

## UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów decyzją z dnia 23 listopada 2011 r. o Nr (...), znak (...) po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, uznał w pkt I za praktykę ograniczającą konkurencję na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej oraz na krajowym hurtowym rynku usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii (...) i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej jako uokik), porozumienie zawarte na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej pomiędzy:

1.

(...) S.A. z siedzibą w W.;

2.

(...) S.A. z siedzibą w W.;

3.

(...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.;

4.

(...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.,

polegające na dokonywaniu uzgodnień dotyczących kształtowania relacji z (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Z.; wymianie informacji o swojej ocenie oferty hurtowej (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Z. dotyczącej audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych w technologii (...); dokonywaniu uzgodnień dotyczących publicznego kwestionowania tej oferty, jednocześnie nakazując zaniechania jej stosowania.

W pkt II decyzji, na podstawie art. 10 uokik oraz na podstawie art. 3 ust. 1 i art. 5 Rozporządzenia Rady (WE) nr (...) z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie stosowania reguł konkurencji określonych w art. 81 i 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, uznał za praktykę ograniczającą konkurencję na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej oraz na krajowym hurtowym rynku usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii (...) i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE z dnia 9 maja 2008 r. nr C 115, dalej jako TFUE), porozumienie zawarte na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej pomiędzy:

1.

(...) S.A. z siedzibą w W.;

2.

(...) S.A. z siedzibą w W.;

3.

(...) sp. z o.o. z siedzibą w W.;

4.

(...) sp. z o.o. z siedzibą w W.,

polegające na dokonywaniu uzgodnień dotyczących kształtowania relacji z (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Z.; wymianie informacji o swojej ocenie oferty hurtowej (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Z. dotyczącej audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych w technologii (...); dokonywaniu uzgodnień dotyczących publicznego kwestionowania tej oferty, nakazując zaniechania jej stosowania.

Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 i 2 uokik, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nałożył z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 uokik oraz w art. 101 ust. 1 (...) na:

1.

(...) S.A. z siedzibą w W. karę pieniężną w wysokości 33.463.218,16 zł;

2.

(...) S.A. z siedzibą w W. karę pieniężną w wysokości 34.020.547,65 zł;

3.

(...) sp. z o.o. z siedzibą w W. karę pieniężną w wysokości 35.098.583,33 zł;

4.

(...) sp. z o.o. z siedzibą w W. karę pieniężną w wysokości 10.706.142,70 zł.

***Od powyższej decyzji odwołania złożyły wszystkie cztery spółki, którym Prezes UOKiK zarzucił udział w porozumieniu.***

(...) S.A. zaskarżyła decyzję w części, tj. w zakresie pkt. I w części odnoszącej się do (...) w zakresie pkt. II w części odnoszącej się do (...) oraz w zakresie pkt. III ppkt 1 sentencji decyzji.

Odwołujący zarzucił:

1)

naruszenie art. 10 i art. 106 ust. 1 pkt 1) i 2) uokik w zw. z art. 6 ust. 1 uokik i art. 101 ust. 1 (...) poprzez nie ustalenie w jaki sposób - przez jakie konkretne naruszenia, których rzekomo dopuścił się (...) została zrealizowana hipoteza norm prawnych zawartych w art. 6 ust. 1 uokik i art. 101 ust. 1 (...) (wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie konkurencji na rynku właściwym);

2)

naruszenie art. 10 uokik w zw. z art. 6 ust. 1 uokik oraz art. 3 i 5 Rozporządzenia Rady (WE) nr (...) z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i art. 82 Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską [art. 101 i art. 102 (...)] [„Rozporządzenie Rady (WE) nr (...)”] w związku art. 101 ust. 1 (...) poprzez przyjęcie, że w sprawie doszło do zawarcia porozumienia określonego w pkt. I i II Decyzji, w szczególności uznanie, że dokonywanie uzgodnień lub wymiana informacji pomiędzy przedsiębiorcami są wystarczające do stwierdzenia, że pomiędzy przedsiębiorcami doszło do zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia opisanego w sentencji Decyzji i że (...) był uczestnikiem tego porozumienia;

3)

naruszenie art. 10 uokik i art. 3 i 5 Rozporządzenia Rady (WE) nr (...) w zw. z art. 101 ust. 1 (...) poprzez niewłaściwe zastosowanie polegające na wydaniu decyzji o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazującą zaniechanie jej stosowania, pomimo iż przedmiotem postępowania nie była praktyka, która mogła wpływać na handel między Państwami Członkowskimi i której celem lub skutkiem było zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego;

1)

naruszenie art. 6 ust. 1 uokik oraz art. 101 ust. 1 (...) w zw. z art. 4 pkt 9) uokik poprzez błędne ustalenie, że rynkiem właściwym w sprawie jest krajowy detaliczny rynek telefonii ruchomej i w konsekwencji uznanie, że rzekome porozumienie zostało zawarte na tak błędnie ustalonym rynku właściwym;

2)

naruszenie art. 6 ust. 1 uokik i art. 101 ust. 1 (...) w zw. z art. 18 uokik poprzez uznanie za praktyki zakazane w art. 6 ust. 1 uokik i art. 101 ust. 1 (...) działań, na które Prezes UOKiK wyraził zgodę w decyzji nr (...) z dnia 5 grudnia 2008 r. w sprawie koncentracji polegającej na utworzeniu przez strony postępowania antymonopolowego wspólnego przedsiębiorcy - (...) Sp. z o.o. [ (...)];

3)

naruszenie art. 10 i art. 106 ust. 1 pkt 1) i 2) uokik w zw. z art. 1 ust. 1 uokik poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie polegające na wydaniu decyzji pomimo, iż w sprawie nie doszło do naruszenia interesu publicznoprawnego;

4)

naruszenie art. 106 ust. 1 pkt 1) uokik w zw. z art. 6 ust. 1 uokik poprzez niewłaściwe zastosowanie polegające na nałożeniu na (...) kary pieniężnej w sytuacji niezastnienia zdarzenia wskazanego w hipotezie normy prawnej odzwierciedlonej w przepisie, gdyż (...) nie zawarł żadnego niedozwolonego porozumienia, o którym mowa w art. 6 ust. 1 uokik;

5)

naruszenie art. 106 ust. 1 pkt 2) uokik w zw. z art. 101 ust. 1 (...) poprzez niewłaściwe zastosowanie polegające na nałożeniu na (...) kary pieniężnej w sytuacji niezastnienia zdarzenia wskazanego w hipotezie normy prawnej odzwierciedlonej w przepisie, gdyż (...) nie zawarł żadnego niedozwolonego porozumienia, o którym mowa w art. 101 ust. 1 (...);

6)

naruszenie art. 10 i art. 106 ust. 1 pkt 1) i 2) uokik przez ich nieuzasadnione zastosowanie polegające na wydaniu decyzji w postępowaniu, które było bezprzedmiotowe i jako takie powinno zostać umorzona zgodnie z art. 105 § 1 uokik z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego [t.j. Dz.U. z 2000 r., Nr 98, poz. 1071 ze zm.; dalej: „k.p.a.”] w zw. z art. 83 Ustawy i w konsekwencji naruszenie art. 105 § 1 k.p.a. w zw. z art. 83 uokik poprzez jego niezastosowanie.

Z ostrożności procesowej podniósł, że w przypadku gdyby Sąd błędnie uznał, że (...) naruszył zakazy określone w art. 6 ust. 1 uokik lub art. 101 ust. 1 (...) (czemu zdecydowanie zaprzeczył), zaskarżona decyzja narusza przepisy prawa w związku z czym zarzucił naruszenie przepisów prawa materialnego wskutek błędnej wykładni lub niewłaściwego zastosowania przepisów, tj.:

1)

naruszenie art. 7 ust. 1 pkt 1) uokik w zw. z art. 4 pkt 9) Ustawy poprzez jego niezastosowanie, tj. nie zakwalifikowanie zarzucanego rzekomego porozumienia jako porozumienia wyłączonego spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję wskutek przyjęcia błędnej definicji rynku właściwego w sprawie;

2)

naruszenie art. 10 uokik w zw. z art. 11 ust. 1 Ustawy poprzez niewłaściwe zastosowanie polegające na nakazaniu zaniechania praktyki, która nawet jeżeli miała miejsce w przeszłości (czemu przeczymy), nie była stosowana w dacie wydania decyzji;

3)

naruszenie art. 11 ust. 2 uokik poprzez niezastosowanie polegające na niewydaniu decyzji stwierdzającej zaniechanie stosowania kwestionowanej praktyki, pomimo iż praktyka, która nawet jeżeli miała miejsce w przeszłości (czemu przeczymy), nie była stosowana w dacie wydania decyzji;

4)

naruszenie art. 111 uokik w zw. z art. 106 ust. 1 pkt 1) i 2) uokik poprzez błędną wykładnię skutkującą niewłaściwym zrozumieniem kryteriów ustalenia kary, polegającym w szczególności na przyjęciu dowolności w wymierzeniu kary, jedynie z zachowaniem ograniczenia jej górnej granicy, czego konsekwencją było jego niewłaściwe zastosowanie polegające na nieuzasadnionym nałożeniu kary, a jeżeli przyjąć, czemu (...) zaprzecza, że zaistniały przesłanki uzasadniające nałożenie kary - jej ustalenie w nadmiernej wysokości bez rzeczywistego i obiektywnego uwzględnienia okoliczności sprawy mających wpływ na wymiar kary, w tym powagi ewentualnego naruszenia przepisów ustawy (charakter ewentualnych naruszeń, nawet jeżeli miałyby miejsce, należy uznać za mniej poważny), stopnia ewentualnej winy (...) co stanowi niewłaściwe zastosowanie art. 111 uokik i wynika z błędnej wykładni przywołanego przepisu;

5)

naruszenie art. 106 ust. 1 pkt 1) i 2) uokik w zw. z art. 111 uokik poprzez nieuwzględnienie przy określeniu wymiaru kary pieniężnej okoliczności zaniechania kwestionowanej praktyki ((...) przeczy przy tym w ogóle stosowaniu tej praktyki);

1)

naruszenie art. 2 oraz art. 31 ust. 1 ustawy z dnia 2 kwietnia 1997 r. - Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej [Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.; dalej: „Konstytucja RP”] przez pominięcie przy wymiarze kary zasady proporcjonalności.

Dodatkowo zaskarżonej Decyzji (...) zarzucił naruszenie przepisów postępowania, mające istotny wpływ na wynik sprawy, w szczególności:

1)

naruszenie art. 107 § 1 i § 3 k.p.a. w związku z art. 83 uokik poprzez sprzeczność rozstrzygnięcia zawartego w pkt. I i II sentencji Decyzji z uzasadnieniem Decyzji polegającą na nakazaniu (...) zaniechania działań, których (...) nigdy nie podejmował, jak również nienależyte uzasadnienie faktyczne i prawne Decyzji, w tym brak precyzyjnego określenia w sentencji Decyzji przypisanego (...) czynu, wadliwość uzasadnienia Decyzji w zakresie sposobu prezentacji dowodów, w szczególności zbiorcze powoływanie dowodów bez ich odpowiedniego przyporządkowania faktom, które mają rzekomo wykazywać;

2)

naruszenie art. 7 i art. 77 § 1 k.p.a. w zw. z art. 83 uokik oraz art. 233 § 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego [Dz.U. Nr 43, poz. 296 ze zm.; dalej: „k.p.c.”] w związku z art. 84 uokik poprzez selektywny dobór materiału dowodowego, niewyjaśnienie wszystkich istotnych okoliczności sprawy, nie przeprowadzenie w sposób należyty postępowania dowodowego oraz błędne ustalenie stanu faktycznego, w szczególności błędne przyjęcie, że zachowanie stron postępowania stanowiło niedozwolone porozumienie ograniczające konkurencję bez uwzględnienia faktycznych, istniejących okoliczności rynkowych, w tym specyfiki produktu, a także otoczenia prawnego - formalnego, które miały bezpośredni wpływ a nie zostały uwzględnione w ocenie stanu faktycznego, a także błędną ocenę zebranego materiału dowodowego, w szczególności:

- wydanie Decyzji, która opiera się na ustaleniach faktycznych wykraczających poza zakres przedmiotowy stawianych zarzutów,

- brak oceny czy „oferty” (...) Sp. z o.o. [...] na świadczenie hurtowych usług telewizji (...) nie zawierały postanowień niezgodnych z prawem (m.in. postanowień, które po włączeniu do umów z użytkownikami końcowymi, uznane byłyby za klauzule abuzywne) lub też nazbyt uciążliwych i ekonomicznie ryzykownych, w tym błędne przyjęcie że nieatrakcyjne i narzucane uciążliwe warunki „ofert” (...) nie miały wpływu na proces negocjacyjny z (...) co uzasadniało ostrożne podejście do kontraktowania z (...),

- niewyjaśnienie przyczyn zmian decyzji rezerwacyjnej Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej [„Prezes UKE” lub „UKE”] z dnia 26 czerwca 2009 r., znak: (...) (...) i związanych z nimi celów biznesowych (...), które mogły wskazywać na brak rzeczywistej woli kontraktowania przez (...) ze stronami postępowania antymonopolowego,

- brak ustalenia przebiegu bilateralnych rozmów operatorów z (...), w szczególności przyczyn zerwania przez (...) negocjacji z (...) co świadczyło o intencjach (...) co do rezygnacji z rozwijania w Polsce rynku usług telewizji mobilnej w technologii (...),
- błędne przyjęcie, że otoczenie rynkowe (m.in. etap rozwoju rynku telekomunikacyjnego, koszty inwestycji, dostępność aparatów telefonicznych) oraz ogóle warunki ekonomiczno biznesowe (m.in. kryzys światowy, załamanie się rynku usług telewizji mobilnej w Europie) nie miały znaczenia przy podejmowaniu przez (...) decyzji dotyczącej inwestowania w ten rynek,
- błędne przyjęcie, że spotkanie wspólników(...)w dniu 23 marca 2009 r. i podjęta przez nich decyzja, aby każdy ze wspólników prowadził indywidualne rozmowy z (...) nie odzwierciedlały rzeczywistych zamiarów (...)
- błędne przyjęcie, że brak prawomocności decyzji rezerwacyjnej Prezesa (...) z dnia 26 czerwca 2009 r., znak:(...) oraz kolejne wnioski składane przez (...) do Prezesa UKE o jej zmianę nie miały wpływu na proces negocjacyjny z (...)
- pominięcie faktu, że (...) złożył do UOKiK zawiadomienie w związku z podejrzeniem nadużywania przez (...) pozycji dominującej wskutek narzucania uciążliwych warunków umów w zaprezentowanej ofercie hurtowej (zawiadomienie z dnia 24 marca 2010 r.),
- nieuwzględnienie w stanie faktycznym faktu i okoliczności związanych z utworzeniem przez czterech (...) spółki (...),
- bezpodstawne przyznanie artykułom prasowym statusu dowodu potwierdzającego uczestnictwo Stron w zarzucanym porozumieniu,
- błędną ocenę i interpretację poszczególnych dowodów w sprawie (maile, protokoły z posiedzeń organów, publikacje - omówionych w uzasadnieniu odwołania);

3) naruszenie art. 7 i art. 77 § 1 k.p.a. w zw. z art. 83 uokik oraz art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 84 uokik poprzez brak dostatecznego wyjaśnienia stanu faktycznego sprawy oraz dokonanie błędnej oceny zebranego materiału dowodowego w zakresie niezbędnym dla poprawnego wyznaczenia (zdefiniowania) rynku właściwego w sprawie poprzez błędne przyjęcie, że rynkiem właściwym w sprawie jest krajowy detaliczny rynek telefonii ruchomej;

4)

naruszenie art. 7, art. 10 § 1 i art. 77 § 1 k.p.a. w zw. z art. 83 uokik oraz art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 84 uokik poprzez ograniczenia (...) prawa do obrony, w szczególności poprzez:

- postawienie stronom postępowania zarzutów wyrażonych w postanowieniu UOKiK z dn. 21 września 2010 r., zmienionym postanowieniami z dn. 12 lipca 2011 r. i z dn. 6 września 2011 r., które były sformułowane niejasno i nieprecyzyjnie,
- nieuwzględnienie wniosków dowodowych (...) które miały istotny wpływ na ocenę stanu faktycznego sprawy oraz rozstrzygnięcie,
- wydanie Decyzji pomimo braku prawomocnego rozstrzygnięcia zaskarżonych postanowień o ograniczeniu prawa wglądu do materiału dowodowego wydanych w ramach postępowania antymonopolowego, a w konsekwencji uniemożliwienie (...) zapoznania się z całym materiałem dowodowym i odniesienie do całego materiału dowodowego, przy czym dla oceny niniejszego zarzutu istotny jest fakt, że Prezes UOKiK znacząco opóźnił dokonanie kontroli sądowej wydanych przez siebie postanowień poprzez wielomiesięczne przetrzymywanie zażaleń stron postępowania przed przekazaniem do tutejszego Sądu,
- oparcie Decyzji na ustaleniach faktycznych, które dotyczą wydarzeń sprzed rozstrzygnięcia konkursu przez Prezesa (...), a więc wykraczających poza zakres przedmiotowy stawianych zarzutów, które dotyczą relacji z (...) oraz wymiany

informacji o ocenie oferty (...), mających miejsce po rozstrzygnięciu konkursu przez Prezesa (...), o czym (...) dowiedział się dopiero z treści Decyzji. .

5)

naruszenie art. 8 k.p.a. w związku z art. 83 uokik poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady pogłębiania zaufania obywateli do państwa wskutek wydania decyzji, która nie uwzględniała ustaleń i rozstrzygnięcia podjętego przez Prezesa UOKiK w decyzji nr (...) z dn. 5 grudnia 2008 r. w sprawie koncentracji polegającej na utworzeniu przez strony postępowania antymonopolowego wspólnego przedsiębiorcy - (...), a która to decyzja powinna mieć decydujący wpływ na ocenę stanu faktycznego w postępowaniu antymonopolowym ze względu na zakres wyrażonej w tej decyzji zgody UOKiK na współpracę stron postępowania i penalizację w Decyzji działań, na które uprzednio Prezes UOKiK wyraził zgodę;

6)

naruszenie art. 233 § 1 i art. 231 k.p.c. w zw. z art. 84 uokik poprzez zastosowanie w toku postępowania wielokrotnie, lecz bezzasadnie, domniemań faktycznych oraz zaniechanie należytej analizy zebranego materiału dowodowego;

7)

naruszenie art. 88 ust. 2 i art. 123 k.p.a. w zw. z art. 83 uokik poprzez błędne zastosowanie i błędną wykładnię tych przepisów, wskutek przyjęcia, że art. 123 k.p.a. stanowi podstawę do zmiany postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego, podczas gdy przepisy Ustawy, w szczególności art. 88 ust. 2 uokik, nie regulują w ogóle instytucji zmiany postanowienia o wszczęciu postępowania, co czyniło niedopuszczalnym dokonanie zmian postanowienia UOKiK z dnia 21 września 2010 r. a w konsekwencji wydanie Decyzji wykraczającej poza zakres postępowania określony w ww. postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego;

8)

naruszenie art. 3 i 5 Rozporządzenia Rady (WE) nr (...) poprzez ich nieskuteczne zastosowanie w Decyzji wskutek ich pominięcia w postanowieniach zmieniających postanowienie Prezesa UOKiK o wszczęciu niniejszego postępowania, przy czym (...) podtrzymuje stanowisko o niedopuszczalności dokonania zmiany postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego, zgodnie z pkt. 7) powyżej;

9)

naruszenie art. 42 Konstytucji RP w zw. z art. 217 § 2 i 227 k.p.c. oraz 391 § 1 k.p.c, poprzez odmówienie (...) dostępu do akt sprawy, które mogą zawierać dowody o charakterze uniewinniającym, jak również poprzez przyjęcie domniemania w zakresie okoliczności obciążających powoda, w tym domniemania winy umyślnej.

Wobec powyższych zarzutów (...) wniósł o:

1. zmianę pkt. I - III sentencji Decyzji poprzez nadanie im brzmienia: „Na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U. z 2000 r., Nr 98, poz. 1071 ze zm.) w zw. z art. 83 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów umarza postępowanie antymonopolowe przeciwko (...) S.A. z siedzibą w W., (...) S.A. z siedzibą w W., (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. i (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. w związku z zawarciem na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej porozumienia polegającego na dokonywaniu przez tych przedsiębiorców uzgodnień dotyczących kształtowania relacji z (...) Sp. z o.o., na wymianie informacji o swojej ocenie oferty hurtowej (...) Sp. z o.o. dotyczącej audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych w technologii (...) oraz na dokonywaniu uzgodnień dotyczących publicznego kwestionowania tej oferty, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji na krajowym hurtowym rynku usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii (...) oraz na detalicznym rynku telefonii ruchomej, co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, jako bezprzedmiotowe.”;

a w przypadku nieuwzględnienia wniosku z pkt. 1,

2.

zmianę zaskarżonej Decyzji w całości poprzez uznanie, że zachowanie stron postępowania antymonopolowego, prowadzonego przez Prezesa UOKiK pod sygn. akt: (...) nie stanowiło porozumienia, o którym mowa w art. 6 ust. 1 Ustawy i art. 101 ust. 1 (...);

a w przypadku nieuwzględnienia wniosku z pkt. 2,

3.

zmianę pkt. I - III sentencji Decyzji poprzez wykreślenie (...) i dodanie pkt. IV w brzmieniu: „Na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U. z 2000 r., Nr 98, poz. 1071 ze zm.) w zw. z art. 83 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2007 r., Nr 50, poz. 331 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów umarza postępowanie antymonopolowe przeciwko (...) S.A. z siedzibą w W., (...) S.A. z siedzibą w W., (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. i (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. w związku z zawarciem na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej porozumienia polegającego na dokonywaniu przez tych przedsiębiorców uzgodnień dotyczących kształtowania relacji z (...) Sp. z o.o., na wymianie informacji o swojej ocenie oferty hurtowej (...) Sp. z o.o. dotyczącej audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych w technologii (...) oraz na dokonywaniu uzgodnień dotyczących publicznego kwestionowania tej oferty, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji na krajowym hurtowym rynku usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii (...) oraz na detalicznym rynku telefonii ruchomej, co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, w odniesieniu do (...) S.A. jako bezprzedmiotowe.”;

a w przypadku nieuwzględnienia wniosku z pkt. 3,

4.

zmianę zaskarżonej Decyzji w części poprzez uznanie, że (...) nie uczestniczył w porozumieniu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 Ustawy i art. 101 ust. 1 (...);

a w przypadku nieuwzględnienia wniosku z pkt. 4,

5. uchylene Decyzji w całości;

a w przypadku nieuwzględnienia wniosku z pkt. 5,

6. uchylene Decyzji w części, tj. w zakresie pkt. I w części odnoszącej się do (...) w zakresie pkt. II w części odnoszącej się do (...) oraz w zakresie pkt. III ppkt 1 sentencji Decyzji;

a w przypadku nieuwzględnienia wniosku z pkt. 6, uwzględnienie jednego z wniosków z pkt. 7-10, tj. w pierwszej kolejności wniosku o:

7. zmianę pkt. I sentencji Decyzji poprzez nadanie mu brzmienia: „Na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznaje za praktykę ograniczającą konkurencję na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej oraz na krajowym hurtowym rynku usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii (...) i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, porozumienie zawarte na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej pomiędzy: 1. (...) S.A. z siedzibą w W.; 2. (...) S.A. z siedzibą w W.; 3. (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.; 4. (...) sp. z o. o. z siedzibą w W., polegające na: - dokonywaniu uzgodnień dotyczących kształtowania relacji z (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Z., - wymianie informacji o swojej ocenie oferty hurtowej (...) sp. z

o.o. z siedzibą w Z. dotyczącej audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych w technologii (...), - dokonywaniu uzgodnień dotyczących publicznego kwestionowania tej oferty i stwierdza zaniechanie jej stosowania z dniem 23.03.2009 r.";

a w przypadku nieuwzględnienia wniosku z pkt. 7,

8.

