



PRZEWODNICZĄCY
Krajowej Rady Radiofonii
i Telewizji

Warszawa, dnia 17 stycznia 2012 r.

D E C Y Z J A Nr DR – 018/2012

Na podstawie art. 33 ust. 2 i 3 oraz art. 37 ust. 1-3 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz.U. z 2011 r. Nr 43, poz. 226, z późn. zm.) oraz art. 104 i art. 138 § 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071, z późn. zm.), po rozpatrzeniu wniosków: z dnia 16 sierpnia 2011 r. spółki **ASTRO S.A.** z siedzibą w Warszawie; z dnia 18 sierpnia 2011 r. spółki **SUPERSTACJA Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie; z dnia 22 sierpnia 2011 r. spółki **ATM Grupa S.A.** z siedzibą w Bielanach Wrocławskich; z dnia 23 sierpnia 2011 r., uzupełnionego pismem z dnia 30 września 2011 r. **Fundacji LUX VERITATIS** z siedzibą w Warszawie oraz z dnia 24 sierpnia 2011 r. spółki **MEDIASAT Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie, o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej decyzją Przewodniczącego KRRiT Nr DK - 137/2011 z dnia 29 lipca 2011 r. oraz w wykonaniu Uchwały Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji Nr 6/2012 z dnia 17 stycznia 2012 r.

postanawia się

uchylić decyzję Przewodniczącego KRRiT Nr **DK - 137/2011** z dnia 29 lipca 2011 r. w części dotyczącej pkt. I ppkt 5 lit. j-k tj. odmowy zmiany (rozszerzenia) koncesji spółek **TELEKOMUNIKACJA POLSKA S.A.** z siedzibą w Warszawie (wniosek Nr 024/2011) i **TV POINT GROUP Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie (wniosek Nr 025/2011) oraz umorzyć postępowanie w tej części, a w pozostałym zakresie utrzymać w mocy przedmiotową decyzję.

U z a s a d n i e n i e

W dniu 29 lipca 2011 r. Przewodniczący KRRiT wydał decyzję Nr DK - 137/2011 w sprawie zmiany (rozszerzenia) koncesji:

- Nr 411/2009-T z dnia 27 maja 2009 r., wydanej spółce **ESKA TV S.A.** z siedzibą w Warszawie na rozpowszechnianie programu telewizyjnego pod nazwą „**ESKA TV**” (wniosek Nr 014/2011);

- Nr 465/2011-T z dnia 24 lutego 2011 r., wydanej spółce **Stavka Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie na rozpowszechnianie programu telewizyjnego pod nazwą „**U-TV**” (obecnie: „TTV”) (wniosek Nr 020/2011);
- Nr 466/2011-T z dnia 24 lutego 2011 r., wydanej spółce **Lemon Records Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie na rozpowszechnianie programu telewizyjnego pod nazwą „**POLO TV**” (wniosek Nr 015/2011);
- Nr 468/2011-T z dnia 25 lutego 2011 roku, wydanej spółce **ATM Grupa S.A.** z siedzibą w Bielanach Wrocławskich na rozpowszechnianie programu telewizyjnego pod nazwą „**ATM ROZRYWKA TV**” (wniosek Nr 021/2011),

polegającej na przyznaniu prawa do rozpowszechniania programu drogą rozsiewczą naziemną w sposób cyfrowy w standardzie DVB-T w pierwszym ogólnopolskim multipleksie.

Jednocześnie w ww. decyzji Przewodniczący KRRiT odmówił dokonania zmiany (rozszerzenia) koncesji pozostałym stronom postępowania, tj. zmiany koncesji:

- Nr 288/2003-T z dnia 29 kwietnia 2003 r., wydanej spółce TELESTAR S.A. z siedzibą w Warszawie na rozpowszechnianie programu telewizyjnego pod nazwą „iTV” (wniosek Nr 010/2011);
- Nr 290/2003-T z dnia 27 czerwca 2003 r., wydanej spółce TVN S.A. z siedzibą w Warszawie na rozpowszechnianie programu telewizyjnego pod nazwą „TVN METEO” (wniosek Nr 012/2011);
- Nr 301/2004-T z dnia 19 maja 2004 r., wydanej spółce 4fun Media S.A. z siedzibą w Warszawie na rozpowszechnianie programu telewizyjnego pod nazwą „4fun.tv” (wniosek Nr 013/2011);
- Nr 431/2010-T z dnia 4 lutego 2010 r., wydanej spółce MEDIASAT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rozpowszechnianie programu telewizyjnego pod nazwą „Tele5” (wniosek Nr 016/2011);
- Nr 459/2011-T z dnia 25 stycznia 2011 r., wydanej spółce ASTRO S.A. z siedzibą w Warszawie na rozpowszechnianie programu telewizyjnego pod nazwą „NEXT HD” (wniosek Nr 017/2011);
- Nr 287/2003-T z dnia 13 marca 2003 r., wydanej Fundacji LUX VERITATIS z siedzibą w Warszawie na rozpowszechnianie programu telewizyjnego pod nazwą „TRWAM” (wniosek Nr 018/2011);
- Nr 338/2006-T z dnia 2 sierpnia 2006 r., wydanej spółce SUPERSTACJA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rozpowszechnianie programu telewizyjnego pod nazwą „SUPERSTACJA” (wniosek Nr 019/2011);
- Nr 446/2010-T z dnia 30 sierpnia 2010 r., wydanej spółce POLSKIE RADIO S.A. z siedzibą w Warszawie na rozpowszechnianie programu telewizyjnego pod nazwą Polskie Radio „Czwórka” (wniosek Nr 022/2011);

- Nr 470/2011-T z dnia 2 marca 2011 r., wydanej spółce Cable Television Networks & Partners Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rozpowszechnianie programu telewizyjnego pod nazwą „CTV” (wniosek Nr 023/2011);
- Nr 420/2009-T z dnia 28 lipca 2009 r., wydanej spółce TELEKOMUNIKACJA POLSKA S.A. z siedzibą w Warszawie na rozpowszechnianie programu telewizyjnego pod nazwą „Orange Sport Info” (wniosek Nr 024/2011);
- Nr 422/2009-T z dnia 24 sierpnia 2009 r., wydanej spółce TV POINT GROUP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rozpowszechnianie programu telewizyjnego pod nazwą „Machina TV” (wniosek Nr 025/2011).

