



PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DOK2-430-1/10/MKK

Warszawa, dnia 24 lutego 2011 r.

Decyzja nr DOK-1/2011

I. Na podstawie art. 106 ust. 2 pkt 3 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 wszczętego z urzędu, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nakłada na Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie karę pieniężną w wysokości **130 689 900 zł** (słownie: sto trzydzieści milionów sześćset osiemdziesiąt dziewięć tysięcy dziewięćset złotych), co stanowi równowartość **33 000 000 euro** (słownie: trzydziestu trzech milionów euro), w związku z brakiem współdziałania w toku kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w ramach postępowania wyjaśniającego, sygn. akt DOK2-400-8/09/KR/MKK, polegającym na:

1. uniemożliwieniu kontrolującym niezwłocznego rozpoczęcia czynności kontrolnych, poprzez opóźnianie kontaktu z osobą upoważnioną do reprezentacji Polkomtel S.A., pomimo jej obecności w siedzibie Polkomtel S.A.;
2. niewykonaniu żądania kontrolujących z dnia 3 grudnia 2009r. przekazania dokumentów dotyczących udziału Polkomtel S.A. w projekcie telewizji mobilnej, w tym udziału Polkomtel S.A. w Mobile TV sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie poprzez doręczenie przez Polkomtel S.A. wybranych przez siebie fragmentów tych dokumentów;
3. niewydaniu przez Polkomtel S.A. dysku twardego (nr S/N: WCAU4D590711), na którym zapisane zostały dane informatyczne dotyczące działalności Polkomtel S.A., tj. kopie znajdujących się na serwerze Polkomtel S.A. skrzynek poczty elektronicznej pięciu pracowników tej spółki.

II. Na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. *kodeks postępowania administracyjnego* (Dz.U. z 2000r., nr 98, poz. 1071 z późn. zm.) w związku z art. 83 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz.U. z 2007r., nr 50, poz. 331 z późn. zm.), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **umarza postępowanie antymonopolowe** prowadzone w sprawie nałożenia na Polkomtel S.A. z

siedzibą w Warszawie kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ust. 2 pkt 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, w związku z brakiem współdziałania w toku kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w ramach postępowania wyjaśniającego, sygn. akt DOK2-400-8/09/KR/MKK, polegającym na nieuzasadnionym przedłużeniu procesu decyzyjnego Polkomtel S.A. dotyczącego zgłoszonego przez kontrolujących w dniu 30 grudnia 2009r. żądania wydania dysku twardego (nr S/N: WCAU4D590711), na którym zapisane zostały dane informatyczne dotyczące działalności Polkomtel S.A., tj. kopie znajdujących się na serwerze Polkomtel S.A. skrzynek poczty elektronicznej pięciu pracowników tej spółki, co było przyczyną 2,5 godzinnego oczekiwania kontrolujących na stanowisko Polkomtel S.A., które ostatecznie ograniczyło się do powtórzenia wcześniejszej argumentacji niezwiązanej faktycznie z przedmiotem żądania, pomimo że kontrolujący przedmiotowe żądanie zgłaszali już w dniu 3 grudnia 2009r., a zgodność z prawem i zasadność zgłoszonego żądania podlegała ocenie Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który postanowieniem z dnia 22 grudnia 2009r. (sygn. akt XVII Amz 54/09/A) oddalił zażalenie Polkomtel S.A. z dnia 11 grudnia 2009r.

Uzasadnienie

W dniu 25 listopada 2009r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej także jako „Prezes Urzędu” lub „Prezes UOKiK”) wszczął postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnego ustalenia, czy podejmowane przez przedsiębiorców działania dotyczące usługi telewizji mobilnej mogą stanowić naruszenie ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm., dalej także jako „ustawa”), w tym czy sprawa ma charakter antymonopolowy (sygn. akt DOK2-400-8/09/KR/MKK).

W toku przedmiotowego postępowania Prezes UOKiK upoważnił pracowników Urzędu do przeprowadzenia kontroli Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Polkomtel” lub „Spółka”). Ponadto, na wniosek Prezesa Urzędu, Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej jako „SOKiK”) wydał w dniu 26 listopada 2009 r. postanowienie, w którym wyraził zgodę na przeszukanie przez Prezesa UOKiK wszelkich pomieszczeń i rzeczy, w tym oddziałów, zakładów i przedstawicielstw należących do Polkomtel, w celu pozyskania dowodów na okoliczność zawarcia niedozwolonego

porozumienia dotyczącego usługi telewizji mobilnej, co może naruszać art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (sygn. akt XVII Amo 23/09).

Kontrola w Polkomtel przeprowadzona została w dniach 2 grudnia 2009r. – 31 stycznia 2010r.

Mając na uwadze przebieg kontroli w Polkomtel, w dniu 9 czerwca 2010r. Prezes UOKiK wszczął postępowanie w sprawie nałożenia na Polkomtel kary pieniężnej w związku z brakiem współdziałania w toku kontroli prowadzonej przez Prezesa UOKiK w ramach postępowania wyjaśniającego, sygn. akt DOK2-400-8/09/KR/MKK, polegającym na:

1. uniemożliwieniu kontrolującym niezwłocznego rozpoczęcia czynności kontrolnych, poprzez opóźnianie kontaktu z osobą upoważnioną do reprezentacji Polkomtel, która przebywając w siedzibie Polkomtel, spotkała się z kontrolującymi po 1 godzinie i 15 minutach od wejścia kontrolujących do siedziby Polkomtel;
2. niewykonaniu żądania kontrolujących z dnia 3 grudnia 2009r. przekazania dokumentów dotyczących udziału Polkomtel w projekcie telewizji mobilnej, w tym udziału Polkomtel w Mobile TV sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie poprzez doręczenie przez Polkomtel wybranych przez siebie fragmentów tych dokumentów;
3. nieuzasadnionym przedłużeniu procesu decyzyjnego Polkomtel dotyczącego zgłoszonego przez kontrolujących w dniu 30 grudnia 2009r. żądania wydania dysku twardego (nr S/N: WCAU4D590711), na którym zapisane zostały dane informatyczne dotyczące działalności Polkomtel, tj. kopie znajdujących się na serwerze Polkomtel skrzynek poczty elektronicznej pięciu pracowników tej spółki, co było przyczyną 2,5 godzinnego oczekiwania kontrolujących na stanowisko Polkomtel, które ostatecznie ograniczyło się do powtórzenia wcześniejszej argumentacji niezwiązanej faktycznie z przedmiotem żądania, pomimo że kontrolujący przedmiotowe żądanie zgłaszali już w dniu 3 grudnia 2009r., a zgodność z prawem i zasadność zgłoszonego żądania podlegała ocenie SOKiK, który postanowieniem z dnia 22 grudnia 2009r. (sygn. akt XVII Amz 54/09/A) oddalił zażalenie Polkomtel z dnia 11 grudnia 2009r.;
4. niewydaniu przez Polkomtel dysku twardego (nr S/N: WCAU4D590711), na którym zapisane zostały dane informatyczne dotyczące działalności Polkomtel, tj. kopie znajdujących się na serwerze Polkomtel skrzynek poczty elektronicznej pięciu pracowników tej spółki.

W toku postępowania prowadzonego w sprawie pełnomocnicy Spółki wielokrotnie zapoznawali się z gromadzonym systematycznie materiałem dowodowym.

Pismem z dnia 19 listopada 2010 r. Prezes Urzędu poinformował Spółkę, że zakończone zostało postępowanie dowodowe w sprawie oraz zawiadomił o możliwości zapoznania się ze zgromadzonym materiałem dowodowym. Pismem z dnia 3 grudnia 2010 r. Spółka przedstawiła ostateczne stanowisko w sprawie.

Postanowieniem z dnia 16 grudnia 2010r. Prezes UOKiK zmienił postanowienie o wszczęciu postępowania w sprawie w zakresie punktu 1 w ten sposób, że nadał mu następującą treść: uniemożliwieniu kontrolującym niezwłocznego rozpoczęcia czynności kontrolnych poprzez opóźnianie kontaktu z osobą upoważnioną do reprezentacji Polkomtel S.A., pomimo jej obecności w siedzibie Polkomtel S.A.

W związku ze zmianą postanowienia o wszczęciu postępowania przeciwko Polkomtel oraz zaliczeniem, postanowieniem z dnia 15 grudnia 2010r., do materiału dowodowego przedmiotowego postępowania kolejnych dokumentów, pismem z dnia 13 stycznia 2011r., Prezes UOKiK ponownie zawiadomił Spółkę, że zakończone zostało gromadzenie materiału dowodowego w sprawie oraz poinformował ją o możliwości zajęcia ostatecznego stanowiska w sprawie.

Spółka przedstawiła ostateczne stanowisko w sprawie pismem z dnia 11 lutego 2011r. nie wskazując jednak na żadne nowe okoliczności.

W tym miejscu należy zauważyć, iż niektóre informacje i dokumenty, w oparciu o które Prezes Urzędu wydał niniejszą decyzję, stanowią prawnie chronione tajemnice, które nie mogą być ujawniane do wiadomości publicznej. Wobec tego Prezes Urzędu uznał, że w treści jawnej wersji decyzji administracyjnej nie powinny być ujawnione tego rodzaju informacje. Sprzeciwia się temu w szczególności art. 71 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, zgodnie z którym pracownicy Urzędu są obowiązani do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również innych informacji, podlegających ochronie na podstawie odrębnych przepisów, o których powzięli wiadomość w toku postępowania. Wskazane okoliczności wyznaczają kształt niniejszej decyzji, która składa się z następujących części:

- 1/ właściwej decyzji;
- 2/ załącznika jawnego dla strony postępowania.

Informacje zawarte w załączniku stanowią integralną część niniejszej decyzji.

**Organ antymonopolowy na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego
ustalił, co następuje.**

W dniach 2 grudnia 2009r. – 31 stycznia 2010r. w siedzibie Polkomtel w Warszawie miała miejsce kontrola wraz z przeszukaniem przeprowadzona w ramach prowadzonego przez Prezesa Urzędu postępowania wyjaśniającego (sygn. akt DOK2-400-8/09/KR/MKK). Przedmiotowa kontrola przeprowadzona została w toku postępowania wyjaśniającego mającego na celu wstępne ustalenie, czy działania przedsiębiorców dotyczące usługi telewizji mobilnej mogą stanowić naruszenie przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, w tym czy sprawa ma charakter antymonopolowy. Prezes Urzędu uznał przeprowadzenie kontroli za niezbędne do pozyskania dowodów na okoliczność ewentualnego zawarcia ograniczającego konkurencję porozumienia dotyczącego usługi telewizji mobilnej, mogącego naruszać art. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

Do przeprowadzenia kontroli zostało wystawione w dniu 30 listopada 2009 r. przez Prezesa Urzędu upoważnienie spełniające wymagania określone w art. 105a ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, a więc zawierające: oznaczenie organu kontroli, wskazanie podstawy prawnej kontroli, wskazanie daty i miejsca wystawienia dokumentu, wskazanie listy osób upoważnionych do udziału w kontroli, wraz z zaznaczeniem stanowiska służbowego kontrolujących i numerów ich legitymacji służbowych, oznaczenie kontrolowanego przedsiębiorcy, określenie przedmiotu i zakresu kontroli, określenie daty rozpoczęcia i przewidywanej daty zakończenia kontroli, podpis Prezesa Urzędu – czyli osoby udzielającej upoważnienia oraz pouczenie o prawach i obowiązkach kontrolowanego.

Ponadto, postanowieniem z dnia 26 listopada 2009 r. (sygn. akt XVII Amo 23/09), Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwany dalej również: „SOKiK”), udzielił zgody na przeszukanie przez Prezesa Urzędu wszelkich pomieszczeń i rzeczy w tym oddziałów, zakładów i przedstawicielstw należących do Polkomtel w celu pozyskania dowodów na okoliczność zawarcia niedozwolonego porozumienia dotyczącego usługi telewizji mobilnej mogącego naruszać art. 6 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

Z uwagi na charakter sprawy (podejrzenie zawarcia ograniczającego konkurencję porozumienia) kontrola w Polkomtel została zainicjowana równolegle (tj. tego samego dnia i o tej samej godzinie) z kontrolami u kilku innych przedsiębiorców, u których Prezes Urzędu spodziewał się pozyskać dokumenty i informacje istotne z punktu widzenia przedmiotu

prowadzonego postępowania wyjaśniającego: Polskiej Telefonii Cyfrowej sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, P4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Info-TV-FM Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu oraz NFI Magna Polonia S.A. z siedzibą w Warszawie. SOKiK wydał zgody na przeszukanie u ww. przedsiębiorców zgodnie z dyspozycją art. 105c ust. 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, w świetle którego z wnioskiem o zgodę na przeszukania pomieszczeń lub rzeczy Prezes Urzędu może wystąpić przed wszczęciem postępowania antymonopolowego jeżeli zachodzi uzasadnione podejrzenie poważnego naruszenia przepisów ustawy, w szczególności wtedy, gdy mogłoby dojść do zatarcia dowodów. Uznając, że w sprawie zostały spełnione wskazane w ustawie przesłanki, SOKiK udzielił na wniosek Prezesa Urzędu zgody na przeprowadzenie przeszukania wszystkich przedsiębiorców, u których miała być przeprowadzona kontrola. Tym samym poza udzieloną przez SOKiK zgodą na przeszukanie w siedzibie Polkomtel Prezes UOKiK dysponował postanowieniami SOKiK uprawniającymi go do przeszukania pomieszczeń i rzeczy Polskiej Telefonii Cyfrowej sp. z o.o. (postanowienie SOKiK z dnia 26 listopada 2009 r., XVII Amo 22/09), P4 Sp. z o.o. (postanowienie SOKiK z dnia 26 listopada 2009 r., XVII Amo 24/09), Info-TV-FM Sp. z o.o. oraz NFI Magna Polonia S.A. (postanowienie SOKiK z dnia 26 listopada 2009 r., XVII Amo 21/09).

Z przeprowadzonej w Polkomtel kontroli został sporządzony protokół, który pismem z dnia 17 lutego 2010r., zgodnie z art. 105k ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* został przedstawiony Spółce do podpisu. Pismem z dnia 25 lutego 2010r. Polkomtel zgłosił zastrzeżenia do ww. protokołu, które zostały w części uwzględnione w formie aneksu do protokołu. W związku z nieuwzględnieniem przez Prezesa Urzędu części zgłoszonych zastrzeżeń, Spółka, pismem z dnia 9 kwietnia 2010r., odmówiła podpisania przedmiotowego protokołu.

W tym miejscu należy przedstawić okoliczności ww. kontroli w Polkomtel istotne z punktu widzenia niniejszej sprawy.

W kontekście pierwszej z form braku współdziałania Polkomtel w toku kontroli zidentyfikowanych w sentencji decyzji (pkt I ppkt 1 sentencji decyzji), istotne są okoliczności rozpoczęcia czynności kontrolnych w Polkomtel. Należy zatem zauważyć, iż czynności w Polkomtel rozpoczęto w dniu 2 grudnia 2009 r., o godzinie 10:30 kiedy kontrolujący – pracownicy UOKiK w asyście funkcjonariusza Policji weszli do budynku przy ul. Postępu 3 w Warszawie, w którym znajdują się biura Spółki. Po wejściu kontrolujący zwrócili się do

pracowników recepcji, wskazali iż są pracownikami Urzędu i poprosili o umożliwienie im spotkania z osobą uprawnioną do reprezentacji Spółki, tj. którymkolwiek z członków jej Zarządu. O godzinie 10:40 do recepcji zeszła [informacja podlegająca ochronie, pkt 1 załącznika nr 1 do decyzji] – Zastępca Dyrektora Biura Zarządu. Kontrolujący poinformowali ją, że są pracownikami Urzędu, i że celem ich przybycia do Spółki jest przeprowadzenie jej kontroli. Ponadto, ponownie zwrócili się o umożliwienie im spotkania z osobą upoważnioną do reprezentacji Polkomtel. W odpowiedzi na powyższe [informacja podlegająca ochronie, pkt 2 załącznika nr 1 do decyzji] - Zastępca Dyrektora Biura Zarządu wskazała, iż wszyscy członkowie zarządu są obecni, ale dla wskazania osoby, z którą kontrolujący powinni się spotkać musi uzyskać informację co do przedmiotu kontroli. Kontrolujący wskazali, że informację odnośnie do przedmiotu kontroli prześlą bezpośrednio osobie upoważnionej do reprezentowania Polkomtel. Następnie kontrolujący zapytali, czy Prezes Zarządu jest obecny i wobec odpowiedzi twierdzącej wskazali, iż w takim razie proszą o spotkanie z Prezesem.

[informacja podlegająca ochronie, pkt 3 załącznika nr 1 do decyzji] - Zastępca Dyrektora Biura Zarządu skierowała kontrolujących do windy, w celu przejazdu na piętro, gdzie znajdowały się biura Zarządu Spółki (godz. 10:45). W holu, w którym znajdowali się kontrolujący pojawił się w tym czasie Dyrektor Biura Zarządu Spółki – [informacja podlegająca ochronie, pkt 4 załącznika nr 1 do decyzji]. Po wejściu kontrolujących do windy, Dyrektor Biura Zarządu Spółki zdecydował, iż zasadne będzie zamiast kierować kontrolujących do biur Zarządu, umieszczenie ich w Sali konferencyjnej na parterze. Kontrolujący zostali skierowani do sali A2.

Niezależnie od przystania kontrolujących na propozycję Spółki, by oczekiwać na osobę upoważnioną do reprezentowania Polkomtel w Sali A2, na wyraźne żądanie kontrolujących, o godz. 10:48 dwoje z kontrolujących zostały zaprowadzone przez Dyrektora i Zastępcę Dyrektora Biura Zarządu Spółki [informacja podlegająca ochronie, pkt 5 załącznika nr 1 do decyzji] na piętro budynku Spółki, gdzie znajdowały się biura Zarządu Polkomtel. Tam zaprowadzono je do sali konferencyjnej. W tym czasie Dyrektor wraz z Zastępcą Dyrektora Biura Zarządu Spółki udali się na poszukiwanie Prezesa Zarządu.

O godz. 11:00 kontrolujący poinformowani zostali przez [informacja podlegająca ochronie, pkt 6 załącznika nr 1 do decyzji] - Dyrektora Biura Zarządu Spółki, iż Prezes Zarządu ma spotkanie, ale starają się umożliwić kontrolującym spotkanie z Prezesem. O godz. 11:10 Zastępca Dyrektora Biura Zarządu Spółki - [informacja podlegająca ochronie, pkt 7 załącznika nr 1 do decyzji] poinformowała kontrolujących, że Prezes nadal jest na spotkaniu, ale przekazano mu informację o kontroli UOKiK i w ciągu kilku minut ma się pojawić. O

godz. 11:20 Dyrektor wraz z Zastępcą Dyrektora Biura Zarządu poinformowali kontrolujących, iż Prezes Zarządu nadal jest na spotkaniu. W tym momencie kontrolujący poinformowali ich o sankcjach grożących przedsiębiorcy za brak współdziałania w toku kontroli na podstawie przepisów ustawy. Jednocześnie wskazali, że opóźnianie kontroli może być poczytane za brak współdziałania ze strony Polkomtel. O godz. 11:30 do kontrolujących przybył [informacja podlegająca ochronie, pkt 8 załącznika nr 1 do decyzji], który przedstawił się jako doradca Polkomtel i poinformował kontrolujących o planowanym przyjeździe do siedziby Spółki [informacja podlegająca ochronie, pkt 9 załącznika nr 1 do decyzji]. Miała ona pojawić się w siedzibie Polkomtel S.A. w ciągu 10 min. Jednocześnie uzgodniono, że wobec przedłużającego się spotkania Prezesa Zarządu, na spotkanie z kontrolującymi poproszony zostanie inny członek Zarządu. O godz. 11:40 kontrolujących poproszono o przejście do innej sali konferencyjnej na tym samym piętrze budynku Spółki, w której obecny był [informacja podlegająca ochronie, pkt 10 załącznika nr 1 do decyzji], pracownik Polkomtel, do którego później dołączył [informacja podlegająca ochronie, pkt 11 załącznika nr 1 do decyzji]. O godz. 11:45, do pomieszczenia w którym znajdowali się kontrolujący, przybył [informacja podlegająca ochronie, pkt 12 załącznika nr 1 do decyzji], Prezes Zarządu Spółki, który odebrał upoważnienie Prezesa Urzędu do przeprowadzenia kontroli Polkomtel oraz postanowienie SOKiK w sprawie zgody na przeszukanie. Kontrolujący uczestniczący w spotkaniu okazali Prezesowi Zarządu Spółki legitymacje służbowe.

W trakcie spotkania z Prezesem Zarządu, jako osobą upoważnioną do reprezentacji Spółki, kontrolujący poinformowali Polkomtel o prowadzonym przez Prezesa Urzędu postępowaniu wyjaśniającym dotyczącym usług telewizji mobilnej oraz wyjaśnili, że prowadzona w Polkomtel kontrola prowadzona jest w związku z przedmiotem i w toku tego postępowania. Prezes Zarządu Polkomtel - [informacja podlegająca ochronie, pkt 13 załącznika nr 1 do decyzji] zaprzeczył, jakoby Spółka była uczestnikiem nielegalnego porozumienia. Jednocześnie wskazał, że Spółka nie będzie utrudniała przeprowadzenia kontroli, w tym udostępni wszelkie dokumenty. W trakcie kontroli, na podstawie udzielonej przez SOKiK zgody, kontrolujący przystąpili do przeszukania.

Kontrolujący zwrócili się do Prezesa Zarządu Polkomtel o upoważnienie pracowników Spółki do składania wyjaśnień kontrolującym w imieniu Spółki. Prezes Zarządu Polkomtel - [informacja podlegająca ochronie, pkt 14 załącznika nr 1 do decyzji] na tym etapie zdecydował o upoważnieniu do udzielania wyjaśnień [informacja podlegająca ochronie, pkt 15 załącznika nr 1 do decyzji], Dyrektora Departamentu Strategii oraz [informacja podlegająca ochronie, pkt 16 załącznika nr 1 do decyzji], Zastępcę Dyrektora Departamentu

Strategii. Jednocześnie wskazał, iż nie wyklucza upoważnienia innych, wyraźnie wskazanych przez kontrolujących osób. Ponadto, wyjaśnił, iż obecnych na spotkaniu [informacja podlegająca ochronie, pkt 17 załącznika nr 1 do decyzji] oraz [informacja podlegająca ochronie, pkt 18 załącznika nr 1 do decyzji] upoważnia do kontaktu z kontrolującymi. Na tym spotkaniu z Prezesem Zarządu zakończono.

Kontrolujący, którzy nie uczestniczyli w spotkaniu z Prezesem Zarządu, legitymacje służbowe okazali pełnomocnikom Spółki, tj. [informacja podlegająca ochronie, pkt 19 załącznika nr 1 do decyzji] oraz [informacja podlegająca ochronie, pkt 20 załącznika nr 1 do decyzji].

Przejawy braku współdziałania w toku kontroli wskazane w pkt I. ppkt 2 i 3 sentencji decyzji (a także zachowania Spółki rozpatrzone w pkt II sentencji decyzji) dotyczą uzyskiwania od kontrolowanego dokumentów i informacji (w tym w formie danych informatycznych zapisanych na nośniku takich danych). W związku z tym poniżej zostały opisane istotne z tego punktu widzenia okoliczności kontroli.

W trakcie prowadzonych w dniu 2 grudnia 2010r. czynności kontrolnych, w pomieszczeniach Polkomtel przy [informacja podlegająca ochronie, pkt 21 załącznika nr 1 do decyzji], gdzie zlokalizowany jest serwer pocztowy Spółki, dokonano zapisu na dysku twardym plików zawierających skrzynki pocztowe pięciu pracowników Polkomtel w formacie archiwum .pst, będących informacyjnym odwzorowaniem zawartości skrzynki poczty elektronicznej MS Exchange, wyodrębnionych ze względu na możliwość występowania w nich informacji istotnych z punktu widzenia prowadzonego postępowania wyjaśniającego. Dla skrzynki poczty elektronicznej każdego z pięciu pracowników Spółki, zaangażowanych według wiedzy kontrolujących w projekt telewizji mobilnej, tj. [informacja podlegająca ochronie, pkt 22 załącznika nr 1 do decyzji] sporządzony został odrębny plik .pst. Dysk zabezpieczono w budynku Spółki przy [informacja podlegająca ochronie, pkt 23 załącznika nr 1 do decyzji], poprzez umieszczenie go w zamkniętej i zaplombowanej szafce, znajdującej się w zamknięty i zabezpieczonym zarówno przez kontrolujących, jak i przez Spółkę pomieszczeniu.

