



Sygn. akt III SK 74/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 marca 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Dawid Miąsik (przewodniczący)

SSN Bohdan Bieniek

SSN Andrzej Wróbel (sprawozdawca)

Protokolant Edyta Jastrzębska

w sprawie z powództwa Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji w Warszawie

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

z udziałem zainteresowanej O. S.A. w Warszawie

o informację z przeprowadzonych Testów PS,

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 22 marca 2017 r.,

skargi kasacyjnej strony powodowej od postanowienia Sądu Apelacyjnego w [...]

z dnia 15 października 2014 r., sygn. akt VI ACz .../14,

1.oddala skargę kasacyjną

2.zasądza od strony powodowej na rzecz strony pozwanej i zainteresowanego kwoty po 270 (dwieście siedemdziesiąt) zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu kasacyjnym.

UZASADNIENIE

W dniu 25 października 2012 r. pozwany Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej Prezes UKE) wystosował do zainteresowanej T. S.A. w [...] (obecnie O. S.A. w [...]) pismo o numerze DHRT-WORK-6002-35/12(I1) informujące zainteresowaną o pozytywnym wyniku testów zawężenia cen - marż „Price Squeeze” (Test PS) przeprowadzanych w odniesieniu do ofert detalicznych TP S.A. określonych jako „Neostrada Biznes” obejmujących usługę dostępu do Internetu skierowaną do klientów biznesowych w opcjach prędkości 998 kbit/s-10Mbit/s/256-512 kbit/s oraz 998 kbit/s-10 Mbit/s/512-1024 kbit/s w kontrakcie na czas nieokreślony 12 lub 24 miesiące.

Powódka - Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki i Telekomunikacji (dalej KIGEiT) uznała ww. pismo za decyzję administracyjną, o której wiadomość powzięła z Komunikatu Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 25 października 2012 r. umieszczonego na stronie internetowej Urzędu. W ocenie powódki Prezes UKE przeprowadzając Test PS ustalił opłaty za usługę BSA, a więc rozstrzygnął sprawę, o której mowa w art. 39 ust. 4 i art. 40 ust. 4 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz. 1800 ze zm.; dalej jako Prawo telekomunikacyjne). Sąd Okręgowy w [...] – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów postanowieniem z 4 czerwca 2014 r. odrzucił odwołanie.

Sąd ograniczając rozpoznanie sprawy do rozstrzygnięcia zagadnienia dopuszczalności odwołania ustalił, że dla ustalenia cen usług przedsiębiorcy wyznaczonego obowiązuje w Prawie telekomunikacyjnym następująca droga postępowania: 1) wydanie przez organ regulacyjny decyzji SMP w przypadku ustalenia, że na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy zajmujący kolektywną pozycję znaczącą; w decyzji tej, zgodnie z art. 24 Prawa telekomunikacyjnego, Prezes URE określa rynek właściwy i wyznacza przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji na rynku właściwym oraz nakłada bądź utrzymuje bądź zmienia uprzednio nałożone na tego przedsiębiorcę obowiązki regulacyjne, 2) Prezes UKE działając na podstawie art. 42 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego może w drodze decyzji nałożyć na operatora o znaczącej pozycji rynkowej obowiązek przedstawienia projektu oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym, 3) Jeżeli przedłożony projekt oferty ramowej odpowiada przepisom prawa i ustalonym

potrzebom rynku Prezes UKE zatwierdza projekt wydając odrębną decyzję (decyzja SDR) w oparciu o art. 43 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego.

W ocenie Sądu jest bezsporne, że w odniesieniu do zainteresowanej wydane zostały przez Prezesa UKE decyzje SMP z dnia 28 kwietnia 2011 r. i SOR z 29 września 2010 r. ze zm. Ponadto Prezes UKE ogłosił stanowisko dotyczące metod przeprowadzenia testów PS.

