

Arwid Mednis\*

## Zmiana stawek opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego – wybrane zagadnienia

### Spis treści:

- I. Uwagi wstępne
- II. Postępowanie w sprawie wysokości opłat za dostęp telekomunikacyjny
- III. Praktyka organu regulacyjnego
- IV. Zastosowanie trybu wygaśnięcia decyzji
- V. Tryb zmiany lub uchylecia decyzji
- VI. Wygaśnięcie decyzji a postępowanie odwoławcze
- VII. Forma zatwierdzenia opłat w dotychczasowej wysokości

### Streszczenie:

Artykuł przedstawia zagadnienia prawne powstające w przypadku, gdy organ regulacyjny po ustaleniu w drodze decyzji stawek opłat hurtowych, ustala następnie nową decyzją nowe stawki, których okresy obowiązywania pokrywają się z ustalonymi w poprzedniej decyzji. Omówiono możliwości stwierdzenia wygaśnięcia decyzji oraz zmiany lub uchylecia takiej decyzji. Przeanalizowano skutki wygaśnięcia decyzji dla postępowania odwoławczego.

**Słowa kluczowe:** dostęp telekomunikacyjny, opłaty hurtowe, wygaśnięcie decyzji, zmiana decyzji, uchylene decyzji.

### I. Uwagi wstępne

Zagadnienie trybu zmiany stawek z tytułu dostępu telekomunikacyjnego budziło od pewnego czasu sporo wątpliwości. Chodzi o tryb postępowania zastosowany przez organ regulacyjny, który wyznaczony uprzednio decyzją stawki opłat, ustala następnie nową decyzją nowe stawki, których okresy obowiązywania pokrywają się z ustalonymi w poprzedniej decyzji.

Prześledźmy to na przykładzie decyzji dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach operatorów telefonii komórkowej, a konkretnie na przykładzie decyzji wydanych jednemu z operatorów w kwietniu 2007 r. (dalej „decyzja MTR 2007”), wrześniu 2008 r. (dalej „decyzja MTR 2008”) oraz w grudniu 2009 (dalej „decyzja MTR 2009”).

Decyzja MTR 2007, nakładała na spółkę następujące obowiązki:

- 1) dostosowania stawki z tytułu zakańczania połączeń głosowych (stawka MTR) w publicznej ruchomej sieci telefonicznej tego operatora, niezróznicowanej ze względu na porę i rodzaj dnia, od dnia 1 maja 2007 r., do poziomu 40,00 gr/min;

\* Autor jest doktorem nauk prawnych, pracownikiem Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego oraz współnikiem w kancelarii Wierzbowski Eversheds w Warszawie.

- 2) dostosowania stawki MTR do poziomu 21,62 gr/min, zgodnie z następującym harmonogramem:
  - a) od dnia 1 maja 2008 r. – 33,87 gr/min,
  - b) od dnia 1 maja 2009 r. – 27,75 gr/min,
  - c) od dnia 1 maja 2010 r. – 21,62 gr/min,
- 3) corocznego przedstawiania Prezesowi UKE uzasadnienia wysokości stawki MTR w oparciu o ponoszone koszty w terminie 100 dni kalendarzowych od zakończenia roku. Z kolei wydana rok później dla tego samego operatora decyzja MTR 2008 przewidywała obowiązek dostosowania stawki z tytułu zakończenia połączeń głosowych w publicznej ruchomej sieci telefonicznej tego operatora do poziomu 0,1677 zł/min, zgodnie z następującym harmonogramem:
  - 1) od dnia 1 stycznia 2009 r. do dnia 30 czerwca 2009 r. – 0,2162 zł/min,
  - 2) od dnia 1 lipca 2009 r. – 0,1677 zł/min.

Okresy obowiązywania różnych stawek wynikających z obu decyzji pokrywały się zatem od dnia 1 stycznia 2009 r. Dodajmy również, że decyzją MTR 2009 Prezes UKE ustalił stawkę 16,77 gr/min od dnia 10 grudnia 2009 r. Do kwestii relacji tej decyzji w odniesieniu do stawek obowiązujących w momencie jej wejścia w życie wrócę w dalszej części.

Można oczywiście zastanawiać się nad sensem wyznaczania przez regulatora stawek opłat na tak długie okresy, skoro praktycznie w każdym momencie może nastąpić znacząca ich zmiana, co wpływa niekorzystnie na planowanie przychodów spółek telekomunikacyjnych. Operator mógł bowiem opierać się na przekonaniu, że stawka, która obowiązywała na podstawie decyzji MTR 2008 od 1 stycznia 2009 r. miała, według decyzji MTR 2007 obowiązywać od 1 maja 2010 r. Z drugiej strony, cel regulacji wyklucza ograniczenie czasowe obowiązywania ustalonych stawek. Nie byłoby również zasadne ograniczanie uprawnienia Prezesa UKE do zmiany stawek w dowolnym momencie, jeśli tylko zostały spełnione przesłanki określone w przepisach. Zagadnienie to wykracza poza zakres rozważań objętych tym artykułem. Przedmiotem dalszych rozważań jest problem proceduralny, przed którym stanął Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, a co za tym idzie operatorzy oraz sądy orzekające w tej i podobnych sprawach.

## II. Postępowanie w sprawie wysokości opłat za dostęp telekomunikacyjny

Procedura zmiany wysokości opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego została uregulowana w art. 39 i 40 ustawy – Prawo telekomunikacyjne (dalej „P.t.”). Przepisy te różnią się między sobą metodologią ustalania wysokości opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego. Art. 39 dotyczy opłat uwzględniających zwrot tzw. uzasadnionych kosztów operatora, zaś art. 40 opłat ustalonych w oparciu o ponoszone przez operatora koszty. Dla omawianego tu problemu kwestia ta mniejsze znaczenie, dlatego procedura ustalania wysokości stawek w obu przypadkach zostanie przedstawiona w dużym skrócie.

