjny ustanowiony przed doręczeniem jej wspomnianego Postanowienia.

Odnosząc się do powyższego, należy wskazać, że odnośny punkt sentencji Postanowienia SMP 2014 dotyczy tylko utrzymania dotychczasowych warunków umownych pomiędzy OPL a jej klientami hurtowymi (które obowiązywały przed wydaniem Decyzji SMP 2014 i Postanowienia SMP 2014 i zawierane były na podstawie Decyzji SMP 2011), a nie utrzymania obowiązku regulacyjnego. W świetle powyższego stwierdzić należy,

iż omawiany punkt sentencji Postanowienia SMP 2014 w żaden sposób nie wskazuje, że Decyzja SMP 2011 musi nadal obowiązywać.

W świetle powyższego zarzuty KiGEiT i PIKE w tej kwestii należy uznać za bezzasadne.

KiGEiT stwierdziła także, że w niniejszej sprawie ani prawo ani obowiązki strony nie przestał istnieć, ponieważ Prezes UKE nie uchylił ani nie zmienił obowiązków regulacyjnych nałożonych na OPL w Decyzji SMP 2011.

Odnosząc się do zarzutu KiGEiT wskazać należy, iż w wyniku przeprowadzonej analizy rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego, Prezes UKE określił inny zakres geograficzny rynku właściwego, w stosunku do Decyzji SMP 2011, a zatem inny, jak już wcześniej wyjaśniono, rynek właściwy. Prezes UKE miał zatem podstawy do nowej regulacji przedmiotowego rynku właściwego, skutkującej nałożeniem obowiązków regulacyjnych zgodnie z art. 24 pkt 2 lit. a PT, a nie ich utrzymaniem, zmianą lub uchyleniem (art. 24 pkt 2 lit. b-c PT). Prezes UKE nie mógł zatem utrzymać, uchylić ani zmienić obowiązków regulacyjnych nałożonych na OPL w Decyzji SMP 2011, stosując art. 24 pkt 2 lit. b-c PT, gdyż uprawnienie to przysługuje wyłącznie w sytuacji ciągłości regulacji – gdy decyzja wcześniejsza (zmieniana) dotyczy tego samego rynku właściwego. Powyższe rozumowanie znajduje odzwierciedlenie w stanowisku doktryny: „Jeżeli decyzja jest wydawana na rynku zmodyfikowanym pod względem produktowym lub geograficznym, to Prezes UKE powinien tylko nakładać obowiązki regulacyjne, gdyż nie występuje element ciągłości regulacji na danym rynku właściwym.” (S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, wyd. 3, Warszawa 2013).

Nie zmienia to faktu, iż skutek wydania Decyzji SMP 2014, obowiązki nałożone na OPL w Decyzji SMP 2011 stały się nieadekwatne do stwierdzonych zmian rynkowych oraz dodatkowo, ze względu na kolizję z obowiązkami nałożonymi Decyzją SMP 2014, niemożliwe do wykonania. Rynek określony w Decyzji SMP 2014 jest tożsamy pod względem produktowym z rynkiem właściwym określonym w Decyzji SMP 2011, a ponadto rynki właściwe określone w Decyzji SMP 2014 oraz Postanowieniu 2014 obejmują pod względem geograficznym cały rynek właściwy określony w Decyzji SMP 2011, zatem cel, jakiemu służyła regulacja zawarta w Decyzji SMP 2011, związany z regulacją usług wchodzących w zakres rynku 5/2011, realizowany jest w ramach regulacji rynku 5/2014, zawartej w Decyzji SMP 2014. Oznacza to, iż z dniem 7 października 2014 r. przestał istnieć na omawianych obszarach gminnych stosunek prawny uregulowany w Decyzji SMP 2011, co w zakresie omawianych obszarów gminnych uczyniło tę decyzję bezprzedmiotową.

Dodatkowo należy wskazać, że Postanowienie SMP 2014 stwierdziło, na 76 obszarach gminnych, skuteczną konkurencję w zakresie rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego, a tym samym obowiązki regulacyjne obowiązujące do tej pory na tych obszarach przestały odpowiadać celowi, dla którego zostały nałożone. Jedynie bowiem w przypadku wyznaczenia na danym rynku właściwym przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej można na niego nałożyć obowiązki regulacyjne i zobowiązać go do ich stosowania. Dlatego też, z chwilą wydania Postanowienia SMP 2014, przedmiotowość Decyzji SMP 2011 ustala, ze względu na brak możliwości realizacji celu tej decyzji, gdyż nałożone nią obowiązki, w odniesieniu do 76 obszarów gminnych stały się nieadekwatne i zbędne wobec stwierdzonej w Postanowieniu skutecznej konkurencji na ww. obszarze.

Jednocześnie z dniem wydania Decyzji SMP 2014, na obszarach, na których dotychczas obowiązywała Decyzja SMP 2011, a na których nie została stwierdzona skuteczna konkurencja (Postanowienie SMP 2014) Prezes UKE nałożył obowiązki regulacyjne, do stosowania których OPL zobowiązana jest od momentu wydania Decyzji SMP 2014, tym



samym Decyzja SMP 2011 a wraz z nią obowiązki regulacyjne nałożone na OPL na podstawie ww. decyzji stały się bezprzedmiotowe jako nieodpowiadające rzeczywistości i nieadekwatne wobec zmienionej sytuacji rynkowej i wobec nowych potrzeb rynku. Zgodnie z art. 206 ust. 2aa PT Decyzja SMP 2014 została wydana z rygorem natychmiastowej wykonalności, a tym samym jej postanowienia wykonywane są przez OPL z chwilą jej doręczenia. Z kolei w myśl art. 143 kpa Postanowienie SMP 2014 także jest wykonywane od momentu jego doręczenia, a wniesienie zażalenia nie wstrzymuje jego wykonania.

Tym samym zarzut KIGeIT należy uznać za bezpodstawny.

KIGeIT wskazała ponadto, że przytoczone przez Prezesa UKE orzeczenie NSA II GSK 59/10 nie jest relewantne, ponieważ dotyczyło kompleksowej regulacji stawek MTR, a nie częściowych regulacji, jak w Decyzji SMP 2014 i Postanowieniu SMP 2014.

Należy wskazać, w pierwszej kolejności, że to KIGeIT, w stanowisku z dnia 22 października 2014 r., powołała się na wspomniane orzeczenie NSA uznając je za relewantne w odniesieniu do niniejszego postępowania.

Ponadto, wbrew twierdzeniom KIGeIT, trudno uznać regulacje dokonane w Decyzji SMP 2014 oraz Postanowieniu SMP 2014 za regulacje częściowe. Rynki właściwe określone w Decyzji SMP 2014 oraz Postanowieniu SMP 2014 obejmują bowiem pod względem produktowym dotychczasowe regulacje zawarte w Decyzji SMP 2011. Pomimo że ww. rozstrzygnięcia Prezesa UKE, ze względów geograficznych, definiują inne rynki właściwe, niż rynek określony w Decyzji SMP 2011, to łącznie obejmują obszar całego kraju, tym samym wspólnie obejmują pod względem geograficznym cały obszar rynku właściwego określonego w Decyzji SMP 2011. Ponadto 4 spośród 11 gmin wyłączonych z rynku Decyzją SMP 2011 (Braniewo, Nowy Dwór Mazowiecki, Bielawa, Płońsk) zostały włączone w zakres rynku właściwego określonego w Decyzji SMP 2014.