Kolejnego dnia kontroli, tj. w dniu 3 grudnia 2009r., mając na uwadze treść wyjaśnień złożonych poprzedniego dnia przez [informacja podlegająca ochronie, pkt 24 załącznika nr 1 do decyzji], Dyrektora Departamentu Strategii Spółki, który wskazywał, że szereg dokumentów uznanych przez kontrolujących za istotne z punktu widzenia przedmiotu prowadzonej kontroli, może znajdować się w biurze zarządu Spółki, kontrolujący zobowiązali pełnomocnika Polkomtel [informacja podlegająca ochronie, pkt 25 załącznika nr 1 do decyzji]

do przedstawienia kontrolującym dokumentów (dokumenty, prezentacje, analizy przygotowywane dla Zarządu i Rady Nadzorczej Spółki), dotyczących udziału Spółki w projekcie telewizji mobilnej, w tym udziału Spółki w Mobile TV sp. z o.o.

Ponadto, z ww. dysku twardego, na który w dniu 2 grudnia 2009r. dokonano zapisu plików skrzynek pocztowych pięciu pracowników Polkomtel w formacie .pst , przy użyciu specjalistycznego urządzenia [informacja podlegająca ochronie, pkt 26 załącznika nr 1 do decyzji], stanowiącego własność i udostępnionego przez Polkomtel, kontrolujący wykonał kopię binarną zawartości ww. dysku twardego z plikami .pst na nowy dysk twardey stanowiący własność Urzędu (nr S/N: WCAU4D590711). Dysk Polkomtel pozostawiono do dyspozycji Spółki.

Po wykonaniu kopii, kontrolujący podjęli czynności mające na celu zorganizowanie przeniesienia dysku stanowiącego własność Urzędu, z zapisem ww. plików .pst, do siedziby UOKiK. W związku z tym kontrolujący, ok. godz. 15:40, wskazali pełnomocnikom Spółki, iż w dniu dzisiejszym przeniosą przedmiotowy dysk z zabezpieczonymi w dniu 2 grudnia 2009r. danymi do siedziby Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów i wezwali Spółkę do jego wydania. Jednocześnie, kontrolujący poinformowali pełnomocników Spółki, iż do jej siedziby przybył funkcjonariusz Policji, z którego asysty korzystają kontrolujący i który zapewnić ma bezpieczne przeniesienie dysku z danymi Polkomtel do siedziby Urzędu i zwrócili się o jego przyprowadzenie do pomieszczenia udostępnionego kontrolującym.

Wobec zakomunikowanego przez kontrolujących wezwania do wydania ww. dysku z zapisem ww. plików .pst, pełnomocnik Spółki [informacja podlegająca ochronie, pkt 27 załącznika nr 1 do decyzji] poinformowała, że musi uzyskać stanowisko Zarządu w przedmiocie przeniesienia dysku.

Ponadto, po zakomunikowaniu przez kontrolujących zamiaru przeniesienia dysku do siedziby Urzędu, ok. godz. 16:15 [informacja podlegająca ochronie, pkt 28 załącznika nr 1 do decyzji] - Zastępca Dyrektora Biura Zarządu Polkomtel wskazała, iż wchodząc w dniu 2 grudnia 2009r. na teren Spółki kontrolujący nie wylegitymowali się, co oznacza, że weszli nielegalnie.

Mając na uwadze fakt, że nie doszło do doprowadzenia do pomieszczenia zajmowanego przez kontrolujących funkcjonariusza Policji, kontrolujący ponowili wezwanie o wpuszczenie go na teren Polkomtel. W odpowiedzi, o godz. 16:20, [informacja podlegająca ochronie, pkt 29 załącznika nr 1 do decyzji] odmówił, pytając jednocześnie o cel jego przybycia, w tym, czy dysponuje upoważnieniem uprawniającym do przebywania na terenie

Spółki. W odpowiedzi kontrolujący wskazali, że policjant jest funkcjonariuszem, z którego asysty kontrolujący korzystają w toku całej kontroli. Podkreślili jednocześnie, że jest to ta sama osoba, która obecna była w siedzibie Spółki w dniu 2 grudnia 2009r. W konsekwencji [informacja podlegająca ochronie, pkt 30 załącznika nr 1 do decyzji] zszedł na dół i, jak wynika z relacji funkcjonariusza Policji, [informacja podlegająca ochronie, pkt 31 załącznika nr 1 do decyzji], wezwał go do wskazania jego upoważnienia do wejścia i przebywania na terenie Spółki. Funkcjonariusz wyjaśnił, że jego legitymacja służbowa jest jego upoważnieniem. Ostatecznie funkcjonariusz Policji został wpuszczony do siedziby Polkomtel.

Następnie pełnomocnik Spółki, [informacja podlegająca ochronie, pkt 32 załącznika nr 1 do decyzji] oświadczyła, że Polkomtel nie wyraża zgody na wyniesienie dysku poza siedzibę Spółki.

Po tym oświadczeniu, w pomieszczeniu, w którym przebywali kontrolujący, pojawili się pracownicy ochrony. Kontrolującym wskazano, że takie jest polecenie Zarządu, by przy czynnościach kontrolnych towarzyszyli im pracownicy ochrony. Wraz z pracownikami ochrony przybyła [informacja podlegająca ochronie, pkt 33 załącznika nr 1 do decyzji] - zastępca dyrektora Biura Zarządu Polkomtel.

O godz. 16:45, za zgodą kontrolujących, dysk, na który skopiowano profile poczty elektronicznej pięciu pracowników Spółki, w obecności jej pełnomocników umieszczono w kopercie i zaklejono taśmą UOKiK. Kontrolujący stwierdzili, że w tym dniu dysk nie zostanie wyniesiony poza siedzibę Spółki, tylko pozostawiony w zabezpieczonej szafce w budynku Polkomtel.

Jednocześnie, kontrolujący zdecydowali o sporządzeniu notatki dotyczącej odmowy wydania dysku. Przedstawiciele Spółki oddalili się w celu ustalenia, czy decyzja o odmowie wydania dysku jest decyzją Zarządu Spółki, czy któregoś z jej członków.

Ok. godz. 17:20 [informacja podlegająca ochronie, pkt 34 załącznika nr 1 do decyzji] zasugerował, że może dojść do samowolnego otwierania przez kontrolujących szafki, w której dysk zostanie umieszczony, stąd konieczne jest zapewnienie ochrony, która będzie stała przy szafce.

O godz. 17:30 [informacja podlegająca ochronie, pkt 35 załącznika nr 1 do decyzji] zwrócił się o odnotowanie w protokole, że dane zawarte na nośniku (dysku) obejmują także korespondencję prywatną. Wobec faktu, iż do tego czasu [informacja podlegająca ochronie, pkt 36 załącznika nr 1 do decyzji] nie przedstawił kontrolującym pełnomocnictwa do

reprezentowania Spółki¹, kontrolujący zwrócili się do pełnomocnika Spółki - [informacja podlegająca ochronie, pkt 37 załącznika nr 1 do decyzji] o potwierdzenie, że taki jest wniosek Polkomtel. Pełnomocnik wyszła w celu ustalenia tej okoliczności, którą następnie potwierdziła.

Po sporządzeniu i podpisaniu notatki w przedmiocie odmowy wydania dysku zdecydowano o zakończeniu czynności kontrolnych w dniu 3 grudnia 2009 r. Przedmiotowy dysk zabezpieczono w budynku Polkomtel, poprzez umieszczenie go w zamkniętej i zaplombowanej szafce, znajdującej się w zamkniętej i zabezpieczonym zarówno przez kontrolujących, jak i przez Spółkę pomieszczeniu.

W dniu 4 grudnia 2009r. Spółka, działając na podstawie art. 84c ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. *o swobodzie działalności gospodarczej* (Dz. U. z 2007 r. Nr 155, poz. 1095 z późn. zm., dalej jako „ustawa o sdg” lub „sdg”) wniosła do Prezesa Urzędu sprzeciw wobec podjęcia i wykonywania w toku kontroli Prezesa UOKiK czynności z naruszeniem prawa przez pracowników UOKiK. Uzasadniając złożony sprzeciw, Spółka wskazała następujące okoliczności: (1) Brak bezstronności kontrolujących, (2) Usiłowanie wszczęcia kontroli z udziałem pracownika UOKiK, który nie dysponował stosownym upoważnieniem do przeprowadzenia kontroli, (3) Podejrzenie podjęcia czynności kontrolnych na podstawie upoważnień wystawionych przed wszczęciem postępowania wyjaśniającego, w ramach którego jest prowadzona kontrola (upoważnień wydanych z naruszeniem prawa), (4) Usiłowanie przekroczenia uprawnień przez kontrolujących i zajęcia danych wykraczających poza przedmiot i podmiot kontroli, (5) Nieproporcjonalność podejmowanych wobec Spółki działań do przedmiotu postępowania i postawy Spółki, (6) Prowadzenie kontroli poza godzinami pracy Spółki. Uzasadniając zarzut usiłowania przekroczenia uprawnień przez kontrolujących i zajęcia danych wykraczających poza przedmiot i podmiot kontroli, Spółka w istocie kwestionowała uprawnienie kontrolujących do przeniesienia dysku, na który skopiowane zostały informacje dotyczące działalności Spółki, do siedziby Urzędu. Podnosiła przy tym, że na dysku znajdują się informacje wykraczające poza zakres przedmiotowy prowadzonej w Polkomtel kontroli, w tym informacje prywatne jej pracowników oraz dane stanowiące tajemnicę jej przedsiębiorstwa.

¹ Pełnomocnictwo do reprezentowania Spółki przez [informacja podlegająca ochronie, pkt 38 załącznika nr 1 do decyzji] złożone zostało kontrolującym w dniu 9 grudnia 2009r.

Postanowieniem z dnia 8 grudnia 2009r., sygn. akt DOK2-400-8/09/KR/MKK, Prezes Urzędu po rozpatrzeniu sprzeciwu Spółki postanowił o kontynuowaniu czynności kontrolnych.

W związku z wydaniem postanowienia z dnia 8 grudnia 2009r., kontrolujący w dniu 9 grudnia 2009r. podjęli czynności prowadzonej w Spółce kontroli. W ich toku kontrolujący ponowili wezwanie do przedstawienia dokumentów (dokumenty, prezentacje, analizy przygotowywane dla Zarządu i Rady Nadzorczej Spółki), dotyczących udziału Spółki w projekcie telewizji mobilnej, w tym udziału Spółki w Mobile TV sp. z o.o., do przedstawienia których Spółka została zobowiązana w dniu 3 grudnia 2009r. Pełnomocnik Spółki [informacja podlegająca ochronie, pkt 39 załącznika nr 1 do decyzji] wskazała, iż proces pozyskiwania tych dokumentów został już uruchomiony i zostaną one przekazane kontrolującym niezwłocznie po ich skompletowaniu przez Spółkę. Pełnomocnik Spółki - [informacja podlegająca ochronie, pkt 40 załącznika nr 1 do decyzji] zobowiązał się, że kopie ww. dokumentów zostaną dostarczone do siedziby Urzędu następnego dnia (tj. w dniu 10 grudnia 2009r.). W dniu 9 grudnia 2009r., w siedzibie Spółki kontrolującym przekazano część żądanych dokumentów, tj. w całości [informacja podlegająca ochronie, pkt 41 załącznika nr 1 do decyzji], [informacja podlegająca ochronie, pkt 42 załącznika nr 1 do decyzji] oraz [informacja podlegająca ochronie, pkt 43 załącznika nr 1 do decyzji]. Ostatecznie, w dniu 14 grudnia 2009r. Polkomtel doręczył do siedziby Urzędu kopie fragmentów dokumentów (dokumenty, prezentacje, analizy przygotowywane dla Zarządu i Rady Nadzorczej Spółki), dotyczących udziału Spółki w projekcie telewizji mobilnej, w tym udziału Spółki w Mobile TV sp. z o.o.

W dniu 15 grudnia 2009r. do Urzędu wpłynęło zażalenie Polkomtel na postanowienie Prezesa UOKiK z dnia 8 grudnia 2009r. w sprawie kontynuowania czynności kontrolnych. W złożonym zażaleniu Spółka wskazała, iż kontrola prowadzona jest z naruszeniem przepisów prawa, w szczególności:

- art. 79a ust. 1 ustawy o sdg poprzez podjęcie czynności kontrolnych przez pracownika organu kontroli bez upoważnienia;
- art. 79a ust. 8 ustawy o sdg, art. 105b ust. 1 pkt 2 oraz art. 105g ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* w związku z okolicznością, że zakres kontroli wykracza poza zakres wskazany w upoważnieniach;

oraz

- art. 8 kpa poprzez podjęcie w toku kontroli działań w sposób podważający zaufanie przedsiębiorcy do bezstronności UOKiK;
- art. 105b ust. 1 pkt 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* poprzez zadawanie w trakcie kontroli pytań zmierzających do potwierdzenia tego, że Spółka dopuściła się działania z naruszeniem prawa;
- art. 224 § 2 kpk w zw. z art. 105c ust. 4 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* poprzez prowadzenie czynności kontrolnych z pominięciem prawa do obecności w trakcie czynności osoby, u której ma czynność nastąpić oraz osoby przez niego wskazanej.

Ponadto, Spółka wskazała, iż, w jej ocenie, podejmowane w trakcie kontroli działania Urzędu są nieadekwatne (nieproporcjonalne) do przedmiotu postępowania, w szczególności, ze względu na fakt, iż postępowanie nie służy ochronie interesu publicznego. W ocenie Polkomtel kontrola zdaje się zmierzać jedynie do ochrony interesów ekonomicznych jednego prywatnego podmiotu gospodarczego, spółki Info-TV-FM sp. z o.o., i zapewnienia mu nieuzasadnionego uprzywilejowania kosztem innych podmiotów – operatorów telekomunikacyjnych, w tym Polkomtel.

Kwestie podniesione przez Polkomtel w złożonym zażaleniu stanowiły faktycznie powtórzenie okoliczności i zarzutów, na których oparty został zgłoszony w trybie ustawy o sdg sprzeciw Spółki.

Prezes UOKiK przekazał ww. zażalenie wraz z odpowiedzią organu i aktami sprawy do SOKiK w dniu 18 grudnia 2009r. Postanowieniem z dnia 22 grudnia 2009r., sygn. akt XVII Amz 54/09/A, SOKiK oddalił zażalenie Polkomtel.

Mając na uwadze fakt rozpoznania przez SOKiK zażalenia Spółki na postanowienie Prezesa UOKiK z dnia 8 grudnia 2009r., w dniu 30 grudnia 2009r. podjęto przerwane czynności kontrolne w Polkomtel. W ich toku, kontrolujący zwrócili się do kontrolowanego przedsiębiorcy o wydanie dysku, o którym mowa powyżej, zabezpieczonego w siedzibie Spółki. W odpowiedzi na wezwanie pełnomocnik Polkomtel poinformował, że w tej sprawie decyzję władny jest podjąć tylko zarząd. W celu uzyskania stanowiska Polkomtel, o godz. 14.05 pełnomocnik Spółki udał się do członka jej zarządu. O godz. 16.30, po przybyciu pełnomocników Spółki do pomieszczenia udostępnionego kontrolującym, kontrolujący zwrócili się do nich z zapytaniem jakie jest stanowisko Spółki odnośnie do wydania dysku poza siedzibę Polkomtel. W odpowiedzi wskazano kontrolującym, że w ocenie Spółki kontrola została zakończona. Jednocześnie Spółka podkreśliła, że deklaruje gotowość

współpracy w trakcie prowadzonego przez Prezesa UOKiK postępowania wyjaśniającego, w tym dostarczenia wszelkich dowodów mających znaczenie dla wyjaśnienia sprawy. Z czynności podjętych w tym dniu sporządzony został protokół.

W konsekwencji sporny dysk pozostał w pomieszczeniach Spółki.

Pismem z dnia 31 grudnia 2009r., Prezes UOKiK poinformował Spółkę o przedłużeniu czasu trwania kontroli u tego przedsiębiorcy. Pismo zostało doręczone pełnomocnikowi Polkomtel w tym samym dniu.

Kontrolujący podjęli dalsze czynności mające na celu odebranie dysku w dniu 22 stycznia 2010r. Upoważniona do kontroli [informacja podlegająca ochronie, pkt 44 załącznika nr 1 do decyzji], Naczelnik Wydziału Łączności i Mediów i Instytucji Finansowych, działając na podstawie art. 105a w zw. z art. 105b ust. 1 pkt 2 i art. 105d ust. 1 pkt 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* wezwała kontrolowanego do wydania dysku zawierającego skopiowaną w toku kontroli z serwera Spółki zawartość wybranych skrzynek poczty elektronicznej. W odpowiedzi, pismem z dnia 26 stycznia 2010r., Polkomtel wskazał, iż przedmiotowe żądanie nie znajduje oparcia w przepisach prawa, w szczególności ze względu na fakt, iż prowadzona w Spółce kontrola zakończyła się z mocy prawa, dlatego, że zaistniała sytuacja równoznaczna w skutkach prawnych z wydaniem przez organ właściwy postanowienia uznającego słuszność zażalenia Polkomtel z dnia 11 grudnia 2009r. na postanowienie Prezesa UOKiK z dnia 8 grudnia 2009r., znak: DOK2-400-8/09/KR/MKK, nie uwzględniające sprzeciwu Polkomtel z dnia 4 grudnia 2009r. dotyczącego podjęcia i wykonywania w toku kontroli Prezesa UOKiK przez pracowników UOKiK czynności z naruszeniem prawa (art. 84c ust. 13 ustawy sdg).

Odnotować w tym miejscu należy, iż do dnia wydania niniejszej decyzji Spółka nie przekazała Prezesowi UOKiK, zabezpieczonego w jej siedzibie dysku, na którym zapisane zostały informacje dotyczące działalności Polkomtel, które w dniu 2 grudnia 2009r. skopiowane zostały z serwera pocztowego tego przedsiębiorcy.

W toku postępowania prowadzonego w sprawie, Spółka wskazała, że nie zgadza się z postawionymi jej zarzutami. W jej ocenie bowiem współdziałała z kontrolującymi w sposób należyty, częstokroć wykazując otwartość i wolę współpracy wykraczającą poza obowiązki przewidziane prawem.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zachowania Polkomtel z pkt I ppkt 1 sentencji niniejszej decyzji, Polkomtel wskazał, iż opisane przez Prezesa Urzędu rzekome działania,

nawet jeżeli miały miejsce to nie w toku kontroli, a przed kontrolą. Takie działania natomiast nie mogą zostać zakwalifikowane jako brak współdziałania ze strony kontrolowanego przedsiębiorcy, o jakim mowa w art. 106 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Ponadto, z ostrożności Spółka podniosła, że nawet jeżeli opóźnienie kontaktu kontrolujących z Prezesem Zarządu Polkomtel miało miejsce w toku kontroli to i tak nie miałyby żadnego wpływu na efekty kontroli. Akcja kontrolna Prezesa UOKiK była bowiem nieskoordynowana i nie było w niej konieczne jednoczesne rozpoczęcie kontroli u wszystkich podmiotów objętych kontrolą.

Dodatkowo, Polkomtel podkreślił, iż rzekome „opóźnienie” nie miało jakiegokolwiek wpływu na wynik kontroli, ponieważ do czasu okazania upoważnień Prezesowi Zarządu Polkomtel, Spółka nie dysponowała wiedzą czego dotyczy kontrola. Nie mogła więc nawet próbować „zaszkodzić” celowi kontroli (czego nawet mając taką możliwość Polkomtel również by nie zrobił).

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zachowania Polkomtel z pkt I ppkt 2 sentencji decyzji, Spółka podniosła, że przekazywała żądane przez kontrolujących dokumenty w trybie, w zakresie i w sposób ustalony z kontrolującymi. Podkreśliła przy tym, że w jej ocenie czynienie w takiej sytuacji zarzutu z działania w sposób uzgodniony z kontrolującymi stoi w całkowitej sprzeczności z obowiązkami organu wynikającymi z art. 8 kpa. Ponadto, Spółka podniosła, iż w toku kontroli kontrolujący nie kwestionowali formy przekazanych im dokumentów. Dodatkowo, wszystkie informacje mieszczące się w przedmiocie kontroli zostały przekazane Prezesowi UOKiK już w wyciągach dokumentów. Pełne dokumenty (przekazane w późniejszym terminie) nie zawierały żadnych dodatkowych informacji objętych przedmiotem kontroli niż uprzednio przekazane wyciągi.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zachowania Polkomtel z pkt I pkt 3 sentencji niniejszej decyzji, Polkomtel wskazał w pierwszej kolejności, iż nie istnieje przedmiot zgłaszanego w toku kontroli przez kontrolujących żądania. Na dysku twardej, którego wydania domagali się kontrolujący, nie zostały bowiem zapisane „kopie znajdujących się na serwerze Polkomtel S.A. skrzynek poczty elektronicznej pięciu pracowników tej spółki”. Ponadto, Spółka podniosła, że nie uniemożliwiła kontrolującym wyniesienia dysku z siedziby Polkomtel, kontrolujący jednak nie podjęli nawet próby jego wyniesienia (zapewne będąc świadomymi bezprawności swoich działań). Spółka wskazała również, że dysk znajdował się poza pełną kontrolą Polkomtel, ponieważ znajdował się w opłombowanej przez kontrolujących szafie a Polkomtel nie była uprawniona w toku kontroli do zdjęcia plomb. Jednocześnie, Polkomtel podkreślił, iż w jego ocenie, odnośnie do zarzutu dotyczącego

zachowania Polkomtel z pkt II sentencji niniejszej decyzji, twierdzeniu o rzekomym 2,5 godzinnym oczekiwaniu kontrolujących na stanowisko Polkomtel, wprost przeczy treść sporządzonego i podpisanego przez kontrolujących pracowników UOKiK dokumentu pt. „Protokół czynności podjętych w dniu 30 grudnia 2009r.”.