zmianę zaskarżonej Decyzji w części, tj. w zakresie pkt I sentencji Decyzji poprzez uznanie, że Strony postępowania zaniechały stosowania praktyki, o której mowa w pkt. I sentencji Decyzji;

przypadku nieuwzględnienia wniosku z pkt. 8

9.

zmianę pkt. I sentencji Decyzji poprzez nadanie mu brzmienia: „Na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznaje za praktykę ograniczającą konkurencję na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej oraz na krajowym hurtowym rynku usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii (...) i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, porozumienie zawarte na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej pomiędzy: 1. (...) S.A. z siedzibą w W.; 2. (...) S.A. z siedzibą w W.; 3. (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.; 4. (...) sp. z o.o. z siedzibą w W., polegające na: - dokonywaniu uzgodnień dotyczących kształtowania relacji z (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Z., - wymianie informacji o swojej ocenie oferty hurtowej (...) sp. z o.o. z siedzibą w Z. dotyczącej audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych w technologii (...), - dokonywaniu uzgodnień dotyczących publicznego kwestionowania tej oferty i stwierdza zaniechanie jej stosowania przez (...) S.A. z siedzibą w W. z dniem 23.03.2009 r.";

a w przypadku nieuwzględnienia wniosku z pkt 9

10.

zmianę zaskarżonej Decyzji w części, tj. w zakresie pkt. I sentencji Decyzji poprzez uznanie, że (...) zaniechał stosowania praktyki, o której mowa w pkt. I sentencji Decyzji;

oraz dodatkowo w przypadku nieuwzględnienia wniosku z pkt. 6, odpowiednio uwzględnienie jednego z wniosków z pkt. 11-12, tj. w pierwszej kolejności wniosku o:

11.

zmianę zaskarżonej Decyzji w części, tj. w zakresie pkt. II sentencji Decyzji poprzez uznanie, że Strony postępowania zaniechały stosowania praktyki, o której mowa w pkt. II sentencji Decyzji albo umorzenie postępowania w zakresie określonym w pkt. II sentencji Decyzji (analogicznie jak: decyzja (...) nr (...) z dnia 21 lipca 2009 r.);

a w przypadku nieuwzględnienia wniosku z pkt. 11,

12.

zmianę zaskarżonej Decyzji w części, tj. w zakresie pkt. II sentencji Decyzji poprzez uznanie, że (...) zaniechał stosowania praktyki, o której mowa w pkt. II sentencji Decyzji albo umorzenie postępowania w zakresie określonym w pkt. II sentencji Decyzji w odniesieniu do (...);

oraz dodatkowo w przypadku nieuwzględnienia wniosku z pkt. 6, uwzględnienie jednego z wniosków z pkt. 13-15, tj. w pierwszej kolejności wniosku o:

13.

zmianę Decyzji poprzez wykreślenie pkt. III sentencji Decyzji;



a w przypadku nieuwzględnienia powyższego wniosku z pkt. 13,

14.

zmianę pkt. III sentencji Decyzji poprzez wykreślenie ppkt. 1;

a w przypadku nieuwzględnienia powyższego wniosku z pkt. 14

15.

zmianę pkt. III ppkt 1 sentencji Decyzji poprzez orzeczenie wobec (...) kary pieniężnej w niższej wysokości niż wymierzona w tym punkcie przez Prezesa UOKiK ze względu na całokształt okoliczności sprawy, w tym w szczególności brak zawinienia po stronie (...).

(...) uzasadniał, że Decyzja powinna zostać zmieniona w całości, zgodnie z wnioskami zawartymi w pkt. 1 lub 2 lub 3 lub 4 powyżej, ponieważ kwestionowane w Decyzji zachowanie stron postępowania antymonopolowego nie stanowiło porozumienia, o którym mowa w art. 6 Ustawy i art. 101 (...). Pozostałe wnioski składane są z ostrożności procesowej.

Odwołujący (...) wniósł ponadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów powołanych w odwołaniu i dalszych pismach procesowych na okoliczności tam wskazane oraz o zwrot kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych z uwzględnieniem szczególnego stopnia zawilości przedmiotowej sprawy;

**(...) S. A. w W.** zaskarżyła decyzję w zakresie pkt I, II i III.2. i wniosła o uchylenie decyzji w tej części, względnie o zmianę zaskarżonej decyzji w zakresie jej pkt I oraz pkt III.2., w ten sposób, że nie stwierdza się stosowania przez (...) i inne podmioty wskazane w pkt I Decyzji praktyki ograniczającej konkurencję na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej oraz na krajowym rynku usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii (...) i naruszającej zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 uokik. (...) wniosła ponadto o zmianę zaskarżonej decyzji w zakresie jej pkt II w ten sposób, że umarza się, jako bezprzedmiotowe, postępowania w sprawie stosowania przez (...) i inne podmioty wskazane w pkt II Decyzji określonej w pkt II Decyzji praktyki ograniczającej konkurencję na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej oraz na krajowym rynku usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii (...) i naruszającej zakaz, o którym mowa w art. 101 ust. 1 (...), względnie o uznanie, że nie ma podstaw do działania ze strony Prezesa UOKiK.

Z ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia powyższych wniosków o uchylenie lub zmianę zaskarżonej decyzji w zakresie jej pkt I, pkt I. oraz pkt III.2., skarżąca wniosła o zmianę zaskarżonej decyzji w zakresie jej pkt III.2., poprzez nałożenie na (...) kary pieniężnej w wysokości nie wyższej niż 661,76 zł lub w innej wysokości istotnie mniejszej niż określona w Decyzji.

Skarżąca (...) zarzuciła:

1.

naruszenie art. 4 pkt 9, art. 6 ust. 1 i art. 10 uokik oraz art. 101 ust. 1 (...) w zw. z art. 2, art. 3 ust. 2 i art. 5 rozporządzenia nr (...) poprzez błędne określenie rynku właściwego i uznanie, że rynkiem, na którym zarzucona stronom praktyka ogranicza konkurencję, jest krajowy hurtowy rynek usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii (...), mimo że tak określony rynek nie istnieje i nie istniały oraz nie istnieją warunki do powstania tego rynku;

2.

naruszenie art. 4 pkt 9, art. 6 ust. 1 i art. 10 uokik oraz art. 101 ust. 1 (...) w zw. z art. 2, art. 3 ust. 2 i art. 5 rozporządzenia nr (...), poprzez uznanie, że nie istnieje obecnie na polskim rynku produkt substytucyjny do usług telewizji (...), mimo że takim substytutem mogą być m.in. usługi telewizji „na żywo” oraz telewizji „na żądanie” oferowane w technologii video streamingu w sieci internet, a także usługi telewizji rozsiewczej w technologii (...),

3.

naruszenie art. 4 pkt 9, art. 6 ust. 1 i art. 10 uokik oraz art. 101 ust. 1 (...) w zw. z art. 2, art. 3 ust. 2 i art. 5 rozporządzenia nr (...), poprzez błędne określenie rynku właściwego i uznanie, że rynkiem, na którym zarzucona stronom praktyka

ogranicza konkurencję jest także krajowy detaliczny rynek telefonii ruchomej, podczas gdy zarzucane praktyki nie mają nawet potencjalnie wpływu na ten rynek, a przynajmniej żaden taki wpływ nie został wykazany przez Prezesa UOKiK;

4.

naruszenie art. 6 ust. 1 i art. 10 uokik oraz art. 101 ust. 1 (...), art. 2, art. 3 ust. 2 i art.5 rozporządzenia nr (...), poprzez uznanie, że operatorzy będący stronami postępowania antymonopolowego zawarli porozumienie na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej, podczas gdy zarzucane praktyki nie dotyczyły tego rynku;

5.

naruszenie art. 6 ust. 1 i art. 10 uokik oraz art. 101 ust. 1 (...), art. 2, art. 3 ust. 2 i art.5 rozporządzenia nr (...), poprzez błędne i nieuzasadnione przyjęcie, że wprowadzenie przez któregokolwiek z Operatorów na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej usług telewizji mobilnej w technologii (...) może prowadzić do osiągnięcia na tym rynku przewagi konkurencyjnej;

6.

naruszenie art. 6 ust. 1 i art. 10 uokik oraz art. 101. ust 1 (...), art. 2, art. 3 ust. 2 i art.5 rozporządzenia nr (...), poprzez przyjęcie, że doszło do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej, podczas gdy porozumienia takiego nie było, a w szczególności nie tworzą takiego porozumienia bezpodstawnie zarzucane Operatorom praktyki polegające na rzekomym dokonywaniu uzgodnień dotyczących kształtowania relacji ze spółką (...) - (...) Sp. z o.o. (...), rzekomej wymianie informacji o swojej ocenie oferty hurtowej (...) dotyczącej audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych w technologii (...), rzekomym dokonywaniu uzgodnień dotyczących publicznego kwestionowania tej oferty;

7.

naruszenie art. 6 ust. 1 i art. 10 uokik oraz art. 101 ust. 1 (...), art. 2, art. 3 ust. 2 i art.5 rozporządzenia nr (...), poprzez uznanie, że operatorzy zawarli porozumienie ograniczające konkurencję polegające na dokonywaniu uzgodnień dotyczących kształtowania relacji z (...), podczas gdy porozumienie takie nigdy nie zostało zawarte, a każdy z operatorów samodzielnie określał swe relacje z (...);

8.

naruszenie art. 6 ust. 1 i art. 10 uokik oraz art. 101 ust. 1 (...), art. 2, art. 3 ust. 2 i art.5 rozporządzenia nr (...), w zw. z art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2004 r., Nr 220, poz. 1447 z późn. zm.) („usdg”), poprzez uznanie, że operatorzy zawarli porozumienie ograniczające konkurencję polegające na wymianie informacji o swojej ocenie oferty hurtowej (...) dotyczącej świadczenia usług telewizji mobilnej w formacie (...), co miało prowadzić do wyłączenia niepewności i uzgodnienia zachowań operatorów co do świadczenia usług telewizji mobilnej w technologii (...), podczas gdy porozumienie takie nigdy nie zostało zawarte, a każdy z operatorów samodzielnie, na podstawie prowadzonych przez siebie analiz, w braku wiedzy o stanowiskach pozostałych operatorów i z uwzględnieniem własnej oceny szeregu obiektywnych przesłanek określał swoje stanowisko w tej kwestii;

9.

naruszenie art. 6 ust. 1 i art. 10 uokik oraz art. 101 ust. 1 (...), art. 2, art. 3 ust. 2 i art.5 rozporządzenia nr (...), poprzez uznanie, że operatorzy zawarli porozumienie ograniczające konkurencję polegające na dokonywaniu uzgodnień dotyczących publicznego kwestionowania oferty hurtowej (...) dotyczącej świadczenia usług telewizji (...), podczas gdy porozumienie takie nigdy nie zostało zawarte, a każdy z operatorów samodzielnie określał treść przekazywanych publicznie informacji o ww. ofercie;

10.

naruszenie art. 6 ust. 1 i art. 10 uokik oraz art. 101 ust. 1 (...), art. 3 ust. 3 i art. 5 rozporządzenia nr (...) oraz art. 18 uokik, art. 21 ust. 1 uokik oraz art. 16 § 1 k.p.a., poprzez nieuwzględnienie faktu, że zachowanie Operatorów

opisane jako dokonywanie uzgodnień dotyczących kształtowania relacji z (...), wymiana informacji o swojej ocenie oferty hurtowej (...) dotyczącej audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów telewizyjnych w technologii (...), a także dokonywanie uzgodnień dotyczących publicznego kwestionowania oferty hurtowej (...), nawet gdyby rzeczywiście zaistniały (czemu (...) przeczy), to i tak mieściły się w zakresie współpracy Operatorów, objętej zgodą Prezesa UOKiK zawartą w ostatecznej i prawomocnej decyzji o wyrażeniu zgody na koncentrację nr(...) z dnia 5 grudnia 2008 roku; nie doszło przy tym równocześnie do uchylecia lub zmiany ww. decyzji w jakimkolwiek trybie przewidzianym w przepisach prawa;

11.

naruszenie art. 6 ust. 1 i art. 10 uokik oraz art. 101 ust. 1 (...), art. 2, art. 3 ust. 2 i art. 5 rozporządzenia nr (...), poprzez uznanie, że operatorzy zawarli porozumienie ograniczające konkurencję, podczas gdy ani celem ani skutkiem ich działań nie było ograniczenie konkurencji ani osłabienie pozycji lub wyrządzenie szkody jakimkolwiek przedsiębiorcy;

12.

naruszenie art. 11 ust. 1 i 2 w związku z art. 6 ust. oraz 1 uokik, art. 101 ust. 1 (...), art. 3 ust. 2 i art. 5 rozporządzenia nr (...), poprzez niestwierdzenie zaniechania zarzuconych praktyk, a w dalszej konsekwencji uznanie, że miały one charakter długotrwały;

13.

naruszenie art. 101 ust. 1 (...) w związku z art. 2, art. 3 ust. 1 i art. 5 rozporządzenia nr (...), poprzez ustalenie, że zarzucane porozumienie ma wpływ na handel między państwami członkowskimi, mimo że wpływ taki albo w ogóle nie zachodzi, albo jest nieodczuwalny, a przynajmniej Prezes UOKiK nie przedstawił żadnego dowodu co do zaistnienia ww. przesłanki;

14.

naruszenie art. 106 ust. 1 pkt 1 i 2 uokik, poprzez nałożenie na (...) kary pieniężnej mimo, że powód nie dopuścił się naruszenia przepisów art. 6 ust. 1 uokik i art. 101 ust. 1 (...);

15.

naruszenie art. 111 uokik poprzez niewłaściwe uwzględnienie w Decyzji dyrektyw wymiaru kary określonych w tym przepisie, a dotyczących m.in. okresu, stopnia oraz okoliczności naruszenia przepisów uokik i w konsekwencji nałożenie na (...) kary pieniężnej nieproporcjonalnej do stwierdzonych naruszeń oraz nadmiernie surowej, a w szczególności:

- uwzględnienie na potrzeby obliczenia wysokości kary pieniężnej całości przychodów (...) zamiast przychodów osiągniętych przez (...) z rynku, na którym rzekomo miało dojść do zawarcia niedozwolonego porozumienia oraz ograniczenia konkurencji, tj. przychodów (...) z krajowego detalicznego rynku telefonii ruchomej;

- dokonanie przez Prezesa UOKiK błędnej oceny, że zawarte w niniejszej sprawie porozumienie należało do kategorii poważnych naruszeń prawa konkurencji, a to w konsekwencji nieuwzględnienia (co najwyżej) znikomego stopnia naruszenia prawa konkurencji, braku lub znikomości skutków naruszenia dla konkurencji na rynku właściwym oraz znikomego zasięgu zawartego porozumienia, a także niewielkiego udziału ewentualnych przychodów z usługi telewizji mobilnej w systemie (...) w przychodzie (...) wobec czego mogło być ono kwalifikowane przy nakładaniu kary na (...) co najwyżej jako naruszenie „pozostałe” w rozumieniu wydanych przez Prezesa UOKiK „Wyjaśnień w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję z dnia 29 grudnia 2008 roku” (Dz.Ur. UOKiK z 2008 roku, nr 4, poz. 33, dalej: (...));

- przypisanie (...) winy umyślnej w związku z zawarciem zarzucanego porozumienia oraz uwzględnienie tej okoliczności jako obciążającej, prowadzącej do podwyższenia wymiaru kary, mimo, że działania (...) nie miały charakteru zawinionego, a z pewnością nie były podejmowane umyślnie; nieuwzględnienie co najwyżej nieumyślności

działania (...) jako okoliczności łagodzącej oraz bezpodstawne uwzględnienie rzekomego zawinienia jako okoliczności obciążającej;

- nieuwzględnienia okoliczności łagodzących takich jak wymienione w pkt 4.1 lit. d) i pkt 4.1 lit. e) „Wyjaśnień w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję” (współpraca z Prezesem Urzędu w toku postępowania; zaniechanie przez przedsiębiorcę stosowania praktyki ograniczającej konkurencję przed wszczęciem postępowania antymonopolowego);

- istotne przekroczenie wymiaru kary wystarczającego do osiągnięcia prewencyjnej funkcji kary;

16. naruszenie art. 31 ust. 1 pkt 2, § 2 i § 3 kpa oraz art. 6, art. 7 i art. 8 kpa w związku z art. 83 i art. 88 § 1 uokik, poprzez nierozpoznanie wniosku (...) Izby (...) o dopuszczenie do udziału w postępowaniu antymonopolowym, faktyczne niedopuszczenie tej organizacji społecznej do udziału w tym postępowaniu oraz pominięcie przedłożonych przez nią wyjaśnień i dowodów.

Skarżąca (...) wniosła ponadto o :

- zasądzenie od pozwanego na jej rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych;

- skierowanie przez Sąd w trybie art. 267 (...) następujących pytań prejudycjalnych do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej:

- Czy art. 101 ust. 1 (...) może znaleźć zastosowanie, gdy nie istnieje i nie można racjonalnie zakładać, że powstanie w przewidywalnej przyszłości rynek produktów lub usług, których dotyczą zarzucane przez krajowy organ ochrony konkurencji praktyki przedsiębiorców?
- Czy wystarczające dla ustalenia, że dane porozumienie przedsiębiorstw ma wpływ na handel między Państwami Członkowskimi w rozumieniu art. 101 ust. 1 (...) jest to, że: (i) obejmuje ono terytorium całego państwa członkowskiego, (ii) tylko pośrednio może odnosić się do produktów lub usług importowanych z innych Państw Członkowskich, ( (...)) jego uczestnicy należą do międzynarodowych grup kapitałowych oraz (iv) udziałowcami przedsiębiorstwa, na którego sytuację konkurencyjną porozumienie to bezpośrednio oddziałuje są podmioty mające swoją siedzibę w innych Państwach Członkowskich?

- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w odwołaniu i dalszych pismach procesowych.

**(...) Sp. z o.o. w W. – obecnie (...) S.A. w W. zaskarżyła decyzję w całości.**

Odwołująca zarzuciła:

1. Poczynienie błędnych ustaleń faktycznych, polegające na:

a.

Błędnym ustaleniu przyczyn braku współpracy pomiędzy (...) a (...);

b.

Błędnym ustaleniu, iż doszło do zawarcia pomiędzy (...) porozumienia w zakresie prowadzenia negocjacji z (...) przez (...) (jako reprezentanta 4 (...));

c.

Błędnym ustaleniu, iż doszło do zawarcia pomiędzy (...) porozumienia w zakresie uzgodnienia domagania się przez (...) przedstawienia przez (...) oferty;

d.

Błędnym ustaleniu, iż doszło do wymiany informacji pomiędzy (...) w zakresie oceny oferty (...);

e.

Błędnym ustaleniu, iż doszło między (...) do uzgodnienia dotyczącego publicznego kwestionowania oferty (...) przez (...);

f.

Błędnym ustaleniu, iż doszło do uzgodnienia ogólnego stanowiska konsorcjum odnośnie współpracy z (...) na gruncie prezentacji TP - „Ryzyka regulacyjne” („R. of regulation”);

g.

Błędnym wnioskowaniu co do znaczenia „zamrożenia” negocjacji do czasu spotkania wspólników (...) (...) oraz koordynacji stanowisk (...).

2.

Obrazę prawa materialnego, tj. naruszenie art. 4 pkt 9 uokik skutkujące przyjęciem błędnej definicji właściwego rynku:

a.

geograficznego tj. stwierdzenie, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z rynkami krajowymi - podczas gdy, rezerwacja częstotliwości uzyskana przez (...) upoważniała ten podmiot do świadczenia usług w technologii (...) jedynie na terytorium obejmującym 31 obszarów Polski, których mieszkańcy stanowią jedynie 36,28% populacji kraju

b.

produktowego poprzez przyjęcie, iż w skład jednego rynku właściwego wchodzi usługi niesubstytucyjne takie jak: połączenia głosowe, wiadomości SMS, (...), transmisja danych, roaming, przenoszenie numerów oraz usługi telewizyjne w technologii (...).

3.

Obrazę prawa materialnego, tj. naruszenie art. 7 ust. 1 pkt 1 uokik poprzez jego niezastosowanie będące rezultatem przyjęcia błędnej definicji rynku właściwego i błędnych ustaleń co do pozycji rynkowej uczestników rzekomego porozumienia;

4.

Naruszenie art. 6 ust. 1 uokik oraz art. 101 (...) poprzez stwierdzenie zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia pomimo braku antykonkurencyjnego celu bądź skutku;

5.

Naruszenie art. 88 ust. 2 oraz art. 74 uokik oraz art. 6 ust. 1 oraz ust. 3 pkt a Europejskiej konwencji praw człowieka i podstawowych wolności sporządzonej w R. w dniu 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r., nr 61, poz. 284, ze zm.) ( (...)) oraz art. 41 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE z 2007 r., C 303, str. 1) ( (...)) poprzez naruszenie prawa do obrony polegające na:

a.

Błędnym (zbyt ogólnym) sformułowaniu postanowienia w sprawie wszczęcia postępowania antymonopolowego w niniejszej sprawie;

b.

Wydaniu Decyzji obejmującej zarzuty nieprzedstawione w ogóle lub przedstawionych w niewystarczający sposób w Postanowieniu o wszczęciu postępowania;

c.

Oparciu stwierdzenia o dopuszczeniu się praktyki przez powoda na dowodach (dokumentach), do których powód nie miał dostępu.

Dodatkowo, z ostrożności procesowej, skarżonej Decyzji odwołująca zarzuciła:

6.

Naruszenie art. 11 ust. 2 uokik poprzez jego niezastosowanie i niestwierdzenie zaniechania stosowania praktyki, pomimo iż w materiale dowodowym zgromadzonym w sprawie istnieją dowody wystarczające do stwierdzenia zaniechania praktyki.

7.

Naruszenie art. 111 w zw. z art. 106 ust. 1 uokik poprzez nałożenie na (...) rażąco wygórowanej kary.

Wobec powyższych zarzutów (...) wniosła o zmianę przedmiotowej Decyzji w całości poprzez niestwierdzenie stosowania na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej oraz na krajowym hurtowym rynku usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii (...), praktyki ograniczającej konkurencję określonej w art. 6 ust. 1 uokik oraz art. 101 (...), lub uchylenie przedmiotowej Decyzji w całości oraz zasądzenie na rzecz powoda kosztów procesu według norm przepisanych.

Ewentualnie, z ostrożności procesowej - w szczególności w przypadku uwzględnienia zarzutów nr 6 i 7 stawianych - na wypadek nieuwzględnienia wniosku zawartego w pkt 1) powyżej, (...) wniosła o zmianę decyzji w całości poprzez:

- uznanie zarzucanej praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdzenie zaniechania jej stosowania najpóźniej z dniem 10 lutego 2010 roku, lub

- obniżenie wymiaru kary pieniężnej

oraz zasądzenie na rzecz powoda kosztów procesu według norm przepisanych.

Odwołująca (...) wniosła ponadto o przeprowadzenie dowodów wskazanych w odwołaniu i kolejnych pismach procesowych.