Treść orzeczenia NSA z 3 lutego 2011 r., II GSK 59/10, przemawia za poprawnością przyjętego przez Prezesa UKE rozumowania, a fakt, że dotyczy ono kwestii związanych z innym rynkiem właściwym nie ma w tym kontekście znaczenia.

Wyrok Sądu dotyczył sprawy ustalania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty, konkretnie stawek MTR. W swoim orzeczeniu NSA wskazał, iż niedopuszczalne jest stwierdzenie wygaśnięcia decyzji w przypadku, gdy możliwość wyeliminowania ostatecznej decyzji z obrotu prawnego daje organowi przepis szczególny. Przepis szczególny, do którego odsyła art. 163 kpa, ma bowiem pierwszeństwo stosowania w stosunku do trybów kodeksowych. W ocenie Sądu w odniesieniu do stawek MTR takim przepisem szczególnym jest art. 40 ust. 4 PT. Zdaniem NSA, w świetle powołanego przepisu, wydając nową decyzję określającą stawki MTR, Prezes UKE eliminuje tym samym z obrotu prawnego poprzednią decyzję, regulującą te same kwestie.

W niniejszej sprawie jednak nie zachodzi powyższa sytuacja. Co prawda istnieją przepisy szczególne uprawniające Prezesa UKE do zniesienia, utrzymania lub zmiany obowiązków regulacyjnych (art. 23 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 pkt 2 lit. b-c PT), ale nie mogły one zostać zastosowane do wyeliminowania z obrotu prawnego Decyzji SMP 2011. Jak już zostało bowiem wskazane, Decyzja SMP 2014 oraz Postanowienie SMP 2014 dotyczą innego rynku właściwego niż Decyzja SMP 2011. A zatem ani Decyzja SMP 2014 ani Postanowienie SMP 2014 nie wyeliminowały z obrotu Decyzji SMP 2011, a jedynie, ze względu na tożsamość produktową regulowanych rynków właściwych, uczyniły ją bezprzedmiotową, co stanowi jedną z przesłanek do stwierdzenia jej wygaśnięcia.

PIKE wskazała, że brak jest przeszkód prawnych by uznać za niedopuszczalne szczegółowe regulowanie rynków, które zawierają się w sobie. W ocenie PIKE, jeśli przyjmiemy, że rynek



uregulowany w Decyzji SMP 2014 oraz rynek uregulowany w Postanowieniu SMP 2014 są rynkami węższymi aniżeli rynek uregulowany w Decyzji SMP 2011, to powyższe nie stoi na przeszkodzie uregulowania w sposób szczegółowy wszystkich tych rynków. Zdaniem PIKE, uregulowanie rynku szerszego pod względem geograficznym nie czyni bezprzedmiotowym regulacji dotyczącej rynku węższego.

Odnosząc się do powyższego należy ponownie wskazać, że ze względu na różny zakres geograficzny Decyzji SMP 2014 oraz Postanowienia SMP 2014 w stosunku do Decyzji SMP 2011 nie można mówić w tym przypadku o takich samych rynkach właściwych. Jednakże, pomimo wskazanej wyżej odrębności omawianych rynków właściwych ze względu na ich zakres geograficzny, należy zwrócić uwagę, że łącznie nowe regulacje zawarte w Decyzji SMP 2014 oraz w Postanowieniu SMP 2014 obejmują obszar całego kraju, a zatem obejmują pod względem geograficznym cały rynek określony w Decyzji SMP 2011. Postanowienie SMP 2014 stwierdziło skuteczną konkurencję na 76 obszarach gminnych, a tym samym obowiązki regulacyjne funkcjonujące do tej pory na tych obszarach na mocy Decyzji SMP 2011, nie mogą być egzekwowane. Jedynie bowiem w przypadku wyznaczenia na danym rynku właściwym przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej oraz stwierdzenia braku skutecznej konkurencji, Prezes UKE może nałożyć na takiego przedsiębiorcę stosowne obowiązki regulacyjne. Dlatego też, z chwilą wydania Postanowienia SMP 2014, przedmiotowość Decyzji SMP 2011 w odniesieniu do 76 obszarów gminnych ustala, ze względu na to, iż w stosunku do ww. obszarów gminnych został zrealizowany cel regulacyjny – stwierdzono bowiem na nich skuteczną konkurencję.

Jednocześnie z dniem wydania Decyzji SMP 2014 na obszarach, na których dotychczas obowiązywała Decyzja SMP 2011, a na których nie została stwierdzona skuteczna konkurencja (Postanowienie SMP 2014) Prezes UKE nałożył obowiązki regulacyjne, odpowiadające zmienionej sytuacji rynkowej i zidentyfikowanym nowym potrzebom rynku, do stosowania których OPL zobowiązana jest od momentu wydania Decyzji SMP 2014. Należy zatem zwrócić uwagę, iż obowiązki nałożone Decyzją SMP 2011, wobec zmian, jakie zaszły na rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego, stały się nieadekwatne, czyli nieprzydatne do rozwiązania stwierdzonych na rynku problemów. Decyzja SMP 2011 nie może zatem w odniesieniu do ww. obszaru osiągnąć swojego celu, jakim jest wspieranie rozwoju konkurencji, wspieranie rozwoju infrastruktury oraz zapewnienie maksymalnych korzyści użytkownikom końcowym, co powoduje jej bezprzedmiotowość.

Niezależnie od powyższego należy zwrócić uwagę, iż wbrew twierdzeniom PIKE, nie jest możliwe równoczesne wykonywanie Decyzji SMP 2011 oraz Decyzji SMP 2014 i Postanowienia SMP 2014. Przykładowo: na obszarze 76 gmin, na podstawie Postanowienia SMP 2014, OPL nie jest już zobowiązana do realizowania nowych zamówień na dostęp do łączy abonenckich poprzez węzły sieci telekomunikacyjnej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych, obowiązek taki spoczywałby jednak na OPL na podstawie Decyzji SMP 2011. Na obszarze gmin Braniewo, Nowy Dwór Mazowiecki, Bielawa, Płońsk na mocy Decyzji SMP 2014 OPL jest zobowiązana do świadczenia usługi hurtowego dostępu szerokopasmowego w technologii FTTx, obowiązku takiego nie posiada jednak na bazie Decyzji SMP 2011. Na podstawie Decyzji SMP 2011 OPL zobowiązana jest ustalać stawki hurtowe na podstawie ponoszonych kosztów, natomiast zgodnie z Decyzją SMP 2014, stawki hurtowe muszą być ustalane na podstawie kosztów uzasadnionych, czyli kosztów efektywnego operatora itd.

Reasumując stwierdzić należy, iż wydanie Decyzji SMP 2014 oraz Postanowienia SMP 2014, wbrew twierdzeniom PIKE, spowodowało, iż Decyzja SMP 2011 stała się bezprzedmiotowa.