Jednocześnie, Polkomtel wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

- a. dowodu z opinii biegłego oraz zeznania świadka – pracownika Spółki, na okoliczność zawartości dysku twardego Western Digital nr S/N: WCAU4D590711 (pismo Polkomtel z dnia 29 czerwca 2010r.);
- b. dowodu z zeznań świadków - pracowników UOKiK oraz funkcjonariusza Policji, który asystował kontrolującym przy czynnościach kontrolnych w Polkomtel - na okoliczność bezpodstawności zarzutów postawionych przez Prezesa UOKiK w postanowieniu o wszczęciu postępowania w sprawie nałożenia na Spółkę kary pieniężnej za rzekomy brak współdziałania w toku kontroli, w szczególności czynności kontrolujących i Polkomtel w toku kontroli (pismo Polkomtel z dnia 29 czerwca 2010r.). Przedmiotowy wniosek dowodowy został podtrzymany przez Spółkę w piśmie z dnia 3 grudnia 2010r.;
- c. Dowodu z zeznań świadka – pracownika Polkomtel – na okoliczność bezpodstawności zarzutu Prezesa UOKiK w przedmiocie nieuzasadnionego przedłużenia procesu decyzyjnego Polkomtel S.A. dotyczącego zgłoszonego przez kontrolujących w dniu 30 grudnia 2009r. żądania wydania dysku twardego (nr S/N: WCAU4D590711), na którym zapisane zostały dane informatyczne dotyczące działalności Polkomtel S.A., tj. kopie znajdujących się na serwerze Polkomtel S.A. skrzynek poczty elektronicznej pięciu pracowników tej spółki, co było przyczyną 2,5 godzinnego oczekiwania kontrolujących na stanowisko Polkomtel S.A., które ostatecznie ograniczyło się do powtórzenia wcześniejszej argumentacji niezwiązanej faktycznie z przedmiotem żądania, pomimo że kontrolujący przedmiotowe żądanie zgłaszali już w dniu 3 grudnia 2009r., a zgodność z prawem i zasadność zgłoszonego żądania podlegała ocenie Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który postanowieniem z dnia 22 grudnia 2009r. (sygn. akt XVII Amz 54/09/A) oddalił zażalenie Polkomtel S.A. z dnia 11 grudnia 2009r. oraz zarzutu niewydania przez Polkomtel S.A. dysku twardego (nr S/N: WCAU4D590711), na którym zapisane zostały dane informatyczne dotyczące działalności Polkomtel S.A., tj. kopie znajdujących się na serwerze Polkomtel S.A. skrzynek poczty elektronicznej pięciu

- pracowników tej spółki, w szczególności działań kontrolujących i kontrolowanego (pisma Polkomtel z dnia 29 czerwca 2010r. oraz 3 grudnia 2010r.);
- d. Dowodu z zeznań świadka – pracownika Polkomtel - na okoliczność bezpodstawności zarzutu uniemożliwienia kontrolującym niezwłocznego rozpoczęcia czynności kontrolnych poprzez opóźnianie kontaktu z osobą upoważnioną do reprezentacji Polkomtel, która przebywają w siedzibie Polkomtel, spotkała się z kontrolującymi po 1 godzinie i 15 minutach od wejścia kontrolujących do siedziby Polkomtel, w szczególności czynności kontrolujących i Polkomtel w toku kontroli (pismo Polkomtel z dnia 3 grudnia 2010r.);
- e. Dowodu z dokumentów znajdujących się w posiadaniu Prezesa UOKiK, tj.
- protokołu oraz ewentualnych aneksów i zastrzeżeń do protokołu kontroli rozpoczętej w dniu 2 grudnia 2009r. w ramach postępowania wyjaśniającego o sygn. akt DOK2-400-8/09/KR/MKK w Polska Telefonia Cyfrowa sp. z o.o.;
 - protokołu oraz ewentualnych aneksów i zastrzeżeń do protokołu kontroli rozpoczętej w dniu 2 grudnia 2009r. w ramach postępowania wyjaśniającego o sygn. akt DOK2-400-8/09/KR/MKK w P4 sp. z o.o.;
 - protokołu oraz ewentualnych aneksów i zastrzeżeń do protokołu kontroli rozpoczętej w dniu 2 grudnia 2009r. w ramach postępowania wyjaśniającego o sygn. akt DOK2-400-8/09/KR/MKK w Narodowym Funduszu Inwestycyjnym Magna Polonia S.A.;
 - protokołu oraz ewentualnych aneksów i zastrzeżeń do protokołu kontroli rozpoczętej w dniu 2 grudnia 2009r. w ramach postępowania wyjaśniającego o sygn. akt DOK2-400-8/09/KR/MKK w Info-TV-FM sp. z o.o. Przedmiotowe dokumenty miały stanowić dowód na fakt, iż akcja kontrolna Prezesa UOKiK była nieskoordynowana i nie było w niej konieczne jednoczesne rozpoczęcie kontroli u wszystkich podmiotów objętych kontrolą (pismo Polkomtel z dnia 3 grudnia 2010r.);
- f. Dowodu z zeznań świadka – pełnomocnika Polkomtel w toku prowadzonej u tego przedsiębiorcy kontroli – na okoliczność bezpodstawności zarzutu niewykonania żądania kontrolujących z dnia 3 grudnia 2009r. przekazania dokumentów dotyczących udziału Polkomtel S.A. w projekcie telewizji mobilnej, w tym udziału Polkomtel S.A. w Mobile TV sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, poprzez doręczenie przez Polkomtel S.A. wybranych przez siebie fragmentów tych dokumentów, w szczególności zakresu ustaleń pełnomocnika Polkomtel S.A. z kontrolującymi – pracownikami UOKiK odnośnie do sposobu wykonania powyższego żądania kontrolujących, tj. ustalenia, że

wykonanie przedmiotowego żądania może nastąpić poprzez przekazanie wyciągów z tych dokumentów zawierających informacje objęte przedmiotem kontroli (pismo Polkomtel z dnia 3 grudnia 2010r.);

- g. Dowodu z zeznań świadka – pracownika Polkomtel – na okoliczność obowiązujących w Polkomtel procedur obsługi osób trzecich w zakresie umożliwiania wejścia na teren siedziby Polkomtel i kontaktów z Prezesem Zarządu Polkomtel (pismo Polkomtel z dnia 22 grudnia 2010r.);
- h. Dowodu z zeznań świadków – pracowników UOKiK, funkcjonariusza Policji, który asystował kontrolującemu przy czynnościach kontrolnych w Polkomtel oraz pracownika Spółki – na okoliczność bezpodstawności zarzutu uniemożliwieniu kontrolującemu niezwłocznego rozpoczęcia czynności kontrolnych poprzez opóźnianie kontaktu z osobą upoważnioną do reprezentacji Polkomtel, pomimo jej obecności w siedzibie Polkomtel (pismo Polkomtel z dnia 22 grudnia 2010r.);

Ponadto, w piśmie z dnia 22 grudnia 2010r., Spółka powtórzyła wniosek dowodowy wskazany w lit. e.

W toku postępowania Polkomtel przedstawił również oświadczenie pełnomocnika Spółki – [informacja podlegająca ochronie, pkt 45 załącznika nr 1 do decyzji] odnoszące się do treści ustaleń dokonanych w toku kontroli przez pełnomocnika z kontrolującymi.

Pismem z dnia 31 stycznia 2011r. natomiast, Polkomtel wniósł o włączenie do akt niniejszego postępowania wszystkich pism Polkomtel i Prezesa UOKiK wystosowanych w toku postępowania wyjaśniającego znak: DOK2-400-8/09/KR/MKK, a dotyczących dysku twardego Western Digital nr S/N: WCAU4D590711, w tym danych zapisanych na tych dysku. W ocenie Spółki przedmiotowe dokumenty potwierdzić miały bezzasadność zarzutów stawianych Polkomtel.

Do akt postępowania zostały również złożone przez Spółkę:

1. oświadczenie pracownika Polkomtel dotyczące zawartości dysku twardego;
2. opinia językoznawcza magistra filologii polskiej dotycząca znaczenia i kontekstu w jakim używany jest w języku polskim wyraz „współdziałać” wraz z wnioskiem o włączenie jej do materiału dowodowego w postępowaniu;
3. opinia językoznawcza magistra filologii polskiej dotycząca znaczenia i kontekstu w jakim używany jest w języku polskim, w słownictwie specjalistycznym z zakresu informatyki, wyraz „kopia” oraz opis hasła „kopia” wraz z wnioskiem o włączenie ich do materiału dowodowego w postępowaniu;

4. opinia językoznawcza magistra filologii polskiej dotycząca znaczenia i kontekstu w jakim używany jest w języku polskim wyrażenie „w toku” oraz opis hasła „tok” wraz z wnioskiem o włączenie jej do materiału dowodowego w postępowaniu;
5. opinia magistra inżyniera świadczącego usługi informatyczne dotycząca niemożności uznania pliku komputerowego w formacie .pst za kopię znajdującej się na serwerze skrzynki poczty elektronicznej wraz z wnioskiem o jej włączenie do materiału dowodowego w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, Prezes UOKiK zważył co następuje

I.

Kontrola w toku postępowania przed Prezesem Urzędu jest jednym z najskuteczniejszych instrumentów do walki z ograniczającymi konkurencję praktykami. Celem kontroli jest przede wszystkim weryfikacja legalności działania danego przedsiębiorcy, polegająca na zebraniu dowodów w możliwie największym stopniu potwierdzających istnienie naruszenia bądź dowodzących braku podstaw do stwierdzenia naruszenia. Regulacja zawarta w artykułach 105a – 105l ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów* ma umożliwić Prezesowi Urzędu zebranie dowodów bezpośrednio u przedsiębiorcy, w szczególności wtedy, gdy istnieje uzasadnione ryzyko odmowy ich dobrowolnego wydania (np. ukrycia lub możliwości zniszczenia). Przepisy te, niewątpliwie w sposób istotny wkraczające w sferę praw i wolności obywatelskich, mają swoje uzasadnienie w konieczności ochrony konkurencji w interesie publicznym.

Kontrolę prowadzoną przez Prezesa Urzędu regulują przepisy rozdziału 5 ustawy („Kontrola w toku postępowania przed Prezesem Urzędu”). Przepisy te szczegółowo określają poszczególne „etapy” i czynności przeprowadzanej przez organ kontroli przedsiębiorcy, w tym uprawnienia i obowiązki zarówno Prezesa Urzędu, jak i kontrolowanego przedsiębiorcy. Odnoszą się również do przysługującego organowi uprawnienia do dokonania przeszukania pomieszczeń i rzeczy, które może zostać przeprowadzone za zgodą SOKiK.

Zgodnie z ustawą, kontrolujący ma w szczególności prawo:

- 1) wstępu na grunt, do budynków, lokali lub innych pomieszczeń oraz środków transportu kontrolowanego;
- 2) żądania udostępnienia akt, ksiąg, wszelkiego rodzaju dokumentów i nośników informacji związanych z przedmiotem kontroli oraz ich odpisów i wyciągów, a także sporządzania z nich notatek;

3) żądania od kontrolowanego lub osoby upoważnionej przez kontrolowanego ustnych wyjaśnień dotyczących przedmiotu kontroli (por. art. 105b ust. 1 ustawy).

Z odpowiednimi uprawnieniami kontrolujących skorelowane zostały poszczególne obowiązki kontrolowanego przedsiębiorcy, który jest obowiązany do:

- 1) udzielenia żądanych informacji;
- 2) umożliwienia wstępu na grunt oraz do budynków, lokali lub innych pomieszczeń oraz środków transportu;
- 3) udostępnienia akt, ksiąg i wszelkiego rodzaju dokumentów lub innych nośników informacji (por. art. 105d ust. 1 ustawy).

Na kontrolowanym ciąży również w szczególności obowiązek zapewnienia kontrolującym warunków i środków niezbędnych do sprawnego przeprowadzenia kontroli, w tym sporządzenia we własnym zakresie kopii dokumentów, w tym wydruków z nośników informacji, a także informatycznych nośników danych, wskazanych przez kontrolującego (por. art. 105e ustawy).

Nie budzi wątpliwości, iż kontrola jest narzędziem głęboko wkraczającym w swobodę prowadzenia działalności gospodarczej. Kontrolowany przedsiębiorca nie tylko bowiem musi znieść sam fakt prowadzenia kontroli prowadzonej przez niego działalności, ale zobowiązany jest do współdziałania w jej toku. Ustawa, w celu zapewnienia efektywności przysługującego Prezesowi UOKiK narzędzia, przewiduje sankcję pieniężną za brak współdziałania w toku prowadzonej przez ten organ kontroli, nie definiując jednocześnie tego pojęcia.

Zgodnie z treścią art. 106 ust. 2 pkt 3 ustawy Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę karę pieniężną, jeżeli przedsiębiorca ten choćby nieumyślnie nie współdziała w toku kontroli prowadzonej w ramach postępowania na podstawie art. 105a ustawy. Odnotować w tym miejscu należy, że sankcja przewidziana została za brak współdziałania w toku kontroli, a nie za brak realizacji przez kontrolowanego poszczególnych wskazanych w ustawie obowiązków.

Jak stwierdzono w doktrynie, współdziałanie w toku kontroli jest pojęciem szerokim, a obowiązek współdziałania jest obowiązkiem daleko wykraczającym poza obowiązek nieutrudniania kontroli.² W świetle tego stanowiska, które Prezes UOKiK podziela, zakres wynikającego z przepisu art. 106 ust. 2 pkt 3 ustawy obowiązku współdziałania przedsiębiorcy w toku kontroli wpływa na interpretację wyrażonych *expressis verbis* w

² Por. M. Król-Bogomilska (w:) T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, str. 1624.

ustawie uprawnień organu antymonopolowego i odpowiadających im obowiązków kontrolowanych przedsiębiorców.

W konsekwencji, brak współdziałania obejmuje zarówno uchylanie się od realizacji obowiązków przez kontrolowanego, związanych z prowadzoną kontrolą (bierna postawa kontrolowanego), jak i utrudnianie czynności kontrolnych poprzez działanie w określony sposób (czynna postawa kontrolowanego).³ Brak współdziałania przejawiać się może działaniem lub zaniechaniem pewnych działań, do których kontrolowany jest obowiązany w toku kontroli.⁴

Poddany kontroli przedsiębiorca zobowiązany jest więc do szeroko rozumianego współdziałania z kontrolującymi, w tym do znoszenia prowadzonej kontroli. Celem ustawodawcy, który wprowadził sankcję za brak współdziałania w toku kontroli, było zapewnienie, by w szczególności kontrolowany nie uniemożliwił kontrolującym realizacji przysługujących im uprawnień do przeprowadzenia kontroli. Taki szeroki obowiązek współdziałania jest obowiązkiem ustawowym. Wynika on bowiem z uregulowań dotyczących kontroli, w szczególności z katalogu obowiązków kontrolowanego wskazanych w rozdziale 5 ustawy i sformułowania zawartego w art. 106 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Obowiązek współdziałania oraz konsekwencje jego niedopełnienia mogą odnosić się również do czynności przeszukania, które podejmowane mogą być wyłącznie w toku trwającej u przedsiębiorcy kontroli. Kontrolowany w toku czynności przeszukania musi wprawdzie jedynie znieść czynności przeszukania, a nie aktywnie w nich uczestniczyć, lecz nie uprawnia go to do utrudniania czynności przeszukania. Utrudnianie w ten sposób czynności przeszukania, prowadzonych w toku kontroli, może być zakwalifikowane jako brak współdziałania w toku kontroli.⁵

Przebieg kontroli przeprowadzonej przez Prezesa UOKiK w Polkomtel w świetle przepisów rozdziału 5 ustawy wskazuje w ocenie Prezesa Urzędu, że zasadne jest postawienie Spółce zarzutu braku współdziałania w toku kontroli przeprowadzonej u tego przedsiębiorcy i w konsekwencji nałożenie na tego przedsiębiorcę kary pieniężnej na podstawie art. 106 ust. 2 pkt 3 ustawy.

³ Por. *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod. red. C. Banasińskiego i E.Pionka, Wyd. LexisNexis, Warszawa 2009, str. 967.

⁴ *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod. red. C. Banasińskiego i E.Pionka, Wyd. LexisNexis, Warszawa 2009, str. 967.

⁵ *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod. red. C. Banasińskiego i E.Pionka, Wyd. LexisNexis, Warszawa 2009, str. 891.

Przed rozważeniem kwalifikacji wskazanego w sentencji decyzji zachowania Polkomtel jako naruszenia obowiązku współdziałania w toku kontroli należy zauważyć, że wynikające z art. 106 ust. 2 pkt 3 ustawy reguły odpowiedzialności za brak współdziałania w toku kontroli mają zastosowanie do przedsiębiorców.

Zgodnie z art. 4 pkt 1 ustawy przez przedsiębiorcę rozumie się przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, a także: a) osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, b) osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu, c) osobę fizyczną, która posiada kontrolę, w rozumieniu pkt 4, nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziła działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, jeżeli podejmuje dalsze działania podlegające kontroli koncentracji, o której mowa w art. 13, d) związek przedsiębiorców w rozumieniu pkt 2 - na potrzeby przepisów dotyczących praktyk ograniczających konkurencję oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

Mając na uwadze powyższe, nie ulega wątpliwości, iż Polkomtel jako spółka akcyjna jest przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, a zatem spoczywają na niej obowiązki, jakie ww. ustawa nakłada na przedsiębiorców w związku z przeprowadzaną u nich kontrolą Prezesa Urzędu i może być na niego nałożona kara, o której mowa w art. 106 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Prezes Urzędu zdecydował o zakwalifikowaniu wskazanych w sentencji niniejszej decyzji zachowań Spółki jako braku współdziałania w toku prowadzonej u tego przedsiębiorcy kontroli, mając na uwadze następujące okoliczności.

Uzasadnione jest stwierdzenie braku współdziałania Polkomtel w toku kontroli z uwagi na uniemożliwienie kontrolującym niezwłocznego rozpoczęcia czynności kontrolnych, poprzez opóźnianie kontaktu z osobą upoważnioną do reprezentacji Polkomtel, pomimo jej obecności w siedzibie Polkomtel S.A.

Jak wcześniej wskazano, zgodnie z treścią art. 106 ust. 2 pkt 3 ustawy Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę karę pieniężną, jeżeli przedsiębiorca ten choćby nieumyślnie nie współdziałał w toku kontroli prowadzonej w ramach postępowania na podstawie art. 105a

ustawy. Jak stwierdzono w doktrynie, współdziałanie w toku kontroli jest pojęciem szerokim, a obowiązek współdziałania jest obowiązkiem daleko wykraczającym poza obowiązek nieutrudniania kontroli.⁶ W świetle tego stanowiska, które Prezes UOKiK podziela, zakres wynikającego z przepisu art. 106 ust. 2 pkt 3 ustawy obowiązku współdziałania przedsiębiorcy w toku kontroli wpływa na interpretację wyrażonych *expressis verbis* w ustawie uprawnień organu antymonopolowego i odpowiadających im obowiązków kontrolowanych przedsiębiorców.

Brak współdziałania obejmuje zarówno uchylanie się od realizacji obowiązków przez kontrolowanego, związanych z prowadzoną kontrolą (bierna postawa kontrolowanego), jak i utrudnianie czynności kontrolnych poprzez działanie w określony sposób (czynna postawa kontrolowanego).⁷ W szczególności, jako brak współdziałania zostało zakwalifikowane opóźnianie udostępnienia kontrolującemu żądanych dokumentów lub kontaktu kontrolujących z osobami reprezentującymi przedsiębiorcę⁸, co możliwe było przez właściwe dla specyfiki tego rodzaju spraw, szerokie interpretowanie wyrażonych w przepisach prawa obowiązków kontrolowanego

Poddany kontroli przedsiębiorca zobowiązany jest więc do szeroko rozumianego, współdziałania z kontrolującymi, a w tym do znoszenia prowadzonej kontroli. Celem ustawodawcy, który wprowadził sankcję za brak współdziałania w toku kontroli było zapewnienie, by w szczególności kontrolowany nie uniemożliwił kontrolującemu realizacji przysługujących im uprawnień do przeprowadzenia kontroli. Taki szeroki obowiązek współdziałania jest obowiązkiem ustawowym. Wynika on bowiem z uregulowań dotyczących kontroli, w szczególności z katalogu obowiązków kontrolowanego wskazanych w rozdziale 5 ustawy i sformułowania zawartego w art. 106 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Odnosząc powyższy wywód do postawionego Polkomtel zarzutu uniemożliwienia kontrolującemu niezwłocznego rozpoczęcia czynności kontrolnych poprzez opóźnianie kontaktu z osobą upoważnioną do reprezentacji Spółki, pomimo jej obecności w siedzibie kontrolowanego przedsiębiorcy, należy wskazać, że art. 105a ust. 6 ustawy zobowiązuje kontrolującego do doręczenia kontrolowanemu (osobie upoważnionej do reprezentowania kontrolowanego) upoważnienia do przeprowadzenia kontroli oraz okazania legitymacji

⁶ Por. M. Król-Bogomilska (w:) T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, str. 1624.

⁷ Por. *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod. red. C. Banasińskiego i E. Pionka, Wyd. LexisNexis, Warszawa 2009, str. 967.

⁸ Por. wyrok SOKiK z dnia 11 sierpnia 2003r., sygn. akt XVII Ama 123/02.

służbowej. Dopiero wykonanie ciążącego na kontrolującym, obowiązku umożliwia kontrolującemu realizację ich uprawnień do dokonywania czynności kontrolnych.

Oznacza to, że stosownie do postanowień ustawy, możliwość podjęcia przez kontrolujących czynności kontrolnych aktualizuje się z chwilą doręczenia kontrolowanemu lub osobie upoważnionej do jego reprezentowania upoważnienia Prezesa UOKiK do przeprowadzenia kontroli. Jednocześnie, ustawa zakłada, że w razie nieobecności kontrolowanego lub osoby upoważnionej do jego reprezentowania w miejscu kontroli, równie skuteczne, tj. umożliwiające kontrolującemu podjęcia czynności kontrolnych jest tzw. doręczenie zastępcze (por. art. 105a ust. 6 i 7 ustawy). Z punktu widzenia kontrolujących **niezwłoczny kontakt** z osobą reprezentującą kontrolowanego przedsiębiorcę lub **uzyskanie informacji o nieobecności** tych osób niezbędny jest więc dla sprawnego przeprowadzenia kontroli.

Należy podkreślić, iż kontrola wraz z przeszukaniem⁹ jest narzędziem stosowanym przez Prezesa Urzędu przede wszystkim – jak w niniejszej sprawie – w przypadku porozumień ograniczających konkurencję. Ze względu na sekretny charakter tego typu uzgodnień, często jedynym środkiem umożliwiającym zebranie dowodów w celu wykazania naruszenia jest właśnie niezapowiedziana, przeprowadzona z zaskoczenia kontrola u przedsiębiorców mogących dysponować materiałem dotyczącym sprawy rozpatrywanej przez Prezesa Urzędu. W przypadkach, w których kontrole przeprowadzane są równocześnie w kilku miejscach (u kilku przedsiębiorców) – tak jak w sprawie postępowania dotyczącego telewizji mobilnej, w ramach którego została przeprowadzona kontrola Polkomtel – **koniecznym do sprawnego i skutecznego przeprowadzenia powyższych działań jest element zsynchronizowanego działania**, a więc równoczesne wejście do wszystkich poddanych kontroli przedsiębiorców i jak najszybsze zabezpieczenie pomieszczeń, w których mogą znajdować się dowody mające istotne znaczenie dla sprawy. Z tego względu krótki okres oczekiwania na osobę upoważnioną do reprezentowania kontrolowanego przedsiębiorcy był szczególnie istotny z punktu widzenia powodzenia kontroli, w szczególności w sytuacji, jaka miała miejsce w postępowaniu, w toku którego kontrola w Polkomtel została przeprowadzona. Przedmiotem przeprowadzonej kontroli było bowiem m.in. ustalenie czy doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia dotyczącego usługi telewizji mobilnej.

⁹ Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów przewiduje w art. 105c możliwość dokonania przeszukania pomieszczeń lub rzeczy za zgodą Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Jeżeli zachodzi uzasadnione podejrzenie poważnego naruszenia przepisów ustawy, w szczególności wtedy, gdy mogłoby dojść do zatarcia dowodów z wnioskiem o wydanie zgody na przeszukanie, o można wystąpić do Sądu przed wszczęciem postępowania antymonopolowego.

Określony przez Prezesa Urzędu przedmiot kontroli zdeterminował podjęcie działań kontrolnych równoległe u kilku przedsiębiorców telekomunikacyjnych¹⁰. Działania te miały charakter skoordynowany, tzn. zakładano równoległe wejście do siedzib poszczególnych, kontrolowanych spółek i równoległe podjęcie czynności kontrolnych. Taka koordynacja podejmowanych przez kontrolujących działań miała na celu uniemożliwienie uzyskania przez kontrolowanych przedsiębiorców informacji odnośnie do czynności podjętych przez Prezesa Urzędu, w tym zakresu przedmiotowego kontroli, przed doręczeniem osobom upoważnionym do reprezentacji poszczególnych poddanych kontroli przedsiębiorców i w konsekwencji przed podjęciem czynności kontrolnych u poszczególnych przedsiębiorców. Wcześniejsze uzyskanie tego rodzaju informacji przez kontrolowanych przedsiębiorców grozić bowiem może, w każdym przypadku, podjęciem przez nich działań zmierzających np. do usuwania bądź niszczenia dowodów lub uzgadniania treści udzielanych kontrolującym wyjaśnień, co w konsekwencji powoduje, że kontrola – jako narzędzie pozyskiwania materiału dowodowego przez Prezesa UOKiK – staje się nieefektywna.

Dokonując oceny zarzucanych Spółce działań, uwzględnić należy, iż w przypadku kontroli prowadzonej przez pracowników Urzędu inicjatywa określenia czynności kontrolnych, jakie mają być podjęte, należy do kontrolującego, kontrolowany zaś jest obowiązany współdziałać z kontrolującymi bez zbędnej zwłoki. Oznacza to, że za brak współdziałania w toku kontroli może być uznany nie tylko brak współdziałania rozumiany ściśle jako nierealizowanie przez kontrolowanego zgłaszanych przez kontrolujących, na podstawie ustawy, żądań, ale również zwlekanie z podjęciem współdziałania, czyli opóźnianie prowadzenia czynności przez kontrolujących.¹¹ Takie spojrzenie na kwestię braku współdziałania ze strony kontrolowanego przedsiębiorcy uzasadnia to, że w rzeczywistości każde opóźnienie w toku kontroli może utrudnić lub wręcz uniemożliwić osiągnięcie celu kontroli.¹²

Z treści protokołu kontroli, w zakresie, do którego Spółka nie złożyła zastrzeżeń wynika, że kontrolowany od momentu zakomunikowania przez kontrolujących woli spotkania z osobą upoważnioną podejmował działania mające wyrobić w kontrolujących przekonanie, że spotkanie to nastąpi niezwłocznie (zapewnienie kontrolującym kontaktu z osobą z biura

¹⁰ Kontrole przeprowadzono równoległe w Polkomtel, P4 sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Polskiej Telefonii Cyfrowej sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Info-TV-FM Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu oraz NFI Magna Polonia S.A. z siedzibą w Warszawie.