Obowiązek regulacyjny polegający na ustalaniu opłat w oparciu o uzasadnione lub ponoszone koszty znajduje swoje źródło w decyzji wydanej na podstawie art. 24 P.t. (tj. decyzji o określeniu rynku właściwego oraz wyznaczeniu przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej wraz z nałożeniem, utrzymaniem lub zmianą jego obowiązków regulacyjnych).

W przypadku obowiązku, o którym mowa w art. 39 P.t. Prezes UKE może, w drodze decyzji, nałożyć na operatora o znaczącej pozycji rynkowej obowiązki:

- 1) kalkulacji uzasadnionych kosztów świadczenia dostępu telekomunikacyjnego, wskazując sposoby kalkulacji kosztów, jakie operator powinien stosować na podstawie przepisów rozporządzenia, o którym mowa w art. 51<sup>1</sup>, zgodnie z zatwierdzonym przez Prezesa UKE opisem kalkulacji kosztów,
- 2) stosowania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego, uwzględniających zwrot uzasadnionych kosztów operatora.

Operator, na którego został nałożony powyższy obowiązek, przedstawia Prezesowi UKE, na jego żądanie, szczegółowe uzasadnienie wysokości opłat ustalonych w oparciu o uzasadnione koszty. Weryfikacja wysokości kosztów następuje w drodze badania przez biegłego rewidenta. W przypadkach określonych w ust. 4 artykułu 39 Prezes UKE ustala wysokość opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego lub ich maksymalny albo minimalny poziom<sup>2</sup>.

Procedura przewidziana w art. 40 P.t. jest prostsza, ponieważ nie wymaga badania przez biegłego rewidenta. Prezes UKE może nałożyć na operatora o znaczącej pozycji rynkowej obowiązek ustalania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty. Wskazuje on jednocześnie sposoby weryfikacji i ustalania tych opłat. Operator, na którym spoczywa ów obowiązek przedstawia Prezesowi UKE uzasadnienie wysokości opłat ustalonych w oparciu o ponoszone koszty a organ dokonuje ich weryfikacji. Jeśli wysokość jest nieprawidłowa organ regulacyjny ustala wysokość opłat lub ich maksymalny albo minimalny poziom.

Podane wyżej stawki opłat zostały ustalone na podstawie art. 40 P.t. Dla omawianego zagadnienia, nie ma to jednak znaczenia, ponieważ zasygnalizowane tu problemy mogłyby również dotyczyć regulacji stawek na podstawie art. 39 P.t.

### III. Praktyka organu regulacyjnego

Żaden z powołanych wyżej przepisów nie wskazuje jak powinien postąpić organ regulacyjny w przypadku, gdy u danego operatora obowiązują już określone stawki. Byłoby to zresztą o tyle niecelowe, że trudno byłoby przewidzieć jednolity tryb zmiany dotychczasowych stawek. P.t. nie przewiduje bowiem zatwierdzania wysokości opłat – jeśli uzna je za prawidłowe – w trybie decyzji administracyjnej<sup>3</sup>. Prezes UKE wydaje decyzję o ustaleniu wysokości opłat tylko w przypadkach określonych w art. 39 ust. 4 P.t. (a więc gdy wystąpiły nieprawidłowości związane z kalkulacją kosztów uzasadnionych) lub – w odniesieniu do kosztów ponoszonych, a więc na podstawie art. 40 ust. 4 P.t. – gdy wysokość opłat jest nieprawidłowa. Innymi słowy, jeśli uzasadnienie wysokości opłat przedstawione przez operatora jest prawidłowe, do ich wejścia w życie nie jest wymagana decyzja Prezesa UKE. Byłoby zatem niezasadne narzucenie przez ustawodawcę trybu zmiany decyzji. Być może jednak,

<sup>1</sup> Rozporządzenie Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 15.12.2005 r. w sprawie prowadzenia przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego rachunkowości regulacyjnej i kalkulacji kosztów usług (Dz. U. Nr 255, poz. 2140.)

<sup>2</sup> Prezes UKE ma takie uprawnienie w przypadku:

- 1) braku możliwości przeprowadzenia badania przez biegłego rewidenta, z przyczyn leżących po stronie operatora,
- 2) odmowy wyrażenia opinii przez biegłego rewidenta z uwagi na zaistnienie okoliczności uniemożliwiających jej sformułowanie z przyczyn leżących po stronie operatora,
- 3) wyrażenia przez biegłego rewidenta opinii negatywnej albo opinii z zastrzeżeniami,
- 4) wystąpienia różnic pomiędzy wysokością opłat ustalonych przez operatora a wysokością kosztów zweryfikowanych na podstawie ww. badania.

<sup>3</sup> Budzi jednak pewne wątpliwości praktyka Prezesa UKE polegająca na ponownym zatwierdzeniu opłat w tej samej wysokości, która dotychczas obowiązywała (patrz decyzja MTR 2009). Kwestia ta będzie omówiona w dalszej części artykułu.

wskazane byłoby określenie trybu zmiany lub uchylecia decyzji o wysokości opłat w przypadku, gdy opłaty te zostały taką decyzją ustalone.

W dotychczasowej praktyce, w tym również w przypadkach objętych powyższymi przykładami organ regulacyjny rozwiązywał problem „nakładania się” okresów obowiązywania dotychczasowej i nowej decyzji o wysokości stawek poprzez instytucję wygaśnięcia decyzji. Przy zmianie stawek MTR z decyzji MTR 2007 na decyzję MTR 2008, Prezes UKE stwierdził wygaśnięcie decyzji MTR 2007 trzy miesiące po wydaniu decyzji MTR 2008, ze skutkiem na dzień, w którym stawki z decyzji MTR 2008 miały wejść w życie. Decyzję wydano na dwa dni przed datą wejścia w życie nowych stawek. Chronologicznie zatem:

- 1) wydano decyzję MTR 2008,
- 2) wydano decyzję o wygaśnięciu MTR 2007,
- 3) weszły w życie stawki z decyzji MTR 2008 i nastąpił skutek w postaci wygaśnięcia decyzji MTR 2007.