Według postanowień decyzji SOR dotyczących zasad przeprowadzania testu zawężenia ceny (Testu PS) w pkt 8.1 Rozdziału 8 określono, że „celem Testu PS jest weryfikacja, czy cena za nową usługę detaliczną TP została ustalona na poziomie, który umożliwia przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu korzystającemu z usług regulowanych stwierdzenie usługi detalicznej konkurencyjnej do nowej usługi detalicznej TP”. Z powyższego zdaniem Sądu wynika, że przeprowadzenie testów na wniosek zainteresowanej było wykonaniem procedury przewidzianej w decyzji SOR. Przeprowadzenie Testu PS umożliwiło pozwanemu Prezesowi UKE dokonanie weryfikacji (oceny) przedstawionej opłaty pod kątem zapewnienia przez zainteresowanego wymagań skutecznej konkurencji. Taki cel Testu PS wynika wprost z motywu 20 preambuły do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. 2002/19/WE w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń, według której „kontrola cen może okazać się niezbędna, jeżeli analiza rynkowa przeprowadzona w odniesieniu do poszczególnego rynku wykaże nieefektywną konkurencję”.

W ocenie Sądu test i ogłoszenie o jego wyniku jest czynnością materialno - techniczną, a nie władczą organu regulacyjnego. Wynik testu ma cel informacyjny, dający wiedzę na temat badanego zjawiska. Nie rozstrzyga natomiast o prawach i obowiązkach podmiotu, bądź podmiotów prawa, w szczególności zaś zainteresowanego. W wyniku jego przeprowadzenia Prezes UKE i zainteresowany, a w zakresie treści komunikatu o wynikach Testu również wszyscy, którzy się z nim zapoznają, uzyskują wiedzę na temat, czy ceny zainteresowanego na konkretnym poziomie spełniają warunki niedyskryminacji innych uczestników rynku.

W związku z tym Sąd uznał, że procedura weryfikacyjna Testu PS nie jest postępowaniem administracyjnym, nie zmierza bowiem do wydania decyzji administracyjnej, w szczególności decyzji mającej za podstawę prawną art. 39 i 40

Prawa telekomunikacyjnego. Wynik Testu nie jest rozstrzygnięciem w rozumieniu art. 107 § 1 k.p.a. dając jedynie wiedzę niezbędną do rozstrzygnięć organu regulacyjnego w przyszłości.

W ocenie Sądu, zainteresowana będąc w posiadaniu wiedzy o wyniku testu może wprowadzić nowe usługi. Jeżeli decyduje się na ich wprowadzenie inicjuje postępowanie administracyjne o zmianę decyzji SOR. W konkretnym przypadku zainteresowany doprowadził do wszczęcia postępowania o zmianę decyzji SOR w zakresie świadczenia usługi hurtowej na rzecz operatorów alternatywnych. Stroną tego postępowania jest również powód. W postępowaniu tym zainteresowany jest obowiązany do przedstawienia uzasadnienia kosztowego usługi, które będzie przedmiotem oceny Prezesa URE w decyzji. Ponieważ postępowanie w sprawie zmiany oferty SOR jest w toku, zainteresowany zaoferował operatorom alternatywnym odpowiednią usługę hurtową na warunkach komercyjnych.

Sąd ocenił, że fakt, iż do ukształtowania tej oferty zainteresowany użył wiedzy z wyników Testu PS - potrzebnej do ustalenia stosunku ceny detalicznej do hurtowej za usługę BSA - nie świadczy, wbrew zapatrywaniu powoda, o tym, że wyniki te mają być prawny decyzji administracyjnej. Faktyczne działania operatora wyznaczonego na rynku do czasu zakończenia sprawy o zmianę oferty ramowej (SOR) nie stanowią bowiem podstawy do oceny charakteru prawnego wyniku Testu PS.

W tym stanie rzeczy odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 479 § 2 k.p.c. jako niedopuszczalne, gdyż złożono je - zdaniem Sądu - od decyzji nieistniejącej.

Sąd Apelacyjny w [...] postanowieniem z 15 października 2014 r. oddalił zażalenie powoda na powyższe postanowienie Sądu pierwszej instancji.