¹¹ Por. wyrok SOKiK z dnia 19 sierpnia 2003 r., sygn. akt XVII Ama 130/02.

zarządu, zaproponowanie sali konferencyjnej, etc.). Z drugiej jednak strony, mimo regularnie ponawianych przez kontrolujących żądań doprowadzenia do skutku spotkania z osobą upoważnioną do reprezentowania Polkomtel, kontrolujący w siedzibie kontrolowanego przedsiębiorcy byli zmuszeni oczekiwać na umożliwienie spotkania z osobą reprezentującą Polkomtel przez ponad godzinę, pomimo że osoba ta była w tym czasie obecna w siedzibie kontrolowanej spółki. W ocenie Prezesa UOKiK, w niniejszej sprawie okres oczekiwania kontrolujących na możliwość spotkania z obecną w tym czasie w siedzibie przedsiębiorcy osobą upoważnioną do reprezentacji Spółki w celu doręczenia jej upoważnienia do przeprowadzenia kontroli Polkomtel oraz postanowienia SOKiK w sprawie zgody na przeszukanie był nadmierny i nieuzasadniony, a w konsekwencji musi być kwalifikowany jako przejaw braku współdziałania Polkomtel w toku kontroli prowadzonej u tego przedsiębiorcy.

Zauważyć w tym miejscu trzeba, że w niniejszej sprawie kontrolujący praktycznie bezpośrednio po wejściu do siedziby Spółki uzyskali od [informacja podlegająca ochronie, pkt 46 załącznika nr 1 do decyzji]– Zastępcy Dyrektora Biura Zarządu Spółki, jednoznacznie informację o tym, że aktualnie wszyscy członkowie Zarządu Polkomtel obecni są w siedzibie Spółki, w związku z czym organizowane będzie spotkanie kontrolujących z osobą upoważnioną do reprezentacji Spółki.

W niniejszej sprawie nie budziło wątpliwości kontrolujących oświadczenie pracownika Polkomtel co do obecności w miejscu kontroli członków zarządu Spółki. Co więcej, zauważyć należy, iż uzyskanie przez kontrolujących tego rodzaju, nie budzącej wątpliwości, deklaracji w powiązaniu ze wskazanymi wyżej działaniem Spółki ocenionymi jako pozorowanie współdziałania, mogło uwiarygodnić wrażenie jakoby kontrolowany dążył do uczynienia zadość żądaniom kontrolujących. Wobec tego kontrolujący mieli prawo oczekiwać, że osoba upoważniona do reprezentacji Polkomtel jest obecna w miejscu kontroli i do spotkania z nią, deklarowanego po wielokroć przez kolejnych pracowników lub współpracowników Spółki z dużą częstotliwością, dojdzie niezwłocznie. W świetle powyższego, uznać należy, iż kontrolujący mieli podstawy uznać, że nie zachodzi potrzeba dokonania tzw. doręczenia zastępczego i w jego następstwie niezwłocznego podjęcia czynności kontrolnych.

¹² Por. M. Król-Bogomilska (w:) T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, str. 1624.

W tym kontekście za nieuzasadnione należy uznać stanowisko Spółki, której zdaniem wskazana, jako podstawa sformułowanego przez Prezesa Urzędu zarzutu, okoliczność nie może podlegać sankcji za brak współdziałania w toku prowadzonej przez Prezesa UOKiK kontroli, z uwagi na to, że opisane „rzekome działania Spółki, nawet jeżeli miały miejsce to nie w toku kontroli a przed kontrolą”¹³. Polkomtel podkreślił, że dopiero doręczenie kontrolowanemu bądź osobie upoważnionej do jej reprezentowania odpowiednich dokumentów (tj. upoważnienia do przeprowadzenia kontroli) powoduje, że wykonywane mogą być czynności kontrolne. W konsekwencji oczekiwanie na możliwość spotkania z oznaczoną osobą (w niniejszej sprawie Prezesem Zarządu Spółki) nie może być traktowane jako zdarzenie mające miejsce w toku kontroli.

Z takim stanowiskiem nie można się jednak zgodzić. Mając na uwadze prezentowane przez Polkomtel w toku postępowania w sprawie stanowisko, zauważyć należy przede wszystkim, że brak jest w ustawie przepisu, z którego wynikałoby, że wszczęcie kontroli następuje z chwilą doręczenia upoważnienia do jej przeprowadzenia kontrolowanemu bądź osobie upoważnionej do jego reprezentowania, analogicznego np. do art. 284 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997r. *ordynacja podatkowa*, t.j. Dz.U. z 2005r., nr 8, poz. 60 z późn. zm., który nie znajduje jednak zastosowania do kontroli prowadzonej przez Prezesa UOKiK. Regulacji tego rodzaju nie zawiera również ustawa *o swobodzie działalności gospodarczej*, którą stosuje się obok przepisów ustawy do kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu. Interpretacja zaprezentowana przez Spółkę nie da się pogodzić z ideą racjonalnego ustawodawcy. Skutkiem jej zastosowania może być bowiem sytuacja, w której przedsiębiorca faktycznie bezkarnie uniemożliwia przeprowadzenie czynności kontrolnych dotyczących prowadzonej przez niego działalności w ten sposób, że on sam bądź osoba upoważniona do jego reprezentowania, będąc obecnym w miejscu kontroli nie godzi się na spotkanie z upoważnionymi pracownikami Urzędu. Przyjęcie argumentu Polkomtel powodowałoby, że udaremnienie kontroli przez przedsiębiorcę w ww. sposób nie byłoby sankcjonowane. Nie wydaje się jednak, by taki cel przyświecał racjonalnemu ustawodawcy, który przyznał Prezesowi UOKiK kompetencje kontrolne i jednocześnie przewidział w ustawie możliwość nałożenia przez ten organ na przedsiębiorcę kary pieniężnej za brak współdziałania w toku prowadzonej u niego kontroli.

Biorąc pod uwagę *ratio* przepisu ustawy, wymagającego od kontrolujących przedstawienie kontrolowanemu dokumentów upoważniających do podjęcia czynności kontrolnych, należy wskazać, że jego celem jest zapewnienie przedsiębiorcy informacji o

¹³ Por. pismo Polkomtel z dnia 29 czerwca 2010r.

fakcie prowadzenia kontroli, jej przedmiocie i zakresie, a także umożliwienie mu skorzystania z przysługujących mu na podstawie sdg środków, w tym prawa zgłoszenia sprzeciwu i doprowadzenie do wstrzymania kontroli. Wykorzystanie go jednak przez przedsiębiorcę do udaremnienia kontroli należy uznać za sprzeczne z interesem publicznym.

Powyższe okoliczności uzasadniają stanowisko Prezesa UOKiK, że nieuzasadnione przedłużanie przez przedsiębiorcę okresu oczekiwania kontrolujących na spotkanie z obecną w miejscu kontroli osobą upoważnioną do reprezentowania kontrolowanego przedsiębiorcy, mające na celu doręczenie kontrolowanemu upoważnienia do przeprowadzenia kontroli podlega sankcji przewidzianej za brak współdziałania kontrolowanego w toku prowadzonej u niego kontroli.

Na marginesie wskazać należy, iż Polkomtel w zależności od bieżących potrzeb weryfikuje prezentowane stanowisko odnośnie do momentu rozpoczęcia kontroli. W niniejszym postępowaniu Polkomtel twierdził – jak wskazano wyżej – że wskazana, jako podstawa sformułowanego przez Prezesa Urzędu zarzutu, okoliczność nie może podlegać sankcji za brak współdziałania w toku prowadzonej przez Prezesa UOKiK kontroli, z uwagi na to, że opisane rzekome działania Spółki, nawet jeżeli miały miejsce to nie w toku kontroli, a przed kontrolą. Natomiast, składając zażalenie na postanowienie Prezesa Urzędu z dnia 8 grudnia 2009r. o kontynuowaniu czynności kontrolnych (sygn. akt DOK2-400-8/09/KR/MKK), Spółka stała na stanowisku, że kontrola rozpoczyna się z chwilą wkroczenia kontrolujących do siedziby kontrolowanego przedsiębiorcy. Polkomtel wskazywał w zażaleniu, że jeden z kontrolujących nie dysponował w momencie podjęcia czynności kontrolnych stosownym upoważnieniem, bowiem „upoważnienie to nie istniało w momencie wkroczenia kontroli do Spółki”. Spółka podnosiła, że „upoważnienie do przeprowadzenia kontroli powinno być okazane natychmiast po wejściu do siedziby Spółki. Kontrolujący nie dysponując upoważnieniem (...), nie miał prawa wejść na teren Spółki z innymi kontrolującymi”. Powyższa okoliczność odbiera wiarygodność stanowisku Polkomtel świadcząc wyraźnie, że jest ono konstruowane dowolnie, w zależności od tego, co bardziej odpowiada bieżącym interesom Spółki.

Rozważając nałożenie na przedsiębiorcę kary za przedłużenie okresu oczekiwania kontrolujących na spotkanie, z obecną w miejscu kontroli osobą upoważnioną do reprezentowania kontrolowanego, którego celem jest doręczenie kontrolowanemu

upoważnienia do przeprowadzenia kontroli, należy poddać analizie, jaki okres oczekiwania uznać należy za odpowiedni.

Odnosząc się do kwestii współdziałania kontrolowanego w toku prowadzonej przez Prezesa UOKiK kontroli, SOKiK wskazał, że „(...) za brak współdziałania w toku kontroli może zostać uznany nie tylko *stricte* brak współdziałania, lecz również zwlekanie z podjęciem współdziałania, czyli opóźnianie prowadzenia czynności przez kontrolujących. Wynika to z faktu, iż inicjatywa określenia czynności kontrolnych należy do kontrolującego, kontrolowany zaś jest obowiązany współdziałać bez zbędnej zwłoki. Brak zgody lub współdziałania kontrolowanego, pomijając jego konsekwencje, uniemożliwia kontrolującemu samodzielne dokonywanie czynności kontrolnych.”¹⁴ SOKiK przyjmuje więc obowiązek niezwłocznego reagowania kontrolowanego na działania bądź żądania kontrolujących.

W świetle ww. wyroku SOKiK, w ocenie Prezesa Urzędu Spółka powinna umożliwić kontrolującym niezwłoczne spotkanie z osobą upoważnioną do jej reprezentowania. Oznacza to, że przedmiotowe spotkanie nastąpić powinno w jak najkrótszym czasie¹⁵, tj. w czasie niezbędnym do przekazania właściwej osobie informacji o obecności pracowników Urzędu w siedzibie przedsiębiorcy i przedstawionym przez nich żądaniu umożliwienia spotkania, ewentualnego przerwania przez nią dokonywanych w danym momencie czynności oraz przejścia zarówno kontrolujących, jak i osoby upoważnionej do reprezentowania Spółki do pomieszczenia, w którym spotkanie ma się odbyć.

Oczywistym przy tym jest, że oczekiwane przez kontrolujących niezwłoczne spotkanie nie oznacza spotkania natychmiastowego. Niedopuszczalna jednak w ocenie Prezesa Urzędu jest sytuacja, w której osoby upoważnione do reprezentowania kontrolowanego przedsiębiorcy przedłużają okres oczekiwania kontrolujących na spotkanie, które umożliwić ma podjęcie czynności kontrolnych, chociażby w ten sposób, że nie decydują się na takie spotkania niezwłocznie.

Rozważając kwestię czasu oczekiwania kontrolujących na spotkanie z osobą upoważnioną, w tym dokonując oceny, czy w danej sprawie kontrolującym umożliwiono niezwłoczne spotkanie z osobą upoważnioną do reprezentowania kontrolowanego przedsiębiorcy, uwzględnić należy fakt, że żądając spotkania z osobą upoważnioną do reprezentowania największej nawet spółki, kontrolujący nie występują jako osoby prywatne, tylko działają z upoważnienia centralnego organu państwa, są funkcjonariuszami publicznymi

¹⁴ Por. wyrok SOKiK z dnia 19 sierpnia 2003r., XVII Ama 130/02; *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod. red. C. Banasińskiego i E. Pionka, Wyd. LexisNexis, Warszawa 2009, str. 967.

¹⁵ Zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego PWN niezwłoczny to taki, który powinien nastąpić w jak najkrótszym czasie, por. www.pwn.pl.

reprezentującymi RP i w taki sposób powinni być traktowani. Mając na względzie, że niestawienie się niezwłocznie na żądanie kontrolujących osoby upoważnionej do reprezentowania kontrolowanego było uzasadniane przedłużającym się spotkaniem, należy podkreślić, że nie jest uzasadnieniem utrudniania podjęcia czynności kontrolnych fakt, iż np. „członkowie zarządu mają spotkanie”, gdyż w przypadku okoliczności nietypowej, jaką jest niewątpliwie kontrola, kierownictwo spółki powinno albo spotkać się osobiście z kontrolującymi albo upoważnić swoich pracowników do kontaktów z kontrolującymi.

Wszystkie wskazane wyżej okoliczności bezsprzecznie nie mogą usprawiedliwiać działania przedsiębiorcy. Nawet bowiem jeżeli by przyjąć, że kwestionowane zachowanie Polkomtel nie było intencjonalne, to bezsprzecznie utrudniło Prezesowi Urzędu wykonywanie kontroli i obiektywnie świadczy o braku współdziałania Polkomtel w jej toku. Prezes Urzędu podziela w tym względzie stanowisko wyrażone w doktrynie, zgodnie z którym „*powinność zorganizowania działalności danej jednostki należy do osób kierujących. Odpowiedzialność za niedopełnienie obowiązku współdziałania w toku kontroli spoczywa na przedsiębiorcy także wtedy, gdy działalność tej jednostki realizują pracownicy*”¹⁶.

W ocenie Prezesa UOKiK fakt, że kontrolujący oczekiwali w siedzibie Polkomtel na spotkanie z osobą upoważnioną do reprezentowania tej spółki przez okres ponad 1 godz. pozwala na postawienie wniosku, że spotkanie, które, po licznych naleganiach, ostatecznie nastąpiło, nie zostało zorganizowane przez Spółkę niezwłocznie. Co więcej, wydaje się, iż podejmując próbę obiektywnej oceny czasu oczekiwania kontrolujących na spotkanie z osobą upoważnioną do reprezentacji Spółki, Polkomtel zgodziłby się z przedstawioną przez Prezesa Urzędu argumentacją skoro w złożonym w toku niniejszego postępowania piśmie z dnia 17 czerwca 2010r., Spółka odnotowuje, istotny, jak się wydaje z jej punktu widzenia fakt, że jej „pełnomocnicy dotarli do pokoju, w którym udostępniono akta niniejszego postępowania, **dopiero** po upływie 20 minut”, dodając jednocześnie że „nie jest możliwe, nawet w sprawnie działającej instytucji (...), umożliwienie dokonania nawet prostej czynności w sposób natychmiastowy”. Skoro więc, w ocenie Spółki, 20-minutowy okres oczekiwania w siedzibie Urzędu na umożliwienie zapoznania się z aktami postępowania oznacza dla Spółki, że akta nie zostały udostępnione jej pełnomocnikom niezwłocznie, to tym bardziej Polkomtel przyznać powinien, że nie jest niezwłocznym spotkanie kontrolujących z osobą upoważnioną do reprezentowania przedsiębiorcy, które odbywa się po upływie ponad godziny od

¹⁶ M. Król-Bogomilska (w:) T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 1623.

pojawienia się kontrolujących w siedzibie tego przedsiębiorcy i zgłoszenia żądania umożliwienia im odbycia takiego spotkania.

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, że w przedmiotowej sprawie doszło do opóźnienia kontaktu kontrolujących z osobą upoważnioną do reprezentowania kontrolowanego przedsiębiorcy, która w tym czasie była obecna w siedzibie Polkomtel, co uniemożliwiło kontrolującym niezwłoczne rozpoczęcie czynności kontrolnych. Takie działanie Spółki zakwalifikować należy jako brak współdziałania w toku prowadzonej u tego przedsiębiorcy kontroli, co uzasadnia nałożenie na Spółkę kary pieniężnej na podstawie art. 106 ust. 2 pkt 3 ustawy. Podkreślenia wymaga, że stwierdzone niniejszą decyzją naruszenie obowiązków kontrolowanego, którego dopuścił się Polkomtel jest naruszeniem wysokiej wagi i należy do kategorii naruszeń istotnie utrudniających Prezesowi UOKiK skuteczne stosowanie tego wyjątkowego instrumentu pozyskiwania dowodów w sprawach antymonopolowych, jakim jest kontrola z przeszukaniem. Uniemożliwianie przez kontrolowanego przedsiębiorcę niezwłocznego spotkania kontrolujących z osobą upoważnioną do reprezentowania kontrolowanego, może umożliwić kontrolowanemu zniszczenie dowodów lub ich ukrycie. Nie ma przy tym zasadniczo znaczenia, czy kontrolowany opóźnia przeprowadzenie takiego spotkania o kilkadziesiąt minut (jak w niniejszej sprawie), o kilka godzin, czy jeszcze dłużej. W tym czasie przedsiębiorca może bowiem uzyskać już wiedzę (np. od innych przedsiębiorców poddanych równoległej kontroli), na temat tego co jest przedmiotem kontroli i tym samym może udaremnić znalezienie dowodów oraz umożliwić pracownikom zaangażowanym w domniemane porozumienie dokonania uzgodnienia wyjaśnień (oświadczeń), jakie będą składać pracownikom UOKiK.

Uzasadnione jest stwierdzenie, że Polkomtel nie współdziałał w toku kontroli także w ten sposób, że nie wykonał żądania kontrolujących z dnia 3 grudnia 2009r. przekazania dokumentów dotyczących udziału Polkomtel w projekcie telewizji mobilnej, w tym udziału Polkomtel w Mobile TV sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

Zgodnie z treścią art. 105b ust. 1 pkt 2 ustawy kontrolujący ma prawo do żądania udostępnienia akt, ksiąg i wszelkiego rodzaju dokumentów związanych z przedmiotem kontroli. Z przywołanym uprawnieniem kontrolujących skorelowany jest odpowiedni, wprost wyrażony w ustawie, obowiązek kontrolowanego. Art. 105d ust. 1 pkt 3 stanowi bowiem, że

kontrolowany zobowiązany jest do udostępnienia akt, ksiąg i wszelkiego rodzaju dokumentów.

W toku kontroli Polkomtel przedmiotowy obowiązek kontrolowanego przedsiębiorcy nie został prawidłowo wykonany przez Polkomtel. Okoliczność ta uzasadniała postawienie Spółce zarzutu braku współdziałania w toku prowadzonej w Polkomtel kontroli.

Jak już wcześniej wskazywano, w dniu 3 grudnia 2009r. kontrolujący zobowiązali pełnomocnika Spółki do przedstawienia dokumentów (dokumenty, prezentacje, analizy przygotowywane dla Zarządu i Rady Nadzorczej Spółki), dotyczących udziału Spółki w projekcie telewizji mobilnej, w tym udziału Spółki w Mobile TV sp. z o.o. Żądanie kontrolujących dotyczyło przekazania dokumentów, tj. pełnej ich treści, nie zaś fragmentów dokumentów bądź wyciągów sporządzonych przez Spółkę. Zakres przedstawionego Polkomtel żądania potwierdza treść protokołu kontroli, w części, do której Polkomtel nie złożył zastrzeżeń. Uznać więc tę okoliczność należy za przyznaną przez Spółkę. Żądanie to nie budziło wątpliwości Spółki w trakcie kontroli, w szczególności nie zwracała się ona o wyjaśnienie jego treści bądź doprecyzowanie zakresu.

Realizując rzekomo przedmiotowe żądanie, Spółka w dniu 14 grudnia 2009r. doręczyła do siedziby Urzędu zbiór materiałów stanowiących potwierdzoną za zgodność z oryginałem wersję dokumentów, z których usunięte zostały niektóre, wybrane przez Spółkę informacje (por. pismo Polkomtel z dnia 14 grudnia 2009r. wraz z załącznikami). Przedstawiając ww. materiały, Polkomtel nie wyjaśnił z jakich powodów przedstawiono kontrolującym wybrane fragmenty dokumentów, w tym jaki zastosowano klucz wyboru tych fragmentów.

W ocenie Prezesa Urzędu, przekazanie przez Spółkę jedynie fragmentów żądanych przez kontrolujących w całości dokumentów oznacza, że żądanie kontrolujących faktycznie nie zostało zrealizowane. Uzasadnia to, wobec jednoznaczności postawionego przez kontrolujących żądania, stwierdzenie, że Polkomtel nie współdziałał w tym zakresie w toku prowadzonych u tego przedsiębiorcy czynności kontrolnych.

Mając na uwadze ww. stan faktyczny wskazać należy w pierwszej kolejności, że przedmiotem żądania kontrolujących były dokumenty istotne z punktu widzenia prowadzonego postępowania, odnoszące się do określonych kwestii. Żądanie w sposób oczywisty odnosiło się do dokumentów, tj. ich **oryginałów bądź kopii mających moc dowodową oryginałów, a nie ich wyciągów** i zostało sformułowane z uwagi na fakt, iż

zgodnie z treścią art. 51 ust. 1 ustawy dowodem z dokumentu w postępowaniu przed Prezesem Urzędu może być tylko oryginał dokumentu lub jego poświadczona kopia. W wyroku z dnia 16 czerwca 2000r., SN wprost wskazał, że dla uznania kserokopii za dokument niezbędne jest oświadczenie o istnieniu **oryginału o treści i formie odwzorowanej kserokopią**¹⁷.

Realizując żądanie kontrolujących dotyczące **przedstawienia dokumentów** (dokumenty, prezentacje, analizy przygotowane dla Zarządu i Rady Nadzorczej Spółki) dotyczących udziału Polkomtel w projekcie telewizji mobilnej, w tym udziału Spółki w Mobile TV sp. z o.o., Polkomtel przedstawił kontrolującym materiały poświadczane za zgodność z oryginałem przez [informacja podlegająca ochronie, pkt 47 załącznika nr 1 do decyzji]. Jednak już pobieżna analiza ich treści wskazywała, iż materiały te nie obejmują pełnej treści odwzorowywanych dokumentów i pozwalała na postawienie wniosku, że oryginały dokumentów, których poświadczoną kopię Polkomtel przedstawił kontrolującym, bez wątpienia mają inną, szerszą treść. Przedstawione materiały mogą być w konsekwencji uznane co najwyżej za sporządzone przez Spółkę wyciągi z posiadanych dokumentów (w tym protokołów posiedzeń organów Spółki), o sporządzenie których nie występował kontrolujący lub też za potwierdzoną za zgodność z oryginałem kopię wyciągu. Niezależnie jednak od tego w jaki sposób zakwalifikowane zostaną przedstawione przez Polkomtel materiały, nawet przy uwzględnieniu faktu, iż zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem, trudno je jednak uznać za dowód treści pełnego dokumentu źródłowego.

Takie stanowisko potwierdza orzecznictwo, w którym uznano, iż udostępnienie dokumentów, jeśli żądają tego kontrolujący, polega na udostępnieniu oryginałów. Przekazanie kopii (np. plików na nośniku CD) [nie mającej waloru oryginalnego dokumentu] nie konsumuje czynności udostępnienia oryginalnych dokumentów.¹⁸

W każdym razie, niezależnie od tego w jaki sposób zakwalifikować przedstawione przez Spółkę materiały, ich analiza pozwala na stwierdzenie, że Spółka nie wykonała żądania kontrolujących odnośnie do przekazania wskazanych przez kontrolujących **dokumentów** (dokumenty, prezentacje, analizy przygotowywane dla Zarządu i Rady Nadzorczej Spółki), dotyczących udziału Spółki w projekcie telewizji mobilnej, w tym udziału Spółki w Mobile TV sp. z o.o.

¹⁷ Sygn. akt IV CKN 59/00.

¹⁸ Por. wyrok SN z dnia 7 maja 2004r., sygn. akt III SK 34/04.

Decydując o zakwalifikowaniu ww. działań Spółki jako braku współdziałania w toku prowadzonej w jej siedzibie kontroli, Prezes Urzędu rozważył również relację w jakiej pozostawała treść żądanych dokumentów z przedmiotem i zakresem prowadzonej kontroli. Przede wszystkim podkreślić należy, iż z punktu widzenia Prezesa Urzędu oczywistym było, że żądane od Polkomtel dokumenty obejmować mogą również treści nie związane z zakresem kontroli, szczególnie jeżeli uwzględni się ich charakter. Regułą bowiem jest, że kontrolujący w toku przeprowadzanych czynności kontrolnych, w tym w toku przeszukania, styka się również z przedmiotami i dokumentami pozostającymi poza przedmiotem kontroli, co potwierdza również orzecznictwo SOKiK¹⁹. Należy jednak zauważyć, że dopiero szczegółowa analiza zgromadzonych w toku kontroli z przeszukaniem materiałów pozwala jednoznacznie odpowiedzieć na pytanie, które z nich wchodzi w zakres kontroli. Niejednokrotnie postawienie tego rodzaju wniosku nie jest możliwe po pobieżnej, dokonanej w toku czynności kontrolnych analizie dokumentów. Na fakt ten uwagę zwróciła również Komisja Europejska w *Obwieszczeniu Komisji dotyczącym zasad dostępu do akt Komisji w sprawach na mocy art. 81 i 82 Traktatu WE, art. 53, 54 i 57 Porozumienia EOG oraz rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 (2005/C 325/07)*. W punkcie 9 obwieszczenia odnotowano, iż w trakcie dochodzenia prowadzonego na mocy art. 20, 21 i 22 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 Komisja Europejska może zgromadzić pewną liczbę dokumentów. Niektóre z nich dopiero po dokładniejszej analizie mogą okazać się niezwiązane z daną sprawą. Takie dokumenty nie mogą stanowić dowodu w postępowaniu prowadzonym przeciwko przedsiębiorcy.²⁰ Nie wyklucza to jednak prawa organu antymonopolowego do ich pozyskania, np. jeśli – tak jak w niniejszej sprawie – znajdują się w tym samym dokumencie do informacji istotne z punktu widzenia prowadzonego postępowania.