Odmienne wyglądała kolejność zdarzeń przy zmianie stawek z decyzji MTR 2008 na stawki z decyzji MTR 2009. W pierwszej kolejności Prezes UKE wydał decyzję MTR 2009, po kilku miesiącach wydał decyzję o wygaśnięciu decyzji MTR 2008, ale ze skutkiem na dzień wejścia w życie nowych stawek. Nowe stawki wchodziły w życie następnego dnia po wydaniu decyzji MTR 2009. Wygaśnięcie miało więc *de facto* skutek wsteczny.

Warto również podkreślić, że operator, którego przykład dotyczy cofnął odwołanie od decyzji MTR 2007 i była ona ostateczna w dniu wydania decyzji MTR 2008. W przypadku decyzji MTR 2008 operator wniósł odwołanie i w chwili rozstrzygnięcia przez sąd w sprawie jej wygaśnięcia, postępowanie odwoławcze było w toku.

Decyzje o wygaśnięciu decyzji MTR 2007 i MTR 2008 zostały wydane w oparciu o art. 162 § 1 k.p.a., który stanowi, że „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”.

- Stwierdzenie wygaśnięcia decyzji wymaga zatem zaistnienia łącznie co najmniej dwóch przesłanek:
- bezprzedmiotowości,
  - przepisu prawa nakazującego stwierdzenie wygaśnięcia albo wykazania, że wygaśnięcie leży w interesie społecznym lub w interesie strony.

Zdaniem organu regulacyjnego bezprzedmiotowość decyzji MTR 2007 wynikała stąd, że ustalone w niej stawki nie odpowiadały już swym poziomem kosztom ponoszonym przez spółkę, co czyniło niezbędnym wydanie decyzji MTR 2008 i ustalenie nowego poziomu opłat z tytułu świadczenia usług w jej sieci.

Prezes UKE twierdził, że przesłanka bezprzedmiotowości decyzji MTR 2007 zaistniała w dniu 1 stycznia 2009 r., kiedy to do obrotu gospodarczego weszły stawki określone w decyzji MTR 2008. Prezes UKE próbował również wykazać istnienie interesu społecznego przemawiającego za stwierdzeniem wygaśnięcia decyzji MTR 2007. Interes społeczny miał być rozumiany jako interes ogółu obywateli korzystających z usług telefonii ruchomej w Polsce oraz interes przedsiębiorców telekomunikacyjnych funkcjonujących na tym samym rynku, co spółka.

Obniżenie stawek stosowanych w rozliczeniach międzyoperatorskich, zdaniem Prezesa UKE, miało przełożyć się bezpośrednio na zwiększenie konkurencji na rynku oraz umożliwić tworzenie,

przez operatorów sieci stacjonarnych oraz ruchomych, alternatywnych do oferty spółki detalicznych ofert rynkowych, a wreszcie zapewnić niedyskryminację operatorów przyłączonych do jej sieci. Za stwierdzeniem wygaśnięcia decyzji MTR 2007 przemawia także, w ocenie organu regulacyjnego, interes spółki, gdyż ma ona jasno określone obowiązki wynikające z decyzji Prezesa UKE.

Do argumentacji Prezesa UKE, szczególnie w zakresie bezprzedmiotowości decyzji MTR 2007 oraz istnienia interesu operatora w obniżeniu stawek płaconych mu przez innych operatorów należy odnieść się krytycznie.

#### IV. Zastosowanie trybu wygaśnięcia decyzji

Przede wszystkim należy podkreślić, że decyzja o stwierdzeniu wygaśnięcia decyzji ma charakter deklaratoryjny. Wynika to wprost z jej nazwy i nie budzi żadnych wątpliwości w doktrynie oraz orzecznictwie. Art. 162 § 1 pkt 1 k.p.a. nie może stanowić podstawy do wydawania decyzji o charakterze konstytutywnym. Tymczasem w treści decyzji orzeczono, iż stwierdza się wygaśnięcie Decyzji MTR 2007 z datą przyszłą, co samo w sobie przeczy idei deklaratoryjnego charakteru decyzji o stwierdzeniu wygaśnięcia innej decyzji.

Zatem Prezes UKE nie stwierdził wygaśnięcia Decyzji MTR 2007 w związku z zaistnieniem uprzednio bezprzedmiotowości Decyzji MTR 2007. Dodatkowo, decyzja o wygaśnięciu MTR 2007 została opatrzona rygorem natychmiastowej wykonalności, pomimo że wygaśnięcie decyzji następuje z mocy prawa. Trudno zresztą wyobrazić sobie egzekucję takiej decyzji. Moim zdaniem, decyzji o stwierdzeniu wygaśnięcia decyzji, z uwagi na jej istotę, nie może zostać nadany rygor natychmiastowej wykonalności.

W odniesieniu do przesłanki bezprzedmiotowości warto w pierwszej kolejności wskazać na stanowisko doktryny. W piśmiennictwie przyjmuje się, że: „bezprzedmiotowość wynika z ustania prawnego bytu elementu stosunku materialnoprawnego nawiązanego na podstawie decyzji administracyjnej, a to z powodu zgaśnięcia podmiotu, zniszczenia lub przekształcenia rzeczy, rezygnacji z uprawnień przez stronę, czy też na skutek zmiany stanu faktycznego uniemożliwiającego wykonanie decyzji albo z powodu zmiany w stanie prawnym, ale tylko w przypadku gdy powoduje ona taki skutek”. Ponadto bez wątpienia bezprzedmiotowość decyzji powstaje zawsze po jej wydaniu<sup>4</sup>.

W sprawie wygaśnięcia decyzji MTR 2007 organ wyjaśnił, iż zaistniał „całkowicie nowy stan faktyczny” i w konsekwencji „Decyzja MTR 2007 nie wypełnia celów, dla realizacji których została wydana”. Jednakże, z drugiej strony Prezes UKE uznał, iż przesłanka bezprzedmiotowości Decyzji MTR 2007 zaistniała w dniu 1 stycznia 2009 r., czyli w dniu, w którym zgodnie z nałożonym na operatora obowiązkiem wejść miały do obrotu gospodarczego stawki określone Decyzją MTR 2008.