Jak jednak wskazano wyżej, stwierdzenie bezprzedmiotowości decyzji nie jest wystarczające do stwierdzenia jej wygaśnięcia, gdyż bezprzedmiotowość decyzji, określona w art. 162 § 1 pkt 1 kpa, stwarza podstawę do stwierdzenia jej wygaśnięcia albo z mocy odrębnego przepisu prawa albo też po ustaleniu przez organ administracyjny, że leży to w interesie społecznym lub w interesie strony (tak też wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego, dalej także „WSA”, w Warszawie z dnia 22 czerwca 2006 r., sygn. akt: VII SA/Wa 89/06, LEX nr 214004).

#### **4. Interes społeczny i interes strony związane ze stwierdzeniem wygaśnięcia Decyzji SMP 2011**

Odnosząc się do brzmienia art. 162 § 1 pkt 1 kpa, Prezes UKE stwierdził, że w przedmiotowej sprawie nie istnieje przepis prawny, który nakazywałby stwierdzenie wygaśnięcia Decyzji SMP 2011, wobec czego niezbędne jest, celem skutecznego stwierdzenia wygaśnięcia Decyzji SMP 2011, spełnienie przesłanek interesu społecznego lub interesu strony. Przesłanki te stanowią alternatywę nierozłączną, na co wskazuje słowo „lub”. Oznacza to, że do zastosowania dyspozycji art. 162 § 1 pkt 1 kpa, wystarczy spełnienie przynajmniej jednej z przedmiotowych przesłanek.

W nauce przedmiotu wskazuje się, że „*pojęcie interesu społecznego nie jest ustawowo zdefiniowane, jest to zatem pojęcie nieokreślone, którego treść nadaje organ orzekający*” oraz że „*(...) treść tego pojęcia trzeba ustalać w każdym przypadku z osobna*.”<sup>6</sup> Należy zaznaczyć, iż w orzecznictwie występują m. in. trzy kategorie „interesów”: prywatny (indywidualny), społeczny oraz publiczny. W tym kontekście interes społeczny jest przeciwstawiany interesowi prywatnemu i nie musi oznaczać ogółu, a jedynie pewną zbiorowość (por. np. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 21 czerwca 2001 r., sygn. akt: V SA 3718/00, zam. ONSA 2002 nr 3, poz. 124).

Mając na uwadze orzecznictwo i piśmiennictwo wskazane powyżej, Prezes UKE stwierdził, że w niniejszej sprawie występuje interes społeczny, jako interes przedsiębiorców telekomunikacyjnych działających na rynku telekomunikacyjnym, w szczególności korzystających z usług regulowanych w zakresie hurtowego dostępu szerokopasmowego.

W kontekście tak pojmowanego interesu społecznego należy wskazać, że przedsiębiorcy telekomunikacyjni korzystający z usług regulowanych w zakresie hurtowego dostępu szerokopasmowego powinni mieć pewność co do obowiązujących aktualnie regulacji, w oparciu o które mogą korzystać z usług hurtowych operatora zasiedziałego, co z kolei pozwala im na świadczenie usług użytkownikom końcowym. Pozostawienie w obrotach prawnym Decyzji SMP 2011, przy jednoczesnej realizacji postanowień zawartych w Decyzji SMP 2014 i Postanowieniu SMP 2014, może rodzić szereg wątpliwości związanych ze świadczeniem przez OPL regulowanych usług na rynku 5/2014 oraz ze sposobem i zakresem korzystania z tych usług przez innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Wszystkie wyżej wymienione akty administracyjne regulują kwestie związane z zasadami i warunkami dostępu do hurtowych usług dostępu szerokopasmowego. Jak wynika z przywołanego uprzednio stanu faktycznego, obie wymienione wyżej decyzje tj. Decyzja SMP 2011 i Decyzja SMP 2014, nakładały na OPL obowiązki regulacyjne, które wpływały na sposób, zakres i dostępność usług hurtowego dostępu szerokopasmowego świadczonych przez OPL. Zatem wyeliminowanie z obrotu prawnego Decyzji SMP 2011 spowoduje jasne rozgraniczenie czasowe funkcjonowania obowiązków i regulacji wynikających z Decyzji SMP 2011 oraz Decyzji SMP 2014 i Postanowienia SMP 2014. Pozwoli to na klarowne

<sup>6</sup> Por. Adamiak B., Borkowski J., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Wydanie 8., Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2006; komentarz do art. 7 kpa, s. 72; Wyrzykowski M., *Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym*, Warszawa 1986, s. 209.

określenie, iż od dnia 7 października 2014 r. wyłącznie obowiązującymi we wzajemnych stosunkach gospodarczych podmiotów działających na rynku telekomunikacyjnym związanym z hurtowymi usługami dostępu szerokopasmowego są regulacje wynikające z Decyzji SMP 2014 i Postanowienia SMP 2014, co z pewnością zagwarantuje pewność obrotu i ułatwi przedsiębiorcom telekomunikacyjnym korzystającym z hurtowych usług dostępu szerokopasmowego prowadzenie działalności gospodarczej, co bez wątpienia leży w pojmowanym we wskazany wyżej sposób interesie społecznym.

W kontekście interesu społecznego należy również stwierdzić, że wyeliminowanie z obrotu prawnego decyzji lub jej części, która stała się bezprzedmiotowa, a tym samym jej wykonanie jest niemożliwe, jest w pełni zgodne z tą przesłanką. Trzeba bowiem generalnie zakładać, że pozostawanie w obrocie prawnym decyzji bezprzedmiotowej pozostaje w kolizji z interesem społecznym (por. B. Adamiak, Glosa do wyroku NSA z dnia 11 października 1985 r., SA/Wr 556/85, OSPiKA 1986, z. 9-10, poz. 179). Może ona bowiem stwarzać pozory istnienia określonych uprawnień czy obowiązków, godząc w ten sposób w pewność obrotu prawnego. Ponadto, decyzja administracyjna stanowi jeden z instrumentów służących do realizacji zadań nałożonych na administrację publiczną. Decyzja bezprzedmiotowa instrumentu takiego już nie stanowi, a zatem z punktu widzenia interesu społecznego jej wygaśnięcie jest zawsze konieczne (por. wyr. NSA z dnia 9 listopada 2001 r., I SA 861/00, LEX nr 81751). Taką też rolę należy przypisywać sformułowaniu wiążącemu stwierdzenie wygaśnięcia decyzji bezprzedmiotowej z wymogami interesu społecznego (T. Woś. Stwierdzenie wygaśnięcia decyzji administracyjnej jako bezprzedmiotowej, PiP.1992.7.49 Teza nr 2).

Niezależnie od powyższego, należy również wskazać, że stwierdzenie wygaśnięcia Decyzji SMP 2011 leży także w interesie strony, czyli OPL, ponieważ uzyska ona pewność co do obowiązujących ją regulacji na rynku hurtowych usług dostępu szerokopasmowego. W szczególności należy zauważyć, iż pozostawanie w obrocie Decyzji SMP 2011 może stwarzać dla OPL pozory jej dalszego obowiązywania, pomimo wydania, z dniem 7 października 2014 r., Decyzji SMP 2014 i Postanowienia SMP 2014. Jest to dla OPL szczególnie istotne, ponieważ decyzje regulacyjne Prezesa UKE i wynikające z nich obowiązki stanowią ograniczenie swobody działalności gospodarczej. Pewność co do zakresu obowiązywania regulacji jest niezwykle istotna z punktu widzenia poszanowania tej swobody, jak również pewności obrotu gospodarczego, bowiem obowiązki nakładane na OPL w decyzjach regulacyjnych przesądzają o jej pozycji w stosunkach gospodarczych z przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi korzystającymi ze świadczonych przez OPL usług hurtowych. Stwierdzenie wygaśnięcia Decyzji SMP 2011 wprowadza przejrzystość i jednoznaczność prawną dla OPL, gdyż skutkuje pozostawieniem w obrocie prawnym tylko aktualnych aktów administracyjnych dotyczących określonego zakresu przedmiotowego regulacji obowiązujących OPL. Dzięki usunięciu z obrotu prawnego Decyzji SMP 2011, OPL uzyska jasność w kwestii obowiązków regulacyjnych, które z mocy prawa zobowiązana jest stosować. Prezes UKE wskazuje zatem, że OPL posiada wyjątkowo ważny interes w stwierdzeniu wygaśnięcia Decyzji SMP 2011.