Pamiętać przy tym trzeba, że to do organu antymonopolowego, a nie kontrolowanego przedsiębiorcy, należy określenie dokumentów czy informacji, których uzyskanie Prezes UOKiK uznaje za niezbędne z punktu widzenia prowadzonego postępowania. Kontrola, czy żądane materiały były niezbędne do realizacji zadań przez ten organ należy, w przypadku złożenia odwołania od decyzji, do sądu.²¹ Gdyby było inaczej i od decyzji przedsiębiorcy zależeć miałyby uznanie, czy dane informacje nie są niezbędne lub nie mieszczą się w zakresie przedmiotu postępowania, przedsiębiorca posiadałby możliwość dokonania takiej

¹⁹ Por. np. wyrok SOKiK z dnia 11 sierpnia 2003r., sygn. akt XVII Ama 123/02.

²⁰ por. wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (obecnie Trybunał Sprawiedliwości) z dnia 22 października 2002 r. w sprawie C-94/00 (sprawa Roquette Freres SA v. Komisja).

selekcji informacji przekazywanych organowi, dzięki której dowody ewentualnych naruszeń pozostałyby nieujawnione.

Odnotować również należy, że zgodnie z art. 105b ust. 1 pkt 2 ustawy w toku prowadzonej kontroli Prezes Urzędu uprawniony jest do żądania od przedsiębiorcy udostępnienia wszelkich dokumentów lub informacji związanych z przedmiotem postępowania.

Pojęcie „*informacji związanych z przedmiotem postępowania*” jest szerokie. W pojęciu tym mieszczą się wszystkie informacje związane z działaniami przedsiębiorcy na danym rynku (w zakresie sprzedaży określonego towaru lub świadczenia określonej usługi), na którym mogło dojść do antykonkurencyjnego porozumienia. Wśród tych informacji (które kontrolowany ma obowiązek udostępnić Prezesowi UOKiK) znajdują się zarówno takie, które mogą stanowić dowód, jak i takie, które ostatecznie nie zostaną wzięte pod uwagę. Nie zmienia to jednak faktu, że Prezes Urzędu ma prawo dostępu do wszelkich informacji lub dokumentów mogących stanowić dowód w sprawie (w tym dokumentów zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa bądź inne tajemnice ustawowo chronione), więc także do tych, które tylko w pewnym zakresie odnoszą się do zagadnień objętych zakresem kontroli. Przedmiotowa okoliczność jest tym bardziej oczywista, jeżeli uwzględniony zostanie wcześniej wskazany fakt, że w przypadku dokumentów w postępowaniu przed Prezesem Urzędu dowodem z dokumentu może być wyłącznie oryginał dokumentu bądź jego kopia (odpowiadająca w swej formie i treści oryginałowi) poświadczona za zgodność z oryginałem.

W niniejszej sprawie dane istotne z punktu widzenia przedmiotu kontroli stanowiły integralną część dokumentów sporządzonych przez Spółkę, tzn. że nie mogły być pozyskane bez naruszenia integralności poszczególnych części oryginałów. Zastosowanie takiego wyodrębnienia tych informacji powodowałoby, że oświadczenie o zgodności z oryginałem pozyskanego materiału faktycznie nie byłoby prawdziwe, jako że nie istnieje dokument (poszczególne jego części), którego treść i formę odwzorowywałaby sporządzona kopia.

Należy wskazać, że ustawowe upoważnienie Prezesa UOKiK obejmuje prawo żądania wszelkich informacji bez względu na to, czy dostarczą dowodów naruszenia ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, czy nie²². W niniejszej sprawie Spółka, poprzez opisane wyżej kwestionowane zachowanie, faktycznie pozbawiła kontrolujących możliwości oceny, które z zawartych w dokumentach Spółki informacji mogą stanowić dowód w sprawie, które

²¹ Por. wyrok SOKiK sygn. akt XVII Ama 62/98, wyrok SOKiK sygn. akt XVII Ama 130/02; M. Król-Bogomilska (w:) T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, str. 1622.

natomiast wykraczają poza zakres prowadzonej kontroli. Przedstawienie przez Spółkę tylko fragmentów dokumentów żądanych przez Prezesa UOKiK uniemożliwiło mu też weryfikację, czy w dokumentach Spółki znajdują się inne informacje z zakresu postępowania niż wskazane przez Spółkę. Spółka zdecydowała bowiem samodzielnie o zakresie przekazywanych kontrolującym informacji, jednocześnie, nie wyjaśniając motywów jakimi kierowała się decydując się na udostępnienie lub nieudostępnienie kontrolującym określonych treści. Oceniając zachowanie Spółki, mieć na uwadze należy również, że kontrolujący zgłosili Polkomtel żądanie udostępnienia określonych dokumentów, do udostępnienia których Spółka się zobowiązała, bez czynienia jakichkolwiek zastrzeżeń, co do ich zakresu, w trakcie kontroli z przeszukaniem prowadzonej w Spółce. Oznacza to, że gdyby Spółka odmówiła przekazania kontrolującym pełnej wersji żądanych dokumentów w toku prowadzonych w jej siedzibie czynności, kontrolujący, poprzez podjęcie czynności przeszukania, mieliby możliwość samodzielnego ich uzyskania i w konsekwencji samodzielnej oceny ich treści odnośnie do zgodności z przedmiotem i zakresem kontroli.

Z uwagi na powyższe okoliczności stwierdzenie o braku współdziałania Polkomtel nie niweluje fakt, że na ponowione już po zakończeniu kontroli żądanie Prezesa UOKiK przedstawienia pełnej wersji określonych dokumentów, Spółka przedstawiła żądane dokumenty w wymaganej formie.

Odnosząc się do przedmiotowego zarzutu Spółka wskazała, iż zgłaszane przez kontrolujących w toku kontroli żądanie przekazania oznaczonych dokumentów zrealizowane zostało prawidłowo, bowiem w sposób uzgodniony z kontrolującymi. W ocenie Prezesa UOKiK, dokonując oceny przedstawionego stanowiska uwzględnić jednak należy przede wszystkim treść protokołu kontroli, który wskazuje, że przedmiotem żądania kontrolujących były określone dokumenty (nie zaś ich fragmenty bądź wyciągi z nich sporządzone). Pamiętać również trzeba, że protokół w ww. zakresie nie został zakwestionowany przez Spółkę (Polkomtel nie zgłosił zastrzeżeń w tym przedmiocie), pomimo że już wtedy (tj. w chwili składania zastrzeżeń) Polkomtel wiedział, że Prezes UOKiK uznał, iż Spółka nie zrealizowała prawidłowo żądania zgłoszonego w toku prowadzonej u tego przedsiębiorcy kontroli dotyczącego przekazania kontrolującym określonych dokumentów.

Prezes UOKiK bowiem, pismem z dnia 11 lutego 2010r., doręczonym Spółce w dniu 22 lutego 2010r., wezwał Spółkę w trybie art. 50 ust. 1 ustawy do przekazania oznaczonych dokumentów, wskazując jednocześnie, że u podstawy żądania leży fakt, iż dokumenty

²² Por. wyrok SOKiK z dnia 19 sierpnia 2003r., sygn. akt XVII AmA 130/02.

przekazane Prezesowi UOKiK przez Spółkę w toku prowadzonej u tego przedsiębiorcy kontroli nie są kompletne. W dniu 18 lutego 2010r. natomiast przekazany został Spółce protokół kontroli, w którym wskazano, że przedmiotem żądania kontrolujących są określone dokumenty (nie zaś ich fragmenty bądź wyciągi z nich sporządzone). Zastrzeżenia do protokołu kontroli, które jednak nie odnosiły się do treści żądania kontrolujących przekazania im określonych dokumentów Spółki, zostały przekazane Prezesowi UOKiK pismem z dnia 25 lutego 2010r., a więc w chwili gdy Spółka od przynajmniej trzech dni posiadała wiedzę co do oceny Prezesa UOKiK odnośnie do sposobu realizacji przez Polkomtel żądania zgłoszonego w toku kontroli u tego przedsiębiorcy. Uznać należy więc, że Spółka miała możliwość zgłoszenia zastrzeżeń w tym przedmiocie. Skoro jednak tego nie uczyniła, to oznacza to, że uznała, że protokół odpowiada przebiegowi kontroli.

Wobec powyższego za uzasadnione uznać należy stwierdzenie, że Spółka nie współdziałała w toku kontroli w ten sposób, że nie wykonała żądania kontrolujących z dnia 3 grudnia 2009r. dotyczącego przekazania dokumentów dotyczących udziału Polkomtel w projekcie telewizji mobilnej, w tym udziału Polkomtel w Mobile TV sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Uzasadniony jest wniosek, że Polkomtel naruszył obowiązek współdziałania w toku kontroli wskutek niewydania przez Polkomtel dysku twardego (nr S/N: WCAU4D590711), na którym zapisane zostały dane informatyczne dotyczące działalności Polkomtel, tj. kopie znajdujących się na serwerze Polkomtel skrzynek poczty elektronicznej pięciu pracowników tej spółki.

Art. 105b ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy uprawnia kontrolującego do żądania od kontrolowanego przedsiębiorcy udostępnienia nośników informacji związanych z przedmiotem kontroli oraz żądania od kontrolowanego (osoby upoważnionej do jego reprezentowania) ustnych wyjaśnień dotyczących przedmiotu kontroli. Odpowiednio, art. 105d ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy nakłada na kontrolowanego obowiązek udostępnienia nośników informacji oraz udzielania żądanych wyjaśnień. Ponadto, stosownie do treści art. 105e ust. 1 pkt 1 ustawy, kontrolowany zobowiązany jest do zapewnienia kontrolującemu warunków i środków niezbędnych do sprawnego przeprowadzenia kontroli, w szczególności do sporządzenia kopii dokumentów, a także informatycznych nośników danych wskazanych przez kontrolującego.

W ocenie Prezesa UOKiK, w toku prowadzonej w Spółce kontroli, doszło do naruszenia przez Polkomtel ww. przepisów regulujących obowiązki ciążące na przedsiębiorcy poddanemu kontroli wskutek niewydania przez Spółkę dysku, na który skopiowano informacje dotyczące działalności Spółki. W konsekwencji zasadne było zakwalifikowanie zarzucanych Spółce działań jako braku współdziałania w toku kontroli.

W uzasadnieniu należy stwierdzić, że podczas kontroli w Polkomtel, dokonano zapisu na dysk twardy stanowiący własność Urzędu danych informatycznych (w postaci plików .pst), dotyczących działalności Polkomtel, tj. kopii skrzynek poczty elektronicznej pięciu pracowników Spółki, zaangażowanych w projekt telewizji mobilnej, tj. [informacja podlegająca ochronie, pkt 48 załącznika nr 1 do decyzji]. Dla każdej z ww. skrzynek sporządzony został odrębny plik .pst. Dysk zabezpieczony został w siedzibie Spółki.

Kontrolujący trzykrotnie zwrócili się do Polkomtel o wydanie przedmiotowego dysku, odpowiednio w toku czynności dokonywanych w siedzibie Spółki w dniach 3 i 30 grudnia 2009r. oraz pismem z dnia 22 stycznia 2010r.

Spółka odmówiła wydania ww. dysku, wskazując na następujące okoliczności:

- informacje stanowią własność Spółki oraz własność prywatną jej pracowników i w znakomitej większości wykraczają poza przedmiot i zakres prowadzonej kontroli,
- informacje mają istotną wartość gospodarczą oraz stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Spółki,
- nieprzedstawienie przez kontrolujących dokumentu upoważniającego organ do żądania wydania na zewnątrz Spółki niewrażliwych z jej punktu widzenia danych,
- fakt zakończenia się kontroli na skutek nierozpoznania przez Prezesa UOKiK zażalenia na postanowienie tego organu z dnia 8 grudnia 2009r. o kontynuowaniu czynności kontrolnych.

Jednocześnie, Spółka zadeklarowała umożliwienie przejrzenia przez kontrolujących zawartości ww. dysku na miejscu, tj. w siedzibie Polkomtel i w tym celu udostępniła dwa stanowiska komputerowe. Niezależnie od ww. okoliczności Spółka zadeklarowała chęć współpracy z Prezesem Urzędu. Ponadto, w toku postępowania, w ramach którego przeprowadzona została kontrola, Polkomtel wskazał, że na przedmiotowym dysku znajdują się nie profile poczty elektronicznej pracowników Spółki, ale pięć plików .pst, z których każdy został utworzony dla poszczególnych profili poczty elektronicznej pięciu pracowników Spółki.

W ocenie Prezesa Urzędu niewydanie przez Polkomtel dysku twardego, na który w toku prowadzonej u tego przedsiębiorcy kontroli skopiowane zostały informacje dotyczące działalności Spółki zakwalifikować należy jako brak współdziałania w toku prowadzonej kontroli, co uzasadnia nałożenie na Spółkę kary pieniężnej na podstawie art. 106 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Niezależnie od dalszych, podniesionych w tym zakresie kwestii, w pierwszej kolejności wskazać należy, iż Polkomtel odmówił wydania kontrolującym dysku, na który w toku kontroli skopiowane zostały informacje dotyczące działalności Spółki, **pomimo** wydania przez SOKiK postanowienia z dnia 22 grudnia 2009r. (sygn. akt XVII Amz 54/09/A), którym ten sąd oddalił zażalenie Spółki na postanowienie Prezesa UOKiK z dnia 8 grudnia 2009r. o kontynuowaniu czynności kontrolnych, wydane na skutek złożenia przez Polkomtel w toku prowadzonej u tego przedsiębiorcy kontroli sprzeciwu wobec podjęcia i wykonywania w toku kontroli Prezesa UOKiK czynności z naruszeniem prawa przez pracowników UOKiK. Odnotować trzeba, że złożony przez Spółkę, pismem z dnia 4 grudnia 2009r., sprzeciw opierał się m.in. na zarzucie usiłowania przekroczenia uprawnień przez kontrolujących i zajęcia danych wykraczających poza przedmiot i zakres kontroli. Formułując ww. zarzut, Polkomtel wskazywał na brak uprawnienia kontrolujących do wyniesienia poza siedzibę tego przedsiębiorcy dysku, na którym zapisane zostały dane wykraczające poza zakres kontroli, w tym informacje prywatne oraz dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Spółki. Wbrew żądaniom Polkomtel SOKiK nie uznał argumentów, które odnosiły się m.in. do kwestii wydania przedmiotowego dysku i miały w intencji Polkomtel spowodować odstąpienie od czynności kontrolnych przez kontrolujących.

Wobec przywołanego stanowiska SOKiK fakt niewydania przez Polkomtel dysku twardego, na który w toku kontroli skopiowano informacje dotyczące działalności Spółki, w całym toku kontroli oznacza, że Polkomtel najpierw skorzystał z przysługujących mu na podstawie przepisów sdg uprawnień do zakwestionowania i w konsekwencji poddania kontroli prawidłowości podejmowanych przez kontrolujących działań i poddał ocenie SOKiK kwestię uprawnienia kontrolujących do zabrania dysku z siedziby Spółki, by następnie odmówić jego wydania, pomimo prawomocnego stwierdzenia przez SOKiK, że działania kontrolujących były prawidłowe. Ustalenie to znalazło odbicie w wydanym przez SOKiK postanowieniu w przedmiocie oddalenia zażalenia Polkomtel na postanowienie Prezesa Urzędu o kontynuowaniu czynności kontrolnych. Uznać więc należy, że oddalenie przez SOKiK zażalenia Polkomtel na ww. postanowienie Prezesa Urzędu nie wpłynęło na

modyfikację stanowiska tego przedsiębiorcy. Takie zachowanie Polkomtel oznacza, że Spółka postanowiła kontynuować raz przyjętą linię postępowania niezależnie od, a wręcz wbrew rozstrzygnięciom sądowym.

Jednocześnie, wydanie przez SOKiK ww. postanowienia spowodowało, że w niniejszej sprawie nie doszło, jak twierdzi Spółka, do wcześniejszego zakończenia kontroli na skutek nierozpoznania przez właściwy organ (sąd) zażalenia na postanowienie Prezesa UOKiK z dnia 8 grudnia 2009r. o kontynuowaniu czynności kontrolnych. Przedmiotowe zażalenie zostało bowiem rozpoznane w zastrzeżonym przez ustawę o sdg 7-dniowym terminie przez SOKiK, stosownie do treści art. 84c ust. 10 sdg, w związku z art. 81 ust. 5 ustawy i art. 479²⁸ § 1 pkt 2 kpc.

Rozważając postawiony Polkomtel zarzut, wskazać należy, że kontrola przedsiębiorcy jest jednym z dostępnych Prezesowi Urzędu sposobów pozyskiwania materiału dowodowego. Celem kontroli jest uzyskanie dowodów (dokumentów, materiału w formie elektronicznej, wyjaśnień), które umożliwią temu organowi ocenę, czy w danej sytuacji faktycznej doszło do naruszenia przepisów ustawy. Nie budzi przy tym wątpliwości istnienie uprawnienia Prezesa Urzędu do przeniesienia uzyskanego w toku kontroli materiału dowodowego do siedziby Urzędu. Materiał ten stanowi bowiem załącznik do sporządzonego protokołu kontroli (por. art. 105j ust. 3 ustawy) i do takiego protokołu kontroli, stanowiącego element akt postępowania administracyjnego, musi zostać fizycznie dołączony.

W świetle powyższego, niezbędna stała się ocena odnośnie do charakteru dysku, na który skopiowano informacje dotyczące działalności Spółki, jako dowodu uzyskanego w toku prowadzonej w Spółce kontroli.

Art. 105d ust. 1 pkt 3 ustawy stanowi, że kontrolowany (osoba przez niego upoważniona) obowiązany jest do udostępnienia kontrolującemu akt, ksiąg, wszelkiego rodzaju dokumentów lub innych nośników informacji. Jednocześnie, na podstawie art. 105e ust. 1 lit. a ustawy, na kontrolowanym ciąży obowiązek zapewnienia kontrolującemu warunków i środków niezbędnych do sprawnego przeprowadzenia kontroli, a w szczególności sporządzenie kopii dokumentów, w tym wydruków z nośników informacji, a także informatycznych nośników danych, wskazanych przez kontrolującego.

W ocenie Prezesa Urzędu, materiał skopiowany na dysk, którego wydania przez Polkomtel żądali kontrolujący, stanowił w istocie materiał już zebrany przez kontrolujących. W przypadku danych elektronicznych bowiem owo „zebranie” należy identyfikować z

momentem przeniesienia wybranych danych (informacji) z oryginalnego źródła (w niniejszej sprawie serwer pocztowy Spółki), na zewnętrzny nośnik, dokonane na żądanie kontrolujących w toku prowadzonej kontroli. W momencie kopiowania dochodzi do udostępnienia „źródła” i sporządzenia kopii informacji na potrzeby prowadzonego przez Prezesa Urzędu postępowania. Dokonując sporządzenia przedmiotowej kopii, Polkomtel wykonał dyspozycję art. 105e ust. 1 pkt 1 ustawy. Jednocześnie jednak, odmawiając wydania (udostępnienia) dysku, na który skopiowano przedmiotowe informacje wraz z tymi informacjami kontrolującym, przedsiębiorca ten dopuścił się naruszenia art. 105d ust. 1 pkt 3 ustawy. „Udostępnienie”, o którym mowa w przywołanym przepisie, należy bowiem rozumieć szeroko, nie tylko jako umożliwienie zapoznania się kontrolujących, w siedzibie kontrolowanego przedsiębiorcy, z określonymi dokumentami, informacjami, czy też ich udostępnienie w celu sporządzenia kopii, ale również jako ich wydanie kontrolującym, w celu włączenia do akt prowadzonego postępowania.

Takie rozumienie przywołanego sformułowania w ocenie Prezesa Urzędu uzasadniają:

1. treść art. 105e ust. 1 pkt 1 ustawy zobowiązujące kontrolowanego m.in. do sporządzenia kopii dokumentów, a także informatycznych nośników danych,
2. treść art. 105f ust. 1 ustawy, zgodnie z którym kontrolujący ustalają stan faktyczny na podstawie dowodów zebranych w toku kontroli,
3. treści art. 105j ust. 3 ustawy, w którym wskazano, że materiał dowodowy zgromadzony w toku kontroli stanowi załącznik do protokołu kontroli.

Przyjęcie bowiem wąskiego rozumienia sformułowania „udostępnienie”, ograniczonego do okazania dokumentu bądź umożliwienia kontrolującym zapoznania się z określonymi informacjami wyłącznie na miejscu kontroli, powodowałoby bowiem, że nie istniałyby materiały, które mogłyby zostać załączone do protokołu kontroli. Niepotrzebne także byłoby obciążanie kontrolowanego obowiązkiem sporządzenia kopii oznaczonych dokumentów czy informacji, skoro kontrolujący pozbawieni zostaliby prawa przeniesienia zebranych dowodów do siedziby Urzędu celem poddania ich dalszej analizie w toku postępowania.

W świetle powyższego nie budzi wątpliwości, że, co do zasady, niewydanie kontrolującym materiału dowodowego zgromadzonego w trakcie prowadzonej kontroli, w tym także materiału w formie elektronicznej stanowi naruszenie art. 105d ust. 1 pkt 3 ustawy uzasadnia nałożenie na kontrolowanego przedsiębiorcę kary pieniężnej. Postawienie jednak,

w konkretnej sytuacji faktycznej, zarzutu z powodu niewydania przez kontrolowanego oznaczonego materiału dowodowego (dokumentu, nośnika danych i in.) wymaga dodatkowej analizy odnośnie do możliwości żądania przez kontrolujących oznaczonych danych. Wskazać bowiem należy, iż kontrolujący ma prawo żądania udostępnienia akt, ksiąg, dokumentów i nośników informacji związanych z przedmiotem kontroli oraz ich odpisów i wyciągów, a także sporządzania z nich notatek. Zarzut niewspółdziałania w toku kontroli może więc odnosić się wyłącznie do niewydania przez kontrolowanego przedsiębiorcę informacji (dokumentów, materiału w formie elektronicznej), do wydania których był zobowiązany.

Ww. uprawnienie kontrolujących odnośnie do żądania informacji związanych z przedmiotem kontroli należy w niniejszej sprawie rozważać w świetle szczególnego charakteru informacji zabezpieczonych w formie elektronicznej. W odniesieniu bowiem do danych elektronicznych szczególnie trudne jest odseparowanie danych (informacji) mieszczących się w zakresie przedmiotowym kontroli, od tych, które poza ten zakres wykraczają. Wynika to m.in. stąd, że dysponent takich informacji (dokumentów) może je usuwać (wykasowywać) lub ukrywać w taki sposób, że ich odczytanie nie jest możliwe bez specjalistycznego oprogramowania. Informacje istotne z punktu widzenia prowadzonego postępowania, mogące w efekcie stanowić dowód w sprawie, mogą się więc znajdować w wielu „lokalizacjach” zabezpieczonych nośników informatycznych, w tym być niewidoczne dla osoby dokonującej analizy zawartości nośnika. Kontrolujący może jednak na własnym nośniku sporządzić kopię np. profili poczty elektronicznej, jak w tej sprawie, i następnie odczytać ukryte lub wykasowane pliki przy użyciu ww. oprogramowania. Dopiero po zastosowaniu takiego zabiegu można poznać pełną zawartość np. profilu poczty elektronicznej i stwierdzić, jakie dokumenty tam zawarte mogą stanowić dowód w sprawie.