Sąd Apelacyjny zważył, że zgodnie z art. 479⁵⁷ § 1 k.p.c. Sąd Okręgowy w [...] – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest właściwy w sprawach odwołań od decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, zażaleń na postanowienia wydawane przez Prezesa UKE w postępowaniach prowadzonych na podstawie przepisów Prawa Telekomunikacyjnego, ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe lub przepisów odrębnych.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, Test PS i ogłoszenie jego wyniku nie ma

charakteru władczego rozstrzygnięcia organu administracji publicznej, a zatem nie może być uznane za decyzję administracyjną w rozumieniu art. 107 § 1 k.p.a. Test PS nie ustala bowiem wysokości opłat za usługę, chociaż może stanowić podstawę do ustalenia ich wysokości, a nadto nie jest to czynność skierowana do indywidualnie oznaczonego adresata. Tym samym nie można uznać, że pismo Prezesa UKE z 25 października 2012 r. kreuje jakiegokolwiek prawa lub obowiązki dla podmiotów, w tym dla wnoszącego odwołanie. Wynik Testu PS nie jest decyzją administracyjną w rozumieniu art. 107 § 1 k.p.a., a tym samym nie należy do rozstrzygnięć enumeratywnie wymienionych w art. 479⁵⁷ § 1 k.p.c., od których stronom i zainteresowanym przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w [...] – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Powód zaskarżył powyższe postanowienie Sądu drugiej instancji skargą kasacyjną, zarzucając: 1) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 39 ust. 4 i art. 40 ust. 4 Prawa telekomunikacyjnego przez ich niewłaściwe zastosowanie (pominięcie) poprzez przyjęcie, że efekt Testów PS (stanowisko Prezesa UKE z 25 października 2012 r. opublikowane na stronie internetowej oraz pismo Prezesa z dnia 25 października 2012 r. skierowane do O. S.A. (poprzednio T. S.A.) nie prowadzi do ustalenia opłat za regulowane usługi hurtowe (usługę BSA) świadczone przez „OPL”, które Prezes UKE może ustalać wyłącznie w decyzji administracyjnej na podstawie art. 39 ust. 4 lub art. 40 ust. 4 Prawa telekomunikacyjnego; art. 39 ust. 4 i art. 40 ust. 4 Prawa telekomunikacyjnego w związku z art. 104 § 1 i 107 § 1 k.p.a. oraz z art. 7 Konstytucji i art. 6 k.p.a., a także z art. 1 pkt 1 k.p.a. przez ich niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że Prezes UKE przeprowadzając Test PS i przekazując do „OPL” pismo z dnia 25 października 2012 r. dokonał czynności abstrakcyjnej, nieskierowanej do oznaczonego adresata i nie kreującej praw i obowiązków dla „OPL”; art. 39 ust. 4 i art. 40 ust. 4 Prawa telekomunikacyjnego w związku z art. 104 § 1 i 107 § 1 k.p.a. oraz z art. 7 Konstytucji i art. 6 k.p.a. przez ich niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że Prezes UKE przeprowadzając Test PS dokonał czynności materialno-technicznych; 2) naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 385 k.p.c. w związku z art. 397 § 2 k.p.c. oraz art. 479⁵⁷ § 1 pkt 1 k.p.c. w związku z art. 39 ust. 4, art. 40 ust. 4 i art. 206 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego przez przyjęcie, że „stanowisko (oraz pismo

Prezesa UKE z dnia 25 października 2012 r.)” nie stanowi decyzji administracyjnej w przedmiocie ustalenia wysokości opłaty, które to naruszenie miało istotny wpływ na wynik sprawy w ten sposób, że Sąd drugiej instancji oddalił zażalenie na postanowienie Sądu pierwszej instancji odrzucające odwołanie; art. 45 ust. 1 oraz art. 77 ust. 2 Konstytucji w związku z art. 397 § 1 k.p.c. w związku z art. 385 k.p.c. i art. 479⁵⁷ § 1 pkt 1 k.p.c. przez oddalenie zażalenia, co doprowadziło do braku możliwości kontroli sądowej rozstrzygnięcia Prezesa UKE w zakresie ustalania opłat za regulowane usługi hurtowe (usługę BSA) świadczone przez „OPL.”; art. 4 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności w związku z art. art. 397 § 1 k.p.c. w związku z art. 385 k.p.c. i art. 479⁵⁷ § 1 pkt 1 k.p.c. i art. 206 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego przez „jego niewłaściwe zastosowanie i niewzięcie go pod uwagę, tj. nieuwzględnienie, że od każdego rozstrzygnięcia organu regulacyjnego powinno przysługiwać odwołanie.