KIGEiT wskazała, że Decyzja wygaszająca, została wydana niezgodnie z przepisami prawa (uchylenie obowiązków regulacyjnych z pominięciem przepisów PT) oraz że w interesie przedsiębiorców telekomunikacyjnych leży pozostawienie Decyzji SMP 2011 w obrocie, ponieważ umowy o dostępie telekomunikacyjnym zawarte z OPL bazują na obowiązkach nałożonych tą decyzją regulacyjną.

W kontekście wydania przez Prezesa UKE Decyzji wygaszającej w zgodzie z obowiązującymi przepisami prawa obszerne wyjaśnienia zostały przedstawione we wcześniejszej części niniejszej decyzji.

Odnosząc się do zarzutu KIGEiT, iż w interesie przedsiębiorców telekomunikacyjnych leży pozostawienie Decyzji SMP 2011 w obrotach, ponieważ umowy o dostępie telekomunikacyjnym zawarte z OPL bazują na obowiązkach nałożonych tą decyzją regulacyjną, wskazać należy, iż stwierdzenie wygaśnięcia Decyzji SMP nie oznacza, że umowy te automatycznie przestają obowiązywać.

Z dniem 7 października 2014 r. postanowienia oferty SOR w zakresie dostępu do łączności abonenckich poprzez węzły sieci telekomunikacyjnej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych nie mają zastosowania dla 76 skutecznie konkurencyjnych obszarów gminnych. Jednakże, zgodnie z art. 43 ust. 5 PT, w przypadku zniesienia obowiązku stosowania oferty ramowej, umowy zawarte na podstawie umowy na czas nieokreślony mogą być rozwiązane lub zmienione nie wcześniej niż po upływie 90 dni od dnia, w którym zniesiono ten obowiązek. Jak podkreśla się w doktrynie: „Zniesienie obowiązku stosowania oferty ramowej nie ma bezpośredniego wpływu na stosowanie umów zawartych z wykorzystaniem oferty. Przepis ust. 5 ogranicza możliwość rozwiązania lub zmiany takiej umowy przed upływem 90 dni od daty zniesienia obowiązku. Nie ogranicza on jednak zgodnych ustaleń stron w sprawie zmiany takiej umowy przed upływem tego terminu, gdyż przepis ma jedynie na celu ochronę trwałości umów zawartych w związku z obowiązkiem stosowania oferty ramowej. Przepis ust. 5 dotyczy tylko umów zawartych na czas nieokreślony. Umowy zawarte na czas określony podlegają rozwiązaniu lub zmianie na warunkach określonych w tych umowach.” (S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, wyd. 3, Warszawa 2013).

Z kolei na pozostałym obszarze kraju Decyzją SMP 2014 został nałożony na OPL obowiązek przygotowania projektu oferty ramowej, przy czym w drugim akapicie pkt IV ppkt 7 Decyzji SMP 2014 wskazano, iż OPL wykona ten obowiązek poprzez przygotowanie i przedstawienie zmian oferty ramowej, jeśli istnieje obowiązująca oferta ramowa. W świetle powyższego stwierdzić należy, iż Oferta SOR, do czasu zatwierdzenia przez Prezesa UKE zmian oferty, obowiązuje w niezmienionej formie, a zatem umowy zawarte na podstawie Oferty SOR również obowiązują w dotychczasowym kształcie. Natomiast zatwierdzenie przez Prezesa UKE zmian w Ofercie SOR będzie skutkowało możliwością zmiany takich umów poprzez dostosowanie ich zapisów do zmian, które zaszły w ofercie.

Niezależnie od powyższego należy stwierdzić, że fakt oparcia umów o dostępie telekomunikacyjnym części przedsiębiorców telekomunikacyjnych na obowiązkach regulacyjnych określonych Decyzją SMP 2011, nie przesądza w żaden sposób o tym, że stwierdzenie wygaśnięcia wspomnianej decyzji nie leży w interesie społecznym. Należy bowiem zauważyć, że od dnia 7 października 2014 r. obowiązuje już Decyzja SMP 2014, która oparta jest na aktualnej analizie rynku i odpowiada warunkom rynkowym. Oparcie więc umów o dostępie telekomunikacyjnym na nowej, odpowiadającej aktualnemu stanowi faktycznemu decyzji, należy uznać za leżące w interesie społecznym. Ponadto stwierdzenie wygaśnięcia Decyzji SMP 2011 pozwoli na klarowne określenie, iż od dnia 7 października 2014 r. wyłącznie obowiązującymi we wzajemnych stosunkach gospodarczych podmiotów działających na rynku telekomunikacyjnym związanym z hurtowymi usługami dostępu szerokopasmowego są regulacje wynikające z Decyzji SMP 2014 i Postanowienia SMP 2014, co z pewnością zagwarantuje pewność obrotu i ułatwi przedsiębiorcom telekomunikacyjnym korzystającym z hurtowych usług dostępu szerokopasmowego prowadzenie działalności gospodarczej, co bez wątpienia leży w pojmowanym we wskazany wyżej sposób interesie społecznym.

W kontekście interesu strony, KIGEiT stwierdziła, że przesłanka interesu strony nie może być utożsamiana z samodzielną przesłanką uchylecia obowiązków regulacyjnych z pominięciem przepisów PT.

Nie można zgodzić się z powyższym twierdzeniem KIGEiT. Jak wskazano w uzasadnieniu niniejszej decyzji, przesłanka interesu strony nie jest jedyną przesłanką wydania Decyzji wygaszającej, która też, wbrew twierdzeniom KIGEiT, nie jest decyzją uchylającą obowiązki regulacyjne nałożone na OPL Decyzją SMP 2011.

Tym samym, zarzut KIGEiT nie może być uznany za zasadny.

PIKE zwróciła uwagę, że Decyzja wygaszająca będzie miała negatywny wpływ na zachowania wolnorynkowe oraz konkurencyjne na rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego (brak interesu społecznego) oraz nie leży także w interesie strony, ponieważ wydanie Decyzji wygaszającej w żaden sposób nie zapewnia przejrzystości otoczenia regulacyjnego.