Ze względu więc na specyfikę środka dowodowego, jakim może być dokument elektroniczny, niezbędne jest zabezpieczenie go i zgromadzenie w nienaruszonej (niemodyfikowanej w jakikolwiek sposób) formie, tj. wraz ze wszystkimi metadanymi. Z ostrożności procesowej należy uwzględnić, że dane mogące stanowić dowód w sprawie mogą znaleźć się w każdym miejscu ww. nośnika. Stąd, godząc się ze stanowiskiem doktryny, zaprezentowanym przez P. Hofmańskiego, E. Sakdzika, K. Zgryzka w *Komentarzu do Kodeksu Postępowania Karnego*²³, należy przyjąć, że *organ uprawniony do przeprowadzania przeszukania może zażądać wydania lub udostępnienia danych, a w razie odmowy*

²³ M. Swora, komentarz do art. 105c w: red. T.Skoczny, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, C.H.Beck 2009, s. 1557.

uprawniony jest do poszukiwania nośnika tych danych (...), względnie do przeszukania zawartości dysków komputerowych. W związku z powyższym nie można uznać, że przeszukiwanie i zabezpieczenie zawartości dysków komputerowych, czy serwerów pocztowych wykracza poza zakres prowadzonej u przedsiębiorcy kontroli.

W niniejszej sprawie, uwzględniając zakres przedmiotowy kontroli kontrolujący zabezpieczyli profile poczty elektronicznej pięciu konkretnych osób, związanych w Polkomtel z usługą telewizji mobilnej, ściśle związane z zakresem przedmiotowym kontroli. Szczęólnego podkreślenia wymaga jednak fakt, że zakres przedmiotowy kontroli dotyczył ustalenia czy doszło do niedozwolonego porozumienia dotyczącego usługi telewizji mobilnej oraz okoliczności związanych z tym porozumieniem i podmiotów w nim uczestniczących. To zaś oznacza, że informacje lub dokumenty mogące stanowić dowody w sprawie mogą znajdować się nie tylko w korespondencji ww. osób wprost dotyczącej usług telewizji mobilnej. Wręcz należy zwrócić uwagę, że ze względu na, co do zasady, niejawnny charakter porozumień ograniczających konkurencję, tego rodzaju dane mogą być ukryte w zupełnie innych, niezwiązanych z ww. usługą „lokalizacjach”. To zaś wymaga, by organ antymonopolowy dokonał analizy całości zabezpieczonych profili poczty elektronicznej.

Mając jednak na uwadze okoliczności powoływane przez Spółkę, które w jej ocenie uzasadniały odmowę wydania kontrolującemu przedmiotowego dysku, przede wszystkim przypomnieć należy, iż Prezes UOKiK może żądać wszelkich dokumentów czy informacji, które mogą stanowić dowód w sprawie²⁴ i które w efekcie uznaje on za istotne z punktu widzenia prowadzonego postępowania. Przy czym prawidłowość tego żądania nie podlega ocenie przedsiębiorcy zobowiązanego do udostępnienia informacji (dokumentów), w szczególności nie może on kwestionować jego zakresu. Kontrola tego, czy żądane materiały były niezbędne do realizacji zadań przez Prezesa UOKiK, należy bowiem, w przypadku złożenia odwołania od decyzji wydanej w sprawie, do sądu.²⁵

Zdaniem Prezesa Urzędu fakt, iż informacje zapisane na dysku obejmowały również takie, które nie dotyczyły zakresu przedmiotowego kontroli, w tym informacje prywatne pracowników Spółki, w niniejszej sprawie nie uchylił obowiązku Spółki do wydania

²⁴ Pojęcie *rzeczy mogącej stanowić dowód w sprawie* jest bardzo szerokie i obejmuje swym zakresem zarówno rzeczy (w tym informacje, dokumenty), które następnie mogą się okazać istotne z punktu widzenia możliwości postawienia przedsiębiorcy, w oparciu o nie zarzutu w postępowaniu antymonopolowym, w tym mieszczące się w zakresie przedmiotowym kontroli, jak i informacje, które po ich analizie organ antymonopolowy uzna za nieistotne.

kontrolującym zgromadzonego w toku kontroli materiału dowodowego. Trzeba mieć bowiem na uwadze szczególnie charakter pozyskanych danych informatycznych, w tym uwzględnić cel ich gromadzenia i możliwość wyodrębnienia z nich danych istotnych z punktu widzenia prowadzonego w sprawie postępowania.

W pierwszej kolejności podkreślić należy fakt, że słusznie zauważył Polkomtel, że na dysk, którego wydania żądali kontrolujący, skopiowano uzyskane z serwera pocztowego Spółki pliki .pst, gdzie poszczególne pliki .pst odpowiadają profilom poczty elektronicznej poszczególnych pracowników Spółki. Odnotować jednak w tym miejscu należy, iż z punktu widzenia Prezesa Urzędu drugorzędny jest jakiego rodzaju pliki zapisane zostały na ww. dysku, natomiast najważniejsza jest ich „zawartość”, tj. informacje, jakie są w tych plikach zapisane lub jakie mogą być z nich odzyskane. Okoliczność ta zdecydowała bowiem o kształcie postawionego Polkomtel zarzutu.

Każdy ze skopiowanych plików .pst obejmuje wszystkie elementy skrzynki poczty elektronicznej określonego pracownika, tj. wiadomości wysłane, odebrane czy usunięte. Jednocześnie, fakt, iż przedmiotowe pliki uzyskane zostały bezpośrednio z serwera pocztowego Polkomtel powoduje, że mogą zawierać dodatkowe informacje, ponad te, które możliwe byłoby do uzyskania w drodze prostego, bezpośredniego przejrzania zawartości poszczególnych skrzynek poczty elektronicznej na stanowiskach pracy pracowników Polkomtel, tj. np. informacje o wiadomościach usuniętych już przez użytkowników z poszczególnych skrzynek, które jednak nadal przechowywane były przez serwer pocztowy kontrolowanego przedsiębiorcy (tzw. metadane).

W świetle powyższego nie budzi więc wątpliwości, że z punktu widzenia Prezesa Urzędu uzasadnione jest pozyskiwanie materiału w formie elektronicznej. Taki sposób pozyskiwania danych (informacji) umożliwia bowiem uzyskanie dostępu do informacji, które pozostałyby niedostępne dla kontrolujących, gdyby materiał dowodowy pozyskiwany był w innej formie. Przykładowo, w niniejszej sprawie bezpośrednie przejrzanie zawartości skrzynek poczty elektronicznej poszczególnych pracowników Spółki uniemożliwiłoby kontrolującym uzyskanie wiedzy odnośnie do wiadomości usuniętych ze skrzynki, pomimo zachowania ich na serwerze pocztowym Polkomtel.

²⁵ Por. wyrok SOKiK sygn. akt XVII Ama 62/98, wyrok SOKiK sygn. akt XVII Ama 130/02; M. Król-Bogomilska (w:) T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, str. 1622

Jednocześnie, mając na uwadze podnoszone już w toku prowadzonej kontroli przez Polkomtel kwestie, że skopiowane skrzynki zawierają również informacje wykraczające poza zakres kontroli, wskazać należy, że nie ma możliwości takiego podzielenia pliku .pst, które umożliwiłoby udostępnienie kontrolującemu wyłącznie danych objętych zakresem kontroli. Oczywiście istnieje możliwość „wyeksportowania” z zabezpieczonego pliku .pst np. skrzynki odbiorczej do oddzielnego pliku, ale podjęcie tego rodzaju działań nadal nie stanowi rozwiązania dla kwestii pozyskania przez kontrolujących informacji wykraczających poza zakres kontroli. Nie można bowiem zakładać, że w takim „wyeksportowanym” pliku, obejmującym np. skrzynkę nadawczą znajdować się będą wyłącznie informacje objęte zakresem kontroli.

Dokonując kwalifikacji skarżonego zachowania Polkomtel jako braku współdziałania w toku kontroli należy również odnieść się do faktu, iż w toku prowadzonej w Spółce kontroli Polkomtel wyraził wolę umożliwienia kontrolującemu zapoznania się z zawartością przedmiotowego dysku w siedzibie Polkomtel w obecności pełnomocników Spółki oraz osób, których profile pocztowe podlegałyby przejrzaniu przez kontrolujących. W tym celu Spółka udostępniła kontrolującemu dwa stanowiska komputerowe. W ocenie Prezesa UOKiK powyższa okoliczność nie wpływa na ocenę niniejszej sprawy, gdyż procedowanie z danymi elektronicznymi w sposób zaproponowany przez Polkomtel w ramach postępowania administracyjnego nie jest możliwe. Oczywiście istnieje możliwość „otwarcia” skopiowanego pliku na wyznaczonym stanowisku komputerowym, jednak takie „otwarcie” powoduje nieodwracalne modyfikacje w zapisie pliku, oznacza bowiem faktyczne utworzenie nowego pliku, co wiąże się z możliwością utraty określonych metadanych (np. informacji o usuniętych ze skrzynki wiadomościach), utworzeniem nowych metadanych (np. zidentyfikowanie nowej daty utworzenia lub modyfikacji określonego pliku). W konsekwencji plik przeglądany na udostępnionym przez Spółkę stanowisku komputerowym będzie faktycznie plikiem innym niż ten, który został zabezpieczony przez kontrolujących. Aby przedmiotowy plik nie uległ w trakcie analizy jego zawartości modyfikacjom zapisu, konieczne jest, aby jego „otwarcie” nastąpiło w odpowiednim środowisku sprzętowym (blokady zapisu) oraz z wykorzystaniem specjalistycznego oprogramowania, co jest możliwe w siedzibie UOKiK.

Ponadto, należy powtórzyć, iż takie „otwarcie” i przejrzanie, na udostępnionym stanowisku komputerowym, zabezpieczonych danych (zawartości skrzynek poczty elektronicznej poszczególnych pracowników Polkomtel), sprowadzałoby się do zapoznania

się przez kontrolujących wyłącznie z „pozytywnie” istniejącą zawartością poczty elektronicznej. Kontrolujący więc nie tylko nie mieliby możliwości ewentualnego zapoznania się z informacjami, które z tych skrzynek zostały usunięte, ale w ogóle nie uzyskaliby wiedzy, że do usunięcia określonej informacji doszło.

Przyjęcie więc zaproponowanego przez Polkomtel rozwiązania i przejrzanie w siedzibie tego przedsiębiorcy zabezpieczonych w toku kontroli danych faktycznie podważyłoby sens pozyskiwania w toku prowadzonej przez Prezesa Urzędu kontroli przedsiębiorcy dowodów elektronicznych. Efekt końcowy takiego „otwarcia” zabezpieczonych plików byłby bowiem taki sam jak efekt bezpośredniego przejrzania przez kontrolujących skrzynek poczty elektronicznej bezpośrednio na stanowiskach pracy poszczególnych pracowników Spółki.

Co więcej, w ocenie Prezesa UOKiK „przejrzanie” przedmiotowego dysku przez kontrolujących w biurach Spółki nie byłoby możliwe, nawet gdyby przyjąć, że Polkomtel dysponuje odpowiednim oprogramowaniem, którego zastosowanie umożliwia uniknięcie ww. sytuacji, tj. takim który eliminuje ryzyko utraty istniejących na nośniku metadanych oraz umożliwia ujawnienie dokumentów (plików, informacji), które już zostały usunięte. Zastosowanie tego rodzaju oprogramowania, stanowiącego własność Spółki (potencjalnie nieznanego kontrolującym) powodowałoby bowiem, że kontrolujący faktycznie utraciliby wpływ na prowadzony proces przeglądania. Nie mieliby bowiem możliwości zweryfikowania prowadzonych procesów, podejmowanych przez kontrolującego, w związku z uruchomionym programem, czynności, które ostatecznie decydowałyby o efekcie końcowym prowadzonych „poszukiwań”.

Dodatkowo, pamiętać trzeba, że takie „poszukiwanie” sprowadzałoby się do konieczności przejrzania potencjalnie wielu tysięcy danych (wiadomości, załączonych do nich dokumentów). Dokonywanie tego rodzaju operacji w siedzibie Spółki, w ograniczonym z samego założenia czasie, prowadzić mogłoby do przeoczenia, a w konsekwencji do nieodwracalnej utraty oznaczonych informacji. Uwzględnić należy przy tym, że gromadzony w sprawie materiał dowodowy, nieistotny zdawałoby się w początkowej fazie postępowania inaczej będzie mógł być oceniony w świetle całego zebranego w sprawie materiału. Przyjęcie propozycji Spółki odnośnie do „ręcznego” przejrzania w jej siedzibie zawartości dysku i dołączenie do materiału dowodowego tylko informacji pozyskanych w tym trybie, oznaczałoby pozbawienie się przez Prezesa UOKiK możliwości ponownej analizy i oceny informacji skopiowanych na przedmiotowy dysk.

Oczywiście nie można czynić generalnego założenia, że każdy poddany kontroli przedsiębiorca odmówiłby Prezesowi UOKiK ponownego dostępu do materiału zachowanego w formie niezmienionej w stosunku do materiału zabezpieczonego w toku kontroli, np. poprzez udostępnienie własnej kopii dysku. O ile jednak takie założenie, co do zasady, uznać należy za nieuprawnione, to kontrolujący słusznie założyli, że ze strony Spółki nie doszłoby do ponownego udostępnienia Prezesowi Urzędu pierwotnie zabezpieczonych informacji. Takie przewidywanie Prezesa UOKiK odnośnie do prawdopodobnych działań Spółki potwierdziło stanowisko Polkomtel, jakie ten przedsiębiorca zajął w postępowaniu, w toku którego miała miejsce przedmiotowa kontrola. W piśmie z dnia 25 sierpnia 2010r., w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu o przedstawienie pełnej wersji raportów, z których fragmenty uzyskane zostały przez Prezesa UOKiK w toku prowadzonej w Spółce kontroli, Polkomtel wskazał, iż „Odnosnie żądania przekazania pełnych wersji raportów, podnosimy, że przedmiotowe raporty były już przedstawione pracownikom UOKiK działającym z upoważnienia Prezesa UOKiK w toku kontroli w Polkomtel S.A. Pracownicy UOKiK zweryfikowali informacje zawarte w tych raportach pod kątem ich związku z zakresem prowadzonego postępowania i na podstawie tak dokonanej oceny sporządzili ich wyciągi wyłącznie w zakresie dotyczącym przedmiotu kontroli tożsamej z przedmiotem postępowania wyjaśniającego. Prezes UOKiK dysponuje więc już wszystkimi informacjami zawartymi w przedmiotowych raportach objętych przedmiotem postępowania wyjaśniającego.”

Ponadto, rozważając możliwość przeglądania informacji skopiowanych na przedmiotowy dysk bezpośrednio w siedzibie Spółki, wskazać należy, że z doświadczeń Prezesa Urzędu wynika, że proces samej analizy zawartości kilku skrzynek poczty elektronicznej zajmuje znaczny okres (proces odpowiedniego przygotowania dysku, tj. sporządzenia kolejnej (tzw. roboczej, służącej zabezpieczeniu przed niespodziewaną utratą danych) kopii dysku, wyodrębnienia informacji, które mogą stanowić dowód w sprawie zajmuje dodatkowy czas). Przyjęcie więc zaproponowanego przez Polkomtel rozwiązania, przy przyjęciu zadeklarowanej przez Spółkę obecności przy przeglądaniu dysku właściwych pracowników w celu usprawnienia prowadzonego procesu, zablokowałoby na znaczny okres pracowników Spółki (w tym m.in. Dyrektora i Z-cę Dyrektora Departamentu Strategii), dlatego rozwiązanie takie Prezes UOKiK uznaje za niezasadne i sprzeczne z interesem samego kontrolowanego, jeżeli uwzględniony zostanie fakt, że w złożonym w toku kontroli sprzecznie, Polkomtel podnosił, że „wskutek działań UOKiK doszło do nieuzasadnionego zakłócenia funkcjonowania Spółki”, przy czym Polkomtel sprecyzował, że owo zakłócenie

było efektem zaangażowania kluczowych pracowników Spółki – kierownictwa jednego z najważniejszych departamentów w Spółce (Departamentu Strategii) poprzez ich przesłuchiwanie (odebranie obszernych wyjaśnień²⁶) i przeszukiwanie gabinetów wraz z zaplombowaniem ich na kilkanaście godzin²⁷. Okres analizy danych (informacji) skopiowanych na przedmiotowy dysk prowadzonej m.in. w obecności kierownictwa jednego z departamentów Spółki znacząco przekraczałby czas, przez który osoby te były „zablokowane” przez kontrolujących w toku kontroli w Spółce. Zaangażowanie pracowników Polkomtel do takiej analizy charakteryzowałoby się więc odpowiednio wyższym stopniem uciążliwości z punktu widzenia Spółki, a z punktu widzenia kontrolujących rodziłoby obawy przed sformułowaniem zarzutu wobec Prezesa UOKiK dotyczącego utrudniania prowadzenia działalności gospodarczej.

Niezależnie od ww. okoliczności faktycznych niniejszej sprawy wskazać należy, iż stosownie do treści art. 105f ust. 2 ustawy, dowody zebrane w toku kontroli mogą zostać zabezpieczone przez pozostawienie ich w pomieszczeniach kontrolowanego, albo w pomieszczeniach Urzędu. Decyzja odnośnie do zastosowanego sposobu zabezpieczenia należy przy tym do kontrolujących. Ustawa bowiem nie przewiduje możliwości wyrażenia w tym zakresie sprzeciwu przez przedsiębiorcę poddanego kontroli. W konsekwencji, podejmując decyzję o przeniesieniu przedmiotowego dysku, w asyście funkcjonariusza Policji, do siedziby Urzędu, kontrolujący mieli podstawy oczekiwać współpracy ze strony Spółki w tym zakresie. Szczególnie, że wydawało się, że rozwiązanie przyjęte przez kontrolujących jest najmniej, z punktu widzenia Polkomtel, uciążliwe. Zauważyć bowiem trzeba, że dysk, którego wydania oczekiwali kontrolujący, jest nośnikiem należącym do UOKiK. Bez względu więc na charakter skopiowanych na niego danych, nie mógł podlegać zajęciu na podstawie art. 105g ustawy. Postanowienie o zajęciu nie mogło również odnosić się do samych zapisanych na nim informacji. Z brzmienia przywołanego przepisu wynika bowiem, że przedmiotem zajęcia mogą być księgi, akta, dokumenty lub informatyczne nośniki danych, a także inne przedmioty mogące stanowić dowód w sprawie. Przy czym przyjąć należy, że przedmiotem zajęcia są oryginały (nie będzie się więc procedura zajęcia odnosić do kopii sporządzonych przez przedsiębiorcę w trybie art. 105e ustawy). Wobec faktu, iż dysk, którego wydania kontrolującym Polkomtel odmówił, stanowił w istocie kopię

²⁶ W toku prowadzonej w Polkomtel kontroli wyjaśnienia od dyrektora Departamentu Strategii odbierane były przez 1 godzinę i 55 minut, od godz. 12:35 do godz. 14:30, natomiast z-ca dyrektora Departamentu Strategii wyjaśniał przez 2 godziny i 17 minut, tj. od godz. 10:43 do godz. 13:00.

²⁷ Faktycznie czynności prowadzone przy udziale kierownictwa Strategii ograniczone zostały do kilku godzin i prowadzone były również przy uwzględnieniu ich obowiązków służbowych.

zawartych na serwerze pocztowym Spółki informacji, nie mógł zostać poddany ww. procedurze zajęcia. Przedmiotem zajęcia mogło być bowiem jedynie „pierwotne” źródło tych informacji, w tym przypadku serwer Spółki. Zajęcie jednak takiego serwera faktycznie sparaliżowałoby działalność Polkomtel. Działanie takie w przypadku podjęcia go przez kontrolujących wykraczałoby, jak się wydaje, ponad rzeczową potrzebę i stanowiłoby nadmierną dolegliwość. Tym bardziej, że istniały środki mniej uciążliwe i mniej ingerujące w swobodę prowadzonej przez Spółkę działalności, a dostatecznie zabezpieczające interes prowadzonego przez Prezesa Urzędu postępowania, który sprowadzał się do uzyskania dostępu do plików .pst odpowiadających profilom poczty elektronicznej pięciu wybranych pracowników Spółki, którzy uczestniczyli w pracach nad projektem telewizji mobilnej.

Dodatkowo należy podnieść, że zakres skopiowanego na dysk materiału, który w intencji kontrolujących miał zostać zabrany wraz z innymi zgromadzonymi w toku kontroli materiałami, został przez kontrolujących ograniczony do zawartości skrzynek e-mail pracowników Polkomtel wyodrębnionych ze względu na przedmiot postępowania wyjaśniającego, w ramach którego przeprowadzono kontrolę. Żądanie Prezesa UOKiK ograniczało się bowiem do uzyskania dostępu do skrzynek poczty elektronicznej pracowników Spółki związanych z istotnym, z punktu widzenia prowadzonego przez Prezesa UOKiK postępowania, projektem telewizji mobilnej. Prezes UOKiK nie był zainteresowany uzyskaniem dostępu do skrzynek poczty elektronicznej wszystkich pracowników Spółki, w tym pracowników niezwiązanych z tym projektem, co dowodzi ograniczony zakres materiałów, które na rozpatrywany dysk zostały skopiowane. Ten związek określonych osób (dysponentów ww. skrzynek poczty elektronicznej) z przedmiotem prowadzonego postępowania wyjaśniającego powoduje, że faktycznie żądanie zgłaszane przez Prezesa UOKiK pozostawało w zakresie przedmiotowym kontroli.

W ocenie Prezesa Urzędu, Polkomtel oczekując, że analiza danych skopiowanych na przedmiotowy dysk przeprowadzona zostanie w siedzibie Spółki, faktycznie domagał się szczególnego traktowania, odmiennego od standardów stosowanych przez Prezesa UOKiK dotychczas. Prezes Urzędu jednak, jako organ administracji publicznej, zgodnie z treścią art. 8 kpa, zobowiązany jest prowadzić postępowanie w taki sposób, aby pogłębiać zaufanie obywateli do organów Państwa oraz świadomość i kulturę prawną obywateli, co oznacza m.in. obowiązek organu administracji nieróżnicowania sytuacji prawnej obywateli (przedsiębiorców), których dotyczą podejmowane przez organy administracji czynności²⁸. W

²⁸ Por. wyrok WSA w Krakowie z dnia 21 października 2009r., sygn. akt II SA/Kr 1247/09, wyrok WSA

konsekwencji decyzja o analizie uzyskanego, jak się wydawało, w toku kontroli w Polkomtel materiału dowodowego na warunkach narzuconych faktycznie przez Spółkę spowodowałaby, że organ dopuściłby się naruszenia ww. przepisu art. 8 kpa, skoro w analogicznej sytuacji, analogiczny, co do zasady, w swej treści i formie materiał dowodowy pozyskany od innego działającego na rynku telefonii komórkowej przedsiębiorcy poddany został odpowiedniej „obróbce” i analizie w siedzibie Urzędu.

Jednocześnie, mając na uwadze charakter zgromadzonych na przedmiotowym dysku informacji, w tym informacji dotyczących działalności Spółki, stanowiących tajemnicę jej przedsiębiorstwa, zarówno mieszczących się w zakresie i przedmiocie prowadzonej kontroli, jak i wykraczających poza ten zakres oraz informacji prywatnych pracowników Polkomtel oraz podnoszoną przez Spółkę kwestię konieczności zapewnienia ochrony tym informacjom, wskazać należy na treść art. 71 ust. 1 ustawy. Przywołany przepis przewiduje obowiązek pracowników UOKiK ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również innych informacji podlegających ochronie na podstawie odrębnych przepisów, o których powzięli wiadomość w toku postępowania. W ocenie Prezesa UOKiK art. 71 ust. 1 ustawy nie tylko ustanawia obowiązek pracowników UOKiK do zachowania tajemnicy pozyskanych w toku wykonywania obowiązków służbowych informacji, ale również stanowi dowód na to, że ustawodawca przewidział możliwość zetknięcia się pracowników UOKiK z informacjami podlegającymi ochronie. Świadczy to, zdaniem Prezesa UOKiK o możliwości pozyskania takich informacji w ramach prowadzonego na podstawie ustawy postępowania. W konsekwencji, nie można odmówić udostępnienia Prezesowi UOKiK określonych informacji, powołując się **jedynie** na fakt, iż podlegają one ochronie, skoro ustawodawca wprost przewidział możliwość zapoznania się z takimi informacjami przez pracowników UOKiK. Informacje przekazane przez Spółkę kontrolującym podlegają ustawowej ochronie na podstawie art. 71 ust. 1 ustawy. W konsekwencji nie może stanowić argumentu przeciwko wydaniu określonych informacji kontrolującym fakt, iż informacje te podlegają ochronie na podstawie przepisów prawa. Powyższe stanowisko Prezesa UOKiK potwierdza orzecznictwo antymonopolowe, zgodnie z którym nieudzielenie informacji na żądanie Prezesa Urzędu nie usprawiedliwia fakt jej objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa.²⁹

w Warszawie z dnia 23 października 2008r., sygn. akt VI SA/Wa 784/08

²⁹ Por. wyrok SOKiK sygn. akt XVII Ama 130/02; M. Król-Bogomińska (w:) T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, str. 1622.