Należy podkreślić, że bezprzedmiotowość decyzji oznacza jej nierealność z punktu widzenia możliwości osiągnięcia celu i wiąże się ze zmianą stanu faktycznego<sup>5</sup>. Niewątpliwie zmiana stanu faktycznego musi powodować niemożliwość osiągnięcia celów przewidzianych decyzją. Nie dotyczy to jednak ogólnych celów, które przyświecały organowi wydającemu decyzję, lecz jedynie tych celów, które wynikały wprost z rozstrzygnięcia zawartego w decyzji. Dlatego najczęściej przyjmuje się, że decyzja staje się bezprzedmiotowa w przypadku śmierci adresata decyzji, jeżeli prawa i obowiązki

<sup>4</sup> B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*. Warszawa 2005, s. 777.

<sup>5</sup> Wyrok NSA z 9.11.2001 r., I SA 861/00.

wynikające z decyzji były ściśle związane z adresem. Podobnie będzie w przypadku wydania decyzji określającej warunek, jeżeli już po wydaniu decyzji okaże się, że obiektywnie nie jest możliwe jego spełnienie.

Celem, który miał zostać osiągnięty poprzez wykonanie Decyzji MTR 2007 była obniżka opłat za usługę zakańczania połączeń głosowych w publicznej ruchomej sieci operatora. Nie zaistniała taka zmiana stanu faktycznego, która uniemożliwiłaby wprowadzenie obniżki opłat za usługę zakańczania połączeń głosowych w publicznej ruchomej sieci tej spółki według harmonogramu przyjętego w Decyzji MTR 2007. Wykonanie obowiązku nie byłoby możliwe tylko wtedy, gdy przestałby istnieć adresat decyzji MTR 2007. Podobnie, nie można uznać decyzji MTR 2007 za bezprzedmiotową ze względu na zmianę kosztów ponoszonych przy świadczeniu przez operatora usług zakańczania połączeń w jego sieci. Również sam fakt wydania decyzji określającej nowe stawki opłat nie stanowi o bezprzedmiotowości decyzji dotychczasowej.

Argument ten podzielił orzekający w sprawie NSA<sup>6</sup>. W obszernym wyroku stwierdził m.in., że „wydanie przez Prezesa UKE późniejszej decyzji ustalającej operatorowi opłaty za usługi telekomunikacyjne, opartej na przepisie art. 40 ust. 4 Pt, nie czyni bezprzedmiotowym wcześniejszej decyzji ustalającej opłaty w innej wysokości, a tym samym nie upoważnia Prezesa UKE do stwierdzenia wygaśnięcia tej decyzji, z powołaniem się na przepis art. 162 § 1 pkt 1 k.p.a.”. NSA jednocześnie wskazał inny kierunek działań w przypadku konieczności zmiany stawek. Rozważył bowiem możliwość uchylecia bądź zmiany dotychczasowej decyzji.

## V. Tryb zmiany lub uchylecia decyzji

NSA zauważył, że art. 40 ust. 4 P.t. nie daje decyzji wydanej na jego podstawie „gwarancji stabilności, rozumianej jako przeszkoda dla ponownego wydania decyzji z powołaniem się na ten przepis, jeżeli ponownie zaistniała rozbieżność, o której mowa w hipotezie tego przepisu [czyli rozbieżność co do wysokości kosztów ponoszonych przez operatora – przyp. AM]”. Oznacza to, że – jak wskazuje Sąd – „w świetle gramatycznej jak i systemowej wykładni przepisu art. 40 ust. 4 Pt, nie ma przeszkód dla sukcesywnego stosowania tego przepisu w odniesieniu do operatora o znaczącej pozycji na rynku w razie zmiany okoliczności faktycznych będących podstawą do wydania wcześniejszej decyzji MTR opartej na tym przepisie”.

Zdaniem NSA, nie ma przeszkód dla wydania w każdym czasie przez Prezesa UKE decyzji uchylającej, bądź zmieniającej dotychczasową decyzję w przedmiocie opłat stosowanych przez operatora, wydaną na podstawie art. 40 pkt 4 P.t., jeżeli utraciła swoją adekwatność w następstwie zmiany kosztów uzasadnionych operatora, czy też opłat stosowanych na porównywalnych rynkach konkurencyjnych, będących podstawą do wydania wcześniejszej decyzji.

Taki wywód prowadzi Sąd do wniosku, że „przepis art. 40 ust. 4 Pt, pozwalający Prezesowi UKE zmienić decyzję w przedmiocie opłat stosowanych przez wspomnianego operatora, o ile zaszła rozbieżność między wysokością opłat a ustawową podstawą ich ustalania, ma charakter przepisu szczególnego, do którego odsyła art. 163 k.p.a.”. Przepis ten stanowi, że organ administracji publicznej może uchylć lub zmienić decyzję, na mocy której strona nabyła prawo, także w innych

<sup>6</sup> Wyrok NSA z 3.02.2011 r., sygn. akt II GSK 59/10. WSA w Warszawie oddalił skargę spółki na decyzję o wygaśnięciu decyzji MTR 2007. NSA uchylił ten wyrok oraz obie decyzje Prezesa UKE o wygaśnięciu decyzji MTR 2007.

przypadkach oraz na innych zasadach niż określone w Dziale II rozdziale 13 k.p.a., o ile przewidują to przepisy szczególne.