Wskazując na powyższe wniósł o uchylenie w całości zaskarżonego postanowienia i przekazania sprawy Sądowi Apelacyjnemu w [...] do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego według norm przepisanych.

Pozwany Prezes UKE w odpowiedzi na skargę kasacyjną powoda wniósł o oddalenie w całości skargi kasacyjnej i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych

Zainteresowana O. S.A. w odpowiedzi na skargę kasacyjną wniosła o oddalenie skargi kasacyjnej w całości i zasądzenie od powoda na rzecz zainteresowanej kosztów postępowania według norm przepisanych.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

1. Skarga kasacyjna nie ma usprawiedliwionych podstaw.
2. Na wstępie należy zważyć, że zagadnieniem spornym w niniejszej sprawie jest dopuszczalność odwołania od czynności Prezesa UKE, które wnoszący skargę kasacyjną określa jako „stanowisko Prezesa UKE z dnia 25 października 2012 r. opublikowane na stronie internetowej oraz pismo Prezesa UKE kierowane do O. S.A. z dnia 25 października nr DHRT-WORK-6002-35/12 (11)”, do Sądu

Okręgowego w [...] – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Tymczasem odwołanie powoda zostało wniesione od powyższego pisma Prezesa UKE z dnia 25 października 2012 r. i przedmiotem oceny obu Sądów był charakter prawny tego pisma, nie zaś „Ogłoszenie o przeprowadzeniu Testu zawężenia ceny - Testu PS ofert detalicznych TP określonych jako „Neostrada Biznes”, które stanowiło dla powoda, jak ustalił to Sąd pierwszej instancji, jedynie źródło informacji o treści przedmiotowego pisma Prezesa UKE.

3. Właściwość Sądu Okręgowego w [...] - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w sprawach z zakresu regulacji telekomunikacji określa art. 479⁵⁷ k.p.c., który stanowi, że Sąd Okręgowy w [...] - sąd ochrony konkurencji i konsumentów jest właściwy w sprawach: 1) odwołań od decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej; 2) zażaleń na postanowienia wydawane przez Prezesa Urzędu w postępowaniach prowadzonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. z 2016 r., poz. 1489 i 1579), ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe lub przepisów odrębnych. Zakres zastosowania art. 479⁵⁷ pkt 1 k.p.c. jest węższy niż wynikałoby to z jego dosłownego odczytania, ponieważ do właściwości Sądu Okręgowego w [...] – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów należą sprawy z odwołań nie od wszystkich decyzji Prezesa Urzędu, lecz wyłącznie od decyzji wymienionych enumeratywnie w art. 206 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego. Ten ostatni przepis stanowi bowiem, że od decyzji: 1) o ustaleniu znaczącej pozycji rynkowej, 2) w sprawie nałożenia, zniesienia, zmiany lub uchylecia obowiązków regulacyjnych, 3) w sprawie nałożenia kar, 4) o których mowa w art. 43a oraz w art. 201 ust. 3, 5) wydawanych w sprawach spornych, z wyjątkiem decyzji w sprawie rezerwacji częstotliwości po przeprowadzeniu przetargu, aukcji albo konkursu oraz od decyzji o uznaniu przetargu, aukcji albo konkursu za nierozstrzygnięte, 6) o których mowa w art. 7 ust. 1, art. 13 ust. 2, art. 18 ust. 3, art. 20, art. 22 ust. 1, art. 25d ust. 1, art. 27 ust. 6 i 9, art. 30 ust. 5 i art. 35a ust. 3 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych - przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w [...] - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

4. Z przepisu art. 479⁵⁷ pkt 1 k.p.c. w związku z art. 206 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego wynika jednoznacznie, że odwołanie do Sądu Okręgowego w