Niezależnie od wcześniej przywołanych okoliczności, wskazujących bez żadnych wątpliwości, że w toku prowadzonej w Polkomtel kontroli doszło do braku współdziałania kontrolowanego przedsiębiorcy z kontrolującymi, Prezes Urzędu pragnie odnieść się do zaprezentowanego przez Polkomtel stanowiska dotyczącego czynności podjętych przez kontrolujących, zmierzających do uzyskania przedmiotowego dysku. W niniejszej sprawie Spółka wskazała, że „Polkomtel S.A. nie uniemożliwiła kontrolującym wyniesienia dysku z siedziby Polkomtel S.A., kontrolujący nie podjęli jednak nawet próby jego wyniesienia (zapewne będąc świadomymi bezprawności swoich działań). Nie bez znaczenia dla sprawy jest również fakt, iż dysk znajdował się poza pełną kontrolą Polkomtel S.A., ponieważ znajdował się w opłombowanej przez kontrolujących szafie a Polkomtel S.A. nie była uprawniona w toku kontroli do zdjęcia plomb”³⁰.

Poza sporem w niniejszej sprawie pozostaje, że w toku prowadzonej w Polkomtel kontroli kontrolujący zwracali się do pełnomocników Spółki o wydanie im zabezpieczonego dysku, który miał zostać przeniesiony do siedziby Urzędu i włączony do akt prowadzonego postępowania. Realizowali w ten sposób przysługujące im z mocy ustawy uprawnienie i bezskutecznie oczekiwali aż Spółka zrealizuje ciążący na niej jako kontrolowanym obowiązek wydania zabezpieczonego materiału. Gdy Spółka nie zgodziła się na wydanie spornego dysku, kontrolującym pozostało więc jedynie odebranie dysku Spółce w trybie przepisów kpk w ramach prowadzonego w Polkomtel przeszukania. W niniejszej sprawie oznaczałoby to jednak konieczność odebrania spornego dysku siłą. Rozważając podjęcie takiego środka, kontrolujący musieli jednak uwzględnić, że jego realizacja oznaczać będzie konieczność pokonania ewentualnego sprzeciwu pełnomocników Polkomtel, pracowników ochrony tej Spółki, towarzyszących im w toku czynności (por. str. 7 protokołu kontroli) oraz zabezpieczeń elektronicznych szeregu drzwi, jakie oddzielały kontrolujących od wyjścia ze Spółki.

Spółka słusznie zauważa, że kontrolujący nie podjęli tego rodzaju konfrontacyjnych działań, faktycznie nie narazili się na niebezpieczeństwo osobiste i pozostawili zabezpieczony zarówno plombami UOKiK, ale także bezpiecznymi plombami Spółki dysk w pomieszczeniach kontrolowanego przedsiębiorcy. Okoliczność ta nie eliminuje jednak zarzuconego Spółce braku współdziałania w toku prowadzonej w jej siedzibie kontroli. W szczególności nie prowadzi do łagodniejszego traktowania jej przy określaniu nakładanej na Polkomtel z tego tytułu kary pieniężnej. Brak współdziałania bowiem, co wskazano już we

³⁰ por. pismo Polkomtel z dnia 29 czerwca 2010r.

wcześniejszej części decyzji, ma miejsce już w sytuacji, gdy kontrolowany przedsiębiorca nie realizuje żądań kontrolujących niezwłocznie. Tym bardziej więc niewspółdziałanie będzie miało miejsce, gdy kontrolowany nie wydaje oznaczonego materiału dowodowego. I braku tego współdziałania nie usuwa niepodjęcie przez kontrolujących działań wykraczających poza zgłoszenie kontrolowanemu żądania wydania materiału dowodowego oparte na art. 105b ust. 1 pkt 3 ustawy.

W niniejszej sprawie, w toku prowadzonej w Polkomtel kontroli, Spółka nie wydała kontrolującym dysku, na którym skopiowane zostały informacje pozyskane w toku prowadzonej u tego przedsiębiorcy kontroli, pomimo prawomocnego rozstrzygnięcia przez SOKiK³¹ kwestii uprawnienia kontrolujących do pozyskania tego rodzaju danych. Stan faktyczny sprawy uzasadnia więc zarzucenie braku współdziałania Polkomtel w toku prowadzonej w tej Spółce kontroli.

Wnioski dowodowe Spółki

Opisany w decyzji stan faktyczny sprawy ustalony został z pominięciem dowodów wnioskowanych przez stronę. Prezes UOKiK, po przeprowadzeniu analizy zgłoszonych przez Polkomtel wniosków dowodowych, zdecydował bowiem o ich oddaleniu z przyczyn przedstawionych poniżej.

W ocenie Prezesa UOKiK wnioski Spółki dotyczące dopuszczenia i przeprowadzenia dowodu z zeznań świadków - imiennie wskazanych pracowników UOKiK, uczestniczącego w kontroli funkcjonariusza Policji, pracownika Spółki oraz pełnomocnika Polkomtel w toku prowadzonej u tego przedsiębiorcy kontroli - na okoliczność bezpodstawności poszczególnych zarzutów postawionych przez Prezesa UOKiK w postanowieniu o wszczęciu postępowania w sprawie nałożenia na Polkomtel kary pieniężnej za rzekomy brak współdziałania w toku kontroli, w szczególności czynności kontrolujących i Polkomtel w toku kontroli (por. treść wniosków b, c, d, e, f na str. 16 i 17 niniejszej decyzji) nie mógł zostać uwzględniony. Wskazane przez Polkomtel okoliczności, na jakie ww. dowody zostały powołane, nie mogły bowiem w ogóle być przedmiotem dowodu, w tym przedmiotem dowodu z zeznań świadka.

³¹ Postanowieniem z dnia 22 kwietnia 2010r., Sąd Apelacyjny w Warszawie oddalił zażalenie Polkomtel na postanowienie SOKiK z dnia 5 lutego 2010r. w przedmiocie odrzucenia zażalenia Spółki na postanowienie SOKiK z dnia 22 grudnia 2009r., którym SOKiK oddalił zażalenie Spółki na postanowienie Prezesa UOKiK o kontynuowaniu czynności kontrolnych. W konsekwencji postanowienie SOKiK z dnia 22 grudnia 2009r. stało się prawomocne.

W doktrynie wskazuje się, że „przedmiotem dowodu są fakty (...). Faktami zaś są wszelkiego rodzaju zjawiska i zdarzenia oznaczone w czasie i przestrzeni, byłe lub współczesne, a także inne stany świata zewnętrznego i stany psychiczne.”³² Fakt to to, co zaszło w rzeczywistości³³.

W ocenie Prezesa UOKiK nie może jako fakt podlegający dowodzeniu zostać zakwalifikowana kwestia oceny zasadności postawionych Spółce przez Prezesa UOKiK zarzutów. Stwierdzenie zasadności bądź bezpodstawności zarzutów jest bowiem wynikiem przeprowadzonej przez organ administracji publicznej analizy i oceny prawnej ustalonych okoliczności faktycznych sprawy, a nie okolicznością faktyczną, faktem, który może być ustalony w drodze przeprowadzonego postępowania dowodowego. Wskazać w tym miejscu należy, że ocena czy istnieją bądź nie istnieją podstawy dla postawienia przedsiębiorcy oznaczonych zarzutów leży w sferze kompetencji organu – Prezesa Urzędu, a nie pracowników UOKiK, pracowników lub pełnomocników kontrolowanej Spółki czy funkcjonariusza Policji. Prawdopodobnie ta dokonana przez organ oceny podlegać będzie ewentualnie kontroli sądu rozpoznającego niniejszą sprawę. Nie może być natomiast przedmiotem dowodu z przesłuchania świadka. Z powyższych względów wnioski dowodowe Spółki na okoliczność bezpodstawności stawianych jej przez Prezesa UOKiK zarzutów nie mogły zostać uwzględnione.

Odnosząc się natomiast wniosków Spółki o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego oraz zeznania pracownika Spółki, obu na okoliczność zawartości dysku twardego Western Digital nr S/N: WCAU4D590711 (por. wniosek zawarty w pkt. a, str. 16 niniejszej decyzji), podkreślić należy przede wszystkim, że w ocenie Prezesa UOKiK okoliczność, na którą przedmiotowy dowód miał być przeprowadzony, jest bezsporna pomiędzy stronami. Okoliczność ta pozostaje ponadto bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, której przedmiotem jest ocena, czy w sprawie doszło do braku współdziałania Polkomtel w toku prowadzonej u tego przedsiębiorcy kontroli.

Odnosząc się do kwestii zawartości dysku zabezpieczonego w siedzibie Spółki podnoszona była już w toku postępowania, w ramach którego doszło do przeprowadzenia kontroli w Spółce. W piśmie z dnia 25 lutego 2010r., zgłaszając zastrzeżenia do protokołu z przeprowadzonej u tego przedsiębiorcy kontroli, Polkomtel zauważył, iż na dysk którego wydania żądali kontrolujący skopiowano pliki .pst, gdzie plik .pst jest informatycznym

³² *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz* pod red. Tadeusza Erecińskiego, Wyd. LexisNexis, Warszawa 2007, str. 537

odwzorowaniem zawartości skrzynki poczty elektronicznej [informacja podlegająca ochronie, pkt 49 załącznika nr 1 do decyzji]. Na skutek zgłoszenia ww. zastrzeżenia Prezes UOKiK zdecydował o odpowiedniej zmianie treści protokołu kontroli i zapisanie w nim podniesionej przez Polkomtel kwestii skopiowania na dysk twardy plików .pst. W konsekwencji uznać należy, iż okoliczność zapisania na dysku twardym, którego wydania domagali się kontrolujący plików .pst jest niesporna w sprawie. Jako niesporną należy również potraktować kwestię, że plik .pst jest informatycznym odwzorowaniem zawartości skrzynki poczty elektronicznej. Zapisane na przedmiotowym dysku pliki stanowią więc odwzorowanie zawartości skrzynek poczty elektronicznej pięciu pracowników Spółki.

Jednocześnie, ww. okoliczność pozostaje w ocenie Prezesa Urzędu bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy braku współdziałania Spółki w toku kontroli. Kwestia informatycznego sposobu zapisu określonych danych dotyczących działalności Spółki, w tym w szczególności posłużenie się przez Prezesa Urzędu przy formułowaniu zarzutu nie charakterystyką informatyczną skopiowanych na dysk plików, ale rodzajem informacji (danych) w tych plikach zapisanych nie usuwa bowiem braku współdziałania Polkomtel. O niewspółdziałaniu ze strony Spółki świadczy bowiem odmowa wydania kontrolującym zidentyfikowanego bez żadnych wątpliwości dysku twardego, na który w toku kontroli przeniesione zostały, w formie plików .pst, określone dane związane z działalnością Polkomtel, a nie to w jakiej formie dane te zostały zapisane. Na marginesie odnotować należy, iż w toku prowadzonej u tego przedsiębiorcy kontroli nie budziło wątpliwości Polkomtel, wydania jakiego dysku domagają się kontrolujący. Odnotować także należy, iż sam Polkomtel wskazywał, iż na przedmiotowy dysk skopiowano zawartość znajdujących się na serwerze Spółki skrzynek poczty elektronicznej pięciu osób (por. treść złożonego przez Polkomtel sprzeciwu).

Zgodnie z art. 227 kpc, który na podstawie art. 84 ustawy znajduje odpowiednie zastosowanie w toku postępowania przed Prezesem Urzędu, przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie. Skoro więc, co wynika z wcześniejszych rozważań, wskazana przez Spółkę okoliczność, to jest sposób zapisania na dysku (rodzaj pliku), którego wydania domagali się kontrolujący, danych dotyczących działalności Spółki, nie stanowi okoliczności istotnej dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, to zgłoszony w tym zakresie wniosek dowodowy Spółki należało oddalić.

³³ Por. Słownik Języka Polskiego PWN, www.pwn.pl

Również jako pozostająca bez znaczenia dla rozpoznania niniejszej sprawy została przez Prezesa UOKiK zakwalifikowana okoliczność obowiązujących w Polkomtel procedur obsługi osób trzecich w zakresie umożliwiania wejścia na teren siedziby Polkomtel i kontaktów z Prezesem Zarządu Polkomtel (por. treść wniosku g na str. 18 niniejszej decyzji), co spowodowało oddalenie również wniosku dowodowego Spółki w tym przedmiocie.

Kwestia zarówno istnienia jak i treści obowiązujących w Polkomtel procedur nie była ani przedmiotem ustaleń, ani oceny organu antymonopolowego. Nie można więc w efekcie zakwalifikować jej jako okoliczności spornej, co do której istnieje konieczność dokonania odpowiednich ustaleń. Okoliczność ta pozostaje również bez znaczenia z punktu widzenia normy prawnej, która znalazła zastosowanie w niniejszej sprawie (por. wyrok SN z dnia 26 lipca 2000r., sygn. akt I CKN 975/98). Nie stanowi bowiem okoliczności powodującej zwolnienie z odpowiedzialności za brak współdziałania w toku prowadzonej u przedsiębiorcy kontroli, fakt, iż ten przedsiębiorca stosuje określone procedury wewnętrzne, w świetle których prawidłowe i uzasadnione jest działanie, które przez Prezesa UOKiK na podstawie obowiązującego prawa zakwalifikowane zostało jako naruszenie ciążącego na przedsiębiorcy obowiązku współdziałania z kontrolującymi.

Istnienie u kontrolowanego przedsiębiorcy określonych, wewnętrznych procedur nie może wpływać na ocenę podejmowanych przez niego działań z punktu widzenia ich zgodności z przepisami prawa konkurencji, w tym z przepisami, z których wynika obowiązek współdziałania kontrolowanego z kontrolującymi. Dokonanie innej oceny takiego stanu rzeczy prowadzić musiałoby w konsekwencji do różnej kwalifikacji takich samych zachowań przedsiębiorców, w zależności od tego czy przedsiębiorca sformułował i stosuje określone procedury, które np. uzasadniają długi okres oczekiwania kontrolujących np. na spotkanie z członkami zarządu, czy też nie. Co więcej, uznanie, że takie wewnętrzne procedury stanowią uzasadnienie dla przedłużania oczekiwania funkcjonariuszy publicznych na spotkanie z osobą upoważnioną do reprezentowania kontrolowanego i wyłączają możliwość postawienia zarzutu braku współdziałania, oznaczałoby faktycznie, że takim wewnętrznym regułem przyznawalibyśmy prymat wobec przepisów prawa, które nakładają na przedsiębiorców obowiązek współdziałania z organami Państwa.

Prezes UOKiK zdecydował również o oddaleniu wniosku dowodowego dotyczącego przeprowadzenia dowodu z dokumentów (por. wniosek z pkt. e na str. 17 niniejszej decyzji). Powołane przez Spółkę dokumenty miały stanowić dowód na fakt, iż akcja kontrolna Prezesa UOKiK była nieskoordynowana i nie było w niej konieczne jednoczesne rozpoczęcie kontroli

u wszystkich podmiotów objętych kontrolą. W ocenie Prezesa UOKiK nie tylko przedmiotowa okoliczność pozostawała bez znaczenia, ale również wnioskowane przez Spółkę środki dowodowe były nieprzydatne dla stwierdzenia przedmiotowej okoliczności. Przede wszystkim zauważyć należy, iż nie świadczą o istnieniu lub braku koordynacji pomiędzy przeprowadzanymi przez Prezesa UOKiK kontrolami godziny podjęcia w ich ramach czynności kontrolnych. Jak bowiem pokazuje przykład samej Spółki, możliwość podjęcia czynności kontrolnych uzależniona jest niejednokrotnie od zachowania kontrolowanego przedsiębiorcy. Nawet więc ewentualne różnice w chwili podjęcia czynności kontrolnych w poszczególnych, poddanych kontroli spółkach nie stanowiłyby wystarczającego uzasadnienia dla stwierdzenia, że akcja kontrolna Prezesa UOKiK, w ramach której kontroli poddany został również Polkomtel, nie miała charakteru skoordynowanego.

W ocenie Prezesa UOKiK koordynacja podejmowanych przez kontrolujących działań jest pewną intencją, założeniem równoczesnego podjęcia czynności kontrolnych u kilku przedsiębiorców. Dowód z dokumentu nie nadaje się do jej stwierdzenia. Jego przeprowadzenie umożliwiłoby bowiem jedynie ustalenie, czy założenie dotyczące koordynacji udało się zrealizować.

W drodze przeprowadzenia dowodu z przywołanych przez Spółkę dokumentów nie jest również możliwe ustalenie, czy w określonej sytuacji faktycznej konieczne było rozpoczęcie kontroli u wszystkich poddanych kontroli przedsiębiorców. Przywołane przez Polkomtel dokumenty, opisujące przebieg kontroli u poszczególnych przedsiębiorców, w ogóle bowiem nie odnoszą się do przedmiotowej kwestii, w szczególności nie zawierają opisu okoliczności, które zadecydowały o uznaniu przez Prezesa UOKiK, że konieczne było równoczesne rozpoczęcie kontroli u wszystkich przedsiębiorców, u których kontrola została ostatecznie przeprowadzona.

Ponadto, w ocenie Prezesa UOKiK kwestia skoordynowania kontroli prowadzonych równocześnie u kilku przedsiębiorców pozostaje bez znaczenia dla oceny współdziałania jednego z przedsiębiorców. W szczególności fakt, iż inni, równolegle kontrolowani przedsiębiorcy, umożliwili bądź też nie bezzwłoczne rozpoczęcie czynności kontrolnych nie może wpływać na ocenę zachowania innego podmiotu. Każdy z przedsiębiorców oceniany być może wyłącznie w granicach własnego działania bądź zaniechania.

Prezes Urzędu nie uwzględnił również wniosku Spółki o włączenie do akt postępowania wszystkich pism Polkomtel i Prezesa UOKiK wystosowanych w toku postępowania wyjaśniającego znak: DOK2-400-8/09/KR/MKK, a dotyczących dysku twardego Western Digital nr S/N: WCAU4D590711, w tym danych zapisanych na tym dysku.

W ocenie Prezesa UOKiK, ustawa nie daje przedsiębiorcy - stronie prowadzonego przez organ antymonopolowy postępowania, uprawnienia do żądania włączenia do akt postępowania prowadzonego w sprawie, dokumentów złożonych do akt innego postępowania administracyjnego. Powoduje to, że Prezes Urzędu nie jest związany złożonym w tym zakresie wnioskiem strony postępowania. Przedsiębiorca uprawniony jest natomiast do przedstawienia tego rodzaju, pozostających w jego dyspozycji, dokumentów Prezesowi UOKiK. Skutkiem takiego przedstawienia będzie, że dokumenty te staną się częścią akt postępowania, w ramach którego zostały przedstawione.

Spółka w toku niniejszego postępowania nie zdecydowała się na skorzystanie z przysługujących jej uprawnień i nie przedstawiła dokumentów, które w jej ocenie powinny zostać włączone do akt postępowania. Ograniczyła się do złożenia ww. wniosku, pozostawiając tym samym Prezesowi UOKiK decyzję odnośnie do włączenia bądź nie do akt postępowania dokumentów dotyczących zakreślonej przez Polkomtel kwestii.

W ocenie Prezesa UOKiK dokumenty, których włączenia domagała się Spółka, nie dotyczą okoliczności istotnych z punktu widzenia przedmiotu niniejszego postępowania. Bez znaczenia bowiem dla kwalifikacji zachowania przedsiębiorcy jako braku współdziałania w toku prowadzonej w jego siedzibie kontroli jest korespondencja prowadzona przez niego poza kontrolą z Prezesem UOKiK.

Kara pieniężna

W ocenie Prezesa UOKiK, w świetle przywołanych okoliczności faktycznych nie budzi wątpliwości, że w toku prowadzonej w Polkomtel kontroli doszło ze strony Spółki do, określonego w pkt I sentencji niniejszej decyzji, braku współdziałania z kontrolującymi kontrolowanego przedsiębiorcy, co uzasadnia nałożenie na tego przedsiębiorcę kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zgodnie z art. 106 ust. 2 pkt 3 ustawy Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości stanowiącej równowartość 50 mln euro, jeżeli przedsiębiorca ten choćby nieumyślnie nie współdziała w toku kontroli prowadzonej w ramach postępowania na podstawie art. 105a z zastrzeżeniem 105d ust. 2 ustawy. Przedmiotowa sankcja niezależna jest przy tym od wykazania kontrolowanemu przedsiębiorcy umyślności podejmowanych działań. Jednocześnie, zgodnie z art. 111 ustawy, przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa w art. 106-108, należy uwzględnić

w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy.

Mając na uwadze powyższe, przy ustalaniu wymiaru kary nałożonej na Polkomtel, Prezes UOKiK miał na uwadze następujące okoliczności.

W pierwszej kolejności należy odnotować fakt, iż możliwość niezwłocznego podjęcia przez kontrolujących czynności kontrolnych zablokowana została przez konieczność oczekiwania przez blisko godzinę na spotkanie z osobą upoważnioną do reprezentacji Spółki, pomimo że w tym czasie obecni w siedzibie Polkomtel byli wszyscy członkowie jej Zarządu. Nie bez znaczenia w sprawie jest również, że Prezes Zarządu kontrolowanego przedsiębiorcy miał zostać poinformowany o obecności kontrolujących i zgłaszanym przez nich żądaniu odnośnie do spotkania już ok. godz. 11:50, a więc na blisko godzinę przed spotkaniem do którego ostatecznie doszło. W ocenie Prezesa UOKiK, kontrolowany przedsiębiorca nie miał woli doprowadzenia do niezwłocznego spotkania kontrolujących z osobą upoważnioną do jego reprezentacji. Odsunięcie w czasie spotkania z kontrolującymi nastąpiło z uwagi na fakt odbywania w tym czasie innego spotkania przez Prezesa Zarządu kontrolowanej Spółki. Spółka nie uznała obecności kontrolujących w jej siedzibie za okoliczność, która uzasadniałaby podjęcie niezbędnych działań organizacyjnych, które umożliwiłyby niezwłoczne podjęcie przez kontrolujących czynności kontrolnych, tj. zarządzenie przerwy w spotkaniu odbywanym właśnie przez Prezesa jej Zarządu i doprowadzenie do jego spotkania z kontrolującymi bądź oddelegowanie do kontrolujących innej upoważnionej osoby, np. członka zarządu Spółki. W sytuacji faktycznej, jaka miała miejsce w Polkomtel, to nie od decyzji kontrolujących, ale decyzji władz kontrolowanego przedsiębiorcy zależał czas, w którym kontrolujący mogli przystąpić do podjęcia czynności kontrolnych.

Ustalając wymiar kary pieniężnej nakładanej na Polkomtel, Prezes UOKiK wziął również pod uwagę, że powinien on odzwierciedlać, iż stwierdzone niniejszą decyzją naruszenie ustawy ma charakter rażący. Podkreślić należy znaczny stopień naruszenia interesu publicznego wynikający ze szczególnie nagannego charakteru zachowania Polkomtel. Uniemożliwienie przez przedsiębiorcę niezwłocznego podjęcia czynności kontrolnych przez osoby działające na podstawie upoważnienia Prezesa UOKiK w sprawie dotyczącej możliwego naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję jest szczególnie naganne i istotnie uniemożliwia skuteczne realizowanie polityki ochrony konkurencji. Takie działanie przedsiębiorcy nie tylko utrudnia skuteczność kontroli u danego przedsiębiorcy, ale także może wpłynąć na losy kontroli prowadzonych równolegle u innych

przedsiębiorców, których podejrzewa się o udział w naruszeniu przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Interes publiczny, chroniony przepisami tej ustawy, został więc w niniejszej sprawie w sposób oczywisty naruszony przez Spółkę.

Należy podkreślić, że niezwłoczne rozpoczęcie przez kontrolujących czynności kontrolnych w Polkomtel w odpowiednim dla nich terminie i o ustalonej przez nich godzinie miało istotne znaczenie nie tylko dla powodzenia jednostkowej kontroli w Spółce, ale również dla powodzenia całego postępowania wyjaśniającego, w ramach którego ta kontrola była prowadzona. Postępowanie to zostało wszczęte w związku z podejrzeniem zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję przez operatorów telefonii mobilnej, a kontrolę zainicjowano w Polkomtel, gdyż w jej pomieszczeniach mogły się znajdować dowody na to porozumienie, a równolegle (tj. tego samego dnia) także u innych przedsiębiorców, u których Prezes Urzędu spodziewał się pozyskać dokumenty i informacje istotne z punktu widzenia przedmiotu prowadzonego postępowania wyjaśniającego.