**(...) Sp. z o.o z siedzibą w W.** zaskarżając decyzję w całości, wniosła o jej uchylenie w całości, ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia wniosku o uchylenie decyzji wniosła o zmianę zaskarżonej Decyzji, poprzez wykreślenie punktu I.4, punktu II.4 oraz punktu III.4 Decyzji. Ewentualnie, (...) wnosila o zmianę zaskarżonej Decyzji w punkcie III.4 polegającą na obniżeniu kary pieniężnej nałożonej na Powoda (...).

Zaskarżonej decyzji odwołująca (...) zarzuciła:

1. naruszenie przepisów postępowania, to jest:

- przepisu art. 7 k.p.a. w zw. z art. 83 uokik poprzez naruszenie zasady prawdy obiektywnej polegające na niewyjaśnieniu wszystkich istotnych okoliczności sprawy, a w szczególności nieprzeprowadzenie prawidłowej analizy ekonomicznej otoczenia rynkowego, w którym działał powód (...);

- przepisu art. 233 k.p.c. w zw. z art. 84 uokik poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów oraz naruszenie zasady wszechstronnej oceny materiału dowodowego, polegające na ocenie zebranych w postępowaniu przed Prezesem UOKiK dowodów niezgodnie z ich treścią oraz na pominięciu niektórych dowodów;

- przepisu art. 232 k.p.c. w zw. z art. 84 uokik poprzez przerzucenie na Powoda (...) ciężaru dowodu co do tego, że zarzucana praktyka nie ustała w dacie wydania Decyzji, mimo, iż to na Pozwanym ciążył ciężar dowodu w tym zakresie,

co doprowadziło do następujących błędnych ustaleń faktycznych, to jest, że:

(a)

(...) wraz ze spółką (...) oraz (...) zawarł porozumienie polegające na:

- dokonywaniu uzgodnień dotyczących relacji z (...);

- wymianie informacji o ocenie oferty (...) hurtowego świadczenia mobilnych audiowizualnych usług medialnych opublikowanej 25 września 2009 roku, następnie zmienionej 10 lutego 2010 roku ( (...));

- dokonywaniu uzgodnień dotyczących publicznego kwestionowania Pierwszej Oferty Hurtowej (...);

(b)

porozumienie ma charakter ciągły i nie ustało w dacie wydania Decyzji;

(c)

rynkiem właściwym, na którym zawarto porozumienie oraz rynkiem właściwym, na którym nastąpiło lub mogło nastąpić ograniczenie konkurencji (antykonkurencyjne cele i skutki), jest krajowy detaliczny rynek telefonii ruchomej, co z kolei doprowadziło do błędnego ustalenia, że na rynku, na którym zawarto porozumienie Powód (...) wraz z (...), (...) oraz (...) posiadają łącznie 99% udziału w rynku;

(d)

celem i skutkiem porozumienia, w którym rzekomo uczestniczył Powód (...), było ograniczenie konkurencji na detalicznym rynku telefonii ruchomej po stronie podażowej poprzez ograniczenie presji konkurencyjnej odnośnie do wprowadzenia usługi telewizji (...) do ofert Operatorów, w zakresie której Operatorzy mogliby konkurować, w konsekwencji czego pozbawiono użytkowników końcowych usług telefonii ruchomej możliwości korzystania z usług telewizji mobilnej w technologii (...) lub ograniczono im możliwość wyboru technologii, z jakiej mogą korzystać przy korzystaniu z usług telewizji mobilnej;

(e)

celem i skutkiem porozumienia, w którym rzekomo uczestniczył Powód, było ograniczenie konkurencji na hurtowym rynku telewizji mobilnej po stronie popytowej polegające na ograniczeniu presji negocjacyjnej poprzez wyeliminowanie niepewności co do kryteriów i sposobu oceny oferty między Operatorami reprezentującymi stronę popytową w stosunku do (...) jako strony podażowej tego rynku, w konsekwencji czego ograniczono możliwość rozwoju hurtowego rynku telewizji mobilnej świadczonej w technologii (...) poprzez ograniczenie możliwości kontraktowych strony podażowej;

(f)

porozumienie, w którym rzekomo uczestniczył Powód (...), może mieć wpływ na handel pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej;

(g)

działania Powoda (...) polegające na wyrażaniu wobec pozostałych Operatorów sprzeciwu wobec jakichkolwiek uzgodnień w zakresie wspólnego kształtowania relacji z (...), prowadzenia negocjacji z (...) w sprawie Oferty Hurtowej (...) w imieniu Operatorów przez (...) (...) oraz wobec uzgodnień przez Operatorów w zakresie publicznego kwestionowania Oferty Hurtowej (...) miały charakter pozorny, a Powód (...) dokonywał i nie zaprzestał dokonywać z pozostałymi Operatorami uzgodnień sprzecznych z prawem konkurencji;

- przepisu art. 231 k.p.c. w zw. z art. 84 uokik polegające na błędnym konstruowaniu domniemań faktycznych poprzez wyprowadzanie z ustalonych na podstawie materiału dowodowego faktów innych faktów (wniosków), które w świetle wiedzy i doświadczenia życiowego z nich nie wynikały, a w szczególności: wyprowadzenia z faktu, iż zarówno Powód (...), jak i pozostali Operatorzy nie zawarli z (...) umowy dotyczącej hurtowego świadczenia audiowizualnych usług medialnych w oparciu o Ofertę Hurtową (...) oraz z faktu, iż Powód oraz pozostali Operatorzy krytycznie wypowiedzieli

się na temat Oferty Hurtowej (...) ustalenia, że Powód był stroną porozumienia dotyczącego kształtowania relacji z (...), wymiany informacji o ocenie Oferty Hurtowej (...) oraz publicznego kwestionowania Oferty Hurtowej (...);

- wynikającej z art. 8 k.p.a. w zw. z art. 83 uokik zasady pogłębiania zaufania obywateli do organów państwa poprzez zakwestionowanie uprawnień władz spółki (...) do oceny Oferty Hurtowej (...), uznając to za przejaw niedozwolonego porozumienia Operatorów, będących współnikami (...) (...), podczas gdy ocena Oferty Hurtowej (...) mieściła się w zakresie działalności na krajowym hurtowym rynku usług telewizji (...), na utworzenie której Prezes UOKiK w dniu 5 grudnia 2008 roku wydał zgodę w decyzji nr (...) ( (...));

- przepisu art. 107 k.p.a. w zw. z art. 83 uokik poprzez brak właściwego uzasadnienia faktycznego Decyzji, a w szczególności niewskazanie, dlaczego określonym dowodom Prezes UOKiK odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, a inne uznał za wiarygodne i oparł na nich swoje rozstrzygnięcia, co stanowi naruszenie zasady pogłębiania zaufania obywateli do organów państwa, wyrażonej w art. 8 k.p.a. oraz zasady przekonywania wyrażonej w art. 11 k.p.a.

2. naruszenie przepisów prawa materialnego, to jest:

(i)

przepisu art. 6 ust. 1 uokik oraz art. 101 ust. 1 (...) poprzez uznanie, że Powód (...) był stroną porozumienia, którego celem i skutkiem było ograniczenie konkurencji na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej oraz na krajowym hurtowym rynku usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii (...);

(ii)

przepisu art. 6 ust. 1 uokik oraz art. 101 ust. 1 (...) w zw. z art. 4 pkt) 9 uokik poprzez błędne przyjęcie, iż rynkiem właściwym, na którym zostało zawarte rzekome porozumienie z udziałem Powoda (...), oraz rynkiem właściwym na którym nastąpiło lub mogło nastąpić ograniczenie konkurencji (antykonkurencyjne cele i skutki), jest krajowy detaliczny rynek telefonii ruchomej;

( (...))

przepisu art. 101 ust. 1 (...) poprzez błędne przyjęcie, że zarzucane Powodowi (...) praktyki mogą wywierać wpływ na handel pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej;

(iv)

zasady domniemania niewinności przewidzianej w art. 6 ust. 2 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka poprzez uznanie, że Powód (...) był uczestnikiem zakazanego porozumienia, którego celem i skutkiem było ograniczenie konkurencji na rynku właściwym, pomimo, że dowody zgromadzone w toku postępowania przed Prezesem UOKiK, były niewystarczające, aby obalić domniemanie, że działania Powoda (...) były zgodne z prawem, które to domniemanie Prezes UOKiK zobowiązany był zastosować w stosunku do Powoda na podstawie art. 6 ust. 1 Konwencji;

(v)

wynikającego z przepisu art. 2 oraz art. 42 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej prawa do obrony, poprzez oparcie rozstrzygnięcia przez Prezesa UOKiK na dowodach, których jawność została wyłączona i z którymi Powód (...) nie mógł się zapoznać i do których nie mógł się odnieść;

(vi)

przepisu art. 2 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz art. 111 u.o.k.i.k. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na nałożeniu na Powoda (...) rażąco wygórowanej kary z naruszeniem zasady indywidualizacji kary oraz zasady proporcjonalności.



Odwołująca spółka (...) wniosła ponadto o dopuszczenie dowodów wymienionych w odwołaniu na okoliczności tam wskazane oraz o zasądzenie od Pozwanego na rzecz Powoda (...) kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

W odpowiedziach na odwołania Prezes UOKiK wniósł o ich oddalenie, jak też o oddalenie zgłoszonych wniosków dowodowych oraz zasądzenie od powodów na rzecz pozwanego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym według norm przepisanych.

Zarządzeniem z 27 lutego 2015r wydanym w trybie art. 219 k.p.c. Sąd, zgodnie z wnioskami powodów, połączył 4 oddzielnie sprawy z odwołań operatorów telekomunikacyjnych, toczące się dotychczas pod sygnaturami XVII AmA 112/12, XVII AmA 113/12, XVII AmA 114/12, XVII AmA 115/12 do wspólnego rozpoznania i rozstrzygnięcia.

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

(...) S.A. z siedzibą w W., (...) S.A. z siedzibą w W., (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. (w treści uzasadnienia Sąd będzie posługiwał się dotychczasowym brzmieniem firmy powodów (...) i (...) (...)) pomimo ich zmiany, w celu zachowania jednolitości oznaczeń stron z oznaczeniami używanymi z decyzji) są spółkami prawa handlowego wpisanymi do rejestru przedsiębiorców, w związku z czym posiadają status przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą w rozumieniu art. 4 pkt 1 in initio uokik, a także - przedsiębiorstw na potrzeby zastosowania art. 101 ust. 1 (...).

(...) (...), (...) oraz (...) będąc operatorami publicznej ruchomej sieci telefonicznej (dalej łącznie określania również jako: „operatorzy”, (...), „udziałowcy (...) (...)”, „udziałowcy konsorcjum”, „wspólnicy (...) (...)”, „wspólnicy konsorcjum”) podjęli działania związane z procesem wprowadzania na polski rynek usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii (...), tj. możliwości odbioru cyfrowego sygnału telewizyjnego za pomocą urządzeń mobilnych. Standardem odbioru cyfrowego sygnału telewizji naziemnej przez urządzenia stacjonarne jest odrębny system (...), który na terenie Polski sukcesywnie zastępując telewizję analogową ostatecznie stał się jedynym standardem 23 lipca 2013 (ostatni nadajnik telewizji analogowej został wyłączony roku). Bezsporne jest także między stronami, że w ramach systemu (...) trwały prace badawcze nad możliwością odbioru tego standardu również przez urządzenia będące w ruchu (m.in. zeznania P. J., rozprawa 10.04.2015, czas 02;13;40, transkrypcja k.1543 akt AmA 112/12).

W Europie (...) zostało przyjęte jako standard (...) (ang. (...) (...)) i przystosowane do funkcjonującego już standardu naziemnej telewizji cyfrowej (...). Do stosowania w Europie Unia Europejska zarekomendowała standard telewizyjny (...) w marcu 2008 r. Celem wprowadzenia normy europejskiej dla standardu (...) było stworzenie wspólnego rynku telewizji mobilnej w Europie oraz ograniczenie fragmentaryzacji rynku spowodowanej licznymi rozwiązaniami technicznymi stosowanymi w przekazie telewizji komórkowej. Próby systemu (...) podjęto w szesnastu krajach UE, ale tylko w części z nich (tj. pięciu doszło następnie do komercyjnego uruchomienia usług (...)) (we Włoszech komercyjnie usługę uruchomił włoski operator (...) przed piłkarskimi (...), uruchomiono ją także ale z mniejszym powodzeniem w Holandii w czerwcu 2008r, Austrii, czerwiec 2008, Finlandii w 2008r, Szwajcarii czerwiec 2008; informacje wynikające z wniosku z dnia 8 sierpnia 2008 r. w sprawie zamiaru koncentracji k. 366-437 akt AmA 113/12, oraz k. 2427-2461 akt adm. a także z prezentacji na spotkaniu 4 (...) 23.03.2009 k 44 akt adm).

W Polsce pierwsza prezentacja systemu cyfrowej telewizji (...) odbyła się 3 października 2006 r. w (...) Laboratorium (...) Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Jej organizatorem była spółka (...) (...) oraz (...) p.A - włoski producent urządzeń oraz lider w zakresie rozwiązań technicznych systemu (...). Udział w niej wzięli m.in. przedstawiciele nadawców publicznych i komercyjnych, operatorów telefonii komórkowej, przedstawiciele (...), Instytutu Łączności. Prezentacja miała na celu przedstawienie nowatorskich rozwiązań technicznych firmy (...), która jako pierwsza na świecie uruchomiła telewizję (...) we Włoszech dla operatora telefonii ruchomej - (...). Organizatorzy tego spotkania przedstawili gotowe już rozwiązania techniczne, które można było zaimplementować na rynku polskim. Dyskutowano ponadto na temat możliwości szybkiego uruchomienia mobilnej telewizji (...) w Polsce.

W marcu 2007 r., podczas VI Kongresu Technologicznego (...) (...) zaprezentowała, jako pierwszy operator radiodifuzyjny w Polsce transmisję na żywo strumienia siedmiu programów telewizyjnych w technologii (...). /Oferta (...) sp. z o.o. w konkursie na rezerwację częstotliwości z zakresu 470-790 MHz przeznaczonych do świadczenia audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych na obszarze całego kraju, w technologii (...), w radiokomunikacyjnej służbie radiodifuzyjne./

W dniu 29 stycznia 2008 r. operatorzy: (...) (...), (...) oraz (...) podpisali list intencyjny, w którym wyrazili wolę współpracy w zakresie rozwoju usług telewizji mobilnej w Polsce. (k. 735 t. IV akt AmA 112/12). W wykonaniu tego listu operatorzy rozpoczęli testy telewizji mobilnej oraz podjęli negocjacje, których przedmiotem było ustalenie warunków, na jakich zostanie powołana przez nich spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, której celem będzie uzyskanie niezbędnych częstotliwości oraz świadczenie usług telewizji mobilnej.

Na utworzenie przez operatorów ww. spółki niezbędne było uzyskanie zgody Prezesa UOKiK - z uwagi na przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów dotyczące kontroli koncentracji przedsiębiorców. W związku z powyższym w dniu 8 sierpnia 2008 r. operatorzy złożyli do Prezesa UOKiK zgłoszenie zamiaru koncentracji polegającej na utworzeniu przez (...) (...), (...) oraz (...) wspólnego przedsiębiorcy. Przedsiębiorca ten miał prowadzić działalność na hurtowym rynku świadczenia audiowizualnych usług medialnych, głównie w zakresie rozszerzonej telewizji mobilnej w standardzie (...). Warunkiem koniecznym świadczenia tych usług było uzyskanie przez przedsiębiorcę rezerwacji częstotliwości z zakresu 470-790 MHz, którymi dysponuje Prezes Urzędu (...) Elektronicznej (wniosek zgłoszeniowy z dnia 8 sierpnia 2008 r (k. 2427-2461 akt adm. oraz k. 366-437 akt AmA 113/12). Dla świadczenia usługi telewizji mobilnej w systemie (...) na poziomie hurtowym niezbędne było wybudowanie nowej, kosztownej infrastruktury rozszerzonej. Sieć posiadana przez operatorów nie mogła być do tego wykorzystana.

W dniu 19 września 2008 r. operatorzy zawarli kolejny list intencyjny, którym zastąpili ten z 29 stycznia 2008 r. Nowo podpisany list uszczegółowił zakres współpracy operatorów dotyczącej rozwoju usług mobilnej cyfrowej telewizji rozszerzonej. (k. 735 akt AmA 112/12, k. 349-364 akt AmA 113/12) Wskazano, że współpraca ta ma obejmować, m.in., przeprowadzenie wspólnych testów tych usług, zdefiniowanie standardu dla technologii wspierającej ich świadczenie, działania na rzecz promocji oraz popularyzacji tych usług na rynku polskim, ustalenie modelu współpracy dla ich świadczenia, w tym zasad partycypacji operatorów, utworzenia przez nich i funkcjonowania podmiotu oferującego usługi na szczeblu hurtowym, optymalnej procedury pozyskania częstotliwości, a także określenie modelu współpracy między operatorami oraz podmiotem świadczącym usługi hurtowo.

Prezes UOKiK 5 grudnia 2008 r. wydał decyzję o nr (...), w której wyraził zgodę na dokonanie koncentracji polegającej na utworzeniu przez (...), (...) (...) i (...) wspólnego przedsiębiorcy w zakresie wskazanym we wniosku (k. 2212-2224, akt AmA 113/12).

W wyniku zgody na koncentrację, czterech operatorów telefonii komórkowej: (...) (...), (...) oraz (...) zawiązało 10 grudnia 2008r spółkę (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej jako (...) lub „konsorcjum”), w której każdy z ww. operatorów miał po (...) udziałów. Umowa spółki uregulowała zasady współpracy w zakresie wprowadzenia na rynek polski telewizji mobilnej, w tym wspólny udział (poprzez (...) sp. z o.o.) w konkursie ogłoszonym przez Prezesa (...) na rezerwację częstotliwości z zakresu 470-790 MHz (umowa spółki k. 439-471 akt AmA 113/12).

Członkami rady nadzorczej (...) (...) zostali: R. L. (1) (...), G. M. (1) (...), K. D. (1) (...), P. J. (2) (...). Członkami zarządu (...) (...) zostali: M. L. (1) (...), T. K. (1) (...), J. S. (...), B. K. (...).

Członkowie zarządu oraz członkowie rady nadzorczej (...) (...), którzy byli jednocześnie pracownikami udziałowców konsorcjum (tj. operatorów), poza uczestnictwem w posiedzeniach ww. organów (...) (...), brali również udział w spotkaniach wspólników (...) (...). Spotkania takie odbyły się po rozstrzygnięciu konkursu w terminach: 23 marca 2009 r., 1 czerwca 2009 r.; 2 października 2009 r. i 12 maja 2010 r. Spotkania te choć nie miały formalnie charakteru zgromadzeń wspólników, to jednak taką rolę pełniły. Określono je jako 4 (...) meetings lub spotkania Prezesów

(dalej jako spotkania wspólników (...) lub spotkania wspólników konsorcjum). Tematy omawiane podczas tych spotkań były wcześniej ustalane przez osoby odpowiedzialne za projekt telewizji (...) u poszczególnych operatorów - udziałowców (...) (...) i przygotowane w formie prezentacji elektronicznej. W spotkaniach tych brali również udział prezesi operatorów, a także członkowie zarządu i/lub rady nadzorczej (...) (...). Przebieg tych spotkań, omawiane tematy i podejmowane decyzje zapisywano w protokołach (tzw. minutkach) ( /Protokół spotkania wspólników (...) (...) z dnia 23 marca 2009 r. oraz prezentacja przygotowana na to spotkanie – k. 16-21, 42-100, k. 3158-3195 akt adm . ; Protokół spotkania wspólników (...) (...) z dnia 1 czerwca 2009 r. oraz prezentacja przygotowana na to spotkanie – k. 60-100, 132-136; k.3197-3202 akt adm.; Protokół spotkania wspólników (...) (...) z dnia 2 października 2009 r. oraz prezentacja przygotowana na to spotkanie – k. 29-35; k. 101-131, k.635-672 akt adm.; Protokół spotkania wspólników Mobile (...) z dnia 12 maja 2010 r. oraz prezentacja przygotowana na to spotkanie – k. 333-391, k. 673-698, k.3206-3233 akt adm.)

Spotkania były rotacyjnie organizowane przez kolejnych operatorów, gdyż spółka (...) nie miała ani swojego biura, ani też nie zatrudniała żadnych pracowników obsługi biurowej. Spółka (...) nie posiadała też działu public relations ((...)).

W dniu 10 października 2008 r. Prezes (...) ogłosił rozpoczęcie postępowania konkursowego na rezerwację częstotliwości z zakresu 470-790 MHz, przeznaczonych do świadczenia audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych na obszarze całego kraju, w technologii (...), w radiokomunikacyjnej służbie radiodyfuzyjnej (dalej jako „konkurs”). W ramach konkursu do Prezesa (...) wpłynęły dwie oferty, tj. od (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. (oferta k 502 i następne akt AmA 113/12) oraz od (...) sp. z o.o. z siedzibą w Z.. Rozstrzygnięcie konkursu zostało wyznaczone na dzień 6 marca 2009 r.

Oferty konkursowe obu spółek różniły się istotnie w zasadniczej kwestii jaką była oferowana cena za częstotliwość (1 mln zł (...) (...), 15 mln zł (...)) oraz co do zakresu oferowanych programów stacji telewizyjnych i radiowych przewidzianych do oferty hurtowej a także tempa wdrożenia usługi w zakresie rozwinięcia sieci w 10 obszarach ( (...) w roku 2009, (...) (...) w 2010) (k. 46 akt adm – prezentacja na spotkania (...) 23.03.2009).

W dniach 16-19 lutego 2009 r. odbył się w B. (...)e W. C. (międzynarodowe targi podmiotów działających w branży telefonii mobilnej). Podczas tych targów członkowie Rady Nadzorczej (...) (...) zaplanowali spotkanie. Spotkanie w zaplanowanym kształcie ostatecznie nie odbyło się, ponieważ ww. osoby były obecne w planowanym miejscu spotkania w różnych przedziałach czasowych i w żadnym momencie nie doszło do ich jednoczesnego zejścia się. W umówionym dniu w B. spotkali się natomiast przedstawiciele dwóch operatorów, tj.: G. M. (1) z (...) oraz - K. D. (1) z (...). Po kilkunastu minutach na wyznaczone miejsce przyszedli również przedstawiciele (...) w organach (...), tj. M. L. (1) oraz P. J. (2), przy czym zastali wówczas tylko przedstawiciela (...) K. D. (1). Po spotkaniu z przedstawicielem (...) ww. przedstawiciel (...) spotkał się również z przedstawicielem (...), R. L. (1). Osoby te, rozmawiając o różnych sprawach, wymieniły m.in. swoje uwagi dotyczące sytuacji związanej z konkursem na rezerwację częstotliwości z zakresu 470-790 MHz, przeznaczonych do świadczenia audiowizualnych usług medialnych.

K. D. (1) z G. M. (1) rozważali na tym spotkaniu, jakie działania hipotetycznie mogą być podjęte w sytuacji, gdy (...) zostanie zwycięzcą konkursu a jakie gdy zwycięzcą zostanie (...)

Wnioski z tej rozmowy K. D. (1) i G. M. (1) zostały spisane na prośbę uczestnika spotkania K. D. (1) przez innego pracownika (...) J. W. (1), który nota bene nie uczestniczył w spotkaniu w B., w e-mailu z dnia 24 lutego 2009 r., wysłanym do przedstawiciela (...) - G. M. (1) oraz do wiadomości przedstawiciela (...), tj. do K. D. (1). W ww. e-mailu nadawca napisał: G. potwierdź proszę, czy zapisy poniżej odzwierciedlają Wasze ustalenia ze spotkania, a jeżeli tak to może warto się nimi podzielić z pozostałymi uczestnikami tegoż (k. 441 akt adm.).