Przypomnijmy, że podstawowe tryby zmiany i uchylenia decyzji określają art. 154 §1 („decyzja ostateczna, na mocy której żadna ze stron nie nabyła prawa, może być w każdym czasie uchylona lub zmieniona przez organ administracji publicznej, który ją wydał, jeżeli przemawia za tym interes społeczny lub słuszny interes strony”) oraz 155 k.p.a. („decyzja ostateczna, na mocy której strona nabyła prawo, może być w każdym czasie za zgodą strony uchylona lub zmieniona przez organ administracji publicznej, który ją wydał, jeżeli przepisy szczególne nie sprzeciwiają się uchyleniu lub zmianie takiej decyzji i przemawia za tym interes społeczny lub słuszny interes strony”). Przesłanki przewidziane w obu przepisach nie dają się jednak zastosować w omawianym przypadku, stąd też NSA uznał, że należy rozważyć uznanie art. 40 ust. 4 P.t. za przepis szczególny w rozumieniu art. 163 k.p.a. i jako taki mający pierwszeństwo przed trybami kodeksowymi na zasadzie *lex specialis derogat legi generali*.

Wywód NSA w tym zakresie budzi jednak pewne wątpliwości. Otóż w doktrynie podkreśla się, że odrębne przepisy, o których mowa w art. 163 k.p.a. muszą dopuszczać wzruszenie decyzji administracyjnej **wprost**<sup>7</sup>. Co więcej, piśmiennictwo odwołując się do przykładów takich przepisów, podaje ich charakterystykę, z której również wynika, że przepis taki musi **wyraźnie** przewidywać możliwość wzruszenia decyzji w odpowiednim, szczególnym trybie. Art. 40 ust. 4 P.t. takiego warunku w mojej ocenie nie spełnia, mówi on jedynie o wydaniu decyzji, nie określając w żaden sposób losów decyzji dotychczasowej.

Warto na marginesie zwrócić uwagę, że P.t. zawiera przepisy szczególne dotyczące zmiany decyzji. Jest nim art. 28 ust. 6, zgodnie z którym decyzja o dostępie telekomunikacyjnym może zostać zmieniona przez Prezesa UKE na wniosek każdej ze stron, której ona dotyczy, lub z urzędu, w przypadkach uzasadnionych potrzebą zapewnienia ochrony interesów użytkowników końcowych, skutecznej konkurencji lub interoperacyjności usług.

Niewątpliwie art. 28 ust. 6 P.t. jest przepisem szczególnym, o którym mowa w art. 163 k.p.a., przewidującym odstępstwo do zasady trwałości decyzji administracyjnych. Na podstawie tego przepisu decyzja może zostać zmieniona, jeżeli zostaną spełnione szczególne przesłanki w nim określone.

Przepis art. 28 ust. 6 P.t. określa uprawnienie Prezesa UKE do zmiany wyłącznie decyzji o dostępie telekomunikacyjnym, tj. decyzji, które zastępują (art. 28 ust. 4 ustawy P.t.) lub zmieniają umowy o dostępie telekomunikacyjnym (art. 30 w związku z art. 28 ust. 4 P.t.). Nie ma on oczywiście zastosowania do decyzji o wysokości opłat za dostęp, o których mowa w art. 40 ust. 4 P.t., a ten ostatni przepis nie przewiduje wprost zmiany decyzji o wysokości opłat.

Problem trybu zmiany stawek nie jest chyba jednak jednolicie traktowany w orzecznictwie, o czym może świadczyć wyrok NSA dotyczący wygaśnięcia decyzji MTR 2008<sup>8</sup>. Sąd skupił się tu wprawdzie na stosunku decyzji o wygaśnięciu decyzji MTR 2008 do toczącego się przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów postępowania odwoławczego w sprawie decyzji MTR, ale jednocześnie nie odrzucił koncepcji stwierdzenia wygaśnięcia takiej decyzji.

<sup>7</sup> B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*. Warszawa 2005, s. 781.

<sup>8</sup> Wyrok NSA z 12.09.2012 r., sygn. akt II GSK 1191/11.

## VI. Wygaśnięcie decyzji a postępowanie odwoławcze

Jedną z istotnych różnic pomiędzy postępowaniem w sprawie wygaśnięcia decyzji MTR 2007 a postępowaniem w sprawie wygaśnięcia decyzji MTR 2008 było to, że w tym drugim przypadku w chwili wydawania decyzji o wygaśnięciu toczyło się w stosunku do tej samej decyzji postępowanie odwoławcze.

NSA w wyroku dotyczącym wygaśnięcia decyzji MTR 2008 wskazał, że istota sporu sprowadza się do zagadnienia, „czy prezes UKE jest uprawniony do stwierdzenia wygaśnięcia decyzji MTR, wydanej na podstawie art. 40 ust. 4 Pt, w sytuacji gdy toczy się postępowanie odwoławcze przed Sądem Okręgowym w Warszawie – sądem ochrony konkurencji i konsumentów, na skutek odwołania wniesionego na podstawie art. 206 ust. 2 Pt.”.

Sąd wyraził pogląd, iż skoro P.t. przewiduje hybrydowy model postępowania tj. ostatecznego załatwienia jednej sprawy administracyjnej na dwóch różnych płaszczyznach procesowych, to odwołanie nie traci swojego charakteru tylko dlatego, że przysługuje do sądu powszechnego. Odwołanie do SOKiK jako sądu właściwego do rozpoznania odwołania jest trybem kontroli decyzji administracyjnej przewidzianym w art. 206 ust. 2 P.t.

NSA wskazał, że k.p.a. „nie ogranicza formalnie możliwości stwierdzenia wygaśnięcia decyzji administracyjnej tylko do decyzji ostatecznej, należy jednak przyjąć pierwszeństwo trybu odwoławczego przed trybem określonym w art. 162 § 1 k.p.a. Uprawnienie organu administracji publicznej do stwierdzenia wygaśnięcia decyzji przysługuje tylko wtedy, kiedy nie toczy się postępowanie odwoławcze (...). Skoro niedopuszczalnym jest stwierdzenie wygaśnięcia aktu będącego przedmiotem rozpoznania w postępowaniu odwoławczym, a także w postępowaniu przed sądem administracyjnym (...), to podobnie należy przyjąć, że nie jest również dopuszczalne stwierdzenie wygaśnięcia decyzji administracyjnej po tym, jak adresat tej decyzji odwołał się do SOKiK”.