Decyzja Nr DK - 137/2011 została wydana w wyniku postępowania prowadzonego w związku z Ogłoszeniem Przewodniczącego KRRiT z dnia 5 stycznia 2011 r. o możliwości uzyskania koncesji na rozpowszechnianie programu telewizyjnego, opublikowanym w porozumieniu z Prezesem UKE w Monitorze Polskim Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 18 stycznia 2011 roku, Nr 4, poz. 60. W pkt. I ww. Ogłoszenia wskazano, iż stanowi ono „podstawę do składania wniosków o dokonanie zmiany, w trybie art. 155 Kodeksu postępowania administracyjnego, 4 koncesji na rozpowszechnianie programów telewizyjnych. Zmiana będzie polegać na rozszerzeniu koncesji na rozpowszechnianie programu w sposób rozsiewczy satelitarny, o charakterze określonym w udzielonych koncesjach, polegającym na przyznaniu prawa do rozpowszechniania programu drogą rozsiewczą naziemną w sposób cyfrowy, w okresie do daty wygaśnięcia obecnie obowiązującej koncesji”, z zachowaniem warunków szczegółowo określonych w pkt. 1-7.

Zgodnie z art. 127 § 3 k.p.a. stronom postępowania przysługiwało prawo do złożenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy do Przewodniczącego KRRiT w terminie czternastu dni od dnia doręczenia decyzji.

W niniejszym postępowaniu wpłynęły następujące wnioski o ponowne rozpatrzenie sprawy:

- z dnia 16 sierpnia 2011 r. spółki **ASTRO S.A.** z siedzibą w Warszawie;
- z dnia 18 sierpnia 2011 r. spółki **SUPERSTACJA Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie;
- z dnia 23 sierpnia 2011 r., uzupełniony pismem z dnia 30 września 2011 r. **Fundacji LUX VERITATIS** z siedzibą w Warszawie;
- z dnia 24 sierpnia 2011 r. spółki **MEDIASAT Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie;
- z dnia 22 sierpnia 2011 r. spółki **ATM Grupa S.A.** z siedzibą w Bielanach Wrocławskich.

Wnioski o ponowne rozpatrzenie sprawy zostały złożone w terminie określonym w art. 129 § 2 k.p.a.

Dokonując analizy wniosków o ponowne rozpatrzenie sprawy Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji stwierdziła, co następuje:

I. W pkt. I-IV osnowy decyzji Nr DK - 137/2011 określono warunki techniczne rozpowszechniania programu drogą rozszewcą naziemną w sposób cyfrowy w standardzie DVB-T w pierwszym multipleksie przez spółki, których koncesje zostały zmienione (rozszerzone), tj.: ESKA TV S.A., Stavka Sp. z o.o., Lemon Records Sp. z o.o. i ATM Grupa S.A. oraz opłaty koncesyjne. Natomiast w pkt. V osnowy odmówiono udzielenia koncesji pozostałym stronom postępowania tj. spółkom: TELESTAR S.A., TVN S.A., 4fun Media S.A., MEDIASAT Sp. z o.o., ASTRO S.A., SUPERSTACJA Sp. z o.o., POLSKIE RADIO S.A., Cable Television Networks & Partners Sp. z o.o., TELEKOMUNIKACJA POLSKA S.A., TV POINT GROUP Sp. z o.o. oraz Fundacji LUX VERITATIS.

W pkt. I-XV uzasadnienia decyzji opisano poszczególne wnioski koncesyjne pod względem programowym, ekonomicznym i technicznym.

Pkt. XVI uzasadnienia wskazuje, iż zgodnie z zasadą określoną w art. 213 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483, z późn. zm.), KRRiT stoi na straży wolności słowa, prawa do informacji oraz interesu publicznego w radiofonii i telewizji. W art. 5 i art. 6 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji ustawodawca stwierdził, że KRRiT jest organem państwowym właściwym w sprawach radiofonii i telewizji, stoi na straży wolności słowa w radiu i telewizji, samodzielności nadawców i interesów odbiorców oraz zapewnia otwarty i pluralistyczny charakter radiofonii i telewizji.

Przepisy te oraz unormowanie zawarte w art. 6 ust. 2 pkt. 1-3 ww. ustawy, uprawniają KRRiT do kształtowania polityki na rynku audiowizualnym oraz dają podstawę do wykonania tzw. „uznania administracyjnego” w odniesieniu do podmiotu, któremu udziela się albo odmawia udzielenia koncesji. Formą prawną, w której KRRiT wyraża swoją wolę, jest uchwała KRRiT. Uchwały podejmowane są większością 2/3 głosów ustawowej liczby członków.

Zgodnie z art. 33 ust. 2 i 3 ustawy o radiofonii i telewizji organem właściwym w sprawach koncesji jest Przewodniczący KRRiT, który podejmuje decyzję w sprawie koncesji na podstawie uchwały KRRiT realizując w ten sposób wolę organu konstytucyjnego działającego w ramach kompetencji ustawowych.

Rozpatrując złożone wnioski kierowano się zasadą praworządności, prawdy obiektywnej, pogłębiania zaufania. Przy wydawaniu rozstrzygnięcia kierowano się również zasadą równości wobec prawa, bowiem art. 32 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej stanowi, iż wszyscy są wobec prawa równi oraz wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne.