Odnosząc się do powyższego należy na wstępie stwierdzić, że decyzja stwierdzająca wygaśnięcie decyzji ma charakter deklaratoryjny i nie tworzy ani nie zmienia istniejącego stanu prawnego, a jedynie potwierdza istniejący stan faktyczny lub prawny. Stwierdzenie wygaśnięcia Decyzji SMP 2011 ma na celu potwierdzenie istniejącego stanu faktycznego i prawnego powstałego z momentem wydania Postanowienia SMP 2014 oraz Decyzji SMP 2014. Tym samym nie może mieć wpływu na zachowania wolnorynkowe i konkurencyjne na rynku. W kontekście zarzutu braku interesu strony należy wskazać, że wbrew twierdzeniom PIKE w stwierdzeniu wygaśnięcia Decyzji SMP 2011 interes taki istnieje, na co wskazała również OPL w swoim stanowisku z dnia 3 listopada 2014 r. Jak już wyjaśniono, dzięki stwierdzeniu wygaśnięcia, z dniem 7 października 2014 r., Decyzji SMP 2011, OPL uzyska jasność w kwestii obowiązków regulacyjnych, które z mocy prawa zobowiązana jest stosować. Jak bowiem słusznie podniosła OPL, zakres regulacji przyjętych w Decyzji SMP 2011 oraz rozstrzygnięć podjętych w Decyzji SMP 2014 oraz Postanowieniu SMP 2014 jest kolizyjny, nie jest bowiem możliwe wykonywanie tych rozstrzygnięć jednocześnie. Prezes UKE wskazuje zatem, że OPL posiada wyjątkowo ważny interes w stwierdzeniu wygaśnięcia Decyzji SMP 2011.

Zarzuty PIKE są więc niezasadne.

Biorąc powyższe pod uwagę, Prezes UKE wskazuje, że stwierdzenie wygaśnięcia Decyzji SMP 2011 leży zarówno w interesie społecznym, jak i w interesie strony.

## **5. Forma stwierdzenia wygaśnięcia decyzji.**

W kontekście formy stwierdzenia wygaśnięcia decyzji należy wskazać, że zgodnie z przepisem art. 162 § 3 kpa, stwierdzenie wygaśnięcia decyzji na podstawie przepisu art. 162 § 1 kpa następuje w drodze decyzji.

Ponadto należy wyjaśnić, że wygaśnięcie decyzji następuje aktem deklaratoryjnym stwierdzającym, że dana decyzja stała się bezprzedmiotowa oraz że zaistniały dodatkowe przesłanki przemawiające za dokonaniem takiej deklaracji. O ile wygaśnięcie decyzji oznacza szczególny sposób zakończenia bytu prawnego decyzji jako aktu administracyjnego, o tyle stwierdzenie wygaśnięcia decyzji polega na wiążącym stwierdzeniu, że na skutek zaistnienia określonych okoliczności faktycznych i prawnych ustały skutki prawne decyzji. Celem tej instytucji jest usunięcie stanu niepewności co do obowiązywania decyzji, którą dotknęły okoliczności powodujące jej wygaśnięcie. Względny celowości i racjonalności wymagają zatem, aby organ administracyjny, który wydał tę decyzję, stwierdził jej wygaśnięcie w drodze decyzji administracyjnej na podstawie art. 162 § 1 w związku 162 § 3 kpa.

KIGEiT podniosła, że w myśl przepisu art. 163 kpa, w przypadku kolizji między zastosowaniem, do wzruszenia decyzji, przepisu kodeksowego oraz wynikającego z ustawy szczegółowej, pierwszeństwo ma ten ostatni przepis. W ocenie KIGEiT, Prezes UKE

niewłaściwie zastosował tryb kodeksowy (tj. stwierdzenie wygaśnięcia decyzji), podczas gdy pierwszeństwo powinny mieć przepisy wynikające z PT. Za takie należy uznać przepisy art. 23 ust. 1 pkt 2, art. 24 oraz art. 25 ust. 1 PT, które przewidują szczególny tryb uchylecia decyzji dotyczących analizy rynku i nałożenia obowiązków regulacyjnych i tym samym, w opinii KIGEiT, tryb przewidziany art. 162 kpa nie może mieć zastosowania.

Również PIKE podniosła, iż „*stosowanie instytucji typowych dla postępowania administracyjnego powinno mieć miejsce jednak dopiero w momencie, w którym zostanie ustalone, że normy wynikające z Pt nie przewidują innych instytucji czy trybów postępowania.*” oraz wskazała na przepisy art. 22-24 PT.

Odnosząc się do powyższych twierdzeń KIGEiT i PIKE, należy wskazać na art. 163 kpa, zgodnie z którym *organ administracji publicznej może uchylić lub zmienić decyzję, na mocy której strona nabyła prawo, także w innych przypadkach oraz na innych zasadach niż określone w niniejszym rozdziale, o ile przewidują to przepisy szczególne.* Należy jednakże zaznaczyć, że Prezes UKE nie może zastosować trybu, o którym mowa w art. 163 kpa, ponieważ w niniejszej sprawie wskazane wyżej przepisy PT nie mogą mieć zastosowania.

Zgodnie z art. 23. PT:

*1. Po przeprowadzeniu postępowania, o którym mowa w art. 22 ust. 1, Prezes UKE, w przypadku ustalenia, że na rynku właściwym nie występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą:*

*1) wydaje postanowienie, w którym:*

*a) określa rynek właściwy w sposób określony w art. 22 ust. 1 pkt 1,*

*b) stwierdza, że na tym rynku właściwym występuje skuteczna konkurencja*

*- jeżeli na tym samym rynku właściwym nie występował przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą albo*

*2) wydaje decyzję, w której:*

*a) określa rynek właściwy w sposób określony w art. 22 ust. 1 pkt 1,*

*b) stwierdza, że na tym rynku właściwym występuje skuteczna konkurencja,*

*c) uchyla nałożone obowiązki regulacyjne*

*- jeżeli na tym samym rynku właściwym występował przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą, którzy utracili tę pozycję.*

Zgodnie z art. 25 PT:

*1. Jeżeli przed wydaniem decyzji, o której mowa w art. 24, na tym samym rynku właściwym występował przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą, którzy utracili tę pozycję, Prezes UKE, w drodze decyzji, określa termin uchylecia obowiązków regulacyjnych, uwzględniając sytuację działających na rynku przedsiębiorców telekomunikacyjnych objętych tą decyzją.*

W tym miejscu należy zaznaczyć, że wskazane przez KIGEiT przepisy mają zastosowanie tylko w przypadku, gdy mamy do czynienia z tym samym rynkiem właściwym, zarówno w aspekcie produktowym, jak i geograficznym. Jak już zostało szeroko wyjaśnione, określone

Decyzją SMP 2014 i Postanowieniem SMP 2014 rynki właściwe ze względu na różny zakres geograficzny od rynku właściwego określonego w Decyzji SMP 2011, nie mogą być uznane za takie same w rozumieniu art. 23 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 25 ust. 1 PT. Dlatego też wspomniane przepisy PT mają zastosowanie tylko w przypadku, gdy regulacji podlega taki sam rynek właściwy, co jak już obszernie wykazano w przypadku Decyzji SMP 2011 oraz Postanowienia SMP 2014 i Decyzji SMP 2014 nie ma miejsca. W takim przypadku, kiedy zastosowanie art. 23 ust. 1 pkt. 2 lub art. 25 ust. 1 PT nie jest możliwe, zastosowanie trybu kpa należy uznać za zasadne.