Tak więc, zdaniem NSA, stwierdzenie wygaśnięcia decyzji jest niedopuszczalne, gdy w sprawie tej decyzji toczy się postępowanie odwoławcze. Z powyższą tezą należy się zgodzić.

Zakaz stwierdzenia wygaśnięcia decyzji administracyjnej podczas jej rozpatrywania przez sąd podyktowany jest realizacją zasady zakazu konkurencji środków prawnych odnoszących się do tego samego aktu administracyjnego. Gdy akt administracyjny został wydany przez organ a następnie został zaskarżony do sądu, to w postępowaniu tym organ staje się pozwanym a więc równoprawną stroną procesową, która nie może działając „równolegle” z sądem zmieniać lub uchylać aktu poddanego sądowej kontroli.

Choć zasada powyższa została wypracowana na gruncie orzecznictwa NSA, (co do zasady badaniem rozstrzygnięć organów administracji zajmują się sądy administracyjne), brak jest jakichkolwiek argumentów prawnych, które wykluczałyby jej zastosowanie w sytuacji, gdy decyzja jest przedmiotem postępowania przed innym sądem, tu: Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Niezależnie bowiem od tego, jaki sąd dokonuje kontroli decyzji administracyjnych i jakie są funkcje jurysdykcyjne obu pionów sądowniczych, zasada niekonkurencyjności środków prawnych chroni uniwersalną wartość sprowadzającą się do pewności rozstrzygnięć sądowych, które w sposób ostateczny winny kończyć daną sprawę.



Należy w pierwszej kolejności odpowiedzieć na pytanie, czy Prezes UKE działając na podstawie przepisów rozdziału 13 k.p.a.<sup>9</sup> może dokonywać zmiany swojej decyzji w sytuacji, gdy jest ona przedmiotem skargi (odwołania) do sądu, a postępowanie sądowe dotyczące tej decyzji cały czas jest w toku.

Odwołując się na wstępie do zasad ogólnych należy stwierdzić, że zgodnie z treścią art. 110 k.p.a. organ administracji publicznej jest związany decyzją, którą wydał, nie mając możliwości jej zmiany. Rozwiązanie to uzupełnia art. 16 k.p.a. wskazując, w jakich warunkach decyzja uzyskuje przymiot ostateczności. Jakakolwiek ingerencja organu w obowiązywanie decyzji ostatecznej, choć przewidziana już w treści art. 16 § 1 k.p.a., jest wyjątkiem od tej zasady. Przelamaniem wskazanej zasady są tzw. postępowania nadzwyczajne (określone właśnie w rozdziale 13 k.p.a.).

Powstaje jednak wątpliwość, czy z nadzwyczajnego – w przeciwieństwie do zasad ogólnych, określających charakter i konsekwencje ostateczności danej decyzji – trybu zmiany decyzji Prezes UKE może skorzystać, w sytuacji, w której prawidłowość rozstrzygnięcia weryfikowana jest przez inny organ czy sąd (wojewódzki sąd administracyjny lub Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów). Innymi słowy, czy przykładowo, w sytuacji, gdy strona zaskarżyła decyzję do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego lub Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Prezes UKE może stwierdzić nieważność decyzji (art. 156 k.p.a.), wznowić postępowanie (art. 145 k.p.a.) czy stwierdzić wygaśnięcie decyzji (art. 162 k.p.a.).

NSA udzielił na to pytanie jednoznacznej odpowiedzi wskazując, że wówczas decyzja zmieniająca decyzję nie tylko nie może zostać wydana, ale także, że samo wszczęcie postępowania w przedmiocie zmiany decyzji będącej przedmiotem oceny sądu jest niedopuszczalne. Zdaniem NSA „nie jest dopuszczalne wszczęcie przez organ administracji publicznej postępowania w celu zmiany, uchylenia lub stwierdzenia nieważności decyzji, w tym także postępowania o wznowienie postępowania, po wniesieniu skargi w tej samej sprawie do sądu administracyjnego”<sup>10</sup>.

Istotne znaczenie mają argumenty sformułowane zarówno przez Sąd w uzasadnieniu tego orzeczenia oraz w wypowiedziach doktryny na jego gruncie sformułowanych<sup>11</sup>. Po pierwsze, nie do zaakceptowania jest sytuacja „zbiegu uprawnień” – z jednej strony sądu do analizy i oceny zaskarżonej decyzji, a z drugiej strony organu do dokonywania zmian w takiej decyzji. Zdaniem NSA, taki zbieg uprawnień sprowadzający się w istocie do jednoczesnej zmiany decyzji przez dwa podmioty, tj. organ i sąd jest nie do przyjęcia na gruncie obowiązującego porządku prawnego.

Po drugie, bardzo istotne znaczenie ma również i to, że z chwilą złożenia skargi (odwołania) do sądu *ex lege* powstaje stosunek prawno-procesowy, w którym organ administracji publicznej „przekształca” się w przeciwnika procesowego uczestnika uprzedniego postępowania administracyjnego i tym samym traci atrybuty do weryfikacji wcześniej ukształtowanego przez swoją decyzję stosunku prawnego, zarówno w znaczeniu materialnym jak i procesowym. Od tej chwili mamy do czynienia z kontradiktoryjnym procesem równoprawnych stron postępowania, które w takiej samej mierze korzystają z zasady równości instrumentów procesowych. W konsekwencji tak długo, jak długo decyzja jest przedmiotem skargi do sądu, organ traci swą kompetencję (właściwość) do prowadzenia postępowania administracyjnego w sprawie objętej sporem sądowym, którego jest stroną. Jedynym

<sup>9</sup> „Uchylenie, zmiana oraz stwierdzenie nieważności decyzji” – w ramach którego usytuowany jest także art. 162 k.p.a., stanowiący podstawę do stwierdzenia wygaśnięcia decyzji.

<sup>10</sup> Wyrok NSA z dnia 7.01.1999 r., w sprawie o sygn. akt II SA/Gd 1353/98.