W toku postępowania o udzielenie koncesji wnioski poddano pełnej analizie zgodnie z kryteriami wymienionymi w art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji,

tj. w szczególności poddano ocenie stopień zgodności zamierzonej działalności programowej z zadaniami określonymi w art. 1 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji, z uwzględnieniem stopnia realizacji tych zadań przez innych nadawców działających na obszarze objętym koncesją, możliwość dokonania przez wnioskodawcę koniecznych inwestycji i finansowania programu, przewidywany udział w programie audycji wytworzonych przez nadawcę lub na jego zamówienie albo we współdziałaniu z innymi nadawcami, przewidywany udział audycji, o których mowa w art. 15 ust. 1 i 3 ustawy o radiofonii i telewizji, dotychczasowe przestrzeganie przepisów dotyczących radiokomunikacji i środków masowego przekazu. KRRiT rozpoznając wnioski o ponowne rozpatrzenia sprawy zwróciła uwagę, że w postępowaniu o udzielenie koncesji kierując się obowiązkiem realizacji zadań określonych w art. 6 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji, dokonała oceny oferty programowej poszczególnych wnioskodawców, uwzględniając zasadę otwartego i pluralistycznego charakteru radiofonii i telewizji.

Zgodnie z zaleceniem R (99) 1 Komitetu Ministrów Rady Europy pluralizm w mediach cechuje się istnieniem dużej ilości niezależnych i autonomicznych mediów (ogólnie określane jako pluralizm strukturalny) oraz różnorodnością ich rodzajów jak również różnorodnością treści (poglądów i opinii) dostarczanej odbiorcom. Tak więc można wyróżnić pluralizm źródeł, treści i dostawców.

Tym samym pluralizm mediów jest pojęciem wieloaspektowym i nie ogranicza się do kwestii powiązań kapitałowych.

Według *Strategii Państwa Polskiego w dziedzinie mediów elektronicznych na lata 2005-2020* pluralizm mediów jest wypadkową trzech czynników:

- 1) różnorodności źródeł informacji i programu;
- 2) powszechności i dostępności finansowej podstawowych usług medialnych;
- 3) jakości i różnorodności oferty.

W *Strategii* wymienia się także pięć podstawowych aspektów pluralizmu mediów. Są to różnorodność gatunków i treści, pluralizm opinii i stanowisk, różnorodność osób i grup (mająca na celu służyć wszystkim grupom społecznym), różnorodność „geograficzna” (elementy kultur lokalnych, regionalnych, narodowych) oraz pluralizm źródeł informacji i programu.

Zgodnie ze *Strategią regulacyjną KRRiT na lata 2011-2013* z dnia 1 marca 2011 r. Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji dążyć będzie w granicach swoich kompetencji prawnych do zapewnienia pluralizmu mediów elektronicznych rozumianego jako różnorodność podaży, dystrybucji i korzystania z zawartości mediów oraz odzwierciedlenie w nich szerokiego wachlarza informacji, opinii i interesów, a także wartości społecznych, demokratycznych oraz kulturalnych.

W niniejszym postępowaniu KRRiT położyła największy nacisk na analizę i rozróżnienie w postępowaniu różnorodności źródeł informacji i programu, ze szczególnym naciskiem na jakość i różnorodność oferty. Powyższe cechy tak rozumianego pluralizmu gwarantują w najwyższym stopniu otwarty

i pluralistyczny charakter radiofonii i telewizji, co najpełniej może zaspokoić interes odbiorców.

W toku postępowania administracyjnego organ dokonał wszechstronnej merytorycznej analizy złożonych wniosków w zakresie programowym, finansowym, technicznym i reklamowym, co znalazło swój wyraz w uzasadnieniu decyzji Nr DK - 137/2011.

KRRiT mając na uwadze konieczność poniesienia dużych nakładów (w tym na opłatę koncesyjną, produkcję programu oraz opłaty za usługi nadawcze), związanych z rozpowszechnianiem programów w multipleksie, oceniając wnioski w przedmiotowym postępowaniu zwróciła szczególną uwagę na wiarygodność przedstawionych we wnioskach założeń ekonomiczno finansowych.

Organ zważył ponadto, iż uruchomienie nadawania programów w sposób cyfrowy naziemny jest jednym z priorytetów Państwa Polskiego. Wyrazem tego jest m.in. uchwalona przez Parlament ustawa z dnia 30 czerwca 2011 r. o wdrożeniu naziemnej telewizji cyfrowej (Dz. U. Nr 153, poz. 903) oraz wspólne działania Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji i Prezesa Urzędu Komunikacji Elektroniczne zmierzające do rozpoczęcia nadawania w sposób cyfrowy naziemny oraz stworzenia odbiorcom możliwości odbioru jak najszerszej oferty programów bezpłatnych.

Powodzenie procesu uwarunkowane jest m.in. wspólnym działaniem nadawców, których programy mają być rozpowszechniane w tym samym multipleksie, polegającym na zawarciu umowy i ponoszeniem kosztów związanych z działalnością nadawczą. W przypadku niewywiązywania się z umowy z operatorem technicznym świadczącym usługę nadawczą, ze względów ekonomicznych (niepłacenia za usługę), powodzenie przedsięwzięcia mogłoby być zachwiane – albo pozostali nadawcy programów obecnych w sygnale multipleksu musieliby ponosić wyższe koszty związane z niewywiązaniem się z umowy jednego z nadawców albo podmiot świadczący usługę zaprzestałby jej świadczenia w związku z ponoszeniem kosztów i niedotrzymaniem odpowiedniej zapłaty (co za tym idzie powstałaby groźba zaprzestania rozpowszechniania wszystkich programów obecnych w tym multipleksie).