[...] – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest dopuszczalne, gdy zaskarżony akt (czynność) Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej jest decyzją, a nadto jest decyzją o treści określonej w art. 206 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego. Uzasadnienie zarzutu naruszenia wskazanych przepisów postępowania wymaga zatem wykazania, że pismo Prezesa Urzędu z dnia 25 października 2012 r., adresowane do T. S.A., o następującej treści: „W nawiązaniu do wniosków T. S.A. (dalej „TP”) o przeprowadzenie Testów Price Squeeze (dalej „Test PS”) przekazanych pismem z dnia 31 sierpnia 2012 r., informuję, że Testy PS przeprowadzone w odniesieniu do ofert detalicznych TP. określonych jako „Neostrada Biznes”, obejmujących usługę dostępu do Internetu skierowaną do klientów biznesowych w opcjach prędkości (...), w kontrakcie na czas nieokreślony oraz na 12 lub 24 miesiące, zakończyły się wynikiem pozytywnym dla wszystkich badanych poziomów dostępu. Wyniki te uzyskane zostały przy założeniu uwzględnienia opłat hurtowych wskazanych we wnioskach o przeprowadzenie przedmiotowych Testów PS, tj. opłat hurtowych w wysokości (...)” jest decyzją w rozumieniu tych przepisów.

5. Z uwagi na zawarte w art. 206 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego odesłanie do przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego należy przyjąć, że pojęcie „decyzja” użyte w art. 479⁵⁷ pkt 1 k.p.c. i art. 206 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego nie jest autonomicznym pojęciem Prawa telekomunikacyjnego, lecz należy nadawać mu znaczenie przyjęte w przepisach k.p.a. W rezultacie zaskarżeniu w drodze odwołania do SOKiK-u podlegają tylko takie akty (czynności) Prezesa Urzędu, które są decyzjami administracyjnymi w rozumieniu art. 104 k.p.a., a ponadto decyzjami regulacyjnymi w rozumieniu art. 206 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego.

6. W pierwszej kolejności należy zatem ocenić i ustalić, czy pismo Prezesa Urzędu z 25 października 2012 r. jest decyzją administracyjną w rozumieniu art. 104 k.p.a. Przepis ten określa materialną przesłankę kwalifikowania aktu organu administracji publicznej jako decyzji administracyjnej poprzez wskazanie, że decyzją organ administracji publicznej załatwia sprawę administracyjną należącą do jego właściwości, natomiast decyzja rozstrzyga sprawę administracyjną co do jej istoty. Kluczowe dla kwalifikowania pisma Prezesa Urzędu jako decyzji

administracyjnej jest zatem ustalenie, czy przedmiotem tego pisma jest sprawa administracyjna w rozumieniu art. 1 k.p.a. i czy pismem tym Prezes Urzędu załatwił tę sprawę, rozstrzygając ją co do jej istoty.

7. Do konstytutywnych elementów sprawy administracyjnej w rozumieniu art. 1 pkt 1 k.p.a. należą elementy podmiotowe, tj. strona postępowania (art. 28) i organ administracji publicznej ją rozstrzygający oraz elementy przedmiotowe, tj. przepis materialnego prawa administracyjnego określający prawa i obowiązki osób, który podlega autorytatywnej konkretyzacji w drodze decyzji administracyjnej oraz stan faktyczny, w odniesieniu do którego określa się konsekwencje prawne stosowanych przepisów materialnego prawa administracyjnego.

8. Skarżący twierdzi, że pismo Prezesa Urzędu z 5 października 2012 r. rozstrzyga materię, o której mowa w art. 39 ust. 4 i 40 ust. 4 Prawa telekomunikacyjnego, czyli że sprawą administracyjną w rozumieniu art. 104 k.p.a., rozstrzygniętą tym pismem co do jej istoty, jest sprawa ustalenia wysokości opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego lub ich maksymalnego lub minimalnego poziomu (art. 39 ust. 4 Prawa telekomunikacyjnego) oraz sprawa ustalenia wysokości opłat ustalonych przez operatora lub ich maksymalnego albo minimalnego poziomu (art. 40 ust. 4 Prawa telekomunikacyjnego).