<sup>11</sup> Glosa aprobująca Ludwika Żukowskiego, OSP 2000, nr 5 poz. 81 str. 266–270.

wyjątkiem od tej zasady – przewidzianym wprost w ustawie – jest kompetencja do tzw. „samokontroli”, w którą przepisy zarówno k.p.a. jak i k.p.c. wyposażają organ jakim jest Prezes UKE.

Po trzecie, zakaz wszczynania postępowań o zmianę decyzji będącej przedmiotem skargi do sądu znajduje wprost wsparcie w zasadzie „prawa do sądu”, wypływającej z art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 Konstytucji RP, w szczególności w tym jego aspekcie, który każe postrzegać owo prawo jako prawo podmiotowe jednostki, do załatwienia swojej sprawy przed sądem. Tym samym akceptacja sytuacji, w której organ będący stroną procesu stwierdza wygaśnięcie decyzji w trakcie takiego postępowania, eliminuje *de facto* sens dalszego jego prowadzenia i w tym sensie faktycznie pozbawia stronę prawa do sądu. Tak więc tylko przyjęcie zakazu stwierdzenia wygaśnięcia decyzji będącej przedmiotem postępowania sądowego pozwala na pełną realizację prawa do sądu.

Powyższy pogląd w sposób konsekwentny przewija się w judykaturze już od lat 80., dotycząc zarówno przepisów k.p.a. (dawniej obowiązujący art. 199 k.p.a.) jak i przepisów prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (dalej „P.p.s.a.”).

Podkreślić przy tym należy, że w żadnej z wymienionych ustaw ustawodawca nie wskazał wprost, by zmiana decyzji ostatecznej w oparciu o przepisy szczególne („nadzwyczajne tryby postępowania”) miała być niedopuszczalna w sytuacji, w której rozstrzygnięcie organu zostało zaskarżone do sądu. Jedynie pośrednio odnosi się do tego problemu art. 56 P.p.s.a., wskazując, że „w razie wniesienia skargi do sądu po wszczęciu postępowania administracyjnego w celu zmiany, uchylecia, stwierdzenia nieważności aktu lub wznowienia postępowania, postępowanie sądowe podlega zawieszeniu”.

Wskazany przepis, po pierwsze nie stawia żadnych ograniczeń przed organem administracyjnym i nakazuje zawiesić postępowanie sądowe w przypadku, gdy przed wniesieniem skargi podjęte zostało nadzwyczajne postępowanie administracyjne. Po drugie, w ogóle nie odnosi się on do sytuacji, w której organ wykazałby wolę podjęcia postępowania zmierzającego do zmiany decyzji ostatecznej już po wniesieniu skargi do sądu. Porównując więc rozwiązania z k.p.c. oraz z P.p.s.a., należy stwierdzić, że oba milczą na temat zbiegu uprawnień sądu oraz organu do zmiany albo uchylecia tej samej decyzji.

Analizując art. 56 P.p.s.a. warto odwołać się do poglądów sformułowanych przez J. Tarno, który w komentarzu do tego przepisu wskazał, że „komentowany przepis nie reguluje kwestii, czy możliwe jest wszczęcie postępowania administracyjnego w trybie nadzwyczajnym już po wniesieniu skargi do sądu administracyjnego. Zarówno na tle poprzednio obowiązujących ustaw, które również nie normowały tej kwestii, jak i obecnie przyjęto stanowisko, że skuteczne wniesienie skargi do sądu administracyjnego stanowi przeszkodę do wszczęcia postępowania administracyjnego mającego na celu usunięcie z obrotu prawnego zaskarżonej decyzji. Podstawowym argumentem przemawiającym za taką wykładnią jest wzgląd na konieczność wyeliminowania niekorzystnego zbiegu uprawnień do weryfikacji ostatecznych decyzji w trybie postępowania sądowego oraz w nadzwyczajnym trybie postępowania administracyjnego – por. szerzej A. Kabat, w: P.p.s.a. Komentarz II, s. 153-154 i powołana tam literatura, a także wyr. WSA w Warszawie z 3 czerwca 2005 r., II SAB/Wa 76/05 (LEX nr 171672)”<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> J. Tarno, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 194, 195.

W powyższej sprawie NSA wypowiedział się wprost w wyroku z dnia 5.12.1989 r.<sup>13</sup>, stwierdzając m.in., że „uprawnienie organu administracji do stwierdzenia wygaśnięcia decyzji, określone w art. 162 par. 1 k.p.a., przysługuje tylko wtedy, kiedy nie toczy się postępowanie odwoławcze”.

Jak już wspomniałem, nawet pomimo nie do końca jasnego brzmienia przepisów, sądy administracyjne, które rozstrzygały wskazany problem „kolizji” postępowań nie miały w tej kwestii żadnych wątpliwości. Wskazać należy w szczególności uchwałę NSA z dnia 27.06.2000 r.<sup>14</sup>, czy wcześniejszy wyrok NSA z dnia 7.01.1999 r.<sup>15</sup>, w którym Sąd stwierdził m.in.: „wskazany zbieg uprawnień do weryfikacji ostatecznych decyzji w trybie postępowania sądowego oraz w trybie nadzwyczajnego postępowania administracyjnego nie powinien mieć miejsca. Jest to sytuacja rodząca niekorzystne skutki tak ze względu na zasady ekonomii postępowania organów państwa, jak i z uwagi na ochronę powagi rozstrzygnięć tych organów. Przede wszystkim konieczne jest uniknięcie możliwości wydania przez organ administracji publicznej oraz przez sąd administracyjny sprzecznych orzeczeń w tej samej sprawie (por. T. Woś: *Postępowanie sądowoadministracyjne*, Warszawa 1996, str. 167)”.

Można przyjąć, że sądy administracyjne wykształciły trwałą, jednoznaczną linię orzeczniczą<sup>16</sup> co do niedopuszczalności stwierdzenia wygaśnięcia decyzji administracyjnej, która została uprzednio zaskarżona. Pogląd powyższy został zaakceptowany przez doktrynę: „ze względu na to, że przepis art. 162 § 1 i 2 może być stosowany do decyzji ostatecznych i nieostatecznych, trafnie w wyroku NSA stwierdzono, że zawieszono sprawę administracyjnej przed organem odwoławczym stanowi przeszkodę w skorzystaniu z uprawnienia do stwierdzenia wygaśnięcia decyzji”<sup>17</sup>.