KRRiT rozstrzygając powyższe postępowanie miała także na uwadze wagę powodzenia niniejszego przedsięwzięcia, którego sukces i rozwój będzie miało olbrzymi wpływ na powodzenie uruchomienia w pełnym zakresie częstotliwości przeznaczonych na MUX-3. Należy pamiętać, że Polska jest zobowiązana do zwolnienia częstotliwości analogowych, wykorzystywanych do rozpowszechniania programów telewizyjnych w sposób rozsiewczy naziemny do 31 lipca 2013 r. Pojawienie się problemów przy uruchomieniu rozpowszechniania na MUX-1, może w bardzo istotny sposób wpłynąć na rozwój naziemnej telewizji cyfrowej w Polsce.

Mając powyższe na uwadze dokonując analizy wniosków pod kątem kryterium wiarygodności finansowej stwierdzono, że nie spełniają tego kryterium wnioski

następujących podmiotów: TELESTAR S.A. („iTV”), Cable Television Network & Partners Sp. z o.o. („CTV”), TV POINT GROUP Sp. z o.o. („Machina TV”), MEDIASAT Sp. z o.o. („Tele5”), POLSKIE RADIO S.A. (Polskie Radio „Czwórka”) oraz Fundacji LUX VERITATIS („TRWAM”).

Wnioski, które spełniają kryterium wiarygodności finansowej (wnioski spółek: TVN S.A., 4fun Media S.A., ESKA TV S.A., Lemon Records Sp. z o.o., ASTRO S.A., Superstacja Sp. z o.o., Stavka Sp. z o.o., ATM Grupa S.A., Telekomunikacja Polska S.A.), zostały poddane szczegółowej porównawczej analizie programowej z uwzględnieniem kształtu oferty dostępnej w naziemnej telewizji cyfrowej, przeznaczonej do bezpłatnego, powszechnego odbioru.

W wyniku analizy stwierdzono, że Przewodniczący KRRiT wydał decyzje w sprawie rozszerzenia, o możliwość umieszczenia w sygnale multipleksu drugiego (MUX-2), 8 koncesji na rozpowszechnianie programów telewizyjnych. Jest to 5 programów o charakterze uniwersalnym, tj. zawierających różne gatunki i formy telewizyjne oraz różnorodną tematykę („POLSAT”, „TVN”, „TV4”, „TV PULS” i „TV PULS 2”) oraz 3 programy o charakterze wyspecjalizowanym: filmowo – rozrywkowy („TVN Siedem”), sportowy („Polsat Sport News”) i adresowany do młodzieży („TV6”). Na obecnym etapie wdrażania naziemnej telewizji cyfrowej, w ramach 3 zaplanowanych w „Planie zagospodarowania częstotliwości” multipleksów naziemnej telewizji cyfrowej, możliwe jest umieszczenie maksimum 24 programów telewizyjnych nadawanych w podstawowym standardzie (SD). W chwili publikacji przez Przewodniczącego KRRiT ogłoszenia o możliwości rozszerzenia 4 koncesji na rozpowszechnianie programu telewizyjnego, polegającego na przyznaniu prawa do rozpowszechniania programu drogą rozsiewczą naziemną w sposób cyfrowy w sygnale multipleksu pierwszego (MUX-1) od dnia 31 lipca 2013 r. (lub od daty zaprzestania rozpowszechniania programów TVP 1, TVP 2 oraz jednego z programów regionalnych TVP S.A. w sygnale MUX-1), wszystkie możliwości techniczne multipleksów naziemnej telewizji cyfrowej były przedmiotem rezerwacji na rzecz innych podmiotów: Telewizja POLSKA S.A., POLSAT S.A., TVN S.A., Polskie Media S.A. i Telewizja PULS Sp. z o.o. Podstawowym celem wdrażania naziemnej telewizji cyfrowej oprócz wykorzystania nowej technologii dla poprawy jakości odbioru jest zwiększenie ilości dostępnych nieodpłatnie programów telewizyjnych oraz stworzenie komplementarnej i zróżnicowanej programowo oferty. KRRiT w rozstrzygnięciu przedmiotowego postępowania kierowała się więc dbałością o zapewnienie, że programy umieszczone w sygnale MUX-1 będą się charakteryzować odmienną zawartością programową od tych, które są już dostępne w MUX-2. Art. 36 ustawy o radiofonii i telewizji wskazuje, że ocena wniosków o udzielenie (rozszerzenie) koncesji ma przebiegać z uwzględnieniem stopnia realizacji zadań radiofonii i telewizji, o których mowa w art. 1 ust. 1 tejże ustawy przez innych nadawców działających na obszarze objętym koncesją.

Biorąc pod uwagę powyższe kryterium KRRiT uznała, że wnioski: 4fun media S.A. („4fun.tv”), ASTRO S.A. („NEXT HD”) oraz Telekomunikacji Polskiej S.A. („Orange Sport Info”) nie spełniają kryterium zróżnicowania oferty programowej.

KRRiT dysponując możliwością rozszerzenia 4 koncesji poprzez przyznanie prawa do umieszczenia ich w sygnale MUX-1 postanowiła rozstrzygnąć postępowanie na rzecz spółek spełniających wszystkie powyższe kryteria: ESKA TV S.A. (program pod nazwą „ESKA TV”), Stavka Sp. z o.o. (program pod nazwą „U-TV”), Lemon Records Sp. z o.o. (program pod nazwą „POLO TV”) i ATM Grupa S.A. (program pod nazwą „ATM ROZRYWKA”).

Pkt. XVII-XX uzasadnienia decyzji zawierają szczegółowe wyliczenia w zakresie opłat koncesyjnych oraz terminy ich zapłaty.