KIGEiT podniosła ponadto, że kwestia oceny prawidłowości zastosowanych przez Prezesa UKE środków regulacyjnych należy do kompetencji sądów powszechnych, a nie administracyjnych. Gdyby bowiem sądy administracyjne oceniały wygaśnięcie obowiązków regulacyjnych, to faktycznie oceniałyby one stan faktyczny w oparciu i na podstawie art. 23 ust. 1 pkt 2 lit. c PT, czyli oceniałyby materię należącą do wyłącznej kompetencji sądów powszechnych.

Odnosząc się do powyższego, Prezes UKE pragnie zauważyć, że decyzja stwierdzająca wygaśnięcie decyzji ma charakter deklaratoryjny i nie tworzy ani nie zmienia istniejącego stanu prawnego, a jedynie potwierdza istniejący stan faktyczny lub prawny. Stwierdzenie wygaśnięcia Decyzji SMP 2011 ma na celu potwierdzenie istniejącego stanu faktycznego i prawnego powstałego z momentem wydania Postanowienia SMP 2014 oraz Decyzji SMP 2014. Decyzja ta nie uchyla ani nie zmienia obowiązków regulacyjnych nałożonych na OPL. Ponadto, zgodnie z Wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 1 grudnia 2010 r. VI SA/Wa 1573/10 (LEX nr 759625) „*decyzja wydana w trybie art. 162 § 1 k.p.a. (decyzja wygaszająca) nie jest decyzją regulacyjną w rozumieniu art. 206 p.t. zatem decyzja wygaszająca podlega zaskarżeniu do sądu administracyjnego.[...] Zdaniem NSA zasadnicza kwestia nie tkwi w decyzji "wygaszanej" lecz w decyzji "wygaszającej". W konsekwencji o właściwości sądu nie decyduje przedmiot decyzji wygaszanej. Dlatego też decyzję wygaszającą należy oceniać pod kątem art. 162 § 1 k.p.a.[...] W konsekwencji sąd administracyjny jest właściwy rzeczowo do rozpatrzenia skargi na decyzję Prezesa UKE z dnia (...) maja 2010 r. w przedmiocie stwierdzenia wygaśnięcia decyzji regulacyjnej*”. Z powyższego wyraźnie wynika, że decyzja w przedmiocie stwierdzenia wygaśnięcia Decyzji SMP 2011 nie jest decyzją regulacyjną w rozumieniu art. 206 PT, a tym samym jej wydanie nie musi być poprzedzone przewidzianymi PT procedurami, a rozpoznanie jej zaskarżenia mieści się we właściwości sądów administracyjnych.

Tym samym twierdzenie KIGEiT, że Prezes UKE zmienił i uchylił obowiązki regulacyjne nałożone na OPL w sposób niezgodny z prawem, nie może być uznane za uzasadnione.

Nietrafne jest zatem również twierdzenie KIGEiT, że Decyzja wygaszająca obarczona jest istotną wadą prawną.

Mając na uwadze powyższe oraz uwzględniając wszystkie przedstawione uprzednio okoliczności, stwierdzić należy, że wszczęcie niniejszego postępowania i wydanie Decyzji wygaszającej Decyzję SMP 2011 było w pełni uzasadnione.

## **6. Odniesienie się do pozostałych zarzutów KIGEiT i PIKE podniesionych we wnioskach o ponowne rozpatrzenie sprawy oraz stanowisku KIGEiT z 29 września 2015 r.**

### Kwestia toczącego się postępowania odwoławczego od Decyzji SMP 2011

KIGEiT zwróciła uwagę na fakt, że od Decyzji SMP 2011 toczy się postępowanie odwoławcze, a tym samym stwierdzenie wygaśnięcia tej decyzji jest niemożliwe, co zostało przez Prezesa UKE pominięte.

KIGEiT zwróciła uwagę Prezesa UKE na orzecznictwo, zgodnie z którym niedopuszczalne jest stwierdzenie wygaśnięcia decyzji, jeżeli w sprawie toczy się postępowanie odwoławcze przed sądami powszechnymi. KIGEiT powołała się w tym zakresie na wyrok NSA z dnia 4 grudnia 2012 r. sygn. akt II GSK 1876/11 oraz na wyrok NSA z dnia 12 września 2012 r., sygn. akt II GSK 1191/11.

Prezes UKE wskazuje, że w toczącym się przed Prezesem UKE postępowaniu decydujące znaczenie ma stan prawny i faktyczny na dzień wydania niniejszej decyzji, co jest poglądem powszechnie przyjętym w doktrynie i orzecznictwie (por. M. Jaśkowska, A. Wróbel, Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, Zakamycze, 2005, wyd. II: „[...] organ administracji publicznej ocenia stan faktyczny sprawy według chwili wydania decyzji administracyjnej. Reguła ta odnosi się także do oceny stanu prawnego sprawy, co oznacza, że organ administracji publicznej wydaje decyzję administracyjną na podstawie przepisów prawa obowiązujących w chwili jej wydania”; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 4 października 2000 r., sygn. V SA 283/00, Lex nr 50110, w którym przyjęto, że „przepisy kodeksu postępowania administracyjnego nie wiążą z datą wszczęcia postępowania podstawy faktycznej prawnej rozpoznania sprawy. Miarodajny w tym zakresie jest stan obowiązujący w dacie wydania decyzji”).

Odnosząc się do powyższego wskazać należy, iż wyrokiem z dnia 29 sierpnia 2013 r., sygn. akt. XVII AmT 29/11, Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów po rozpoznaniu sprawy z odwołania Telekomunikacji Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie (obecnie OPL) od Decyzji SMP 2011, oddalił odwołanie. Od wyroku sądu powód nie wniósł apelacji.

Natomiast wyrokiem z dnia 4 lutego 2014 r., sygn. akt. XVII AmT 33/11, Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów po rozpoznaniu sprawy z odwołania KIGEiT od Decyzji SMP 2011, oddalił odwołanie. Na skutek apelacji powoda Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny wyrokiem z dnia 10 marca 2015 r., sygn. akt VI A Ca 679/14, oddalił apelację.

W świetle powyższego stwierdzić należy, iż od Decyzji SMP 2011 nie toczy się postępowanie odwoławcze, zatem zarzut KIGEiT należy uznać za bezprzedmiotowy.

#### Kwestia naruszenia art. 15 i 18 PT

KIGEiT wskazała, że rozstrzygnięcie w przedmiocie obowiązków regulacyjnych wymaga, zgodnie z PT, uprzedniego przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego i konsolidacyjnego, a brak ich przeprowadzenia powinien skutkować uchynieniem Decyzji wygaszającej. Również PIKE stwierdziła, iż postępowanie w sprawie regulowania rynków telekomunikacyjnych oraz zniesienia obowiązków regulacyjnych musi się toczyć zgodnie z przepisami PT, tj. przed wszczęciem postępowania z art. 22 PT, powinna być przeprowadzona, zgodnie z art. 21 PT, analiza rynku telekomunikacyjnego, a przed wydaniem rozstrzygnięcia - postępowanie konsultacyjne (art. 15 PT) i konsolidacyjne (art. 18 PT). W przypadku Decyzji wygaszającej, procedury te, w ocenie PIKE, nie zostały dochowane. Według PIKE, wydanie Decyzji wygaszającej stanowiło obejście art. 15 i 18 PT, ponieważ prowadziło de facto do zniesienia obowiązków regulacyjnych nałożonych na OPL.