Nie może być zatem żadnych wątpliwości, że uprzednie zaskarżenie decyzji MTR 2008 wyłączało możliwość stwierdzenia wygaśnięcia tej decyzji. Nie ma przy tym znaczenia odmiennosc drogi odwoławczej, a więc fakt, że w tym przypadku środkiem zaskarżenia decyzji jest odwołanie do SOKiK.

Mamy bowiem do czynienia z generalną zasadą „kolizyjną”, określającą stosunek wewnętrznych procedur weryfikowania rozstrzygnięć organów administracji (tj. procedur realizowanych na gruncie k.p.a., takich jak procedura stwierdzenia wygaśnięcia decyzji) do procedur zewnętrznych realizowanych przez niezawisłe sądy, niezależnie od tego czy są to sądy administracyjne czy też cywilne.

Z powyższych powodów uzasadnienie wyroku NSA w sprawie decyzji o wygaśnięciu decyzji MTR 2008 nie budzi moim zdaniem wątpliwości, niemniej można zadać pytanie dlaczego Sąd w ogóle nie wypowiedział się na temat możliwości uznania art. 40 ust. 4 P.t. za przepis szczególny w stosunku do art. 163 k.p.a. a tym samym uznania tego pierwszego za szczególny tryb zmiany lub uchylecia decyzji. Czy oznacza to, że Sąd nie podziela poglądu wyrażonego przez NSA w sprawie II GSK 59/10? Pytanie jest o tyle zasadne, że sąd pierwszej instancji w sprawie o wygaśnięcie decyzji MTR 2008 podzielił pogląd wyrażony we wspomnianym wyroku NSA z 3.02.2011 r. Jeśli NSA w wyroku z 12.09.2012 r. dopuścił co do zasady możliwość stwierdzenia wygaśnięcia decyzji o wysokości stawek i odrzucił koncepcję zmiany lub uchylecia takiej decyzji to oznacza, że organ regulacyjny nadal nie ma jasnych reguł postępowania w takich przypadkach. Na marginesie warto zwrócić uwagę, że – jak

<sup>13</sup> Sygn. akt SA/Wr 335/89.

<sup>14</sup> Uchwała (7) NSA z dnia 27.06.2000 r., FPS 12/99, ONSA 2001/1/7.

<sup>15</sup> Wyrok NSA w Gdańsku z dnia 7.01.1999 r., II SA/Gd 1353/98.

<sup>16</sup> Wyrok NSA z dnia 20.06.2002 r., sygn. akt SA/Bk 220/02 oraz wyroki wojewódzkich sądów administracyjnych z dnia 16.03.2006 r., sygn. akt II SA/Kr 1523/02, z dnia 24.01.2006 r., sygn. akt IV SA/Gl 635/04 i z dnia 19.04.2005 r., sygn. akt II SA/Wr 1806/03.

<sup>17</sup> J. Borkowski [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, 9 wyd. Warszawa 2008, Art. 162 Nb 3, str. 804.

wynika z pism procesowych organu – kwestionował on pogląd, że art. 40 ust. 4 P.t. stanowi przepis szczególny umożliwiający zmianę lub uchylenie uprzedniej decyzji wydanej na podstawie tego przepisu.

## VII. Forma zatwierdzenia opłat w dotychczasowej wysokości

Jak łatwo zauważyć, wysokość opłat wprowadzona decyzją MTR 2009 pokrywała się z wysokością dotychczas obowiązującą na podstawie decyzji MTR 2008. Pojawia się tu zatem pytanie o sens wydawania nowej decyzji, szczególnie w świetle art. 156 §1 pkt 3 k.p.a., zgodnie z którym stwierdzeniu nieważności podlega decyzja, która dotyczy sprawy już poprzednio rozstrzygniętej inną decyzją ostateczną. W tym przypadku sprawą rozstrzygniętą uprzednio była wysokość opłat za okres od 1 lipca 2009 r., ustalono je w wysokości 16,77 gr/min. Następnie tę samą wysokość opłat organ ustalił na okres od 10 grudnia 2009 r., przy czym w dacie wydania decyzji obowiązywała już wyższa stawka. Do ustalenia tożsamości spraw w rozumieniu powołanego przepisu k.p.a. niezbędna jest tożsamość stron, stanu prawnego oraz stanu faktycznego. W omawianej sprawie organ uznał, że zmienił się stan faktyczny, ponieważ zmieniły się koszty świadczenia usługi a zatem zaistniała konieczność wydania nowej decyzji w sprawie stawek MTR. Do tej argumentacji przychylił się Sąd Apelacyjny w wyroku z 25.05.2012 r. uznając, że nie doszło do naruszenia art. 156 §1 pkt 3 k.p.a. z uwagi na zmieniony stan faktyczny.

W mojej ocenie, można mieć w powyższej kwestii wątpliwości. Istotnie, tożsamość stanu faktycznego jest jednym z elementów niezbędnych do stwierdzenia tożsamości sprawy. Jednak jak wskazują komentatorzy: „stan faktyczny sprawy musi być (...) brany pod uwagę w ocenie, czy ma miejsce tożsamość sprawy, lecz tylko w odniesieniu do faktów prawotwórczych. Nie wydaje się możliwe, ani potrzebne oczekiwanie, iż stan faktyczny będzie trwał długi czas niejako zamrożony we wszystkich jego elementach i szczegółach. Elementy prawnie obojętne, **niewpływające w niczym na załatwienie sprawy** [podkreślenie – AM], powinny być pominięte w ocenie tożsamości sprawy”<sup>18</sup>. Wydaje się zatem, że wydanie decyzji, której rozstrzygnięcie nie zmienia niczego w aktualnym stanie prawnym i faktycznym było bezzasadne, a decyzja taka powinna zostać uchylona.

<sup>18</sup> B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 740.