W mailu tym zostały zaprezentowane „Scenariusze dalszych działań” w ramach projektu (...)

- 1. scenariusz w przypadku wygrania konkursu przez (...), zgodnie z którym rozmowy o wdrożeniu telewizji mobilnej będą się toczyć wyłącznie na styku (...) sp. z o.o., żaden z udziałowców nie będzie rozmawiał z (...) bezpośrednio. W zależności od wyników negocjacji i przedstawionych warunków będą podejmowane kolejne działania;

- 2. scenariusz w przypadku wygrania konkursu przez (...) T (...) (...) (...) wnioskuje do (...) o przesunięcie terminu wdrożenia usługi o rok, ze względu na niekorzystną sytuację ekonomiczną, w tym w szczególności kurs EUR/PLN powodujący nieopłacalność całego przedsięwzięcia (koszty sieci stanowiące 90 % kosztów SA indeksowane w EUR ze względu na konieczność zakupu hardware poza granicami Polski); jeśli odpowiedź (...) będzie negatywna, w 2009r spełnione zostaną minimalne wymagania formalne z ofert (w ciągu 3 m-cy od rezerwacji uruchamiamy jeden nadajnik w W. i ogłaszamy ofertę hurtową na usługę opartą o ten nadajnik);

- 3. ustalono, że spotkanie Prezesów będzie zorganizowane (...) (ang. skrót oznaczający „tak szybko jak tylko możliwe”) i zostanie na nim zaprezentowane powyżej opisane podejście oraz podsumowanie (...) (w tym również (...) dla (...) jako udziałowców i jednocześnie detalistów) .

Spisane ustalenia ze spotkania zostały przesłane tylko do przedstawiciela (...) uczestniczącego w spotkaniu w B. tj G. M. (1), który w odpowiedzi potwierdził treść uzgodnień oraz do K. D. (potwierdzenie e-maile z 24 lutego 2009 temat: RE: podsumowanie spotkania w B. k.441 akt adm.) Przedmiotowa korespondencja nie została przekazana do pozostałych członków rady nadzorczej (...) (...) (zeznania K. D. 16.03.2015, czas 05:23:33; zeznania R. L. 27.03.2015, czas 00:22:30, transkrypcja k. 1423 akt). Podobnie nie mieli świadomości o treści uzgodnień członkowie Zarządu (...) T (...) (potwierdza to również mail M. L. (2), który dopiero w mailu z 6 marca 2009 r informuje o takiej propozycji i konsultuje ją z prawnikiem z obawy przed zarzutem z umowy k. 434 akt adm).

Natomiast Zarządowi spółki (...) na posiedzeniu w dniu 3 marca 2009 r. została przedstawiona prezentacja, której tematem były m.in. kwestie związane z (...) T (...) W prezentacji tej wskazano dwa scenariusze rozwoju sytuacji rynkowej po rozstrzygnięciu konkursu, w przypadku jego wygrania przez (...) T (...) lub (...). Przy czym w przypadku wygrania konkursu przez (...) przewidziano następujący scenariusz: Negocjacje z 4 (...) nt odstąpienia od złożenia rezerwacji (uzgodnienie wspólnej dyscypliny i stanowiska negocjacyjnego) —\* minimalizacja ryzyka „wyjęcia” (...) z Konsorcjum. Podniesiono również, że na planowanym na dzień 23 marca 2009 r. Zgromadzeniu Wspólników (...) (...) będzie miała miejsce: Prezentacja wspólnego podejścia do możliwych scenariuszy rozwoju sytuacji po konkursie (prezentacja dla Zarządu (...) na posiedzenie w dniu 3 marca 2009 r (k.2383-2422 akt adm)

W dniu rozstrzygnięcia konkursu, tj. 6 marca 2009 r., ale jeszcze przed ogłoszeniem jego wyniku, przedstawiciele (...) w (...) (...) J. W. (1) przesłał do pozostałych członków rady nadzorczej i zarządu (...) (...) w formie listu elektronicznego propozycję spotkania w celu omówienia prezentacji na spotkanie 4 (...) (23 marca). W prezentacji proponował zawrzeć m.in. **propozycje** następujących kroków (next steps):

- konkurs wygrany przez (...) rozmowy o wdrożeniu (...) mobilnej będą się toczyć wyłącznie na styku (...) i (...), żaden z udziałowców nie będzie rozmawiał z (...) bezpośrednio;

- konkurs wygrany przez (...) wnioskuje do (...) o przesunięcie terminu wdrożenia usługi o rok, ze względu na niekorzystną sytuację ekonomiczną, w tym szczególnie kurs EUR/PLN powodujący nieopłacalność całego przedsięwzięcia (koszty sieci stanowią 90% kosztów są indeksowane w EUR ze względu na konieczność zakupu hardware poza granicami Polski; jeśli odpowiedź (...) będzie negatywna, w 2009r zostaną spełnione minimalne wymagania formalne z oferty (w ciągu 3 m-cy od rezerwacji uruchamiamy 1 nadajnik w W. i ogłaszamy ofertę hurtową na usługę opartą o ten nadajnik. (e-mail k. 434-435 akt adm,).

W dniu 6 marca 2009 r. Prezes (...), ogłosił wyniki konkursu, którego zwycięzcą została (...), która uzyskała najwięcej punktów - 750,000 w porównaniu do 483,944, które otrzymała (...) (...) (wyniki konkursu k. 1322-1323, t. VII akt AmA 113/12).

Wśród podstawowych zobowiązań konkursowych które musiał spełnić zwycięzca konkursu było:

- oferowanie hurtowe audiowizualnych usług w tym rozprowadzanie programów telewizyjnych lub radiofonicznych z wykorzystaniem zarezerwowanej częstotliwości na obszarze całego kraju zawierających co najmniej 16 programów
- rozpoczęcie wykorzystywania częstotliwości i komercyjnego hurtowego świadczenia usług rozumianego jako moment ogłoszenia równej i niedyskryminacyjnej oferty hurtowej nie później niż w terminie 3 miesięcy od otrzymania rezerwacji częstotliwości ;

Dyskusja członków władz spółki, co do propozycji dalszych działań (...) (...), miała tego samego dnia ciąg dalszy – po ogłoszeniu wyniku konkursu na częstotliwość przez Prezesa (...).

W jej ramach przedstawiciel operatora (...) K. D. (1) wysłał do członków zarządu oraz rady nadzorczej (...) (...) wiadomość e-mail (k. 442 akt adm.), w której początkowo zaproponował „powstrzymanie się udziałowców (...) (...) od komentarzy dla dziennikarzy w sprawie wyników; władze spółki (...) przeanalizują wyniki konkursu i wydadzą oświadczenie w przyszłym tygodniu”, by w kolejnym mailu napisać że „proponuje wstrzymać się z bilateralnymi rozmowami udziałowców (...) (...) za zwycięzcą konkursu do czasu dalszych ustaleń na spotkaniu (...) (...) (spotkanie wspólników (...) (...) w dniu 23 marca 2009 r.).

W odpowiedzi na tego e-maila przedstawiciel operatora - (...), R. L. (1) napisał: „tak zgadzam się, dodatkowo mam może propozycję żeby nasze (operatorów) (...) skontaktowały się, żeby ustalić wspólne podejście na poziomie operatorskim co Wy na to?” (k442 akt adm.) Na taką propozycję nie wpłynęła odpowiedź od żadnego z członków władz spółki (...). Podobnie jak i żaden z pozostałych przedstawicieli operatorów we władzach (...) (...) nie odpowiedział na propozycje K. D.. Natomiast M. L. z członek rady nadzorczej z ramienia (...) na skutek tych wniosków zwrócił się o konsultacje do prawnika M. S. w celu potwierdzenia własnych obiekcji co do ryzyka antymonopolowego takich propozycji (k.434 akt adm)

Koncepcja, że każdy z operatorów upoważni spółkę (...) do wyłącznego prowadzenia negocjacji ze zwycięzcą konkursu na (...) została zaprezentowana na spotkaniu przedstawicieli operatorów w dniu 16 marca 2009r, na co wskazał M. L. (1) w e-mail do swoich współpracowników w spółce (...), dzieląc się nimi swoim spostrzeżeniem, że takie ustalenia mają charakter zmywy kartelowej oraz postulując aby (...) nie uczestniczyło w takim ustaleniu. Wskazał jednocześnie, że dwaj (...) i (...) są zainteresowane powierzeniem reprezentacji wobec (...) do (...) (...). O. zdaje sobie sprawę z ryzyka antymonopolowego. (e-mail z 18 marca 2009 od: M. L. (1) do P. J. (3) i J. N. oraz J. T. k. 436-437 akt adm).

W dniu 23 marca 2009 r. odbyło się spotkanie wspólników (...) (...), na którym omawiano takie tematy jak: stan rynku telewizji mobilnej w Polsce i Europie, wnioski z projektu wspólnego rozwoju systemu (...), wyniki konkursu i kolejne działania z nim związane oraz potrzeby finansowe (...) (...) ( protokół spotkania wspólników (...) (...) z dnia 23 marca 2009 r - k.16-21 . oraz prezentacja przygotowana na to spotkanie -k. 42-100).

Omawiając stan rynku telewizji mobilnej w Polsce i w Europie wskazano m.in., że kluczowym czynnikiem pozwalającym na osiągnięcie powodzenia w tym zakresie jest licencja/inwestycja głównych operatorów sieci mobilnej ( (...)) w kraju. Poziom wskaźnika niepowodzenia wynika głównie z faktu posiadania licencji przez operatorów sieci nadawczej ( (...)). Wskazano również na potencjalny wykaz aparatów telefonicznych obsługujących system (...) oraz przedstawiono potencjalne scenariusze rozwoju systemów (...) i (...), uwzględniając ich wady oraz zalety (k. 16 akt adm).

Omawiając, wnioski z projektu wspólnego rozwoju systemu (...) operatorzy wskazali na wysoki poziom ryzyka biznesowego. Ponadto, uczestnicy spotkania analizowali wynik konkursu Prezesa (...) oraz rozważali dalsze kroki z nim związane, w tym ewentualne formalne zakwestionowanie tego wyniku. Operatorzy wskazali przy tym na pewną słabość biznesową (z perspektywy rynku) oferty konkursowej (...). Uczestnicy spotkania rozważali również potencjalne obszary współpracy w (...) spółki (...), w przypadku gdyby rozwój systemu (...) nie powiódł się.

Jako potencjalne obszary współpracy wskazano, m.in., płatności mobilne, jak również telewizję mobilną w innym standardzie niż (...) (np. 1MB, tj. I. (...)e B., w oparciu o częstotliwość (...)).

Na spotkaniu poruszono również temat (decyzja nr 2, k 18 akt adm.) upoważnienia (...) (...) przez operatorów do działania jako jedyne podmiotu prowadzącego negocjacje w sprawie oferty hurtowej ze spółką (...) (podjęcie uzgodnień w tej kwestii na tym spotkaniu zaplanowano w ww. korespondencji e-mail z 6 marca 2009 r oraz na spotkaniu 16 marca 2009r). Za takim rozwiązaniem przedstawiono argument, że oferta hurtowa (zasięg sieci, treść, ceny) powinna być jednakowa dla wszystkich uczestników rynku, zatem może podlegać wspólnym negocjacom. Jako wadę takiego działania wskazano natomiast, że: (...) Sp. z o.o. mogą zostać potraktowani jako uczestnicy kartelu. W konsekwencji przedstawiono wspólnikom alternatywę: Spółka (...) powinna podjąć negocjacje ws. oferty hurtowej jako jedyny przedstawiciel 4 (...) lub Każdy (...) powinien prowadzić negocjacje samodzielnie, aby uniknąć oskarżeń o zмовę w ramach kartelu.

Ostatecznie jednogłośnie podjęto decyzję, że: "Uczestnikom przysługuje swoboda wyboru przyszłej współpracy partnerskiej" (prezentacja k 48 akt adm)..

Uzgodniono jednocześnie, że (...) (...) jest kolejną stroną, która może starać się samodzielnie o podjęcie współpracy partnerskiej z (...). W tym kontekście rozważano scenariusz, w którym (...) (...) byłaby agregatorem treści dla (...) w celu zapewnienia jej najlepszego portfolio treści, tzn. konsorcjum byłoby kontrahentem (...) na szczeblu hurtowym, jako dostawca treści telewizyjnych dla tej spółki. W tym kontekście zdecydowano, że koncepcja funkcjonowania jako agregator treści została zatwierdzona jako dobry argument na lepsze partnerstwo ze spółką (...) (decyzja nr 3 k 19 akt adm).

Na spotkaniu rozważano także kwestię ewentualnego rozwiązania spółki (...) (decyzja nr 5 k 20-21 akt adm. oraz k 50 akt adm.). Prezentacje w tym zakresie przygotował (...). Alternatywa dla rozwiązania spółki było rozszerzenie zakresu działalności spółki w nowych obszarach (innych niż te wynikające z decyzji dot. koncentracji).

Działania dotyczące (...) były również omawiane w dniu 26 marca 2009 r. na posiedzeniu rady nadzorczej (...) S.A., przedsiębiorcy sprawującego kontrolę nad (...).

W prezentacji na to posiedzenie - R. of R. stwierdzono, że (...) nie chce współpracować z (...), ale ogólne stanowisko konsorcjum musi być uzgodnione w ciągu 7 dni oraz, że konsorcjum (...) ( (...), (...), (...) oraz (...)) wyśle do (...) wnioski w sprawie rezerwacji częstotliwości. ( k. 157 akt adm ).

Po przeprowadzeniu konkursu Prezes (...) przeprowadził postępowanie w sprawie rezerwacji częstotliwości. Stronami tego postępowania byli uczestnicy konkursu ( (...) i (...) (...)), którzy złożyli do Prezesa (...) wnioski o dokonanie rezerwacji częstotliwości będących przedmiotem konkursu.

W dniu 17 kwietnia 2009 r. przedstawiciel (...) G. M. (1) przesłał do informacji trzech pozostałych członków rady nadzorczej (...) (...), tj.: K. D. (1) ( (...)), P. J. (2) ((...)) oraz R. L. (1) ( (...)) wiadomość e-mail zawierającą treść odpowiedzi, jaką minutę wcześniej udzielił dziennikarzowi na pytania dotyczące komercyjnego uruchomienia oferty telewizji (...). W ww. odpowiedzi udzielonej dziennikarzowi - G. M. (1) napisał: Aby uruchomić ofertę detaliczną musi dojść z sukcesem do wielu istotnych porozumień m.in. - strona hurtowa oraz strona detaliczna muszą uzgodnić warunki współpracy zgodnie z warunkami konkursu - warunki hurtowe muszą być niedyskryminujące i jednakowo traktujące podmioty. [...]. Inną nie mniej istotną kwestią jest odpowiednie spozycjonowanie produktu - atrakcyjność kontentu oferowanego przez podmiot hurtowy oraz gwarancja jego niezmienności w czasie jest krytyczna. [...] Pamiętajmy też, że po stronie operatora detalicznego musi dojść do odpowiedniego przystosowania systemów obsługi klienta, systemów bilingowych czy zakupu interfejsu do dostępu warunkowego. Wszystko to jest potrzebne do fizycznego umieszczenia oferty w cenniku (pomijam testy usługi, testy terminali czy testów systemów dostarczających usługę). Czas potrzebny do podpisania oferty hurtowej przez detalistę do wdrożenia pełnej oferty – oceniam na 6-18 miesięcy (w zależności od skali integracji wewnątrz). Aby mieć pewność co do wiarygodności deklaracji warunków dostawcy hurtowego - należałoby zmierzyć oferowany zasięg w wymaganych aglomeracjach i dopiero wtedy podjąć

decyzję o współpracy „hurtownika” z „detalistą”. W odpowiedzi na pytanie dziennikarza: Czy obecnie trwają jakieś przygotowania z waszej strony do sprzedaży tej usługi? G. M. odpowiedział: Czekamy na sygnał do współpracy. Chcę zaznaczyć, że najlepszym momentem podjęcia współpracy mogłoby być wywiązanie się z zobowiązań konkursowych (k 439 akt adm).

W dniu 1 czerwca 2009 r. odbyło się kolejne spotkanie wspólników (...) (...). Na spotkaniu tym omawiano stan spółki (...), w tym jej sytuację finansową, kwestie związane z konkursem, w tym z wnioskami o rezerwację częstotliwości złożonymi zarówno przez (...), jak i przez konsorcjum, aspekty prawne rozszerzenia zakresu działalności (...) (...), a także streszczono stan badań nad nowymi potencjalnymi obszarami działalności konsorcjum (protokół k. 132-136 akt adm). W ramach dyskusji na temat statusu konkursu (...) operatorzy rozważali zalety i wady wycofania żądania rezerwacji częstotliwości, o którą (...) (...) wystąpiła. Jako jeden z argumentów za niewycofaniem ww. żądania w przypadku gdyby nie dostali tej rezerwacji (...) wskazali, że: Nie musimy prowadzić działań (...) wyjaśniających nasze wycofanie się. W ramach rozważań dotyczących alternatywnych, w stosunku do (...), technologii telewizji mobilnej, uczestnicy spotkania podjęli w tym zakresie decyzję o obserwacji rynku przez sześć miesięcy i że dalsze działania będą podejmowane w oparciu o stan technologii (...) (I. (...) (...) B.) oraz o stan działalności (...) na rynku telewizji mobilnej. Ponadto, w treści protokołu z tego spotkania, w podsumowaniu dla kierownictwa wskazano na cele wdrożenia standardu (...). Wśród nich wymieniono: uruchomienie usługi mobilnej (...) na obszarze wybranym przez (...), na przykład na takim samym, jak zażądany przez (...) w przetargu na (...) (aby mieć porównywalny przypadek biznesowy), utrzymywać zyski dla (...) na poziomie takim samym lub lepszym niż w projekcie (...), utworzenie potencjalnej konkurencji dla posiadacza rezerwacji koncesji (...), utworzenie rynku dla zaawansowanych treści multimedialnych.. W treści protokołu z tego spotkania wskazano również na: Uzgodnienia na poziomie operacyjnym osiągnięte podczas spotkania panów M. L. (1), Ryszarda T. L., G. M. (3) oraz K. D. (1) (spotkanie z dnia 4 czerwca 2009 r.), zgodnie z którymi: Do dnia 1 października 2009 r. przedstawiciel spółki (...) opracuje streszczenie stanu technologii (...) oraz stanu działalności spółki (...) (...), a następnie dokona jego prezentacji podczas spotkania, w którym uczestniczyć będą Zarząd (...) Sp. z o. o. i Rada nadzorcza (...) Sp. z o. o. Kształt dalszych działań uzależniony będzie od wyników powyższego spotkania.

Decyzją z dnia 26 czerwca 2009 r., nr (...) (...) Prezes (...) dokonał na rzecz (...) rezerwacji częstotliwości z zakresu 470-790 MHz, przeznaczonych do świadczenia audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych na obszarze całego kraju, w technologii (...), w radiokomunikacyjnej służbie radiodifuzyjnej. (...) została uprawniona do wykorzystania zarezerwowanych częstotliwości w okresie do 31 maja 2015 r. na obszarze 31 miast Polski oraz w okresie od 1 czerwca 2015 r. do 31 grudnia 2023 r. na obszarze całego kraju. (k. 1325-1364 akt Ama 113/12)

Zgodnie z podjętymi w ramach konkursu zobowiązaniami, (...) została zobowiązana, m.in. do: rozpoczęcia wykorzystywania częstotliwości oraz rozpoczęcia komercyjnego hurtowego oferowania audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych z ich wykorzystaniem, rozumianego jako moment ogłoszenia równej i niedyskryminacyjnej oferty hurtowej przy jednoczesnym umożliwieniu odbioru użytkownikom końcowym na obszarach, na których nastąpiło rozpoczęcie wykorzystywania częstotliwości nie później niż w terminie trzech miesięcy od dnia otrzymania rezerwacji częstotliwości; hurtowego oferowania audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych, oferowanych z wykorzystaniem częstotliwości objętych rezerwacją, przedsiębiorcom telekomunikacyjnym na zasadach równych, jawnych oraz niedyskryminacyjnych, przez przedstawienie i opublikowanie jednolitej oferty hurtowej, zawierającej w szczególności warunki i zasady, w tym techniczne i ekonomiczne, współpracy z operatorem oraz wszystkie inne elementy niezbędne do zawarcia umowy na hurtowe świadczenie audiowizualnych usług medialnych oraz właściwego wykonywania takiej umowy. Oferta powinna zawierać jednakowe warunki w porównywalnych okolicznościach, a także zawierać postanowienia zapewniające oferowanie usług oraz udostępnianie informacji na warunkach nie gorszych od stosowanych w ramach własnego przedsiębiorstwa, lub w stosunkach z podmiotami zależnymi w oparciu o jednolitą ofertę dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych; detalicznego świadczenia audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych

lub telewizyjnych z wykorzystaniem częstotliwości objętych rezerwacją, w tym we własnym imieniu, wyłącznie za pośrednictwem wyodrębnionej spółki zależnej.

Po ogłoszeniu wyników konkursu, pismami z 19 marca 2009 r., (...) wystąpiła do prezesów operatorów z propozycją zorganizowania spotkania celem podpisania listu intencyjnego dotyczącego współpracy w zakresie świadczenia usług telewizji (...). (Pisma (...) informacje utajnione – k 214, 218, 247, 252 akt adm.) W odpowiedzi na ww. propozycję spotkania skierowaną przez (...) do czterech operatorów, jeden z nich - (...)l, pismem z dnia 1 kwietnia 2009 r poprosił zwycięzcę konkursu o przesłanie pisemnej oferty dotyczącej warunków współpracy oraz propozycji listu intencyjnego (k. 248 akt adm.). (...) poinformowała tego operatora pismem z dnia 16 kwietnia 2009 r., a z kolei pozostałych operatorów pismami z 21 kwietnia 2009 r., że jej celem jest przygotowanie oferty ramowej uwzględniającej w jak największym stopniu wymagania potencjalnych odbiorców usługi hurtowej. W tym celu (...) poprosiła operatorów o spotkanie operacyjne i określenie ich oczekiwań odnośnie zasad współpracy w zakresie telewizji (...) (pismo k. 249 akt adm).

Od kwietnia do września 2009 r. (...) spotykało się z przedstawicielami operatorów. Żaden z operatorów nie wyraził ostatecznie zainteresowania podjęciem współpracy w zakresie świadczenia usługi telewizji (...), wskazując przede wszystkim na brak szczegółowych informacji na temat proponowanej przez (...) oferty programowej oraz warunków technicznych tej współpracy. (pismo (...) do Prezesa Urzędu z dnia 2 sierpnia 2010 r. wraz z wymieniana korespondencją k.199-259 akt adm.).

W dniu 15 września 2009 r. I(...) opublikowała na swojej stronie internetowej „Ofertę hurtową świadczenia audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprawdzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych, w technologii (...)”. (tzw. I oferta hurtowa k 184 i następne, akt AmA 114/12).

Oferta hurtowa (...) skierowana była przede wszystkim do operatorów telefonii ruchomej, jako przedsiębiorców posiadających detaliczną sieć dystrybucyjną umożliwiającą zaoferowanie usług telewizji (...) użytkownikom końcowym, choć hurtowym odbiorcą usług oferowanych przez (...) mogli być również operatorzy telewizji kablowych, operatorzy platform płatnej telewizji satelitarnej (listy intencyjne podpisane z takimi przedsiębiorcami k. 588-595 oraz zeznania P. J. na rozprawie w dniu 10.04.2015, czas 02;02.28 transkrypcja k. 1541v-1541).