Ponadto PIKE wskazała, iż wydając Decyzję wygaszającą, Prezes UKE naruszył art. 16 dyrektywy ramowej (zniesienie obowiązków regulacyjnych w formie decyzji) oraz art. 8 ust. 5 dyrektywy o dostępie (konieczność przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego). Na wstępie należy wskazać, że co do zasady dyrektywy nie są stosowane bezpośrednio, ponieważ są aktami adresowanymi do państw członkowskich i muszą zostać przez nie poddane transpozycji do prawa krajowego. Zostały one implementowane do



polskiego porządku prawnego w PT. Jak już wcześniej wskazano, powyższe zapisy zaimplementowane do PT, mają zastosowanie wyłącznie w przypadku postępowań dotyczących regulacji rynku telekomunikacyjnego, a nie w przypadku postępowania w sprawie stwierdzenia wygaśnięcia decyzji, które postępowaniem regulacyjnym nie jest.

Prezes UKE ponownie pragnie podkreślić, że decyzja stwierdzająca wygaśnięcie decyzji ma charakter deklaratoryjny i nie tworzy ani nie zmienia istniejącego stanu prawnego, a jedynie potwierdza istniejący stan faktyczny. Stwierdzenie wygaśnięcia Decyzji SMP 2011 ma na celu potwierdzenie istniejącego stanu faktycznego i prawnego powstałego z momentem wydania Postanowienia SMP 2014 oraz Decyzji SMP 2014. Ponadto, zgodnie z Wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 1 grudnia 2010 r. VI SA/Wa 1573/10 (LEX nr 759625) „decyzja wydana w trybie art. 162 § 1 k.p.a. (decyzja wygaszająca) nie jest decyzją regulacyjną w rozumieniu art. 206 p.t. zatem decyzja wygaszająca podlega zaskarżeniu do sądu administracyjnego”. Tym samym, twierdzenie KIGEiT i PIKE, że stwierdzenie wygaśnięcia Decyzji SMP 2011 musi być poprzedzone przeprowadzeniem wspomnianych procedur (wynikających z PT) nie mogą być uznane za uzasadnione. Jak zostało już szczegółowo wyjaśnione, podstawą wydania Decyzji wygaszającej było spełnienie przesłanek, o których mowa w art. 162 § 1 kpa (bezprzedmiotowość, interes społeczny oraz interes strony) w związku z wydaniem dnia 7 października 2014 Decyzji SMP 2014 i Postanowienia SMP 2014. Dodatkowo należy wskazać, że w przypadku Decyzji SMP 2014 oraz Postanowienia SMP 2014 postępowanie konsultacyjne oraz konsolidacyjne zostało przeprowadzone.

PIKE wskazała ponadto, że organ bezpodstawnie przyjął, iż nowe regulacje, zawarte w Decyzji SMP 2014 i Postanowieniu SMP 2014, obejmują pod względem produktowym dotychczasowe regulacje zawarte w Decyzji SMP 2011. W ocenie PIKE, sam fakt określenia takiego samego zakresu produktowego rynku we wspomnianych rozstrzygnięciach nie wskazuje, że ww. regulacje dotyczą tego samego rynku pod względem produktowym. Aby można było mówić o tożsamości rynków pod względem produktowym konieczne jest, aby wszystkie analizy rynkowe dotyczące wspomnianych decyzji oparte były na tych samych kryteriach, a także, iż Decyzja SMP 2014 i Postanowienie SMP 2014 zmieniły stan faktyczny wyznaczony Decyzją SMP 2011.

Z powyższym twierdzeniem PIKE nie można się zgodzić. Określenie takich samych zakresów produktowych w kilku rozstrzygnięciach (np.: późniejszych i wcześniejszych) powoduje, że rozstrzygnięcia dotyczą tych samych rynków w aspekcie produktowym. Fakt, że Prezes UKE posłużył się innymi kryteriami oceny konkurencyjności rynku na szczeblu detalicznym w przypadku Postanowienia SMP 2014 i Decyzji SMP 2014, niż w Decyzji SMP 2011, w żaden sposób nie przekłada się na zakres produktowy rynku. Kryteria te służyły bowiem do oceny stopnia konkurencyjności poszczególnych obszarów gminnych, czyli do zbadania, czy występuje na nich skuteczna konkurencja, czy też nie. Zaznaczyć należy też, że nowe regulacje, zawarte w Decyzji SMP 2014 oraz w Postanowieniu SMP 2014, obejmują pod względem produktowym dotychczasowe regulacje zawarte w Decyzji SMP 2011. Tym samym, z dniem wydania Postanowienia SMP 2014 oraz Decyzji SMP 2014 (7 października 2014 r.), przestał istnieć na obszarach gminnych uregulowanych w Decyzji SMP 2011 stosunek prawny uregulowany tą decyzją. Tym samym, wbrew twierdzeniem PIKE, doszło do zmiany stanu faktycznego, który uniemożliwia wykonywanie Decyzji SMP 2011, mimo, że analiza oparta była na innych kryteriach oceny konkurencyjności rynku na szczeblu detalicznym.

PIKE nawiązała ponadto do Decyzji z dnia 23 października 2014 r. znak: DART-SMP-6041-5/14(2) w sprawie stwierdzenia wygaśnięcia Decyzji z dnia 14 lutego 2007 r. znak: DRT-SMP-6043-23/05(33) (dalej także „Decyzja SMP 2007”). W opinii PIKE, Prezes UKE

zastosował tryb stwierdzenia wygaśnięcia decyzji, mimo że zarówno Decyzja SMP 2007, Decyzja SMP 2011, Decyzja SMP 2014 oraz Postanowienie SMP 2014 dotyczyły tożsamego rynku pod względem produktowym, jak i geograficznym.

W tym miejscu należy wskazać, że niniejsze postępowanie dotyczy Decyzji wygaszającej Decyzję SMP 2011, nie zaś Decyzję SMP 2007. Ponadto należy wskazać, że w decyzji stwierdzającej wygaśnięcie Decyzji SMP 2007 Prezes UKE w żaden sposób nie stwierdził, że Decyzja SMP 2007, Decyzja SMP 2011, Decyzja SMP 2014 oraz Postanowienie SMP 2014 dotyczyły tego samego rynku w aspekcie geograficznym.

#### Stwierdzenie wad prawych Decyzji SMP 2014 i Postanowienia SMP 2014

W opinii PIKE zarówno Decyzja SMP 2014 jak i Postanowienie SMP 2014 obarczone są wadami prawnymi, które powinny skutkować stwierdzeniem ich nieważności.

PIKE wskazuje, że w Decyzji wygaszającej stwierdzono, że „*obowiązek stosowania postanowień Decyzji SMP 2014 oraz Postanowienia SMP 2014 wynika już w sposób dorozumiany z tej decyzji i postanowienia*”, co wskazuje że akty te nie są jasne i precyzyjne, a tym samym zawierają wady prawne, które uniemożliwiają wydanie Decyzji wygaszającej.

W odniesieniu do powyższego należy wskazać, że niniejsze postępowanie dotyczy stwierdzenia wygaśnięcia Decyzji SMP 2011, nie zaś rzekomych wad Decyzji SMP 2014 oraz Postanowienia SMP 2014.