W wyniku ponownego rozpatrzenia sprawy KRRiT postanowiła podtrzymać swoje dotychczasowe stanowisko, zawarte w uzasadnieniu skarżonej decyzji Nr DK - 137/2011 z dnia 29 lipca 2011 r.;

II. W piśmie z dnia 16 sierpnia 2011 r. spółka **ASTRO S.A.** z siedzibą w Warszawie wniosła o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej przyznaniem decyzji Nr DK - 137/2011, poprzez wskazanie organowi, że w ogłoszeniu Przewodniczącego KRRiT z dnia 5 stycznia 2011 r. o możliwości uzyskania koncesji, które stanowiło podstawę do złożenia wniosku o rozszerzenie koncesji przez Skarżącą, wśród warunków tam przedstawionych, nie było warunku, który eliminowałby z tego konkursu programy o charakterze „ogólnym”.

1. Spółka ASTRO S.A. stwierdziła w swoim wniosku, iż gdyby posiadała wiedzę w ww. zakresie, to dostosowałaby swój wniosek do takich warunków, ponieważ oprócz programu „NEXT HD”, którego dotyczył wniosek w przedmiotowym postępowaniu, Spółka rozpowszechnia również programy wyspecjalizowane tzn. muzyczny, publicystyczny, dokumentalny, a także filmowy;
2. Ponadto Spółka, według Skarżącej, była jedynym wnioskodawcą, którego wniosek spełnia wszystkie wymagania, z wyjątkiem charakteru programu.

W uzasadnieniu do swojego wniosku Skarżąca stwierdza, że spółka ASTRO S.A. stworzyła absolutnie nowatorski w skali europejskiej projekt, na podstawie którego Spółka negocjuje warunki współpracy z innymi stacjami telewizyjnymi.

Po ponownej analizie wniosków Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji uznała, iż Skarżąca знаła ramy wymogów programowych, zawarte w ogłoszeniu Przewodniczącego KRRiT z dnia 5 stycznia 2011 r. Nie wyłączały one Spółce możliwości zgłoszenia wniosku o rozszerzenie innej koncesji, w tym na program wyspecjalizowany. Wybór w powyższym zakresie należał do samego wnioskodawcy, przy czym przystępując do postępowania musiał liczyć się z tym, iż złożony przez niego wniosek będzie podlegał porównaniu i ocenie, w tym na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 1 ustawy o radiofonii i telewizji. Zatem kryteria oceny wniosku, wynikające z przepisów prawa powszechnie obowiązującego powinny być wnioskodawcy znane i nie mogły być dla niego zaskoczeniem.

W tym miejscu należy zauważyć, że zgodnie z § 17 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji z dnia 4 stycznia 2007 r. w sprawie zawartości wniosku o udzielenie koncesji oraz szczegółowego trybu postępowania w sprawach udzielania i cofania koncesji na rozpowszechnianie i rozprowadzanie

programów radiofonicznych i telewizyjnych (Dz.U. Nr 5, poz. 41, z późn. zm.) wnioski w postępowaniach o zmianę koncesji polegającej na rozszerzeniu koncesji, na rozpowszechnianie programów radiofonicznych lub telewizyjnych drogą rozsywczą satelitarną o przyznanie prawa do rozpowszechniania programu drogą rozsywczą naziemną w sposób cyfrowy w standardzie DVB-T, pozostawia się bez rozpoznania min. w przypadku niezgodności wniosku z warunkami określonymi w ogłoszeniu w zakresie przedmiotu postępowania, określenia charakteru programu. Wniosek spółki ASTRO S.A. spełniał warunki ogłoszenia i mając na uwadze przepisy § 17 ust. 1 pkt 2 powyższego rozporządzenia KRRiT nie został pozostawiony bez rozpoznania.

Zgodnie z treścią uzasadnienia decyzji Przewodniczącego KRRiT Nr DK - 137/2011 z dnia 29 lipca 2011 r. podstawą do odmowy udzielenia koncesji była negatywna ocena w zakresie przedmiotowego wniosku w zakresie przesłanki określonej w art. 36 ust. 1 pkt 1 ustawy o radiofonii i telewizji. Zatem formalnie wniosek był dopuszczalny i spełniał warunki programowe ogłoszenia, jednak organ koncesyjny mając na uwadze treść art. 36 ust. 1 pkt. 1 ustawy o radiofonii i telewizji dokonał jego oceny, jak również porównania z pozostałymi wnioskami, złożonymi w przedmiotowym postępowaniu przez inne podmioty.

Ogłoszenie Przewodniczącego KRRiT nie określało warunków, które eliminowałyby z postępowania programy o charakterze uniwersalnym, a więc także programu „NEXT HD”. Spółka ASTRO S.A. była więc pełnoprawnym uczestnikiem postępowania koncesyjnego a jej wniosek nie został odrzucony z powodu braków formalnych. Jak wskazano w uzasadnieniu decyzji Przewodniczącego KRRiT Nr DK - 137/2011, wniosek ASTRO S.A. nie spełniał „kryterium zróżnicowania oferty programowej”, bowiem w sygnale multipleksu drugiego (MUX-2) znajduje się aż 5 koncesjonowanych programów o charakterze uniwersalnym, tj. „POLSAT”, „TVN”, „TV 4”, „TV PULS” i „TV PULS 2”. Dodać należy, że w sygnale multipleksu pierwszego zostało już - na podstawie decyzji rezerwacyjnej Prezesa UKE - zarezerwowane miejsce dla programów telewizji publicznej, również mających charakter uniwersalny, tj.: „TVP1”, „TVP2” oraz jednego z programów regionalnych TVP S.A. Nowy program o tym charakterze nie stanowiłby więc uzupełnienia cyfrowej oferty programów telewizyjnych rozpowszechnianych na MUX-2 i MUX-1. Przyznanie więc kolejnej koncesji na program o charakterze uniwersalnym stanowiłoby w efekcie powielenie oferty dostępnej telewidzom w bezpłatnej, naziemnej telewizji cyfrowej. Tym samym KRRiT uznała, że oferta Skarżącej nie wzbogaci istniejącej już cyfrowej oferty telewizyjnej. Zatem dokonana przez organ koncesyjny ocena wniosku, złożonego przez spółkę ASTRO S.A., z uwagi na treść art. 36 ust. 1 pkt. 1 ustawy o radiofonii i telewizji, oraz na dostatecznie wysoki stopień realizacji zadań radiofonii i telewizji przez innych nadawców rozpowszechniających program o charakterze uniwersalnym na tym samym obszarze, była negatywna i doprowadziła do odmowy rozszerzenia koncesji Nr 459/2011-T w przedmiotowym postępowaniu. W uzasadnieniu decyzji Nr DK - 137/2011 organ koncesyjny opisał