W dniu 15 września 2009 r. odbyło się posiedzenie zarządu (...). Zarząd tej spółki zobowiązał swojego pracownika i jednocześnie członka rady nadzorczej (...) (...) G. M. (1) do przedyskutowania kwestii oferty (...) na forum rady nadzorczej spółki (...) sp. z o.o. oraz przedstawienia ustaleń w tym zakresie ( Protokół z posiedzenia Zarządu k. 446 akt adm, ujawniony na rozprawie w dniu 20.04.2015 poprzez odczytanie do protokołu).

Zarówno bezpośrednio po opublikowaniu oferty hurtowej jak i przed tym zdarzeniem operatorzy publicznie, bo na łamach prasy negatywnie oceniali ofertę (...)nie widząc w niej wartości biznesowej w obecnych warunkach rynkowych”, stawiając „wyższe wymagania ofercie z racji tego, że wcześniej sami czynili przygotowania do świadczenia usługi hurtowej” „nie wiedząc jak ma wyglądać rozwój sieci”; wskazywali też, że „brakuje w ofercie wielu istotnych elementów np. gwarancji parametrów jakościowych” (m.in. publikacja wypowiedzi rzecznika (...) czy dyrektora departamentu strategii w (...) (...)– nie da się stworzyć oferty z kanałów nieznanymi szerzej w Polsce, w: (...) z 4.09.2009 czy też w P. i wR. z 30.09.2009; też (...) wątpił w sensowność technologii, twierdząc, że znajdują się inne bardziej efektywne sposoby oferowania telewizji mobilnej k. 199-196 akt Ama 114/12).

W artykule z dnia 4 września 2009 r., opublikowanym na portalu internetowym www(...) pt.: (...)i (...) nie wierzą w mobilną telewizję wskazano, że Sieci komórkowe sceptycznie traktują działania (...). [...] Najwięksi operatorzy na razie nie chcą wchodzić w ten biznes. [...] Operatorzy - z wyjątkiem O. - są jednak sceptyczni, a i ten operator nie składa jasnych deklaracji. [...] - (...) złożyło O. wstępną propozycję współpracy. Nie jest ona szczegółowa, ale może być podstawą do dalszych rozmów, które będziemy prowadzić - mówi W. J., rzecznik (...). Konkurenci jednak wypowiadają się w zupełnie innym tonie. - Otrzymaliśmy i przeanalizowaliśmy propozycję. Jednak w obecnych



warunkach rynkowych nie widzimy w niej wartości biznesowej - twierdzi A. P., rzecznik (...). (...) obszerniej wyjaśnia powody swojej decyzji. Twierdzi, że nadal nie dostał poważnej oferty od (...) (/k. 732, t.4 akt adm.).

W artykule z dnia 17 września 2009 r., opublikowanym na portalu internetowym www(...). pt.: (...) stwierdzono, że „Pod koniec września rusza w Polsce telewizja w komórkach. Niestety, tylko w teorii, bo najwięksi operatorzy nie chcą wdrażać usługi. [...] - To, co nam zaproponowała firma (...) (...), musi być opłacalne biznesowo, a na razie nie jest - mówi enigmatycznie W. J., rzecznik O.. (...) telewizji nie zamierzają też wdrażać na razie P., (...) i (...)” (k. 731, t.4 akt adm) .

W dniu 29 września 2009 r. na blogu rzecznika Grupy (...), W. J. pojawił się wpis zatytułowany Ruszyła telewizja dla nikogo, w której stwierdził, że [...] żaden operator nie podjął współpracy z nadawcą. Co więcej od wielu tygodni wszyscy: (...), O., P. i (...) mówią zgodnie, że biznesu z tego nie będzie. [...] rzecznik od dawna i oficjalnie przesyła mediom komunikat, że propozycja (...) jest dla nas biznesowo nieopłacalna, telefony z (...) bardzo drogie i dlatego sukcesu nie będzie. Z tego co wiem identyczne sygnały wysyłają także inni operatorzy komórkowi (k.196 akt adm).

W artykule z dnia 30 września 2009 r., opublikowanym na portalu internetowym www(...).com, pt.: (...) (...) wskazano, że „żadna z sieci komórkowych nie zadeklarowała chęci współpracy z (...). (...) ( (...)) i (...) (O.) twierdzą, że czekają na interesującą biznesowo ofertę. (...) ((...)), że przeanalizowała ofertę, ale w obecnych warunkach rynkowych nie widzi w niej wartości biznesowej. (...) (P.) wątpi w sensowność technologii. Uważa, że telewizja mobilna będzie niszową usługą jeszcze przez kilka lat, a znajdą się inne, bardziej efektywne” (/k. 729, t.4; k. 1482, tom 8 akt adm.).

W artykule z dnia 30 września 2009 r., opublikowanym na portalu internetowym www.medialink.pk www(...).pl, pt: (...)wskazano, że Usługi telewizji mobilnej miały sprzedawać sieci telefonii komórkowej, ale żadna nie potwierdziła do tej pory chęci współpracy z operatorem multipleksu. (...) ( (...)) i (...) (...) (O.) poinformowały nas, że czekają na interesującą pod względem biznesowym ofertę. O. wskazywał, że musi ona uwzględniać m.in. koszty subsydiów aparatów komórkowych dostosowanych do odbioru telewizji w standardzie (...). (...) podkreśla, że brakuje mu w ofercie (...) wielu istotnych elementów, np. gwarancji parametrów jakościowych. (...) (sieć P.) w swoim stanowisku poinformowało, że wątpi w sensowność technologii, uważa że telewizja mobilna będzie niszową usługą jeszcze przez kilka lat, a znajdą się inne, bardziej efektywne sposoby jej oferowania (k.1494 akt adm).

Wypowiedzi poszczególnych operatorów odnośnie (...). pojawiały się już wcześniej, po rozstrzygnięciu konkursu na rezerwację częstotliwości. W artykule z dnia 20 kwietnia 2009 r., zamieszczonym na portalu internetowym www(...).pl, pt.: Telewizja z komórki coraz mniej realna powołano się na wypowiedź W. J., rzecznika prasowego(...) (...), do której należy m.in. (...) (...)l (dalej jako rzecznik (...)), który stwierdził: Czekamy aż firma (...) (...) przedstawi nam konkretną propozycję współpracy. Chodzi o ustalenie warunków technicznych i finansowych. Autor artykułu wskazał, że Podobnie rzecz się ma z (...) i P., które czekają na inicjatywę (...) (k. 1472, t. 8 akt adm.)

W dniu 2 października 2009 r. odbyło się kolejne spotkanie współników konsorcjum, na którym omawiano tematy dotyczące sytuacji finansowej oraz perspektyw (...) (...), statusu (...), a także nowych potencjalnych obszarów współpracy udziałowców konsorcjum. Operatorzy odnieśli się również do oferty hurtowej (...), którą spółka ta opublikowała w dniu 25 września 2009 r. na swojej stronie internetowej. (protokół zgromadzenia k. 29-35, akt adm., oraz prezentacje k. 101-131 akt adm.).

W prezentacji przygotowanej na to spotkanie znalazł się punkt zatytułowany: Planowany zasięg telewizji cyfrowej w technologii (...) i wejście na rynek zgodnie z ofertą (...). Oraz Uwagi (...) (...) na temat oferty hurtowej (k.107-108 akt adm).

Wskazano w szczególności w tej prezentacji na:

- szacunkowy potencjał rynku: -1,2 m wobec 1,3 (M. T.)
- szacunki przy założeniu współpracy ze wszystkimi operatorami sieci komórkowych

- oferta nie jest na tyle contentowa, aby uzyskać wynik planowany przez (...) (...);
  - niewyważona oferta: 12 kanałów telewizyjnych i 8 kanałów radiowych;
  - Oferta jest skonstruowana w sposób, który został odrzucony podczas projektu (...) (...)
- opłata miesięczna z tytułu pokrycia kosztu technicznego wyższa, brak zobowiązania do zasięgu w pomieszczeniach (1,7 m nad ziemią) - ryzyko po stronie detalicznej operatora sieci komórkowej;
- nieznaną ofertą programową - niezamrożoną;
- ryzyko podziału przychodów z (...) / (...) przeniesione na operatorów sieci komórkowych;
- „ oferta ” z zastrzeżeniem, iż nie jest ofertą w rozumieniu Kodeksu Cywilnego;
- brak gwarancji (...) w ofercie publicznej.

Operatorzy przeanalizowali również szczegóły finansowe (...) (...): Zgodnie z ofertą Operator Sieci Komórkowej pokryje koszty integracji systemów, zapewni system rozliczeniowy i dofinansowanie dla terminali oraz zapłaci za korzystanie z treści (od użytkownika) i tantiemy (...) / (...). Propozycja obejmuje następujące koszty:

- koszty treści zmiennej: (...) zł miesięcznie za aktywno użytkownika (wraz z sygnałem wolnym (...)), (...) zł miesięcznie za każdy opłacony kanał, (...) ceny detalicznej za każdy kanał P.;
- dostęp do sieci:
- za bazę klientów do 50 tys.: (...) PLN miesięcznie (wobec (...) za rok w modelu (...) (...))
- za bazę klientów do 250 tyz.: (...) PLN miesięcznie (wobec (...) za w modelu (...) (...))
- jednorazowa opłata w chwili komercyjnego uruchomienia usługi: (...) PLN.

Komentarze spółki (...) na temat oferty spółki (...) (...) były poprzedzone dyskusją nt podjęcia przez (...) (...) kroków prawnych w ramach postępowania ws rezerwacji i decyzją o złożeniu odwołanie do sądu administracyjnego (decyzja nr (...) k. 30 akt adm).

Na spotkaniu wspólników 2.10.2009 omówiono również decyzję o podjęciu przez konsorcjum działań z zakresu (...) (decyzja (...)). Operatorzy rozważali: Czy (...) (...) powinna podjąć działania (...) wobec niewiarygodnej „oferty” (...). Jako argument za podjęciem takich działań wskazali, iż wiarygodność tej oferty jest ograniczona; stosunkowo łatwo można ją porównać z ofertą wiarygodną. Natomiast przeciwko takiemu działaniu operatorzy wskazali, m.in. na, możliwy udział urzędu antymonopolowego. Ostatecznie jednak, wspólnicy konsorcjum podjęli jednogłośnie decyzję o zaleceniu Zarządowi (...) (...) opublikowania komunikatu prasowego krytykującego ofertę spółki (...) (...). Ustalono, że (...) (...) powinna zakwestionować ważność i wiarygodność oferty w publicznym (...) (...) (...) przygotuje oświadczenia w ciągu 2 tygodni, które będą rozpowszechniane przez biura (...) poszczególnych operatorów. (k. 110, 30-31 akt adm).

W dniu 6 października 2009 r. odbyło się posiedzenie zarządu (...) na którym przedstawiciel tego (...) w Radzie Nadzorczej (...) (...) G. M. (1) został poproszony o zreferowanie spotkania wspólników (...) (...), które miało miejsce w dniu 2 października 2009 r. Ww. przedstawiciel operatora G. M. (1) poinformował zarząd o najważniejszych decyzjach wspólników, w tym m.in. o uzgodnieniu dotyczącym publicznego kwestionowania oferty (...), tj. że w ciągu dwóch tygodni zostanie wystosowana przez zarząd (...) (...), w uzgodnieniu z departamentami (...) poszczególnych wspólników, komunikacja zwracająca uwagę na nierzetelność oferty (...) oraz, że wspólnicy zdecydowali się na wystąpienie ze skargą do WSA na decyzję Prezesa (...), nieuwzględniającą wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy (protokół z posiedzenia k.458 akt adm, ujawniony na rozprawie w dniu 20.04.2015 przez odczytanie).

W dniach 16-19 października 2009 r. M. L. (1) z (...) wymienił się korespondencją e-mail, w ramach, której przesłał do trzech osób wewnątrz tej spółki (...), P. J. (2), J. N. propozycję swoich odpowiedzi na pytania dziennikarza dotyczące projektu (...). W odpowiedzi P. J. (2) napisała, że: generalnie (faktograficznie) jest ok, choć ja bym pewnie napisał w bardziej pozytywnym tonie - wypowiedź brzmi strasznie jak od zasiedziałego :) Z drugiej strony podjęliśmy decyzję, że bombardujemy PR-owo, więc to się dobrze wpisuje, pozostaje jedynie pytanie - mówisz jako P. czy jako (...) sp. z o.o.? natomiast M. G. napisał w odpowiedzi: Chcąc nie chcąc zaczynamy być liderem, reprezentując innych operatorów, którzy nabrali wody w usta. Pytanie czy chcemy (k. 431 akt adm).

(...) (...) 26 października 2009r złożyła skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w W. na decyzję Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 29 września 2009 roku nr (...) (...), (wydanej na skutek wniosku (...) (...) o ponowne rozpatrzenie sprawy) utrzymującej w mocy Decyzję Rezerwacyjną na rzecz (...).

W ostatnim kwartale 2009 r. pojawiały się publiczne wypowiedzi operatorów krytykujące warunki współpracy jakie przewidywała oferta hurtowa (...). /Artykuł z dnia 1 listopada 2009 r., pt: (...) usługą (...), opublikowany w (...) (k.740 akt adm.); Artykuł z dnia 26 listopada 2009 r., pt: Komórka telewizorem, opublikowany na portalu internetowym: www(...); (k. 742, akt adm); Artykuł z dnia 1 grudnia 2009 r., pt.: (...) opóźnienie,, opublikowany w (...) (...) (k. 745, 4 akt adm).

W następstwie opublikowania przez (...) pierwszej oferty hurtowej żaden z operatorów nie podjął z tą spółką współpracy w zakresie świadczenia usług telewizji (...). Natomiast spółka podpisała listy intencyjne między innymi z operatorami telewizji kablowej.

W dniu 10 lutego 2010 r. (...) opublikowała zmienioną „Ofertę hurtową świadczenia audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych, w technologii (...)”. (tzw II oferta hurtowa k. 1601-1621, akt Ama 113/12)

Następnie (...) przesłała zmienioną ofertę hurtową do operatorów, zapraszając ich do ponowienia negocjacji dotyczących podjęcia współpracy w zakresie świadczenia usług telewizji (...).

W marcu 2010 r. doszło do osobnych spotkań (...) z przedstawicielami operatorów - (...) (...) oraz (...), którzy wskazali na brak zainteresowania współpracą w zakresie świadczenia usług telewizji (...), jako powód wskazując przede wszystkim zbyt ogólne warunki oferty z dnia 10 lutego 2010 r. (pismo (...) do Prezesa Urzędu z dnia 2 sierpnia 2010 r. k.199-305).

Z kolei operator (...), pismem z 24 marca 2010r. poinformował (...), że nie jest zainteresowany świadczeniem usług telewizji (...) na zasadach określonych w ww. zmienionej ofercie, natomiast wykazał zainteresowanie świadczeniem tych usług w innym modelu finansowym. (...) wyraziła zgodę na rozpoczęcie rozmów z ww. operatorem w tym zakresie. (pismo (...) do (...) z dnia 24 marca, 2010r.k. 255 akt adm).

(...) i (...) prowadziły jeszcze rozmowy dotyczące ewentualnej współpracy jednak ich treść nie została ujawniona do publicznej wiadomości przez żadną ze stron, w szczególności także nie została przedstawiona pozostałym wspólnikom konsorcjum (w tym także na spotkaniu 12 maja 2010 r. protokół k. 333-391 akt adm).

Ostatecznie także operator (...) nie zdecydował się na podjęcie z (...) współpracy w zakresie (...) również w innym modelu finansowym. Negatywną rekomendację odnośnie do tej współpracy przyjął zarząd tego (...) na posiedzeniu w dniu 19 maja 2010 r.

Do dnia wydania zaskarżonej decyzji żaden z operatorów nie podjął współpracy z (...) w zakresie świadczenia usług telewizji (...).

Na dzień 16 sierpnia 2010 r. (...) wykonała zobowiązania nałożone decyzją Prezesa (...) nr (...) z dnia 26 czerwca 2009 r., tj. m.in. rozpoczęła wykorzystywanie częstotliwości oraz komercyjne hurtowe oferowanie audiowizualnych

usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych z ich wykorzystaniem, rozumianego jako moment ogłoszenia równej i niedyskryminacyjnej oferty hurtowej przy jednoczesnym umożliwieniu odbioru użytkownikom końcowym na obszarach, na których nastąpiło rozpoczęcie wykorzystywania częstotliwości; opublikowała jednolitą ofertę hurtową, zawierającą w szczególności warunki i zasady, w tym techniczne i ekonomiczne, współpracy z operatorem oraz wszystkie inne elementy niezbędne do zawarcia umowy na hurtowe świadczenie audiowizualnych usług medialnych oraz właściwego wykonywania takiej umowy. Realizacja powyższych zobowiązań polega na przedstawieniu i opublikowaniu jednolitej oferty hurtowej w dniu 25 września 2009 r., zmienionej następnie ofertą opublikowaną dnia 10 lutego 2010 r.

Prezes (...) w piśmie z 16 sierpnia skierowanym do Prezesa UOKiK wyraził pogląd, że opublikowana przez (...) zarówno pierwsza jak i druga oferta hurtowa stanowi realizację zobowiązań rezerwacyjnych oraz, że opublikowany dokument spełnia przesłanki do uznania go za ofertę w rozumieniu „Kodeksu cywilnego” oraz warunki właściwe dla ofert ramowych określone w rozporządzeniu Ministra infrastruktury z dnia 21 lipca 2008 r. w sprawie zakresu oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym. (pismo Prezesa UKE k 327 akt adm).

W dniu 4 czerwca 2012r (...) opublikowała kolejną ofertę hurtową, która nie była oparta na technologii (...) ale na technologii (...), gdyż w grudniu 2010 Prezes (...) zmienił decyzję rezerwacyjną wprowadzając do niej neutralność technologiczną (tzn telewizja mobilna mogła być oferowana w dowolnej technologii). W prezentacji nowej oferty (...) wskazał, że technologia (...), to technologia bez przyszłości, i odwołał się do przykładów niepowodzenia tej technologii na innych rynkach krajowych. W szczególności wskazując, na Francję, Hiszpanię i Niemcy - wywodził, że usługi (...) nie pojawiły się mimo podejmowania prób ich wdrożenia. Natomiast Szwajcaria, Austria, Węgry zaprzestały świadczenia usług w tym standardzie w 2010r, bądź też operatorzy w tych krajach wycofali się z uruchamiania. Najwięcej miejsca w prezentacji (...) dotyczącej niepowodzenia (...), zajął holenderski operator, który zgodnie z informacją zawartą w prezentacji w 2011r ogłosił zamknięcie platformy mobilnej z uwagi na brak przyszłości (...) jako światowego standardu, czego powodem był: brak kompatybilnych urządzeń, bardzo droga emisja sygnału dedykowana jednemu rodzajowi usług, i wysoki spadek abonentów tj o połowę w 2010 (prezentacja oferty k 1641 akt AmA 112/12).

W oparciu o tę ostatnią, trzecią ofertę hurtową (...) podjął z chwilą jej ogłoszenia próbę wdrożenia opartej na niej oferty detalicznej (warunki oferty skierowanej do abonentów (...) k 1734-1743 akt AmA 112/12, oraz reklama usługi k. 1730-1732). Jednak już 25 września 2012r podjęto decyzję o wypowiedzeniu umowy hurtowej (...) i zamknięciu usługi detalicznej. Uzasadnione to było bardzo małym zainteresowaniem usługą: po 3 miesiącach od jej uruchomienia poziom realizacji planu pozyskania klientów wynosił zaledwie (...), a całkowita baza klientów wynosiła 270 sztuk, w tym 248 w ramach abonamentu, gdy tymczasem miesięczne opłaty były na poziomie(...) zł (dokument wewnętrzny (...) realizacja założeń z (...), k. 1745-1747 akt AmA 112/12, publikacje prasowe z 27 listopada 2012 r, na stronie internetowej [www\(...\)pl](http://www(...)pl) (...) rezygnuje z mobilnej telewizji” i na stronie internetowej [http://\(...\)](http://(...))” (k. 693 – 719 akt AmA 114/12).

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił, na podstawie dokumentów zgromadzonych w toku postępowania administracyjnego i sadowego, które nie były kwestionowane przez strony niniejszego postępowania oraz materiału dowodowego zgromadzonego w aktach przedmiotowej sprawy.

Sąd dał wiarę twierdzeniom powodów, że wykazane przez Prezesa UOKiK zachowania poszczególnych (...), szczegółowo opisane w decyzji a odnoszące się w szczególności do wymiany informacji o ofercie hurtowej czy ustalenia wspólnej polityki informacyjnej.- nie były wynikiem niedozwolonego porozumienia lecz dozwolonej współpracy w ramach wspólnego przedsięwzięcia gospodarczego, jakim było powołanie spółki (...), na które organ regulacyjny wyraził zgodę oraz, że faktyczna tożsamość zachowań rynkowych nie wynikała z dokonania uzgodnień lecz była efektem samodzielnie dokonanej obiektywnej oceny przedsięwzięcia gospodarczego jakim była usługa (...), z uwzględnieniem niezależnych od operatorów uwarunkowań rynkowych.

Wprawdzie proste odczytanie kilku dokumentów mogło dawać podstawę do postawienia powodowi zarzutu zawarcia porozumienia a antykonkurencyjnym celu i skutku, niemniej jednak sekwencja zdarzeń i inne okoliczności towarzyszące, w tym aspekt ekonomiczny usprawiedliwiający pewną oczywistą w tożsamy warunkach koordynację

zachowań rynkowych operatorów nie pozwalały na oparcie podstawowego zarzutu decyzji na takich prostych domniemaniach faktycznych.

W szczególności zdaniem Sądu dokumenty powołane przez organ jako świadczące o ciągłym naruszeniu reguł konkurencji nie dawały podstaw do stwierdzenia, że celem i skutkiem zachowania operatorów było ograniczenie konkurencji.

Wprawdzie zgodzić się należy z Prezesem UOKiK, że zasadniczo kartele polegają na niejawnym porozumieniach pomiędzy konkurującymi podmiotami, których treść nie wynika wprost z oficjalnych umów a często przybierają postać tajnych porozumień, a ustaleń faktycznych co do ich istnienia i celów dokonuje się na zasadzie domniemań faktycznych, jednak w sprawie niniejszej domniemania te zostały skutecznie przez powodów obalone. Właściwe domniemanie faktyczne, które polega na uznaniu za ustalony pewnego faktu (nieudowodnionego) na podstawie innego faktu (udowodnionego), wyprowadza się na podstawie wnioskowania ze stanu wiedzy, doświadczenia życiowego i praw logiki.

Sąd sprawie niniejszej posiłkując się wiedzą, doświadczeniem życiowym i odwołując się do praw logiki, po analizie całego stanu faktycznego i otoczenia rynkowego, w tym sytuacji ekonomicznej na rynku, doszedł do przekonania, że szczególne okoliczności sprawy, jej kontekst w szczególności fakt, że operatorzy uzyskali zgodę na łączne działanie w zakresie wspólnego ubiegania się o prawo do świadczenia usług hurtowych telewizji (...) nie pozwala na przyjęcie wnioskowania zaprezentowanego przez Prezesa UOKiK w zaskarżonej decyzji, o czym w szczególności w dalszej części uzasadnienia.

Powyższych konstatacji Sąd dokonał w oparciu o dowody z dokumentów powołane wyżej oraz przeprowadzone w toku postępowania dowody z zeznań świadków, które w ocenie Sądu były zgodne w zasadniczych kwestiach i korespondowały z dowodami z dokumentów. Sąd przyznał tym dowodom przymiot wiarygodności, gdyż świadkowie w sposób logiczny, odpowiadający zasadom doświadczenia życiowego i regułom obrotu gospodarczego przedstawili przekonujące znaczenie i powody określonych zachowań osób uczestniczących w poszczególnych opisanych przez Prezesa UOKiK zdarzeniach a ich relacje zdaniem Sądu odpowiadały rzeczywistym motywom operatorów. Dowody te zdaniem Sądu nie pozwalały na powiązanie każdego z operatorów ze wspólnym schematem zarzucanych w decyzji działań nakierowanych na ograniczenie konkurencji.