W świetle powyższego stwierdzić należy, że zarzut PIKE nie dotyczy przedmiotu niniejszego postępowania, w związku z tym nie może zostać rozpatrzony w niniejszej sprawie.

W dalszej kolejności PIKE wskazała, że jeżeli Prezes UKE uważa, że zarówno Decyzja SMP 2011, jak i Decyzja SMP 2014 oraz Postanowienie SMP 2014 dotyczą tego samego rynku właściwego, to powinien, w oparciu o art. 156 § 1 pkt 3 kpa, stwierdzić nieważność zarówno Decyzji SMP 2014, jak i Postanowienia SMP 2014 (jako że regulacje te wzajemnie czynią się bezprzedmiotowymi).

Odnosząc się do powyższego, należy wskazać, że w pkt 3 niniejszej decyzji szczegółowo opisane zostały relacje pomiędzy rynkami właściwymi określonymi we wspomnianych decyzjach i postanowieniu, które w pełni uzasadniają stwierdzenie wygaśnięcia Decyzji SMP 2011. Ponownie należy podkreślić, iż Prezes UKE nigdy nie twierdził, iż Decyzja SMP 2011, jak i Decyzja SMP 2014 oraz Postanowienie SMP 2014 dotyczą tego samego rynku właściwego. Wręcz przeciwnie, jak wielokrotnie podkreślano zarówno w Decyzji wygaszającej, jak i w niniejszej decyzji, są to, ze względów geograficznych, różne rynki właściwe.

Zarzut PIKE należy więc uznać za bezzasadny.

#### **7. Rygor natychmiastowej wykonalności**

Rozpatrując ponownie sprawę zakończoną wydaniem Decyzji wygaszającej, Prezes UKE zbadał również kwestię zasadności nadania ww. decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności.

Art. 108 § 1 kpa stanowi, że decyzji, od której służy odwołanie, może być nadany rygor natychmiastowej wykonalności, gdy jest to niezbędne ze względu na ochronę zdrowia lub życia ludzkiego albo dla zabezpieczenia gospodarstwa narodowego przed ciężkimi stratami, bądź też ze względu na inny interes społeczny lub wyjątkowo ważny interes strony. Z przepisu tego wynika, że rygor natychmiastowej wykonalności może zostać nadany m.in. wówczas, gdy przemawia za tym interes społeczny lub wyjątkowo ważny interes strony.

W przypadku Decyzji wygaszającej występuje wyjątkowo ważny interes strony, przemawiający za nadaniem jej rygoru natychmiastowej wykonalności. OPL może mieć bowiem niejasność odnośnie podejmowania działań związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej w zakresie realizacji nałożonych na nią obowiązków regulacyjnych, aż do czasu uprawomocnienia się Decyzji wygaszającej, co bez wątpienia nie leży w interesie OPL. Nie ulega bowiem wątpliwości, że jednoznaczność i przejrzystość sytuacji prawnej OPL, obejmująca zakres, zasady i warunki, w tym warunki cenowe, świadczenia usług hurtowego dostępu szerokopasmowego, ma istotne znaczenie dla jej działalności gospodarczej. Dla przykładu należy wskazać, że sposób ustalania opłat za dostęp do sieci OPL bezpośrednio wpływa na wysokość przychodów OPL z działalności gospodarczej, a także na współpracę międzyoperatorską.

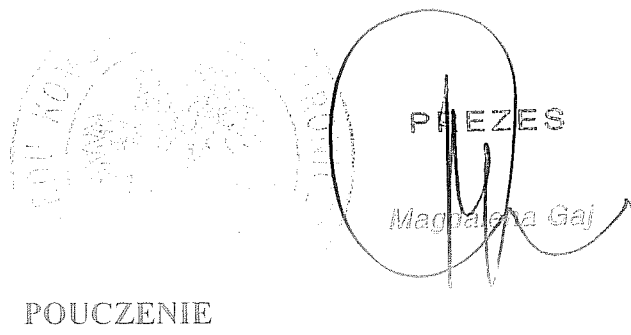
Dzięki nadaniu rygoru natychmiastowej wykonalności, skutki Decyzji wygaszającej chronią interes OPL już od momentu wydania decyzji, poprzez zapewnienie porządku regulacyjnego i obowiązków ciążących na tym przedsiębiorcy ze względu na jego znaczącą pozycję rynkową.

Jednocześnie należy odnieść się do niezbędności nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności, która zgodnie z wyrokiem NSA z dnia 19 lutego 1998 r. (sygn. akt: V SA 686/97, ONSA nr 4, poz. 147) oznacza, że w danym czasie i w danej sytuacji nie można się obejść bez wykonania praw i obowiązków, o których rozstrzyga się w decyzji, ponieważ zwłoka w ich wykonaniu zagraża dobrom chronionym, określonym w art. 108 § 1 kpa. Szczegółowa analiza przesłanek uzasadniających nadanie decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności prowadzi do wniosku, że kluczowym zagadnieniem przy jego wprowadzaniu jest przekonanie organu administracyjnego, że warunek niezbędności jego wprowadzenia rzeczywiście zaistniał (J. Borkowski (w:) B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, 8 Wydanie. Wydawnictwo C.H. Beck, str. 524).

Biorąc pod uwagę powyższe, Prezes UKE uznał, że w niniejszym przypadku zachodzą wyżej wymienione przesłanki nadania Decyzji wygaszającej rygoru natychmiastowej wykonalności. Niewątpliwym jest bowiem, że wyeliminowanie z obrotu prawnego każdej decyzji bezprzedmiotowej, czyli pozostającej w kolizji, naruszającej interes społeczny lub interes stron, powinno nastąpić niezwłocznie, aby nie pogłębiać niekorzystnego społecznie i gospodarczo stanu, którego wyeliminowaniu służy tryb przewidziany w art. 108 § 1 kpa.

W związku z powyższym, Prezes UKE stwierdził, iż spełnione zostały przesłanki określone w art. 108 § 1 kpa, a mianowicie natychmiastowe wykonanie Decyzji wygaszającej stało się niezbędne z uwagi na interes społeczny, jak również ważny interes stron, a zatem zasadnie nadał tej decyzji rygor natychmiastowej wykonalności.

Biorąc powyższe pod uwagę, po ponownym rozpatrzeniu niniejszej sprawy, postanowiono jak w sentencji.



PREZES  
Magdalena Gaj

#### POUCZENIE

Stronie niezadowolonej z niniejszej decyzji przysługuje prawo wniesienia skargi do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie. Skargę wnosi się

za pośrednictwem Prezesa UKE w terminie 30 dni od dnia doręczenia decyzji - art. 3 § 2 pkt 1, art. 13 § 1, art. 52 § 1, art. 53 § 1 i art. 54 § 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t.j. Dz. U. z 2012 r. poz. 270, z późn. zm.).

Otrzymują:

1. Wioletta Pacler

Pełnomocnik Orange Polska S.A.

Al. Jerozolimskie 160

02-326 Warszawa

2. Rafał Zieliński

Pełnomocnik Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji

ul. Stępińska 22/30

00-739 Warszawa

3. Polska Izba Informatyki

i Telekomunikacji

ul. Kruczkowskiego 8

00-380 Warszawa

4. Jakub Woźny

Pełnomocnik

Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej

Kancelaria Prawna Media s.c.

ul. Łąkowa 21/17

61-879 Poznań