ww. okoliczności, a zatem przedmiotowe rozstrzygnięcie znalazło swój wyraz w treści zaskarżonej decyzji.

Ocena dopuszczalności zmiany koncesji musi zostać przeprowadzona w kontekście ww. przesłanek art. 36 ustawy o radiofonii i telewizji. Negatywna ocena w zakresie wyznaczonym treścią tego artykułu stanowi przeszkodę w dokonaniu zmiany przedmiotowej koncesji.

Organ podniósł także w uzasadnieniu decyzji, iż w momencie wydawania decyzji Nr DK - 137/2011 spółka ASTRO S.A. nadawca programu „NEXT HD” nie uruchomiła jeszcze emisji programu, chociaż zgodnie z koncesją program powinien być uruchomiony nie później niż do dnia 25 lipca 2011 r. Nadawca nie poinformował organu o przyczynach nieuruchomienia programu w terminie.

Mając na uwadze powyższe fakty i argumenty należy podnieść, iż Skarżąca od początku postępowania, od momentu ukazania się ogłoszenia Przewodniczącego KRRiT, miała świadomość i wiedzę, jakie kryteria będą brane pod uwagę przez Krajową Radę Radiofonii i Telewizji w trakcie rozstrzygnięcia przedmiotowego konkursu oraz że to do Skarżącej należał wybór programu jaki zgłosi do konkursu opisanego w ogłoszeniu z 5 stycznia 2011 r.;

III. Pismem z dnia 18 sierpnia 2011 r. spółka **SUPERSTACJA Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie wniosła o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej decyzją Przewodniczącego KRRiT Nr DK - 137/2011 z dnia 29 lipca 2011 r.

Skarżąca we wniosku wnosi o ponowne rozpoznanie sprawy zakończonej decyzją Nr DK - 137/2011, uchylenie zaskarżonej decyzji i jej zmianę przez uwzględnienie wniosku spółki SUPERSTACJA Sp. z o.o. o zmianę (rozszerzenie) koncesji Nr 338/2006-T z dnia 2 sierpnia 2006 r. – zgodnie z wnioskiem SUPERSTACJI Sp. z o.o. Nr 019/2011, a ponadto wnosi o przeprowadzenie rozprawy administracyjnej.

W uzasadnieniu do wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy Skarżąca podnosi, iż zaskarżona decyzja narusza art. 6 ustawy o radiofonii i telewizji. Powołany przepis stanowi, że programy emitowane przez nadawców działających na obszarze objętym koncesją, powinny realizować zasadę otwartego i pluralistycznego charakteru radiofonii i telewizji. Skarżąca podnosi także, że art. 6 ust. 2 pkt. 4 ww. ustawy zobowiązuje KRRiT do sprawowania kontroli nad działalnością nadawców oraz, że kontrola ta powinna mieścić się w granicach określonych przez ustawę.

Skarżąca podnosi, iż KRRiT naruszyła przepisy art. 6 ustawy o radiofonii i telewizji poprzez stwierdzenie, że 100 % udziałowiec spółki Ster Sp. z o.o., jedyny udziałowiec spółki SUPERSTACJA Sp. z o.o., Pan Heronim Ruta, powoduje niespełnienie przez Skarżącą kryterium pluralizmu źródeł informowania.

Spółka SUPERSTACJA Sp. z o.o. podnosi w swoim wniosku niezgodność ustaleń KRRiT co do wysokości udziałów pośredniego udziałowca Spółki, Pana Heronima Ruty, w poszczególnych spółkach powiązanych kapitałowo z ogólnopolskim

nadawcą telewizyjnym, TELEWIZJĄ POLSAT Sp. z o.o. oraz jej właścicielem, spółką POLSAT CYFROWY S.A.

Po przeprowadzeniu ponownej analizy wniosku spółki SUPERSTACJA Sp. z o.o. KRRiT uznała, że niezależnie od kwestii powiązań kapitałowych i osobowych Pana Heronima Ruty z grupą kapitałową POLSAT, przeszkodę dokonania zmiany (rozszerzenia) koncesji stanowi ocena obligatoryjnych przesłanek z art. 36 ustawy o radiofonii i telewizji, która wskazuje na negatywną ocenę dotychczasowego przestrzegania przepisów dotyczących radiokomunikacji i środków masowego przekazu przez spółkę SUPERSTACJA.

W trakcie wykonywania przez SUPERSTACJĘ Sp. z o.o. koncesji Nr 338/2006-T z dnia 2 sierpnia 2006 r. dochodziło do naruszania przepisów ustawy o radiofonii i telewizji w zakresie ochrony małoletnich oraz przekraczania ustawowego limitu reklam w programie.