### ***Sąd zważył, co następuje:***

Operatorom sieci komórkowej - powodom w niniejszej sprawie został postawiony zarzut zawarcia porozumienia polegającego na dokonywaniu uzgodnień dotyczących kształtowania relacji z Info- (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Z.; wymianie informacji o swojej ocenie oferty hurtowej (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Z. dotyczącej audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych w technologii (...); dokonywaniu uzgodnień dotyczących publicznego kwestionowania tej oferty. Działania te zdaniem organu stanowiły praktykę ograniczającą konkurencję i naruszały zakaz o którym mowa w art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, oraz jednocześnie naruszały zakaz o którym mowa w art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE z dnia 9 maja 2008 r. nr C 115).

W myśl krajowej regulacji wynikającej z art. 6 zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na:

- 1) ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów;
- 2) ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji;
- 3) podziale rynków zbytu lub zakupu;

- 4) stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji;
- 5) uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy;
- 6) ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem;
- 7) uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Natomiast na poziomie europejskim artykuł 101 TFUE wskazuje, że niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane są: wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie praktyki uzgodnione, które mogą mieć wpływ na handel między Państwami Członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego, a w szczególności te, które polegają na:

- a) ustalaniu w sposób bezpośredni lub pośredni cen zakupu lub sprzedaży albo innych warunków transakcji;
- b) ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji, rynków, rozwoju technicznego lub inwestycji;
- c) podziale rynków lub źródeł zaopatrzenia;
- d) stosowaniu wobec partnerów handlowych nierównych warunków do świadczeń równoważnych i stwarzaniu im przez to niekorzystnych warunków konkurencji; lub
- e) uzależnianiu zawarcia kontraktów od przyjęcia przez partnerów zobowiązań dodatkowych, które ze względu na swój charakter lub zwyczaje handlowe nie mają związku z przedmiotem tych kontraktów.

W sprawie niniejszej Prezes UOKiK uznał, że operatorzy stosowali określone środki służące koordynacji zachowań, które miały oparcie w ich zgodnej woli wspólnego oddziaływania na rynek, w szczególności na relacje każdego z nich z (...). Zdaniem Prezesa porozumienie operatorów, które nie przybrało formy wiążącej umowy, było realizacją wspólnego planu kształtowania relacji z (...) i ograniczyło zakres decyzji rynkowych podejmowanych przez każdego (...) samodzielnie.

W ocenie Sądu opisane w decyzji zachowania operatorów nie dowodzą, że były realizacją wspólnego planu kształtowania relacji z innym przedsiębiorcą tj. z (...), a ponadto zachowania operatorów dotyczące ich relacji z (...) były adekwatne do istniejących warunków rynkowych oraz były urzeczywistnieniem realizacji wspólnego przedsięwzięcia gospodarczego jakim było utworzenie za zgodą Prezesa UOKiK wspólnego przedsiębiorcy, który miał być hurtowym dostawcą usługi telewizji mobilnej w systemie (...).

Należy się zgodzić z organem, że podejmując współpracę w ramach projektu (...) (...) operatorzy dążyli do zapewnienia każdemu z nich równego dostępu do usług telewizji mobilnej w technologii (...) na szczeblu hurtowym. Było to oczywista korzyść dla każdego z nich, gdyż w sytuacji ograniczenia dostępności częstotliwości przeznaczonej do świadczenia usługi (...) nie było możliwe, aby każdy z nich uzyskał taki dostęp indywidualnie. Taka współpraca miała tym większy sens, że świadczenie usługi na poziomie hurtowym obarczone było nie tylko bardzo dużym ryzykiem biznesowym (powodzenie tej technologii nie było takie oczywiste w dłuższej perspektywie) ale wiązało się ze znacznymi kosztami inwestycyjnymi (bodowa na obszarze prawie całego kraju sieci dedykowanej tylko tej technologii – nie mogła być ona wykorzystana do innych celów). Dlatego współpraca operatorów w ramach (...) (...) istotnie zapewniała im równy start na poziomie hurtowym i pozwalała dzielić ryzyko i koszty. Istotne jest jednak to, że na tym poziomie hurtowego oferowania usług presja konkurencyjna między operatorami była bardzo duża, gdyż uzyskanie przez jednego z nich rezerwacji częstotliwości, oznaczało, że pozostali już tej możliwości nie posiadaliby (tylko jeden z nich mógł zostać zwycięzcą konkursu na rezerwację częstotliwości na obszarze całego kraju). Wówczas

taki wygrany operator, który dyktowałby warunki współpracy pozostałym operatorom, kształtując ofertę hurtową dla swoich konkurentów siłą rzeczy musiałby zyskać przewagę konkurencyjną. Dlatego współpraca na poziomie (...) (...) eliminowała w zasadzie do zera tę presję konkurencyjną, skoro wszyscy operatorzy uzyskiwaliby w razie wygrania konkursu przez konsorcjum jednakowe warunki i mieliby identyczny wpływ (udziały w spółce po (...)) na kształtowanie oferty hurtowej.

Błędne było natomiast założenie Prezesa UOKiK, że także współpraca między operatorami na poziomie detalicznym mogła wyeliminować presję konkurencyjną na rynku właściwym telefonii ruchomej. Zdaniem Sądu w tej fazie procesu gospodarczego dotyczącego telewizji mobilnej presja konkurencyjna była znikoma a na pewno nic nie znacząca.

Rywalizacja operatorów o detalicznych abonentów odbiorców usługi tv mobilnej nie była tak silna z wielu powodów. Po pierwsze usługa tv mobilnej miała charakter usługi dodanej do zasadniczej sfery działalności operatorów jaką są usługi głosowe, SMS czy Internet, co oznaczało, że nie może ona w zasadniczy sposób oddziaływać na wybory konsumentów, gdyż główną arenę rywalizacji stanowią jednak usługi podstawowe, które gwarantowały operatorom podobny lub zbliżony poziom udziału w rynku. Jest to tym bardziej oczywiste, że operatorzy zakładali, że usługa ta będzie miała jednak charakter niszowy a jej oferowanie miało bardziej charakter prestiżowy niż biznesowy. Powyższa konstatacja jest oczywista jeśli się weźmie pod uwagę fakt, że uzasadnienia projektów (tzw BC czyli business case) wdrożenia tv mobilnej jako usługi dodanej u poszczególnych operatorów zakładały osiągnięcie korzyści z inwestycji po bardzo długim okresie od wdrożenia usługi (10-15 lat, gdy zwykle operatorzy nie podejmowali ryzyka inwestycyjnego dla projektów których BC zakładał rentowność w okresie dłuższym niż 2-3 lata) a przewidywane wyniki finansowe pozycjonowały projekt na granicy opłacalności (np. prezentacja dla Zarządu (...) , na posiedzenie w dniu 13 sierpnia 2008r - k.2420 i 2421, dla (...) w perspektywie 15 lat udział przychodów z (...) mobilnej miał stanowić 1 promil rocznych przychodów).

Po wtóre wykreowana przez (...) w konkursie na częstotliwość (...)(...)zasada, że oferta hurtowa miała być publiczna i niedyskryminacyjna chroniła w istocie operatorów, przed ewentualną utratą abonentów na korzyść tego z nich który skorzystałby z oferty hurtowej, gdyż pozostali mieli z uwagi na ten warunek konkursu zagwarantowane, że na równych zasadach będą mogli skorzystać z takiej samej oferty hurtowej.

Oznaczało to, że ryzyko utraty abonentów na rzecz tego operatora, który skorzysta z oferty (...) nie było duże, skoro w każdej chwili możliwe byłoby równoległe skorzystanie z takiej samej oferty przez pozostałych operatorów i stworzenie na jej podstawie oferty detalicznej skierowanej do własnych (i nie tylko) abonentów. Gwarantowało to w istocie każdemu z operatorów utrzymanie puli abonentów na tym samym co dotychczas poziomie, skoro możliwe było w stosunkowo krótkim czasie stworzenie oferty detalicznej skierowywanej do własnych abonentów, co oznaczało, że ci nieliczni zainteresowani usługą tv mobilnej nie musieliby w celu uzyskania do niej dostępu przechodzić do konkurencji.

Tak więc błędne było założenie Prezesa UOKiK, że inkryminowane (...) działania podporządkowane były temu by nie dopuścić do uzyskania przewagi konkurencyjnej przez któregokolwiek z nich, co mogłoby mieć zdaniem organu miejsce w przypadku samodzielnej realizacji we współpracy z (...) projektu (...).

Skoro więc każdy z (...) mógł w dowolnym momencie skorzystać z publicznie dostępnej oferty na tych samych warunkach co jego konkurent realizujący już umowę w oparciu o warunki oferty hurtowej, to trudno mówić o możliwości uzyskania przewagi konkurencyjnej przez któregokolwiek z nich.

Na znaczne zmniejszenie presji konkurencyjnej na rynku detalicznym lub wręcz jej brak, istotny wpływ miała także narastająca z czasem świadomość po stronie każdego z operatorów na co wskazywali świadkowie, granicząca nawet z pewnością, że jednak telewizja mobilna w systemie (...) nie jest najlepszym technologicznie rozwiązaniem dla udostępniania treści użytkownikom końcowym. Wskazywały na to zarówno doświadczenia operatorów zagranicznych, którzy bądź projekt (...) wdrożyli a potem go zarzucili, bądź w ogóle odstąpili od jego wdrażania, ale także coraz

bardziej powszechna i znacznie bardziej pożądana przez użytkowników i efektywniejsza dla operatorów bo oparta na własnej sieci technologia streamingu.

Skoro więc zarzucane operatorom w decyzji działania nie zmierzały do tego by nie dopuścić do przewagi konkurencyjnej przez któregokolwiek z nich, to istotne staje się pytanie czy poszczególne zachowania opisane w decyzji mieściły się w zakresie dozwolonych porozumień, wszak zakazane są tylko te których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji lub czy też mieściły się one w sferze uprawnionej współpracy wynikającej z uzyskanej zgody na utworzenie wspólnego przedsiębiorcy, oraz czy późniejsze zachowania operatorów na rynku tj ich relacje z (...) pozostawały w związku przyczynowym z zachowaniami operatorów opisanymi przez Prezesa UOKiK.

W ocenie Sądu działania opisane w stanie faktycznym zachowania operatorów nie przekraczały granic dozwolonej współpracy wyznaczonej przez zgodę UOKiK na utworzenie wspólnego operatora a ponadto nie zachodził związek przyczynowy między tymi działaniami powodów a ich zachowaniem na rynku.

Dla powyższej konkluzji istotne jest ustalenie, że faktyczne działania osób wchodzących w skład organów spółki (...) tj członków jej zarządu i rady nadzorczej nie przekładały się na realne możliwości wpływania na faktyczną działalność samej spółki czy działania jej wspólników tj operatorów. Jakkolwiek zgodnie z regulami kodeksu spółek handlowych do decyzji wspólników zastrzeżone są nieliczne tylko decyzje, to jednak jak zostało to ustalone w toku przewodu sądowego, w spółce (...) to właśnie wspólnicy decydowali o wszystkich istotnych aspektach jej działalności. Natomiast osoby pełniące funkcje w zarządzie i radzie nadzorczej miały jedynie marionetkową rolę, która w istocie ograniczała się do formalnej funkcji oraz wykonywania działalności sprawozdawczo usługowej wobec wspólników, którzy podejmowali kluczowe decyzje na spotkaniach, które pomimo braku formalnego charakteru pełniły jednak funkcję zgromadzenia wspólników (zeznania m.in. K. D. 16.03.2015r, czas 04:44;53, G. M. z 20.04.2015 czas 03:54;56). To na tych spotkaniach decydowano o kontynuacji procesów odwoławczych w konkursie na częstotliwość, o możliwych innych jeszcze niż tv mobilna obszarach współpracy operatorów w (...) spółki (...). Pozycja osób wchodzących w skład zarządu i rady nadzorczej spółki (...) u każdego z operatorów, przez których byli zatrudnieni i w istocie oddelegowania do pełnienia tych funkcji w konsorcjum, także nie wskazywała na to aby członkowie tych organów mieli wpływ na politykę i decyzje poszczególnych operatorów.

Dlatego na zachowania członków rady nadzorczej i zarządu opisane w stanie faktycznym należy patrzeć właśnie z tej perspektywy, oceniając szanse wcielenia przez nich pewnych propozycji w życie jako nierealne. Oczywiście jest więc, że skoro z ustaleń stanu faktycznego wynika, że propozycje przedstawiane przez członków rady nadzorczej i zarządu a nie zaakceptowane przez każdego z operatorów – wspólników nie miały skutku dla spółki (...), to także tym propozycjom, które nie uzyskały kontrasygnaty wspólników nie można nadać charakteru zachowań samych operatorów zdefiniowanych przez Prezesa UOKiK jako dokonywanie uzgodnień dotyczących kształtowania relacji z (...).

Dla właściwej oceny zachowania operatorów opisanego w decyzji bardzo istotne było ustalenie czy podjęta przez nich współpraca mieściła się w granicach objętych zgodą Prezesa UOKiK na koncentrację. Zgoda ta obejmowała działalność spółki (...) na rynku nie pokrywającym się z rynkiem działania tworzących konsorcjum podmiotów. Nowy podmiot miał prowadzić działalność na hurtowym rynku świadczenia usług audiowizualnych usług mobilnych w zakresie rozsiewczej telewizji mobilnej w standardzie (...) (hurtowy dostawca usług telewizji (...) o ile uzyskałby rezerwację częstotliwości)). A więc wspólne działania mogły się odnosić tylko do hurtowego świadczenia usług medialnych o których mowa w decyzji a nie do rynku detalicznego tych usług czyli rynku na którym przedsiębiorcy mieli działać jako konkurenci.

Zdaniem Sądu ustalony w sprawie stan faktyczny wskazuje, że operatorzy w istocie na forum (...) (...) podejmowali tylko takie wspólne decyzje, które były dopuszczalne w świetle zgody na koncentrację, gdyż odnosiły się one do hurtowych usług telewizji mobilnej w formie (...), nie wchodząc w obszary na których byli konkurentami. Jakkolwiek relacje między operatorami na forum spółki (...) odnosiły się do świadczenia hurtowych usług rozsiewczej telewizji mobilnej i temu były podporządkowane ich działania, to wręcz niemożliwe było aby w relacjach tych nie



było odniesień do rynku detalicznego, gdyż były one ze sobą nierozzerwalnie związane. Przykładowo ilekroć więc była mowa o ofercie hurtowej przygotowywanej przez spółkę (...) przed rozstrzygnięciem konkursu (a więc niewątpliwie w ramach dozwolonej współpracy), to nie sposób było nie odnosić tej oferty do rynku detalicznego, skoro oferta ta właśnie dla detalistów była przygotowana. Podobnie krytyka oferty konkurenta jakim był (...), i to w trakcie trwającej rywalizacji o częstotliwość na skutek złożenia odwołania od decyzji rezerwacyjnej, pomimo że była dopuszczalna w świetle reguł konkurencji, mogła jednocześnie być oceniana z punktu widzenia tego do kogo oferta była skierowana a więc odbiorcy detalicznego.

Sąd zgadzając się ze stanowiskiem pozwanego, że fakt uzyskania zgodny na utworzenie przez operatorów koncentracyjnego przedsiębiorcy nie jest równoznaczny ze zgodą na nieograniczoną współpracę, nie może jednak przyjąć optyki organu, że kontakty odnoszące się tylko pośrednio do detalicznych usług telewizji mobilnej stanowiły same w sobie niedozwolone porozumienie, skoro w istocie odnosiły się do świadczenia hurtowych usług telewizji mobilnej i temu były zasadniczo podporządkowane.

W tych okolicznościach nie można za współpracę operatorów na szczeblu detalicznym uznać propozycji, pierwotnie wykreowanej przez dwóch członków rady nadzorczej spółki (...) na targach telekomunikacyjnych w B. (K. D. (1), a która zostały przez tegoż przedstawione już w B. 24 lutego 2009 G. M. (1)), co do powstrzymanie się od rozmów bilateralnych, skoro sami operatorzy – udziałowcy konsorcjum podczas posiedzenie wspólników w dniu 23 marca 2009r od tej propozycji wyraźnie się zdystansowali, jednogłośnie podejmując uchwałę za pozostawieniem każdemu z operatorów swobody co współpracy ze zwycięzcą konkursu. Na brak woli realizacji scenariusza dotyczącego kształtowania relacji między operatorami a (...) za pośrednictwem spółki (...) wskazuje także jednoznaczna propozycje K. H. (prezes zarządu (...)), złożona na spotkaniu wspólników 23.03.2009r, zakończenia wszelkiej współpracy operatorów i rozwiązania spółki (...). Ostateczne przegłosowanie innej propozycji tzn kontynuowanie współpracy na forum (...) (...) ale w innych niż (...) obszarach współdziałania operatorów nie może przekreślać słusznego wniosku, że nie było wolą ani celem operatorów dokonywanie uzgodnień dotyczących kształtowania wspólnych relacji z (...) a każdy z operatorów miał samodzielnie kształtować te relacji.

Podobnie dokładna analiza treści propozycji przedstawianych przez J. W. (2) zawartych w jego mailu adresowanym do K. D., T. K., M. W. i M. S. z dnia 6 marca 2009, wyraźnie wskazuje, że była to tylko propozycja a decyzja w tym zakresie pozostawiona była operatorom, skoro w treści tej korespondencji odnosi się do prezentacji na spotkanie 4 (...), w której proponuje zawrzeć propozycje następnych kroków po ogłoszeniu wyników konkursu (tak też zeznania J. W. (1) w dniu 16.03.2015, czas 06;17;01). Ewidentnie zapis ten świadczy o propozycji pracownika jednego z operatorów, która ma być przedstawiona do akceptacji wspólnikom (...) (...). Jakkolwiek jedna z propozycji projektowanej dla sytuacji wygrania konkursu przez (...) zakłada prowadzenie rozmów o wdrożeniu telewizji mobilnej wyłącznie na styku (...) i M. T. i żaden udziałowiec nie będzie rozmawiał z (...) bezpośrednio (k. 434v akt adm), to jednak dalsza sekwencja zdarzeń uniemożliwia przyjęcie, że propozycja J. W. (1) znalazła akceptację wśród operatorów, skoro na spotkaniu wspólników 23 marca 2009r odcięli się oni od tej propozycji poprzez jednomyślne głosowanie w sprawie pozostawienia swobody w negocjacjach z (...) każdemu z operatorów. Warto w tym kontekście odnotować, że w języku polskim znaczeniu słowa „proponować” odpowiada zgłaszanie projektu lub pomysłu czegoś, zatem racjonalne było traktowanie zawartych w korespondencji propozycji w tych właśnie kategoriach.

Nie można zatem w odniesieniu do tej wymiany korespondencji stwierdzić aby były to ustalenia dotyczące kształtowania wspólnych relacji operatorów z (...), tym bardziej, że rozważania miały charakter czysto hipotetyczny w związku z faktem, że konkurs na rezerwację częstotliwości nie został jeszcze rozstrzygnięty przez (...) ani też nie została wydana decyzja rezerwacyjna oraz, że do operatorów nie została skierowana żadna oferta. Racjonalnym więc było, że wobec kwestionowania przez (...) (...) sposobu rozstrzygnięcia konkursu przez Prezesa (...), żaden z operatorów nie mógł z powodów czysto formalnych prowadzić wiążących negocjacji z (...), gdyż spółka ta nie dysponowała ostatecznie prawem do oferowania usług hurtowych oraz, że uniemożliwiał to brak konkretnej oferty biznesowej, zgodnej z wymogami konkursu. Dlatego oczywistym było, że niepodjęcie przez operatorów współpracy z (...) ta tym etapie postępowania konkursowego nie wynikało z zawarcia przez nich porozumienia co do sposobu kształtowania relacji z (...) (bo operatorzy jednogłośnie się takiej propozycji sprzeciwili) ale było rezultatem sytuacji prawnej w

jakiej (...) się znajdowało (operatorzy w ramach (...) (...) kwestionowali wyniki rozstrzygnięcia dotyczącego rezerwacji częstotliwości).

Także co do sugestii organu, że sformułowanie zawarte w protokole posiedzenia zarządu (...) z 11 marca 2009 (k.157 akt adm), że ogólne stanowisko konsorcjum w tej kwestii musi być uzgodnione w ciągu 7 dni, potwierdzało zawarcie porozumienia, to nie sposób przyjąć, że jedyną możliwą interpretacją tego określenia było odniesienie go do zabronionego prawem porozumienia, jeśli się weźmie pod uwagę fakt, że konsorcjum rozważało jednak możliwość współpracy z (...) na szczeblu hurtowym na zasadzie agregatora treści (wiązało się to z faktem, że oferta (...) był bardzo uboga jeśli chodzi o dostępne treści, zaś (...) (...) miało podpisane umowy wstępne ze znacznie większą liczbą nadawców, które to umowy rozważała cedować na (...); zeznania G. M. 20.04.2015 01;26;22 oraz 02;56;22 i zeznania R. L. 27.03.2015 czas 00;57;20 i K. D. 16.03.2015, czas 03.50;01, 4;04;33))

Także rzetelna, z uwzględnieniem dalszych decyzji operatorów, ocena prezentacji dla Zarządu (...) na posiedzenie w dniu 3 marca 2009 r ( k.2383-2400 akt adm) w której zaprezentowano dwa scenariusze rozwoju sytuacji rynkowej, tj taki gdy konkurs na rezerwację częstotliwości wygrywa (...) (...) i drugi gdy zwycięzca jest (...) a w nim „negocjacje z 4 (...) nt odstąpienia od złożenia rezerwacji (uzgodnienie wspólnej dyscypliny i stanowiska negocjacyjnego) –minimalizacja ryzyka „wyjęcia (...) z konsorcjum” a także planowane na zgromadzeniu wspólników w dniu 23.03.2009 „prezentacja wspólnego podejścia do możliwych scenariuszy rozwoju sytuacji po konkursie” – nie pozwala jednoznacznie ustalić, zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję. Zdaniem Sądu oceny tego dokumentu należy dokonać z uwzględnieniem, że był to wewnętrzny dokument jednego z udziałowców konsorcjum a zatem nie może się on jawić jako uzgodnienie między operatorami (wszak brak w nim zgody pozostałych udziałowców (...) (...) na prezentowane propozycje). Jednocześnie odwołanie się w nim do mającego się odbyć zgromadzenia wspólników jednoznacznie wskazuje, że była to także tylko propozycja co do możliwych scenariuszy. Decydującej jednak oceny tego dokumentu należy dokonać z uwzględnieniem właśnie decyzji (...) podjętej na tym zgromadzeniu, która wyraźnie opowiedziała się z odmiennym scenariuszem tj że każdy operator samodzielnie negocjuje i kontraktuje z (...).