Przedmiotowa kontrola była prowadzona w związku z podejrzeniem zawarcia przez Spółkę ograniczającego konkurencję porozumienia horyzontalnego dotyczącego usługi telewizji mobilnej. Tego rodzaju praktyki ograniczające konkurencję (tj. kartele) należą do najcięższych naruszeń prawa ochrony konkurencji, a ich wykrywalność jest znacznie utrudniona ze względu na ich sekretny charakter. W wielu przypadkach jedynie niezapowiedziana kontrola wraz z przeszukaniem pozwala na zebranie dowodów potwierdzających istnienie praktyki. Z tych względów niezwykle ważne jest szybkie rozpoczęcie kontroli, pozwalające na zabezpieczenie dowodów. Tymczasem w rozpatrywanej sprawie działania kontrolowanego przedsiębiorcy praktycznie uniemożliwiły kontrolującym niezwłoczne rozpoczęcie czynności kontrolnych. Mogło to umożliwić kontrolowanemu, uzyskanie informacji o fakcie prowadzenia kontroli przez Prezesa UOKiK od innych, objętych domniemanym porozumieniem przedsiębiorców, u których kontrola była prowadzona i w efekcie doprowadzić do zniszczenia dowodów na domniemane porozumienie lub ich ukrycie, a także umożliwić pracownikom zaangażowanym w domniemane porozumienie uzgodnienie treści wyjaśnień składanych pracownikom UOKiK.

Jako istotne naruszenie przez Spółkę ciążącego na niej obowiązku współdziałania w toku prowadzonej kontroli, Prezes UOKiK zakwalifikował również fakt, iż Spółka nie zrealizowała prawidłowo zgłoszonego przez kontrolujących żądania przekazania określonych przedmiotowo dokumentów. Nie zważając na treść stawianego przez kontrolujących żądania, Polkomtel przekazał kontrolującym, bez wcześniejszego uzgodnienia z nimi przedmiotowej

kwestii, jedynie fragmenty żądanych dokumentów. W ten sposób Spółka faktycznie samodzielnie zdecydowała czy i jakie dokumenty przekaze do dyspozycji Prezesa UOKiK, chociaż to Prezesowi UOKiK, a w toku kontroli upoważnionym przez ten organ kontrolującym, przysługuje kompetencja do określenia rodzaju i zakresu informacji lub dokumentów do przekazania których zobowiązany jest przedsiębiorca. Pamiętać przy tym trzeba, że materiał dowodowy zebrany w toku kontroli prowadzonej przez Prezesa UOKiK stanowi element akt postępowania administracyjnego prowadzonego w sprawie. Na jego podstawie Prezes UOKiK czyni ustalenia faktyczne i stawia wnioski odnośnie do możliwości naruszenia przez określonego przedsiębiorcę przepisów ustawy. Z tych względów tak istotne jest by organ ten miał możliwość zapoznania się z pełną treścią dokumentów pozostających w dyspozycji kontrolowanej Spółki, a w konsekwencji dokonania samodzielnej, wszechstronnej analizy i oceny wszystkich okoliczności sprawy, w tym ustalenia jakie okoliczności są istotne z punktu widzenia jej rozstrzygnięcia. Jednocześnie odnotować należy, że przepisy ustawy nie dają przedsiębiorcy możliwości ani kwestionowania, ani tym bardziej modyfikacji żądań kontrolujących odnośnie do przekazania określonych dokumentów. Prawidłowość tych żądań podlega jedynie ocenie sądu.

Również w tym przypadku Prezes UOKiK uznał, że stwierdzone naruszenie ma charakter rażący, a jego skutkiem jest znaczny stopień naruszenia interesu publicznego wynikający ze szczególnie nagannego charakteru zachowania Polkomtel. Wybiórcze przekazywanie przez kontrolowanego przedsiębiorcę informacji bądź dokumentów żądanych przez kontrolujących w sprawie dotyczącej możliwego naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję jest szczególnie naganne i istotnie uniemożliwia skuteczne realizowanie polityki ochrony konkurencji. Takie działanie przedsiębiorcy, wpływając bezpośrednio na uzyskiwany przez Prezesa UOKiK w toku prowadzonej u przedsiębiorcy kontroli materiał dowodowy decyduje o obniżeniu stopnia jej skuteczności. W efekcie tego rodzaju działań przedsiębiorcy Prezes UOKiK pozostaje w niepewności co do kompletności zebranego materiału dowodowego, w oparciu o który podejmuje rozstrzygnięcie w sprawie. Interes publiczny, chroniony przepisami tej ustawy, został więc w niniejszej sprawie w sposób oczywisty naruszony przez Spółkę.

Spółka w toku prowadzonej w jej siedzibie kontroli nie zrealizowała żądania kontrolujących przekazania im określonych dokumentów.³⁴ Okoliczność ta istotnie wpłynęła na stopień naruszenia interesu publicznego, co ma odzwierciedlenie w wysokości kary.

Jako okoliczność szczególnie naganną – w znacznym stopniu wpływającą na wymiar nałożonej na tego przedsiębiorcę kary - Prezes UOKiK zakwalifikował zachowanie Spółki, która odmówiła wydania kontrolującemu dysku twardego, na który w toku kontroli skopiowano informacje dotyczące działalności Polkomtel. Takie zachowanie godzi w podstawowy cel kontroli, jakim jest możliwość uzyskania materiału dowodowego w formie i zakresie ustalonym przez kontrolujących. Zdaniem Prezesa UOKiK zarzucane Polkomtel działanie charakteryzuje wysoki stopień naruszenia interesu publicznego. Niedopuszczalna z punktu widzenia Prezesa UOKiK jest bowiem sytuacja, w której kontrolowany przedsiębiorca odmawia wydania kontrolującemu zgromadzonego w toku kontroli materiału dowodowego w postaci czy to dokumentów, czy też danych elektronicznych. Przyzwolenie na tego rodzaju zachowania doprowadziłoby do sytuacji, w której kontrola prowadzona przez Prezesa UOKiK stałaby się, jako narzędzie pozyskiwania przez ten organ materiału dowodowego, faktycznie bezużyteczna. Wartością kontroli nie jest bowiem sama możliwość jej przeprowadzenia, ale fakt iż umożliwia ona niejednokrotnie uzyskanie materiału dowodowego, do którego w inny sposób Prezes UOKiK nie uzyskałby dostępu.

W niniejszej sprawie, decydując o poziomie nakładanej na Spółkę kary pieniężnej, Prezes UOKiK uwzględnił również fakt, iż Polkomtel nie wydał kontrolującemu ww. dysku, pomimo iż SOKiK oddalił zażalenie Polkomtel, w którym ten przedsiębiorca kwestionował uprawnienie kontrolujących do uzyskania zabezpieczonego już na tym etapie materiału dowodowego. Odmawiając wydania dysku, na którym zapisano informacje dotyczące działalności Spółki, Polkomtel więc nie tylko naruszył przepisy ustawy zobowiązujące przedsiębiorcę do współdziałania z kontrolującymi w toku kontroli prowadzonej przez Prezesa UOKiK, ale postąpił również wbrew wydanemu w niniejszej sprawie postanowieniu SOKiK.

Niewydanie przez Polkomtel materiału dowodowego zabezpieczonego w toku prowadzonej przez przedsiębiorcę kontroli zakwalifikować należy jako równoznaczne z ukryciem określonych dowodów przed kontrolującymi. Tego rodzaju działanie zakwalifikować należy jako szczególnie istotnie naruszające interes publiczny. Prowadzić ono

³⁴ Pełną wersję żądanych przez Prezesa Urzędu dokumentów Polkomtel przedstawił, pismem z dnia 4 marca 2010r. w toku postępowania wyjaśniającego sygn. akt DOK2-400-8/09/KR/MKK, w odpowiedzi na żądanie

może bowiem do faktycznego udaremnienia kontroli, która na skutek działania kontrolowanego przedsiębiorcy staje się nieefektywna, jako że nie prowadzi do uzyskania określonego materiału dowodowego.

W odniesieniu do przedmiotowego zachowania Spółki, przy wymiarze kary pieniężnej z tytułu braku współdziałania w toku prowadzonej w Polkomtel kontroli, Prezes UOKiK uwzględnił również fakt, iż dysk, którego wydania domagali się kontrolujący nie został przekazany Prezesowi UOKiK ani w toku kontroli, ani po jej zakończeniu. Okoliczność ta istotnie wpływa na stopień naruszenia interesu publicznego, do którego doszło w niniejszej sprawie.

Ustalając wysokość kary pieniężnej nakładanej na Polkomtel, Prezes UOKiK uwzględnił również, stosownie do wymogów art. 111 ustawy, kryterium „uprzedniego naruszenia przepisów ustawy”. Zgodnie z przywoływanym przepisem Prezes UOKiK powinien przy nakładaniu kary oraz określaniu jej wysokości uwzględniać, czy nastąpiło to w warunkach swoistej recydywy, a ww. kryterium w zakresie nakładania kary przez Prezesa UOKiK spełnia funkcję okoliczności obciążającej³⁵. W niniejszej sprawie nie zaistniała podstawa do podwyższenia wymiaru kary Spółka dotychczas nie została prawomocnie ukarana za brak współdziałania w toku prowadzonej przez Prezesa Urzędu kontroli ani nie stwierdzono, że dopuściła się ona praktyk ograniczających konkurencję. Jako irrelevantną z punktu widzenia wymiaru kary w tym przypadku Prezes UOKiK uznał okoliczność prawomocnego ukarania Polkomtel z tytułu naruszenia zbiorowych interesów konsumentów³⁶. Z orzecznictwa SOKiK wynika bowiem, że wpływ na wysokość kary powinna mieć nie każde uprzednie naruszenie ustawy, ale tylko „analogiczne uchybienie przepisom ustawy”³⁷, które narusza „to samo dobro chronione prawem”³⁸.

Kary pieniężne nakładane przez Prezesa UOKiK na podstawie art. 106 ust. 2 ustawy mają charakter represyjno-prewencyjny i dyscyplinujący. Represja w tym przypadku polega na tym, że kara nakładana jest w związku z naruszeniem przez kontrolowanego przedsiębiorcę obowiązku współdziałania z kontrolującymi w toku prowadzonej u niego kontroli. Prewencja natomiast wyraża się w celu kary, która służyć ma zapobieganiu

Prezesa UOKiK oparte na podstawie art. 50 ust.1 ustawy.

³⁵ M. Sachajko (w:) T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, str. 1709; K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2008, str. 1065.

³⁶ Decyzja Prezesa UOKiK nr 18/2008 z dnia 25 września 2008r.

³⁷ Wyrok SOKiK z dnia 15 kwietnia 2010r., sygn. akt XVII AmA 46/09.

podobnym naruszeniom w przyszłości i zniechęcać do naruszania prawa. Zagrożenie nimi zaś, czyli potencjalna możliwość nałożenia kary przez organ antymonopolowy, nadaje im charakter dyscyplinujący.³⁹ W ocenie Prezesa UOKiK zasadne jest nałożenie kary pieniężnej na przedsiębiorcę w sytuacji ustalonego braku współdziałania. W interesie publicznym, na straży którego stoi Prezes UOKiK, leży bowiem zapobieganie sytuacjom tego rodzaju, z jaką Prezes UOKiK miał do czynienia w niniejszej sprawie. Zdaniem organu odstąpienie od nałożenia na Polkomtel kary pieniężnej stanowiłoby w istocie przyzwolenie nie tylko na takie zachowania kontrolowanych przedsiębiorców, które w sposób istotny utrudniają przeprowadzenie kontroli, w szczególności prowadząc do odwleczenia momentu podjęcia czynności kontrolnych, ale również te, które uniemożliwiają uzyskanie i wykorzystanie przez Prezesa Urzędu materiału dowodowego zabezpieczonego na podstawie przepisów prawa w trakcie prowadzonej u przedsiębiorcy kontroli.

Maksymalna, określona przez ustawę wysokość kary, jaka może zostać nałożona na przedsiębiorcę w związku z brakiem współdziałania w toku prowadzonej u niego kontroli wynosi 50 mln euro. Kara ta nie jest zależna od wielkości osiągniętych przez tego przedsiębiorcę przychodów. Decydując się na nałożenie kary na Polkomtel, Prezes Urzędu zdecydował się jednak, przy ustalaniu jej wymiaru, uwzględnić również wielkość przychodów osiągniętych przez tego przedsiębiorcę, tak aby kara faktycznie spełniła swoje główne funkcje. Ustalenie bowiem wysokości kary pieniężnej wyłącznie na podstawie czynnika kwotowego (bez brania pod uwagę faktycznych wyników finansowych) faworyzowałoby podmioty silne ekonomicznie, czyli te osiągające wyższe przychody. Kary nakładane na takie podmioty byłyby bowiem w istocie mniej dotkliwe, jako że odpowiadałyby mniejszej części zrealizowanego przez nich przychodu (bądź zysku). Byłoby to zatem niesprawiedliwe i prowadziłoby do wypaczenia celów prawa ochrony konkurencji, a także mogłoby prowadzić do zniekształcenia konkurencji na rynku.

W niniejszej sprawie, mając na uwadze ustalony brak współdziałania Polkomtel w toku prowadzonej u tego przedsiębiorcy kontroli oraz wytyczne co do wymiaru kary zawarte w art. 111 ustawy, Prezes UOKiK zdecydował o nałożeniu na Polkomtel kary pieniężnej w wysokości 130 689 900 zł, co stanowi równowartość 33 000 000 euro. Zgodnie bowiem z art. 5 ustawy wartość euro, o której mowa w przepisach ustawy, podlega przeliczeniu na złote

³⁸ Wyrok SOKiK z dnia 11 grudnia 2008r., sygn. akt XVII AmA 67/08.Por. również wyroki SOKiK z dnia 6 października 2008r., sygn. akt XVII AmA 89/07 i z dnia 10 marca 2010r., sygn. akt XVII AmA 38/09.

³⁹ por. *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod. red. C. Banasińskiego i E. Pionka, Wyd. LexisNexis, Warszawa 2009, str. 968.

według kursu średniego walut obcych ogłoszonego przez Narodowy Bank Polski w ostatnim dniu roku kalendarzowego poprzedzającego rok zgłoszenia zamiaru koncentracji lub nałożenia kary. Średni kurs euro ogłoszony przez NBP w ostatnim dniu roku 2010 wyniósł 3,9603 zł.

Ustalając karę w ww. wysokości Prezes UOKiK miał na uwadze również wyniki finansowe Polkomtel. W ocenie organu antymonopolowego bowiem, by kara była dolegliwa i należycie spełniała swoje funkcje, nie może być ustalana abstrakcyjnie, w oderwaniu od kondycji ekonomicznej karanego przedsiębiorcy, w tym osiągniętych przed tego przedsiębiorcą przychodów.

Biorąc pod uwagę pozostające w dyspozycji Prezesa UOKiK na dzień wydania niniejszej decyzji dane odnośnie do przychodu i zysku Spółki osiągniętych w roku 2009, wskazujące, iż przychód podatkowy Polkomtel za rok 2009 wyniósł [informacja podlegająca ochronie, pkt 50 załącznika nr 1 do decyzji], a dochód [informacja podlegająca ochronie, pkt 51 załącznika nr 1 do decyzji], kara w ustalonej wyżej wysokości spełni przewidziane dla niej funkcje. Jednocześnie, mając na uwadze istotny wymiar stwierdzonego naruszenia ustawy, nałożenie na Polkomtel kary w wysokości stanowiącej 66% maksymalnego jej wymiaru przewidzianego w art. 106 ust. 2 pkt 3 ww. ustawy jest uzasadnione. Zdaniem Prezesa Urzędu kara w ustalonej wysokości będzie adekwatna do stopnia naruszenia prawa przez Spółkę i pozwoli na osiągnięcie przypisywanej jej funkcji represyjnej, jako instrumentu mającego zniechęcić przedsiębiorcę do naruszania w przyszłości obowiązków wynikających z ustawy. Powinna ona stanowić dla Spółki na tyle zauważalną dolegliwość, aby zniechęcić ją do podobnych zachowań w przyszłości. Należy podnieść, że pomimo znacznej wysokości kwotowej nałożonej tą decyzją kary pieniężnej, nie może być ona uznana za wygórowaną w kontekście wyników finansowych karanego przedsiębiorcy.

Organ antymonopolowy wziął pod uwagę dostępne dane Polkomtel wynikające z zeznania podatkowego CIT-8 za 2009 r., mając na względzie, że ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* odwołuje się do kategorii przychodu w rozumieniu obowiązujących przedsiębiorcę przepisów o podatku dochodowym (art. 4 pkt 15 ustawy) oraz w związku z brakiem odpowiednich danych za 2010 r. Jednocześnie Prezes Urzędu wziął pod uwagę, iż w świetle powszechnie dostępnych informacji w roku 2010 sytuacja finansowa Polkomtel nie uległa zasadniczej zmianie. Co prawda nastąpił 1% spadek przychodów Spółki,

które w roku 2010 wyniosły 7,7 mld zł, ale towarzyszył im wzrost zysku, który wyniósł ok. 1 mld zł (wzrost w stosunku do roku 2009).⁴⁰

Na marginesie, w uzasadnieniu wysokości nałożonej na Polkomtel kary pieniężnej, warto nadmienić, że również w praktyce organów unijnych naruszenia proceduralne związane z przebiegiem kontroli są uważane za poważne. Za tego rodzaju naruszenia nakładane są kary odpowiednie do ich wysokiej wagi. Przykładowo można wskazać na decyzję dotyczącą spółki E.ON Energie AG, na którą została nałożona kara w wysokości 38.000.000 euro za złamanie pieczęci podczas inspekcji w siedzibie kontrolowanego przedsiębiorcy⁴¹. Z kolei w decyzji w sprawie COMP/38.432 Professional Videotape⁴², Komisja potraktowała brak współdziałania w toku kontroli przez Sony Corporation za okoliczność obciążającą skutkującą podwyższeniem o 30% wysokość kary za stwierdzoną praktykę ograniczającą konkurencję.⁴³

II.

Wszczynając przeciwko Polkomtel przedmiotowe postępowanie, Prezes UOKiK zarzucił Spółce brak współdziałania w toku kontroli polegający na nieuzasadnionym przedłużeniu procesu decyzyjnego Polkomtel dotyczącego zgłoszonego przez kontrolujących w dniu 30 grudnia 2009r. żądania wydania dysku twardego (nr S/N: WCAU4D590711), na którym zapisane zostały dane informatyczne dotyczące działalności Polkomtel, tj. kopie znajdujących się na serwerze Polkomtel S.A. skrzynek poczty elektronicznej pięciu pracowników tej spółki, co było przyczyną 2,5 godzinnego oczekiwania kontrolujących na stanowisko Polkomtel które ostatecznie ograniczyło się do powtórzenia wcześniejszej argumentacji niezwiązanej faktycznie z przedmiotem żądania, pomimo że kontrolujący przedmiotowe żądanie zgłaszali już w dniu 3 grudnia 2009r., a zgodność z prawem i zasadność zgłoszonego żądania podlegała ocenie SOKiK, który postanowieniem z dnia 22 grudnia 2009r. (sygn. akt XVII Amz 54/09/A) oddalił zażalenie Polkomtel S.A. z dnia 11 grudnia 2009r. Jednocześnie, jako brak współdziałania ze strony Polkomtel zakwalifikowano zachowanie Spółki polegające na niewydaniu kontrolującemu przez Spółkę ww. dysku twardego.

Po przeprowadzeniu postępowania w sprawie i analizie zgromadzonego w jego toku materiału dowodowego, Prezes UOKiK uznał, że w ustalonych okolicznościach faktycznych

⁴⁰ na podstawie www.telepolis.pl, „Jarosław Bauc: 13,74 mln klientów, niższe przychody Polkomtela”.

⁴¹ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 30 stycznia 2008 r. w sprawie COMP/B-1/39.326 E.ON Energie AG. Kara została utrzymana wyrokiem Sądu z dnia 15 grudnia 2010r., w sprawie T-141/08 (2011/C 38/14).

⁴² Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 20 listopada 2007r. w sprawie COMP/38.432 P.V., pkt. 219 i n.

⁴³ Na przedsiębiorcę została ostatecznie nałożona kara w wysokości 50 000 000 euro.

nie było podstaw do prowadzenia postępowania w zakresie odrębnie określonego zarzutu dotyczącego nieuzasadnionego przedłużenia przez Polkomtel procesu decyzyjnego odnośnie do zgłoszonego przez kontrolujących żądania wydania ww. dysku. Zachowanie zarzucone Spółce sprowadza się bowiem w istocie do niewydania kontrolującym dysku twardego i stanowi element stanu faktycznego, którego ocena doprowadziła do sformułowania przez Prezesa UOKiK zarzutu braku współdziałania ze strony Spółki w toku prowadzonej w jej siedzibie kontroli, polegającego na niewydaniu kontrolującym przez tego przedsiębiorcę dysku twardego, na który skopiowano informacje dotyczące działalności Polkomtel. Brak jest zatem uzasadnienia, by zachowanie to stanowiło samodzielną, odrębną od zarzutu niewydania dysku, podstawę do nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej z tytułu braku współdziałania w trakcie kontroli. Szczególnie, że przy jednoczesnym nałożeniu kary za brak współdziałania Spółki polegającym na niewydaniu żądanego przez kontrolujących dysku twardego, powodowałoby to, że zachowanie Spółki przejawiające się w sekwencji zdarzeń, która finalnie doprowadziła do niewydania kontrolującym ww. dysku faktycznie podlegałoby dwukrotnej ocenie i penalizacji.

Skoro, w świetle okoliczności faktycznych sprawy, nieuzasadnione jest kwalifikowanie wyodrębnionego zachowania Spółki polegającego na nieuzasadnionym przedłużeniu procesu decyzyjnego odnośnie do żądania kontrolujących, a sprowadzającego się faktycznie do niewydania żądanego przez kontrolujących dysku, jako zachowania samodzielnie (niezależnie od innych sformułowanych zarzutów) świadczącego o braku współdziałania ze strony kontrolowanego przedsiębiorcy to uznać należy, iż postępowanie, w zakresie w jakim dotyczy tego zachowania Polkomtel, jest bezprzedmiotowe. Brak jest bowiem podstaw do tego, aby wielokrotnie penalizować jedno zachowanie, które zdefiniowano w różny jedynie sposób.

Przepisy ustawy nie regulują bezpośrednio kwestii bezprzedmiotowości, prowadzonego na ich podstawie postępowania. W tym zakresie zastosowanie znajdą więc przepisy ustawy z dnia 14 czerwca 1969r. *kodeks postępowania administracyjnego* (Dz.U. z 2000r., nr 98, poz. 1071 z późn. zm., dalej jako kpa), do których odsyła art. 83 ustawy.

Art. 105 § 1 kpa stanowi, że gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania.

Umorzenie z powodu bezprzedmiotowości jest przy tym obowiązkiem, a nie uprawnieniem organu administracji. Przesłanką umorzenia postępowania jest brak

jakiegokolwiek z elementów w odniesieniu co do strony podmiotowej jak i przedmiotowej postępowania. Z bezprzedmiotowością postępowania mamy do czynienia wówczas, gdy w sposób oczywisty organ stwierdzi brak podstaw prawnych i faktycznych do merytorycznego rozpatrzenia sprawy⁴⁴, gdy nie ma materialnoprawnych podstaw do władczej (w formie decyzji administracyjnej) ingerencji organu administracyjnego, co oznacza, że jakiegokolwiek rozstrzygnięcie organu - pozytywne, czy negatywne - staje się prawnie niedopuszczalne⁴⁵.

Przesłanka umorzenia postępowania może istnieć jeszcze przed wszczęciem postępowania, a może ona powstać także w czasie trwania postępowania, a więc w sprawie już zawisłej przed organem administracji⁴⁶. W każdym jednak przypadku bezprzedmiotowości zastosowanie znajdzie art. 105 § 1 kpa, prowadząc do umorzenia postępowania decyzją administracyjną.

Mając powyższe na uwadze, orzeka się jak w sentencji.

Zgodnie z art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* w związku z art. 479²⁸ § 2 kpc, od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* kwotę stanowiącą karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji, na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

NBP o/o Warszawa nr 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000

Przy dokonywaniu wpłaty na powyższe konto należy dopisać numer decyzji Prezesa UOKiK stanowiącej podstawę jej dokonania.

*Z up. Prezesa Urzędu
Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

Otrzymują:

1. **Polkomtel S.A.**
za pośrednictwem pełnomocnika
adw. Piotra Janczarka
Kancelaria Adwokacka Piotr Janczarek Adwokat
ul. Chopina 8/18
20-026 Lublin
2. **a/a**

⁴⁴ Wyrok NSA z dnia 18 kwietnia 1995 r., SA/Łd 2424/94, ONSA 1996/2/80.

⁴⁵ Por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 29 kwietnia 2009r., sygn. akt VII SA/Wa 1295/08.

⁴⁶ Por. wyrok WSA w Gliwicach z dnia 4 lutego 2009r., sygn. akt II SA/Gl 1038/08.