Pod kątem przestrzegania przepisów chroniących małoletnich, decyzją Nr DK-193/2008 z dnia 3 lipca 2008 r. Przewodniczącego KRRiT nakazał spółce SUPERSTACJA Sp. z o.o. z siedzibą z siedzibą w Warszawie *zaniechanie działań polegających na naruszeniu art. 18 ust. 4-5b i 7 ustawy o radiofonii i telewizji oraz przepisów rozporządzenia Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji z dnia 23 czerwca 2005 r. w sprawie kwalifikowania audycji lub innych przekazów mogących mieć negatywny wpływ na prawidłowy fizyczny, psychiczny lub moralny rozwój małoletnich oraz audycji lub innych przekazów przeznaczonych dla danej kategorii wiekowej małoletnich, stosowania wzorów symboli graficznych i formuł zapowiedzi (Dz.U. Nr 130, poz. 1089), wydanego na podstawie art. 18 ust. 6 ustawy o radiofonii i telewizji;*

W związku z przekroczeniem ustawowego limitu reklam w programie wyemitowanym w dniu 17 czerwca 2008 r. Przewodniczącego KRRiT decyzją Nr 11/2008 z dnia 17 września 2008 r. nałożył na nadawca karę pieniężną w wysokości 2.700 zł;

W związku z przekroczeniem ustawowego limitu reklam w programie wyemitowanym w dniach 10, 12 i 16-21 września oraz 3, 6 i 7 października 2009 r. Przewodniczącego KRRiT decyzją Nr 2/2009 z dnia 28 stycznia 2009 r. nałożył na nadawca karę pieniężną w wysokości 20.000 zł;

Po przeanalizowaniu kolejnych wyników monitoringu programu „SUPERSTACJA”, po dwukrotnym wezwaniu do zaniechania działań niezgodnych z obowiązującym prawem w zakresie ochrony małoletnich, Przewodniczący KRRiT decyzją Nr 3/2009 z dnia 29 stycznia 2009 r. nałożył na nadawca karę pieniężną w wysokości 20.000 zł.

Nie ograniczając się do powyższych faktów KRRiT w ramach rozpatrzenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy Krajowa Rada porównała oferty zawartości programowej wniosków Stavka Sp. z o.o. (wniosek Nr 020/2011) i SUPERSTACJA Sp. z o.o. (wniosek Nr 019/2011) jako wniosków o podobnym, wyspecjalizowanym charakterze programowym.

W art. 36 ustawy o radiofonii i telewizji ocena wniosków o udzielenie (rozszerzenie) koncesji ma przebiegać z uwzględnieniem stopnia realizacji zadań radiofonii i telewizji, o których mowa w art. 1 ust. 1 tejże ustawy przez innych nadawców działających na obszarze objętym koncesją.

Koncesja Nr 338/2006-T zobowiązuje spółkę SUPERSTACJA Sp. z o.o. do rozpowszechniania, przez wszystkie dni tygodnia, nie mniej niż 12 godzin na dobę, programu o charakterze wyspecjalizowanym – informacyjnym z elementami publicystyki, informacji sportowych i poradnictwa.

W programie mają być nadawane audycje i inne przekazy realizujące wyspecjalizowany charakter programu, tj. serwisy i inne audycje informacyjne dotyczące bieżących informacji z różnych dziedzin życia, w tym także kroniki kryminalne i ciekawostki ze świata rozrywki; serwisy sportowe; relacje reporterskie i magazyny reporterów, prezentujące różne poglądy obecne w debacie publicznej, kształtujące postawy obywatelskie w społeczeństwie i upowszechniające wiedzę o funkcjonowaniu instytucji demokratycznego państwa prawa i gospodarki rynkowej; audycje poradnicze z różnych dziedzin: np. prowadzenia domu, zarządzania domowym budżetem, zdrowia, urody, mody i fitness, motoryzacji, technik informatycznych, zwierząt domowych.

Audycje i inne przekazy realizujące wyspecjalizowany charakter programu – zgodnie z koncesją – mają stanowić nie mniej niż 70 % czasu nadawania programu w ciągu miesiąca w godz. 6.00-23.00, rozliczanego w okresach tygodniowych w wymienionych godzinach.

Wnioskodawca realizuje wymagania określone w art. 15 ust. 1 i 3 ustawy o radiofonii i telewizji: zarówno audycje wytworzone pierwotnie w języku polskim jak i audycje europejskie w kontrolowanych okresach kwartalnych (2010/2011) stanowiły 100 % kwartalnego czasu nadawania programu.

Audycje wytworzone przez Wnioskodawcę lub na jego zamówienie, albo we współdziałaniu z innymi nadawcami, zgodnie z koncesją, będą stanowić min. 85 % nadawanego programu.

Wnioskodawca oświadczył, że w związku z możliwością rozszerzenia koncesji poprzez rozpowszechnianie programu drogą rozsiewczą naziemną w sposób cyfrowy w standardzie DVB-T, nie planuje wprowadzać zmian w aktualnie realizowanej ramówce.

Koncesja Nr 465/2011-T zobowiązuje spółkę Stavka Sp. z o.o. do rozpowszechniania, przez wszystkie dni tygodnia, nie mniej niż 18 godzin na dobę, programu o charakterze wyspecjalizowanym: publicystyczno-informacyjno-poradnikowym poświęconego aktualnym wydarzeniom z różnych dziedzin życia (społecznych, gospodarczych, politycznych, kulturalnych itp.), zarówno krajowych jak i zagranicznych oraz poradom w zakresie zdrowia, motoryzacji, praw konsumenckich, itp. Największy udział w programie będą miały audycje publicystyczne, informacyjne i edukacyjno-poradnicze. W programie mają być

również nadawane – choć w mniejszym wymiarze – filmy dokumentalne oraz audycje o charakterze rozrywkowym.

Audycje i inne przekazy realizujące wyspecjalizowany: publicystyczno-informacyjno-poradnikowy charakter programu mają zajmować nie mniej niż 72 % miesięcznego czasu nadawania programu w godz. 6.00-23.00, rozliczanego w okresach tygodniowych w wymienionych godzinach.