Warto także zwrócić uwagę, że zawarte w tym dokumencie określenie „uzgodnienie wspólnej dyscypliny i stanowiska negocjacyjnego” zawarte jest punkcie dotyczącym odstąpienia od złożenia rezerwacji i negocjacji z 4 (...) na ten temat, co zdaniem Sądu także jednoznacznie nie dowodzi, że celem (...) było ustalenie wspólnego podejścia do oferty (...), a wręcz przeciwnie racjonalnym jest, że owa wspólna dyscyplina miała dotyczyć właśnie odstąpienia od złożenia rezerwacji w sytuacji, gdyby to (...) wygrał konkurs na rezerwację częstotliwości. Oczywiście jest to tym bardziej, że na spotkaniu udziałowców konsorcjum w dniu 1.06 2009r kwestia wycofania żądania rezerwacji przez (...) (...) była rozważana i dyskutowana a także poddana pod głosowanie (k. 63 akt adm. protokół ze spotkania członków konsorcjum). Minimalizacja ryzyka wyjęcia (...) z konsorcjum również się wpisuje w ten schemat, gdyż odstąpienie przez (...) (...) (a więc przez wszystkich operatorów) od złożenia rezerwacji minimalizowało ryzyko, które stało się głównym motywem wspólnego ubiegania się o częstotliwość, ponieważ każdy z (...) zachowywał dotychczasowy status quo.

Podobnie nie można przyjąć, że niedozwoloną praktyką o antykonkurencyjnym charakterze było przesłanie 17 kwietnia 2009r przez przedstawiciela (...) w konsorcjum- (...). M., pozostałym członkom rady nadzorczej spółki (...) informacji o treści udzielonej odpowiedzi na pytania prasy dotyczące statusu projektu tv mobilnej. Po pierwsze dlatego, że to nie była informacja poufna, ona i tak miała ujrzeć za chwilę światło dzienne poprzez publikację tekstu przez dziennikarza któremu G. M. udzielił wywiadu. Po wtóre treść wypowiedzi nie wskazuje, że operatorzy mają uzgodnioną strategię wobec (...) a wręcz przeciwnie G. M. informuje dziennikarza, że P. czeka na sygnał do współpracy. Zwarzywszy więc, że jest to czas w którym zwycięzca konkursu (...) nie przedstawił jeszcze publicznej oferty hurtowej (wywiad pochodzi z kwietnia 2009), to takie stanowisko jest jak najbardziej uzasadnione okolicznościami faktycznymi. Nie można także uznać, aby informacje zawarte w treści przesłanej publikacji prasowej miały charakter wrażliwy i ich upublicznienie prowadziło do zmniejszenia niepewności konkurentów co do działań (...). Informacje zawarte w tekście były absolutnie oczywiste dla pozostałych operatorów, nie było w nich żadnej nowej poufnej wiedzy

o zrachowaniach rynkowych tego operatora. Wszak było oczywistym na tym etapie postępowania konkursowego, że nie została opublikowana jeszcze oferta hurtowa.

Także błędna, bo nielogiczna i sprzeczna z pozostałym materiałem dowodowym jest analiza treści decyzji podjętej w dniu 2.10.2009r na spotkaniu(...) (...) dotyczącej kwestionowania oferty (...) przez (...) (...). Mianowicie wniosek z dyskusji wspólników (...) (...) był taki, że (...) (...) powinna zakwestionować ważność i wiarygodność oferty w publicznym (...). (...) (...) przygotowuje oświadczenia w ciągu 2 tygodni, które będą rozpowszechniane przez biura (...).

Prezes UOKiK powyższą informację zinterpretował jako uzgodnienie, które miało na celu publiczne kwestionowanie przez (...) oferty hurtowej (...), a oświadczenia miały być rozpowszechniane przez biura (...) poszczególnych operatorów (jako niezależne stanowiska każdego z nich z osobna), podczas gdy operatorzy uzgodnień w tym zakresie dokonali razem, w wyniku wspólnej negatywnej oceny tej oferty.

Taka interpretacja nie jest dopuszczalna w świetle jednoznacznych zeznań świadków, że biura (...) poszczególnych operatorów miały pełnić jedynie rolę techniczną, gdyż sama spółka (...) nie posiadała własnego biura (...). Także z treści decyzji konsorcjum podjętej na posiedzeniu 2.10.2009 jednoznacznie wynika, że miała to być ocena dokonana przez (...) (...) a nie przez poszczególnych operatorów. To (...) (...) a nie poszczególni operatorzy miał przygotować oświadczenie, które miały być tylko rozpowszechniane przez biura (...) poszczególnych operatorów. Na wolę publicznego krytykowania oferty (...) przez (...) (...) a nie przez operatorów nie sposób także nie patrzeć przez pryzmat toczenia przez (...) (...) w dalszym ciągu walki o wzruszenie decyzji rezerwacyjnej (...), zmierzającej do uchylecia rozstrzygnięcia o przyznaniu prawa (...) do świadczenia hurtowych usług rozsiewczej (...) mobilnej. Wszak na posiedzeniu na którym dokonywano porównania ofert tj 2 października 2009 podjęto także decyzję, że (...) (...) będzie składać skargę na decyzję Prezesa (...) do WSA.

Na takie rozumienie podjętej decyzji wskazuje także informacja o jej treści dla członków zarządu (...) przekazana przez G. M. na posiedzeniu w dniu 6 października 2009 (k.458 akt administracyjnych). Podczas posiedzenia G. M. poinformował, że wspólnicy (...) (...) zdecydowali o wystąpieniu ze skarga do WSA na decyzję (...) nie uwzględniającą wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy a dodatkowo w ciągu dwóch tygodni zostanie wystosowana przez Zarząd (...) (...) w uzgodnieniu z departamentami (...) poszczególnych wspólników komunikacja zwracająca uwagę na nierzetelność oferty (...).

Należy także zauważyć, że podjęcie działań (...) wobec zachowań rynkowych konkurenta jest typowym zachowaniem w walce konkurencyjnej, a wszak (...) (...) i (...) byli konkurentami w rywalizacji o częstotliwość, która to rywalizacja na tym etapie jeszcze się nie zakończyła. Dlatego dyskredytowanie oferty hurtowej (...) zmierzające pośrednio do zakwestionowania wiarygodności konkurenta poprzez działania (...) o ile odpowiadało prawdzie, należało traktować jako dozwoloną formę rywalizacji rynkowej.

Zdaniem Sądu fakt, że kwestionowanie ważności i wiarygodności oferty (...) miało być dokonywane za pośrednictwem biur (...) poszczególnych operatorów także nie budzi zastrzeżeń Sądu, gdyż jest to racjonalne w świetle zeznań świadków, że (...) (...) nie zatrudniało żadnych pracowników a tym samym nie miało także własnego rzecznika prasowego, także technicznie wykonanie decyzji spółki (...) mogło być scedowane na podmiot trzeci.

Nie może także w tym kontekście, o dokonaniu ustaleń między poszczególnymi operatorami świadczyć fakt, że w korespondencji mailowej pomiędzy pracownikami (...) padło określenie odnoszące się do udzielonego wywiadu dziennikarzowi na temat oferty (...), że „podjęliśmy decyzję, że bombardujemy (...)”. W dalszej korespondencji pracownik (...) stwierdza, że chcąc nie chcąc zostali liderem, reprezentującym innych operatorów, którzy nabrali wody w usta. To w kontekście zeznań autora maila P. J. (3) (rozprawa 10.04.2015) który wyjaśnił, że takie publiczne komentowanie oferty (...), służyło transparentności wątpliwości co do oferty (...), co z kolei wyjaśniało powody nieświadczenia komercyjnego usługi telewizji mobilnej i poprawiało wizerunek spółki, świadczy o tym, że skoro inni operatorzy nie krytykowali (nabrali wody w usta) to nie było wiążących uzgodnień co do krytykowania oferty przez operatorów a krytyka miała istotnie pochodzić od (...) (...), co oczywiście nie wyłączało indywidualnych

i samodzielnych działań innych operatorów w tym obszarze, chociaż nie były one uzgodnione na poziomie operatorskim.

Sąd także nie podziela oceny Prezesa UOKiK w odniesieniu do dokonywanej przez operatorów na zgromadzeniu 2 października 2009r krytyki oferty hurtowej (...) jakoby prowadziła ona do wyłączenia niepewności i uzgodnienia zachowań operatorów co do świadczenia usług telewizji mobilnej w technologii (...),

Po pierwsze należy stwierdzić, że o tym jakie jest stanowisko poszczególnych operatorów jako detalistów odnośnie oferty (...) można się było dowiedzieć już wcześniej bo co najmniej kilkakrotnie przed 2 października 2009 pojawiały się ich wypowiedzi na łamach prasy co do małej atrakcyjności oferty (...) czy też co najmniej do jej lakoniczności (k.194-196 akt AmA 114/12 publikacje w (...) biznesu i (...) z 30 września 2009). Skoro zatem dokonane porównanie ofert hurtowych odnosiło się do informacji, które były powszechnie znane, rozpowszechnione publicznie a nadto było oczywiste dla wszystkich osób zaangażowanych w projekt (...), że oferta jest mniej atrakcyjna od tej projektowanej przez (...) (...), to taka wymiana informacji nie mogła prowadzić do zmniejszenia niepewności rynkowej operatorów a ponadto każdy z operatorów znacznie wcześniej, samodzielnie, na podstawie prowadzonych przez siebie analiz określał swoje stanowisko w tej kwestii.

Po drugie ocena dokonana na spotkaniu wspólników (...) (...) była oceną tej spółki a nie poszczególnych operatorów. Wskazuje na to fakt, że oferta (...) była porównywana do oferty hurtowej przygotowywanej przez (...) (...) na etapie przed rozstrzygnięciem konkursu. Świadczy o tym sformułowanie (dokonane na k. 107 akt adm.) „oferta (...) nie jest na tyle contentowa aby uzyskać wynik planowany przez (...) (...)” czy „oferta jest konstruowana w sposób, który został odrzucony podczas projektu (...) (...)” czy też (na k. 109) przy porównaniu opłat za dostęp do sieci ”za bazę klientów do 50 tys.: 6 mln miesięcznie wobec 8,5 mln za rok w modelu (...) (...)”. Zatem dokonana ocena oferty hurtowej (...) mieściła się w zakresie działalności na krajowym hurtowym rynku usług telewizji (...), na utworzenie której Prezes UOKiK w dniu 5 grudnia 2008 roku wydał zgodę w decyzji, która to spółka nie była ograniczona w dokonywaniu oceny oferty konkurencyjnego wobec niej podmiotu a więc posiadała w tym względzie swobodę działania. Jednocześnie dokonywanie przez (...) (...) oceny oferty (...) było także podyktowane faktem, że (...) (...) rozważało świadczenie usługi telewizji mobilnej w innej technologii – (...), a więc ocena oferty (...) była zasadna pod kątem oceny możliwości stworzenia konkurencyjnej wobec (...) oferty opartej na innej technologii.

Po trzecie uzasadnienie i uprawnienie (...) (...) do dokonania oceny oferty hurtowej (...), stanowiła potrzeba sporządzenia i wniesienia skargi do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego na decyzję Prezesa (...) z dnia 29 września 2009 roku nr (...) (...) gdyż zmierzając do zakwestionowania ważności rozstrzygnięcia konkursu istotne było podważenie wiarygodności oferty konkurenta na którego korzyść konkurs został rozstrzygnięty.

Wreszcie po czwarte należy uznać, że w warunkach rynkowych typowe dla procesu zarządzania w biznesie jest dokonywanie oceny oferty konkurenta w odniesieniu do własnej oferty. Podobnie jak typowym jest rozliczenie, ocena projektu biznesowego w celu ustalenia i zrozumienia przyczyn niepowodzenia projektu, w tym wypadku przegranej w konkursie na częstotliwość. Dokonane porównanie przez (...) (...) oferty (...) z jej projektowaną ofertą idealnie wpisywało się w te standardy zachowań rynkowych.

Warto także zwrócić uwagę w kontekście dokonanego porównania ofert (...) i (...) (...), że porównanie to odnosiło się do podstawowych aspektów oferty, takich jak opłaty czy dostępne w ramach oferty kanały telewizyjne i radiowe. Oznacza to, że zestawienie tych podstawowych parametrów dokonane na forum (...) (...) nie mogło być uznane jako wymiana informacji o ocenie oferty hurtowej (...) skoro objęta wymianą treść informacji nie była wrażliwa, a wszyscy operatorzy samodzielnie dokonywali identycznej oceny bez wiedzy o stanowiskach pozostałych operatorów.

Prawidłowe więc jest także twierdzenie (...), że nawet całkowita izolacja informacja (...) spowodowałaby identyczny rezultat negocjacji operatorów z (...), ponieważ operatorzy z uwagi na dbałość o własny interes ekonomiczny musieliby w ten sam sposób ocenić ofertę i odmówić zawarcia umów z (...). Tym samym ograniczenie możliwości

rozwoju hurtowego rynku (...) mobilnej nie było konsekwencją porozumienia ale było obiektywnie uzasadnione okolicznościami rynkowymi.

Warto w tym miejscu przywołać stanowisko Trybunału Sprawiedliwości UE, który w wyroku z 4 czerwca 2009 w sprawie (...) orzekł, że wymiana informacji między konkurentami może osłabić konkurencję ale tylko wówczas, gdy zmniejsza lub znosi poziom niepewności co do funkcjonowania danego rynku.

Analizując stan faktyczny niniejszej sprawy należało uznać, że nawet w przypadku niedokonania porównania ofert hurtowych operatorzy nie byliby poddani silniejszej presji konkurencyjnej wynikającej z braku wiedzy co do oceny oferty przez konkurentów, gdyż ocena ta była jednoznaczna dla wszystkich zainteresowanych i powszechnie znana z uwagi na publikacje prasowe, a po wtóre symboliczny udział projektowanych przychodów z usługi (...) mobilnej (na poziomie promila w stosunku do całego dochodu i to w perspektywie kilkunastu lat) nie mógł wywrzeć nawet potencjalnego wpływu na rynek usług mobilnych.

Powyższe pozwala na przyjęcie, że to nie dokonana na forum (...) (...) ocena oferty hurtowej (...) stała się podstawą do nienawiązania relacji biznesowych między operatorami a hurtowym dostawcą telewizji mobilnej. Każdy z operatorów samodzielnie podejmował decyzję o nawiązaniu relacji z (...), a ocena oferty hurtowej na forum konsorcjum odnosiła się do ogólnych i oczywistych dla każdego różnic w ofertach hurtowych i służyła także dla tzw rozliczenia projektu biznesowego. Potwierdza to także fakt, że (...) będąc członkiem konsorcjum jeszcze przed publikacją oferty hurtowej i przed jej porównaniem z ofertą (...) (...) uznała, że nie chce współpracować z (...) (k.157 akt adm. dokument z 11 marca 2009r).

W ocenie organu skutkiem zawarcia porozumienia było pozbawienie użytkowników końcowych usług telefonii ruchomej możliwości korzystania z usług telewizji mobilnej w technologii (...) lub ograniczenie im możliwość wyboru technologii, z jakiej mogą korzystać przy korzystaniu z usług telewizji mobilnej ale także ograniczono możliwość rozwoju hurtowego rynku telewizji mobilnej świadczonej w technologii (...) poprzez ograniczenie możliwości kontraktowych strony podaźowej (...).

Jednak zdaniem Sądu postępowanie dowodowe wykazało, że skutek jaki powstał na rynku nie wynikał z faktu zawarcia porozumienia przez operatorów, bo takiego nie było, ale był efektem obiektywnych okoliczności i nie pozostawał w związku z niedozwolonym zachowaniem operatorów.

W szczególności brak możliwości rozwoju hurtowego rynku tv mobilnej wynikał z braku perspektyw rozwoju tej technologii oraz rozwoju alternatywnych sposobów przesyłania treści, skromnej oferty urzędzeń do odbioru telewizji w tej technologii ale także nieatrakcyjności oferty hurtowej i ogarniającego Europę kryzysu gospodarczego.

Natomiast niezaprzeczalny fakt, że operatorzy nie zawarli z (...) umowy dotyczącej hurtowego świadczenia audiowizualnych usług medialnych w oparciu o Ofertę Hurtową (...) oraz fakt, iż krytycznie wypowiadali na temat tej oferty nie wynikał z zawarcie między nimi porozumienia ale miał swoje źródło w samodzielnie dokonywanej ocenie tej oferty.

Usługa telewizji mobilnej w technologii (...) sama w sobie od samego początku, w tym także na etapie zawierania konsorcjum, postrzegana była przez operatorów jako nierentowna lub mało rentowna (protokół z posiedzenia zarządu (...) 8.04.2008, prezentacja dla zarządu (...) w dniu 13.08.2008 „wyniki finansowe na granicy opłacalności”, „nieatrakcyjny wynik business case dla usługi (...) mobilnej” k. 2420-2421 akt adm). Już w samym wniosku koncentracyjnym skierowanym do Prezesa UOKiK operatorzy wskazywali na możliwe „ ryzyko porażki rynkowej usługi w sytuacji niezadawalającego popytu na nową usługę” oraz na „ nieprzewidywaną dochodowość usługi w przyszłości” czym uzasadniali między innymi chęć podziału ryzyka poprzez wspólny udział w projekcie (...) (...) (k. 2432v akt adm.), odwoływali się przy tym do faktu, że na ówczesnym etapie rozwoju rynku telewizji mobilnej (w istocie jej komercyjnego funkcjonowania jedynie we W. i to dopiero od 2006r) w odniesieniu do oceny powodzenia tego projektu możliwe są jedynie przewidywania oraz szacunki (k.2430v akt adm).

Na niski próg rentowności projektu tv mobilnej wskazuje również fakt, że żaden z operatorów nie zdecydował się na samodzielną rywalizację o pozyskanie częstotliwości. Wreszcie potwierdza to także okoliczność, że tylko w nielicznych państwach europejskich telewizja mobilna w tej technologii została wdrożona komercyjnie (Włochy, Austria i Holandia) pomimo tego, że próby systemu podjęto w 16 krajach UE. Znamienne jest, że w takich państwach jak Niemcy, Anglia czy Francja nigdy nie było w powszechnej ofercie telewizji mobilnej w technologii (...) pomimo tego, że Komisja Europejska już w 2004r wpisała technologię na listę norm europejskich jako (...)

Dlatego istotą pozyskania przez każdego z operatorów możliwości oferowania tv mobilnej w technologii (...) w momencie podejmowania decyzji o przystąpieniu do projektu nie było osiągnięcie istotnego, dodatniego wyniku finansowego w krótkim czasie z realizacji tej usługi ale zwiększenie oferty detalicznej lub też dotrzymanie kroku konkurentom poprzez zawarcie w pakietach usług telekomunikacyjnych tej usługi jako usługi dodanej, zwiększającej atrakcyjność oferty (np. zeznania w charakterze strony P. N. z (...), Prezentacja dla Zarządu (...) , na posiedzenie w dniu 13 sierpnia 2009 r ( k.2421 akt adm). Oczywiście jest bowiem, że gdyby tylko jeden z (...) rozpoczął świadczenie takiej usługi jego oferta byłaby bardziej prestiżowa niż oferty konkurentów.

Jednak w miarę upływu czasu projekt telewizji mobilnej w systemie (...) stawał się coraz mniej perspektywiczny z pkt widzenia operatorów i pokładanych w nim nadziei biznesowych. Wpływ na to miał także światowy kryzys gospodarczy (odczuwalny także w Polsce, a którego skutki operatorzy o międzynarodowych powiązaniach kapitałowych odczuwali jeszcze w większym stopniu, tym bardziej, że kurs euro do złotego znacznie się różnił od tego na którym opierany był BC telewizji mobilnej). Ogólna recesja na rynkach, w tym także spadek sprzedaży detalicznej nie rokował dobrze promowaniu przez operatorów nowej usługi dodanej opartej na odpłatności i wymagającej do odbioru bardziej kosztownych urządzeń mobilnych, której rentowność nawet w okresie prosperity była określana na granicy opłacalności. Operatorzy w tych warunkach rynkowych ograniczali koszty działalności do minimum, w tym także rezygnowali z projektów o niskiej lub ujemnej stopie zwrotu (przykładowo cięcia kosztów w grupie TP wiadomości e-mail z 2009 r. dotyczących programów oszczędnościowych w TP: zmiany w regulaminie premiowania, programu optymalizacji procesów inwestycyjnych, programu transformacji rachunkowości, spotkań świątecznych – informacji, ograniczenia wydruków, hibernacji komputerów włączonych w nocy, kampanii na rzecz oszczędności – II edycji konkursu, działań oszczędnościowych – wyłącz komputer przed wyjściem z pracy, weryfikacji wydruków – (AmA 114/12 k. 497 – 595, )

Nadzieje operatorów co do powodzenia projektu telewizji mobilnej były coraz mniej optymistyczne, także z tej racji, że nawet w tych państwach europejskich w których telewizja mobilna w standardzie (...) została wdrożona operatorzy zaprzestali jej świadczenia w 2010 (Włochy, Austria i Węgry) i w 2011 (Holandia). Jako przyczyny wycofania z oferty telewizji mobilnej w tym standardzie holenderski operator telekomunikacyjny wskazywał fakt, że technologia (...) nie stanie się światowym standardem i brak jest sensu jej dalszego wspierania ponieważ brak jest kompatybilnych urządzeń odbiorczych, bardzo droga emisja sygnału dedykowana jednemu rodzajowi usług oraz wysoki spadek liczby abonentów w 2010 roku o około połowę (taką ocenę (...) jako technologii bez przyszłości prezentował (...) w prezentacji III oferty hurtowej z 2012 k.1641 akt AmA 112/12, na brak rynkowego powodzenia usług rozsiewczej telewizji mobilnej w standardzie (...) i jego uwarunkowań, wskazuje Raport (...) M. - (...) 2010 (fragment o (...)), Raport O. P. z dnia 18 lutego 2011 roku pt. „B. R. for (...) (...)”, oraz artykuł prasowy pt. „N. says mobile (...) broadcast roll-out slow” z dnia 11 kwietnia 2008 roku; k. 1973 i nast. akt AmA 113/12)

Taka sytuacja wskazująca na brak perspektyw dla rozwoju technologii na jakiej oparta była pierwsza oferta hurtowa (...) musiała być niewątpliwie uwzględniana przez operatorów przy podejmowaniu decyzji o współpracy z (...). Oczywiście jest, że pogorszenie rokowania co rentowności projektu telewizji mobilnej musiało się przełożyć na odmowę współpracy z dostawcą tej usługi na poziomie hurtowym. Przy czym ocena ta nie wymagała konsultacji z pozostałymi (...), gdyż była to kwestia oczywista z pkt widzenia analizy ekonomicznej.