9. Stanowisko skarżącego jest błędne. W piśmie z 5 października 2012 r. Prezes Urzędu informuje bowiem T. S.A., że „w nawiązaniu do wniosków TP S.A. Testy PS przeprowadzone w odniesieniu do ofert detalicznych TP (...), obejmujących usługę dostępu do Internetu skierowaną do klientów biznesowych w opcjach prędkości (...), w kontrakcie na czas nieokreślony oraz na 12 lub 24 miesiące, zakończyły się wynikiem pozytywnym dla wszystkich badanych poziomów dostępu. Wyniki te uzyskane zostały przy założeniu uwzględnienia opłat hurtowych...” wskazanych we wnioskach o przeprowadzenie przedmiotowych Testów PS. Zawarta w tym piśmie informacja o wynikach Testu PS nie rozstrzyga żadnej ze spraw, których materialno-prawną podstawę stanowią przepisy art. 39 ust. 4 i art. 40 ust. 4 Prawa telekomunikacyjnego.

10. Należy bowiem wskazać, że w przypadku testów MS/PS porównuje się cenę detaliczną z ceną hurtową celem ustalenia, czy cena hurtowa została ustalona na poziomie pozwalającym operatorowi alternatywnemu na skonstruowanie własnej

oferty detalicznej, konkurencyjnej względem dostawcy usługi hurtowej. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 5 listopada 2015 r., III SK 55/14 stwierdził, że „testy MS/PS służą jedynie badaniu relacji między poziomem ceny hurtowej i ceny detalicznej operatora zasiedziałego. Nie są jednak narzędziem służącym bezpośredniemu ustalaniu wysokości cen hurtowych lub detalicznych. Mogą być wykorzystywane jedynie w celu pośredniej kontroli cen oraz jako środek służący weryfikacji możliwości stworzenia usługi detalicznej konkurencyjnej przez operatora alternatywnego względem usługi operatora o znaczącej pozycji rynkowej”. Więcej, kontynuując ten wątek, Sąd Najwyższy podnosi, że Testy MS/PS to „narzędzie regulacyjne służące weryfikacji wywiązywania się przez operatora zasiedziałego z obowiązku, o którym mowa w art. 40 PT bądź art. 36 PT”, zaś „sama procedura przeprowadzania testów nie określa praw i obowiązków stron umowy o dostępie, a jedynie obowiązki operatora o znaczącej pozycji rynkowej. Testy te nie odnoszą się do zagadnień z zakresu dostępu telekomunikacyjnego. Jedynie konsekwencje przeprowadzenia testów MS/PS w zakresie kształtowania cen za usługi hurtowe mogą mieć związek z problematyką dostępu telekomunikacyjnego, gdyż rzutują na „zasady naliczania opłat za usługi”. Sąd Najwyższy w składzie rozpoznającym niniejszą skargę kasacyjną w pełni podziela wyżej przytoczone poglądy Sądu Najwyższego i stwierdza, że wynik Testu PS nie rozstrzyga żadnej ze spraw, o których mowa w art. 39 ust. 4 lub 40 ust. 4 Prawa telekomunikacyjnego, ponieważ nie ustala opłat za dostęp telekomunikacyjny, nie konkretyzując tym samym autorytatywnie żadnego z praw i obowiązków T. S.A., określonych w przepisach materialnoprawnych Prawa telekomunikacyjnego. Wynik testu PS nie jest w szczególności równoznaczny z ustaleniem ceny hurtowej za nową usługę, lecz oświadczeniem Prezesa Urzędu, że cena za nową usługę detaliczną T. S.A. została ustalona na poziomie, który umożliwia przedsiębiorstwu telekomunikacyjnemu korzystającemu z usług regulowanych przygotowanie i opracowanie usługi detalicznej konkurencyjnej w stosunku do nowej usługi detalicznej lub że uniemożliwia albo znacznie utrudnia skonstruowanie usługi detalicznej konkurencyjnej.