Właśnie analiza ekonomiczna nie pozwalała operatorom inaczej ocenić niż w sposób podobny warunków finansowych pierwszej oferty hurtowej (...). Model biznesowy tej oferty zasadał się na zupełnie innych warunkach niż ten projektowany przez (...) (...) na etapie tworzenia oferty konkursowej, i co, jak wynikało z zeznań świadków,

powodowało, że całe ryzyko biznesowe było przerzucone na operatorów. W szczególności model (...) zasadał się w większym zakresie na opłatach stałych, które operator musiałby ponosić niezależnie od wielkości sprzedanych usług, podczas gdy model (...) (...) opierał się zarówno na opłatach stałych i opłatach zmiennych, przy czym w przypadku (...) (...) opłaty te były na niższym poziomie. Także w ofercie (...) opłat było znacznie więcej, więc taka oferta, jako bardziej kosztowna była mniej opłacalna dla operatora. Oferta (...) siłą rzeczy musiała być dla każdego z operatorów mniej korzystna niż projektowana wcześniej oferta hurtowa (...) (...) z tej prostej przyczyny, że musiała uwzględniać uzyskanie korzyści przez podmiot trzeci świadczący usługę na poziomie hurtowym tj (...), czego oferta hurtowa (...) (...) nie musiała uwzględniać na takim poziomie, gdyż operatorzy w tym wariantcie mieli zarabiać także na świadczeniu usług detalicznych, na co operatorzy zwracali uwagę już we wniosku koncentracyjnym, pisząc, że „celem przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji jest oferowanie usług hurtowych na atrakcyjnym poziomie, z uwagi na fakt, iż przedsiębiorcy ci będą, co do zasady konkurowali na rynku detalicznym, na którym od atrakcyjnego zbudowania oferty dla klienta detalicznego będzie zależało powodzenie komercyjne oferty danego przedsiębiorcy (k. 2433 akt adm). Także już na etapie składania wniosku koncentracyjnego operatorzy widzieli ryzyko jakie niesie ze sobą konieczność nabywania usługi hurtowej w oparciu o komercyjne relacje z zewnętrznym operatorem multipleksu (innym niż spółka czterech operatorów), gdyż „możliwe jest wówczas narzucanie warunków współpracy uniemożliwiających oferowanie abonentowi opłacalnej usługi detalicznej” (k. 2432v akt adm). Także według zeznań świadka M. S. (rozprawa 27 marca 2015, transkrypcja czas 03:43:26, 03:53:13, 03:20:01) z perspektywy (...) (...) miał to być biznes o niskiej marży, a ponadto jako biznes wertykalnie zintegrowany (wertykalne połączenie pomiędzy jednostką gospodarczą na rynku hurtowym a jednostką gospodarczą na rynku detalicznym; na wertykalnej integracji oparty był model biznesowy telewizji (...) we W., k 2408 akt adm prezentacja dla zarządu (...) oraz zeznania M. S.), o ile (...) (...) było dostawcą hurtowym dla swoich wspólników, to opłacalność przedsięwzięcia dla każdego z operatorów byłaby większa z tej przyczyny, że przedsiębiorca hurtowy może pozwolić na obniżenie cen hurtowych (przy współpracy wewnętrznej odchodzi masę kosztów np. negocjacji, podpisywania kontraktów, monitorowania tych kontraktów ale też operator hurtowy ustalając swoją marżę bierze pod uwagę jej konsekwencje na rynku detalicznym). W przypadku oferty hurtowej pochodzącej od przedsiębiorcy niepowiązanego z detalistami, to ten pierwszy dąży do zawiązania swojej marży i nie bierze w wystarczającym stopniu pod uwagę konsekwencji swoich działań na rynku detalicznym (np. oferta konkursowa (...) była 15 krotnie wyższa niż (...) (...), co oznacza, że już w tym aspekcie dla operatora jako detalisty musiała być oferta (...) mniej korzystna, gdyż marża (...) musiała pokryć wyższą cenę za częstotliwość). Zatem ostateczna cena dla konsumenta, w przypadku oparcie usługi na ofercie (...), musi uwzględniać tzw. podwójną marżę.

Okoliczność, że pierwsza oferta hurtowa (...) z dnia 25 września 2009 r., zawierała niekorzystne warunki współpracy z punktu widzenia detalisty potwierdzał także artykułu pt. „(...) z dnia 6 czerwca 2012 r., (k. 855 – 860, akt AmA 115/12) oraz publikacja (...) S.A. z października 2009 roku (wg której miesięczny koszt, który musieliby ponosić operatorzy w przeliczeniu na jednego klienta, z wyłączeniem opłaty instalacyjnej, w razie oparcia współpracy na ofercie (...), wynosiłby (...) przy wolumenie 50 tys. klientów, podczas gdy oferta telewizji mobilnej byłaby atrakcyjna dla odbiorców przy koszcie końcowym na poziomie maksymalnie kilkunastu złotych, / (k. 1981 akt AmA 113/12).

Powyższe w sposób oczywisty wskazuje, że jednomyślność operatorów co do oceny oferty hurtowej nie wynikała z dokonania wspólnej krytyki tej oferty na forum (...) (...) na zgromadzeniu w dniu 2.10.2009 ale z czysto ekonomicznych powodów. Warto w tym miejscu raz jeszcze odnotować, że operatorzy już wcześniej publicznie na łamach prasy krytykowali tę ofertę, wskazując że brak jej wartości biznesowej.

Oczywistym jest także, że oczekiwania operatorów wobec oferty były znacznie wyższe niż innych podmiotów do których była skierowana oferta hurtowa, z tej przyczyny, że wcześniej każdy z nich miał wizję (i business case) świadczenia usług detalicznych opartą o ofertę opracowaną właśnie na forum (...) (...) (projektowana oferta hurtowa (...) (...)) i na jej podstawie opracowywał business case dla oferty detalicznej. Stawianie większych wymagań ofercie hurtowej widoczne było nie tylko w odniesieniu do propozycji finansowej ale także do projektu oferty programowej, którą (...) (...) nazywała niewyważoną w porównaniu z jej ofertą, gdyż proponowany kontent był ubogi w stosunku do tego, co miało mieć w ofercie (...) (...).

O braku atrakcyjności ekonomicznej dla operatorów pierwszej oferty hurtowej (...) świadczy także fakt, że nawet podjęcie przez (...) współpracy w oparciu o najbardziej korzystną pod względem opłat obciążających detalistę, trzecią ofertę hurtową spowodowało straty finansowe Polkomtela i fiasko usługi ((...)) musiał się wycofać z tej usługi po kilku miesiącach jej świadczenia).

Nie bez znaczenia dla ustalenia i oceny motywów dla których operatorzy nie podjęli współpracy z (...), była także podnoszona przez nich kwestia rozwoju alternatywnych wobec (...) technologii przekazu treści. Na taką niską ocenę technologii (...) z tego powodu wskazywał publicznie przedstawiciel (...) (artykuł z 30 września 2009 r., opublikowany na portalu internetowym www.(...).com, k 194 akt AmA 114.12) oświadczając, „że wątpli w sensowność technologii: uważa, że telewizja mobilna będzie niszową usługą jeszcze przez kilka lat, a znajdują się inne, bardziej efektywne. W podobnym tonie zeznawali świadkowie w trakcie procesu, wskazując że rozwój innych technologii takich jak streaming, (...), a także mobilność technologii (...), która była nieodpłatną usługą dla abonentów, powodował, że technologia w jakiej (...) oferował telewizję mobilną zdawała się być coraz mniej atrakcyjna dla użytkowników końcowych a tym samym i mało perspektywiczna dla operatorów (podobne kwestie rosnącej przewagi innych niż (...) standardów technicznych świadczenia usług telewizji mobilnej oraz faktu podejmowania przez operatorów telekomunikacyjnych w krajach europejskich (w tym we Francji) wyborów dotyczących świadczenia usług w innych niż (...) standardach porusza Raportu (...) M. - (...) 2010 (fragment o (...)), (ii), Raport O. P. z dnia 18 lutego 2011 roku pt. „B. R. for (...) (...)” Artykuł prasowy pt. „N. says mobile (...) (...)” z dnia 11 kwietnia 2008 roku (k. 1973 i nast. akt AmA 113/12).

Z dzisiejszej perspektywy jest bezdyskusyjnym, że w świecie powszechnej dostępności treści za pośrednictwem Internetu z jaką mamy do czynienia od kilku już lat, który to dostęp masowo oferują operatorzy telefonii mobilnej i to w coraz niższej cenie – że takie przewidywania operatorów, co do rozwoju innych, bardziej dostosowanych do potrzeb rynku technologii, były jak najbardziej uprawnione a że było to także jasne już w 2009 świadczą powołane przez operatorów dowody.

Kolejną obiektywną przyczyną, która zdaniem Sądu zadecydowała o podjęciu zbieżnych aczkolwiek niezgodzonych przez operatorów decyzji o nie wdrażaniu telewizji mobilnej a tym samym i nie skorzystaniu z oferty (...), była tak prozaiczna rzecz jak niewielka oferta urządzeń mobilnych (aparatów) do odbioru telewizji mobilnej w technologii (...). Jak zgodnie zeznawali świadkowie oferta w tym zakresie była bardzo niewielka. W szczególności (prezentacja dla zarządu (...) na posiedzenie w dniu 13 sierpnia 2008, k. 2422 akt adm ) wiodące światowe marki w tamtym czasie nie posiadały wcale w ofercie telefonów z funkcjonalnością (...) (S. (...) dopiero planował wprowadzić do oferty taki aparat w 2010r) lub posiadały w ofercie jeden model (N. i (...)) ewentualnie planowały (jak (...)) wyprodukować kolejne 2 modele). Taka uboga oferta, która ostatecznie według świadków była jeszcze bardziej ograniczona, bo w ofercie dostępne były w 2009r tylko telefony niszowej marki S., nie mogła nie być brana pod uwagę przy ocenie ryzyka biznesowego i ostatecznej decyzji o wdrożeniu usługi detalicznej w oparciu o ofertę hurtową (...). Wszak bogatsza oferta detaliczna, oparta na renomowanych produktach stwarza niewątpliwie znacznie większą szansę powodzenia biznesu, co przy tak wątpliwej opłacalności nie mogło być pominięte. Na taką między innymi przyczynę niepowodzenia projektu telewizji mobilnej w technologii (...) w Holandii wskazał (...), przytaczając za operatorem holenderskim, że brak jest kompatybilnych urządzeń odbiorczych (prezentacji III oferty hurtowej z 2012 k.1641 akt AmA 112/12; podobne kwestie wąskiej i malejącej oferty terminali z funkcją odbioru telewizji mobilnej w formacie (...) porusza Raport (...) M. - (...) 2010 k. 1990 akt AmA 113/12, i Raport O. P. z dnia 18 lutego 2011 roku pt. „B. R. for (...) (...)” k. 2065 akt AmA 113/12).

W ocenie Sądu także fakt, że pozostałe podmioty, inne niż 4 (...) do których także była skierowana oferta (...), a które nawet podpisały listy intencyjne, ostatecznie nie podjęły decyzji o wdrażaniu usług rozsywczącej telewizji mobilnej w formacie (...) -H – świadczy, o tym, że niepodjęcie także przez udziałowców (...) (...) współpracy z (...) było efektem racjonalnej z punktu widzenia ekonomii samodzielnej decyzji każdego z tych podmiotów a nie wynikało z porozumienia zawartego przez 4 (...).



Zaprezentowany wyżej kontekst gospodarczy, którego uwzględnienie jest w orzecznictwie (...) wymagane obok analizy samej treści porozumienia dla oceny czy porozumienie miało antykonkurencyjny skutek (tak wyrok TS z 20.11.2008 C-209/07) pozwala na przyjęcie, że istniały obiektywne przyczyny dla których operatorzy nie podjęli współpracy z (...) oraz, że powodem faktycznej tożsamości relacji operatorów z (...) nie było uzgodnienie przez nich stanowisk negocjacyjnych czy wymiana informacji na temat oceny oferty hurtowej tego przedsiębiorcy. Przyczyny omówione wyżej, szczególnie jeśli się weźmie pod uwagę ich zbieg w momencie stworzenia oferty hurtowej, musiały spowodować u operatorów takie same decyzje rynkowe, które błędnie zostały potraktowane przez Prezesa UOKiK jako jedno ciągle naruszenie reguł konkurencji, gdyż każda strategia rynkowa musi uwzględniać otoczenie rynkowe, w tym trendy w gospodarce, innowacyjne technologie a przede wszystkim opłacalność przedsięwzięcia. Zatem fakt, że każdy z operatorów realizował podobny schemat działania w odniesieniu do relacji z (...) nie mógł w tych okolicznościach przesądzić, że była to realizacja wspólnego, niezgodnego z prawem ale zgodnego z założonym planem przedsięwzięcia operatorów.

Zdaniem Sądu wystąpienie na rynku skutku w postaci niewdrożenia usługi telewizji mobilnej w technologii (...) nie tylko, że wynikało z niezależnych od operatorów przyczyny to także operatorzy nie ponosili za niego odpowiedzialności gdyż samodzielnie wyrobili sobie opinię na temat oferty hurtowej a ich decyzja nie była uzależniona od stanowiska pozostałych operatorów.

W związku z powyższymi konkluzjami, zbędne zdaniem Sądu jest odnoszenie się do dalszych zarzutów operatorów podnoszonych w odwołaniach, skoro został uwzględniony najdalej idący zarzut błędnego ustalenia stanu faktycznego poprzez przyjęcie, że na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej nie zostało zawarte porozumienie pomiędzy:

1. (...) S.A. z siedzibą w W.;
2. (...) S.A. z siedzibą w W.;
3. (...) sp. z o.o. z siedzibą w W.;
4. (...) sp. z o.o. z siedzibą w W.,

polegające na: - dokonywaniu uzgodnień dotyczących kształtowania relacji z (...) sp. z o.o. z siedzibą w Z., - wymianie informacji o swojej ocenie oferty hurtowej (...) sp. z o.o. z siedzibą w Z. dotyczącej audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych w technologii (...), - dokonywaniu uzgodnień dotyczących publicznego kwestionowania tej ofert.

Jedynie sygnalizacyjnie Sąd wyjaśni kilka kwestii podnoszonych w odwołaniach operatorów.

Pierwszy i istotny w sprawie był problem określenia rynku właściwego na którym zaistniała w ocenie Prezesa UOKiK zarzucana powodom praktyka ograniczająca konkurencję. Zdaniem Sądu Prezes UOKiK rynek ten w sprawie wyznaczył prawidłowo określając, że rynkiem właściwym którego dotyczył zarzut zawarcia porozumienia jest krajowy detaliczny rynek telefonii ruchomej, zaś cel lub skutek jaki mógłby się ziścić, gdyby zarzut się potwierdził wystąpiłby zarówno na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej jak i na krajowym hurtowym rynku usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii (...). Nie powielając argumentacji organu dotyczącej wyznaczenia rynku produktowego i geograficznego, którą Sąd przyjmuje za własną, warto tylko powtórzyć, że pod pojęciem rynku właściwego, w myśl art. 4 pkt 8 u.o.k.k. - rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.

Analizując treść postawionego przedsiębiorcom zarzutu należy jednoznacznie stwierdzić, że odnosił się on do obszaru, na którym przedsiębiorcy ci rywalizują między sobą, dążąc do osiągnięcia przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi a w szczególności do obszaru w jakim rywalizują oni między sobą nie tylko ceną oferowanych towarów i usług ale

też innowacyjnością i różnorodnością oferty czy warunkami płatności. Faktycznie obszar ten, jak słusznie wskazał Prezes UOKiK, to rynek telefonii ruchomej, który obejmuje pewien pakiet oferowanych przez operatorów usług, w których podstawową usługą są połączenia głosowe i usługi z nimi bezpośrednio związane (poczta głosowa, identyfikacja nr rozmówcy, blokowanie połączeń, roming, usługi przesyłania krótkich wiadomości tekstowych SMS oraz wiadomości multimedialnych MMS). Ten pakiet bazowy usług telefonii ruchomej oferowany jest łącznie z tzw. usługami dodatkowymi, które nie są jednorodne, takimi jak m.in. usługi mobilnego Internetu, bankowości czy dostępu do portali społecznościowych. Taką usługą dodaną stanowić miała także w zamyśle (...) usługa telewizji mobilnej w formacie (...), co wynika z uzasadnienia zgłoszenia zamiaru koncentracji jak też zeznań świadków.

Prawidłowo zdaniem Sądu organ uznał także, że produktem oferowanym na detalicznym rynku telefonii ruchomej są pakiety usług telefonii ruchomej, w skład których wchodzi obok usług podstawowych inne usługi dodane. Pakiety usług są dostosowywane do preferencji grup klientów operatora (użytkowników końcowych), którzy dokonują wyboru w oparciu o całkowitą ocenę pakietu (cenę oraz jakość całego koszyka zaoferowanych usług) a nie poszczególnych usług pakietu. Jak wskazali sami operatorzy we wniosku koncentracyjnym oferty operatorów działających na polskim detalicznym rynku usług telefonii ruchomej są praktycznie identyczny pod względem zestawu usług i zbliżone pod względem cen.

Wobec tego, że nie ma zamiennych wobec tych pakietów, produktów lub usług, które zaspokoilyby potrzeby nabywców w takim stopniu jak ww. pakiety, prawidłowe było, ustalenie, że rynek na którym odbywa się rywalizacja operatorów jest detaliczny rynek telefonii ruchomej, na którym operatorzy posiadają łącznie 99% udziału w rynku.

Prawidłowo także Prezes UOKiK, z uwagi na możliwe oddziaływanie (skutek) zarzucanej operatorom praktyki, wyodrębnił również w sprawie hurtowy rynek usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii (...). Produktem oferowanym na tym rynku są audiowizualne usługi medialne w technologii (...) polegające na hurtowym udostępnianiu przedsiębiorcom telekomunikacyjnym treści medialnych (programów telewizyjnych) w ww. technologii w celu ich dostarczenia odbiorcom detalicznym jako użytkownikom końcowym.

Prawidłowe także było stanowisko organu, że nie istniał na polskim rynku produkt substytucyjny do usług telewizji mobilnej w technologii (...), w szczególności że takim substytutem nie mogły być m.in. usługi telewizji rozszewczej w technologii (...) czy technologia przekazywania treści w streamingu przez sieć internet, gdyż każda z tych technologii cechuje się innymi parametrami wpływającymi m.in. na jakość, czy cenę usługi. Usługi te jak wskazywali sami operatorzy we wniosku koncentracyjnym nie były zamiennie wobec technologii (...) ale komplementarne. Wobec tego, że porównywane technologii umożliwiały świadczenie analogicznych ale nie identycznych usług to wąskie określenie rynku, jako odnoszącego się tylko do usług w technologii (...) było prawidłowe.

Właściwe było także stanowisko (...), że geograficzny zasięg obu zidentyfikowanych w sprawie rynków obejmuje terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, co oczywiste było w odniesieniu do rynku telefonii ruchomej z racji posiadanego zasięgu sieci przez każdego z operatorów na terenie RP. Natomiast w przypadku hurtowego rynku usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii (...) za wyznaczeniem go jako rynku krajowego (obejmującego terytorium Polski) przemawiał fakt, iż zakres geograficzny świadczenia tych usług wyznaczyła decyzja Prezesa UKE z dnia 26 czerwca 2009 r., dokonująca na rzecz (...) rezerwacji częstotliwości przeznaczonych do świadczenia audiowizualnych usług medialnych na obszarze całego kraju. Bez znaczenia był fakt, że obszar pokrycia kraju odnosił się początkowo do 31 obszarów miast, skoro jednak ostatecznie decyzja zakładała objęcie zasięgiem obszaru całego terytorium RP.

Nie miała znaczenia dla określenia rynku właściwego okoliczność, że hurtowy rynek usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii (...) w początkowej fazie działań zarzucanych operatorom jeszcze nie istniał, gdyż przedmiotem ochrony w prawie konkurencji jest zarówno ochrona konkurencji faktycznej (aktualnie istniejącej na rynku) jak i konkurencji potencjalnej. W doktrynie prawa ochronę konkurencji potencjalnej wywodzi się z definicji konkurenta zawartej w art. 4 pkt 11 uokik który stanowi, że przez konkurentów rozumie się przedsiębiorców, którzy wprowadzają lub mogą wprowadzić albo nabywają lub mogą nabywać, w tym samym czasie towary na rynku właściwym (tak m in. K. Kohutek w: komentarz do ustawy uokik wyd. 2. str 52).

Dlatego odwołując się do tak rozumianego celu konkurencji należy uznać, że przedmiotem ochrony mogła być konkurencja na rynku tv mobilnej, która w początkowej fazie podejmowanych przez operatorów działań zakwalifikowanych przez organ jako niedowzowlone porozumienia na obszarze kraju de facto jeszcze nie istniała, ale istniało wysokie prawdopodobieństwo jej wykreowania i która ostatecznie faktycznie zaistniała skoro istniała hurtowa oferta sprzedaży usługi, chociaż nie rozwinęła się.

Sąd nie podzielił także zarzutu operatorów odnoszącego się do oparcia decyzji na dokumentach, do których strony nie miały wglądu z uwagi na chronioną przez organ tajemnicę przedsiębiorstwa. Odnośnie tego zarzutu to najistotniejsze jest, że w istocie odpadł on w toku procesu, gdyż w toku postępowania sądowego zostały ujawnione w trybie art. 479 (33) § 1 pkt 2 kpc dowody z dokumentów, na których zostało oparte rozstrzygnięcie decyzji, a które na etapie postępowania administracyjnego były niejawnie dla stron. Wobec tego, że strony mogły się z dokumentami zapoznać w toku postępowania sądowego i podjąć dodatkową obronę, czego jednak nie uczyniły, to świadczy to o tym, że dokumenty te nie miały istotnego znaczenia dla stron dla których dokumenty te były niejawnie a jednocześnie, że ich utajnienie nie mogło naruszać prawa do obrony.

Kolejny procesowy zarzut stron odnosił się do zmiany postanowienia o wszczęciu postępowania.

Postanowieniem z dnia 21 września 2010r zostało wszczęte postępowanie przeciwko operatorom w związku z zawarciem na krajowym detalicznym rynku telefoni ruchomej porozumienia polegającego na

-dokonywaniu uzgodnień dotyczących kształtowania relacji z (...)

-na wymianie informacji o swojej ocenie oferty hurtowej (...) dotyczącej audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych w technologii (...)

-na dokonywaniu uzgodnień dotyczących tej oferty,

którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji na krajowym hurtowym rynku usługi telewizji mobilnej świadczonych w technologii (...) oraz na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej, co może stanowić naruszenie art. 6 ust 1 ustawy okik.

Z kolei postanowieniem z dnia 12 lipca 2011r Prezes UOKiK zmienił powyższe postanowienie wskazując, że zarzucana operatorom praktyka może stanowić naruszenie również art. 101 ust 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej jako (...)).

Kolejna zmiana postanowienia o wszczęciu postępowania miała miejsce w dniu 6 września 2011, i doprowadziła do zmiany opisu zarzutu „dokonywania uzgodnień dotyczących tej oferty” na „dokonywanie uzgodnień dotyczących publicznego kwestionowania tej oferty”.

W odniesieniu do przedstawionych zmian postanowienia nie doszło zdaniem Sądu do naruszenia prawa do obrony operatorów, gdyż dokonane zmiany nie były tego rodzaju aby wymagały podjęcia jakichś szczególnych, innych niż podejmowane środków obrony przez przedsiębiorców. W szczególności postawienie zarzutu o naruszenie reguł konkurencji określonych w (...) w istocie stanowiło powielenie zarzutów naruszenia krajowych reguł konkurencji, gdyż przesłanki maturalnoprawne stawianych zarzutów są tożsame na gruncie prawa krajowego jak i wspólnotowego, różni jej jedynie zasięg możliwego wpływu praktyki, który mógł być kwestionowany z równą skutecznością na każdym etapie postępowania.

Natomiast zmiana dokonana postanowieniem z 6 września 2011 miała zdaniem Sądu jedynie charakter kosmetyczny i w zasadzie tylko uszczegóławiała postawiony na początkowym etapie zarzut dokonywanie uzgodnień dotyczących oferty, nie mogą więc też mieć wpływu ani na linię obrony operatorów ani też nie wymagała podjęcia przez nich jakis szczególnych środków obrony.

Mając na uwadze powyższe Sąd na podstawie art. 479<sup>31a</sup> §3 k.p.c. uchylił zaskarżoną decyzję, uznając, że błędne było ustalenie przez Prezesa UOKiK, że doszło do zawarcia między powodami porozumienia w zakresie określonym w decyzji. .

W oparciu o przepis art. 98 k.p.c. Sąd orzekł o zwrocie na rzecz powodów kosztów procesu niezbędnych do celowego dochodzenia praw przed Sądem. Dla poszczególnych operatorów na koszty te składały się opłaty od odwołania (1.000 zł), koszty zastępstwa procesowego strony przez pełnomocnika (360 zł) oraz koszty wydatków związanych z wydawanymi z akt kserokopiami transkrypcji zeznań świadków (dla (...) (...) i (...)).

SSO Małgorzata Perdion-Kalicka