11. Test PS i jego wynik stanowią wprawdzie „narzędzie regulacyjne”, lecz jego istotą nie jest autorytatywne, jednostronne i władcze rozstrzygnięcie przez

Prezesa Urzędu spraw ustalania opłat związanych z dostępem telekomunikacyjnym, o których mowa w art. 39 ust. 4 i 40 ust. 4 Prawa telekomunikacyjnego. Przeciwnie, zasady i tryb przeprowadzania testów PS zostały określone zarówno w odnośnych decyzjach SMP z dnia 28 kwietnia 2011 r. DART-SMP-6040-1/10(47) i SOR z dnia 29 września 2010 r. nr DHRT-WOR-6082-4/10(109), jak i w § 7 porozumienia zawartego w dniu 22 października 2009 r. pomiędzy w porozumieniu z 2009 r. między Prezesem Urzędu a T. S.A. oraz w odnośnych stanowiskach Prezesa Urzędu w sprawie szczegółowych metod przeprowadzania testu zawężenia marży i testu zawężenia ceny. Przeprowadzenie Testu PS jest zatem wykonaniem postanowień powyższych decyzji, w szczególności decyzji SOR, celem zapewnienia równoprawnych warunków konkurencji (pkt 8.1.2 Część 1 decyzji SOR).

12. Pismo Prezesa UKE z 25 października 2012 r. zawierające adresowaną do T. S.A. informację o pozytywnym wyniku Testu PS nie może być w żadnym razie kwalifikowane jako decyzja administracyjna rozstrzygająca jedną ze spraw wymienionych w art. 206 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego, w tym zwłaszcza spraw, o których mowa w art. 39 ust. 4 i art. 40 ust. 4 Prawa telekomunikacyjnego. W rezultacie zbędne jest rozważanie, czy pismo to zawiera formalne składniki decyzji, określone przez art. 107 k.p.a., a także, ze względu na treść art. 479⁵⁷ pkt 1 k.p.c. w związku z art. 206 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego, czy Test PS jest czynnością faktyczną lub czynnością materialno-techniczną lub czynnością o innym charakterze.

12. Powyższe nakazuje stwierdzić, że odwołanie od pisma Prezesa Urzędu z 25 października 2012 r., informujące T. S.A. o pozytywnym wyniku Testu PS, podlegało odrzuceniu przez Sąd pierwszej instancji, na podstawie art. 479⁵⁸ § 2 k.p.c., jako niedopuszczalne.

13. Niedopuszczalność odwołania od pisma Prezesa Urzędu z 25 października 2012 r. do Sądu Okręgowego w [...] – Sądu Ochrony Konkurencji nie oznacza pozbawienia skarżącej KIGeIT prawa do sądu, ponieważ po pierwsze – przedmiotowe pismo nie jest rozstrzygnięciem o prawach i obowiązkach skarżącej, po drugie – skarżąca może wziąć udział na prawach strony w postępowaniach administracyjnych w sprawach zmian ofert SOR w zakresie cen hurtowych usług,

których dotyczył Test PS.

14. Sąd Najwyższy podziela stanowisko Sądu Okręgowego w [...] – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, że umieszczone na stronie internetowej Urzędu Komunikacji Elektronicznej dnia 25 października „Ogłoszenie o przeprowadzeniu Testu zawężenia ceny - Testu PS ofert detalicznych TP określonych jako „Neostrada Biznes”, zwane potocznie komunikatem, miało wyłącznie charakter informacji o tym, że w dniach od 31 sierpnia 2012 r. do 23 października 2012 r., w Urzędzie Komunikacji Elektronicznej przeprowadzone zostały Testy zawężenia ceny w odniesieniu do ofert detalicznych TP określonych jako „Neostrada Biznes”, obejmujących usługę dostępu do Internetu, skierowaną do klientów biznesowych, w opcjach prędkości 998 kbit/s-10 Mbit/s / 256-512 kbit/s oraz 998 kbit/s-10 Mbit/s / 512-1024 kbit/s, w kontrakcie na czas nieokreślony oraz na 12 lub 24 miesiące, według wzoru określonego w Ogłoszeniu i kosztów wskazanych przez TP S.A. Ogłoszenie to nie może być uznane za decyzję administracyjną w rozumieniu k.p.a. z tych samych względów, dla których nie jest decyzją administracyjną powyższe pismo Prezesa UKE z tej samej daty. Więcej, Ogłoszenie nie tylko nie rozstrzyga o prawach i obowiązkach jakiegokolwiek podmiotu, ale też nie jest skierowane do jakiegokolwiek zindywidualizowanego adresata.

Biorąc powyższe pod rozwagę Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji.

kc