Wnioskodawca, będzie realizował wymagania określone w art. 15 ust. 1 i 3 ustawy o radiofonii i telewizji: audycje wytworzone pierwotnie w języku polskim, według deklaracji Wnioskodawcy, mają stanowić 80 % kwartalnego czasu emisji programu, a audycje europejskie – 90 % tego czasu.

Jak deklaruje Wnioskodawca, audycje wytworzone przez Wnioskodawcę lub na jego zamówienie, albo we współdziałaniu z innymi nadawcami, będą stanowić 95 % tygodniowego programu.

Wnioskodawca oświadczył, że w związku z możliwością rozszerzenia koncesji poprzez rozpowszechnianie programu drogą rozsiewczą naziemną w sposób cyfrowy w standardzie DVB-T, nie planuje wprowadzać zmian w aktualnie realizowanej ramówce.

Po ponownej analizie Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji uznała, iż oferta zaprezentowana przez spółkę Stavka Sp. z o.o. jest bardziej atrakcyjna dla widza. Zawiera więcej gatunków realizujących specjalizację programu (7 w przypadku programu Stavka Sp. z o.o. do 4 przedstawionych przez SUPERSTACJĘ Sp. z o.o.). Program zaprezentowany przez Stavka Sp. z o.o. poprzez większą ilość gatunków realizujących wyspecjalizowany charakter programu oraz rozbudowaną specjalizacją charakteru programu zagwarantuje odbiorcom dostęp do jeszcze bardziej zróżnicowanej oferty programowej.

Biorąc pod uwagę powyższe oferta programowa przedstawiona we wniosku Stavka Sp. z o.o. w wyższym stopniu zapewni spełnienie kryterium zróżnicowanej oferty programowej niż oferta zaprezentowana we wniosku SUPERSTACJI Sp. z o.o. w zakresie programów poświęconych informacji i publicystyce w wymiarze odpowiadającym ustawowemu kryterium programu wyspecjalizowanego.

Odnosząc się do przedstawionego w uzasadnieniu do wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy argumentu, iż pozytywne rozpatrzenie przez KRRiT wniosków o rozszerzenie koncesji uprawniających do rozpowszechniania programów przez wyspecjalizowanych muzycznych tj. „ESKA TV” i „ POLO TV” jest całkowicie sprzeczne z kryterium zróżnicowania oferty programowej, należy podnieść że: programy „ESKA TV” i „POLO TV” nie są tożsame w swej zawartości. Mimo identycznie określonego charakteru programu (wyspecjalizowany-muzyczny) są one skierowane do różnych grup adresatów, jak też prezentują odmienne gatunki muzyczne i różny będzie w nich udział utworów słowno-muzycznych wykonywanych w języku polskim.

Program „POLO TV” ma prezentować głównie polską muzykę, disco polo, biesiadną i etniczną (głównie romską). „ESKA TV” ma nadawać głównie

współczesną, zagraniczną muzykę rozrywkową. W „POLO TV” piosenka polska stanowić ma aż 80 % prezentowanych piosenek, a w „ESKA TV” jedynie 33 %. „POLO TV” adresowany jest głównie do kobiet z wykształceniem średnim, w wieku 35-55 lat, zaś „ESKA TV” - do mieszkańców miast powyżej 50 tys. ludności, w wieku 15-34 lata, z wykształceniem średnim i wyższym, aktywnych zawodowo i życiowo, zarówno uczniów jak i pracujących. Przytoczone fakty jednoznacznie wskazują, że oferty programowe „POLO TV” oraz „ESKA TV” są różne.

Odnosząc się do wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy złożonego przez spółkę SUPERSTACJA Sp. z o.o. w zakresie nieprzeprowadzenia rozprawy administracyjnej przez organ należy stwierdzić, iż zarzut ten jest nieuzasadniony. Zgodnie z art. 89 § 2 k.p.a. organ powinien przeprowadzić rozprawę, gdy zachodzi potrzeba uzgodnienia interesów stron oraz gdy jest to potrzebne do wyjaśnienia sprawy przy udziale świadków lub biegłych albo w drodze oględzin. Jak wynika z art. 89 § 2 k.p.a., niezależnie od poczynionych przez wnioskodawcę rozważań, czy przeprowadzenie rozprawy ma charakter obligatoryjny, podstawą przeprowadzenia rozprawy administracyjnej jest zaistnienie określonych w tym przepisie przesłanek. Skoro zaś w przedmiotowej sprawie nie zaszła potrzeba uzgodnienia interesów stron, ani wyjaśnienia sprawy przy udziale świadków lub biegłych, ani dokonania oględzin, Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji, ani jej Przewodniczący nie miała obowiązku przeprowadzenia rozprawy administracyjnej;

IV. W piśmie z dnia 23 sierpnia 2011 r. **Fundacja LUX VERITATIS** z siedzibą w Warszawie wniosła o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej decyzją Nr DK - 137/2011 z dnia 29 lipca 2011 r. oraz w piśmie z dnia 30 września 2011 r. uzupełniła swój wniosek, zaskarżając decyzję Przewodniczącego w całości oraz zarzucając:

1. Naruszenie przepisów postępowania w stopniu mającym istotny wpływ na wynik sprawy, a w szczególności art. 77 § 1, art. 80 oraz art. 107 § 3 k.p.a., polegające na:

- a) niedostatecznym wyjaśnieniu podstaw i przesłanek wydania decyzji,
- b) dowolności w wydaniu zaskarżonej decyzji poprzez niedostateczne i niepełne jej uzasadnienie, z którego wynikałoby dlaczego ten sam stan faktyczny i prawny uzasadnia różne decyzje w analogicznych sytuacjach,
- c) błędną ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, brak wszechstronnego rozważenia wszystkich okoliczności mogących mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy,
- d) przekroczeniu zasad swobodnej oceny dowodów skutkującej w wydaniu decyzji odmownej o rozszerzeniu koncesji na rozpowszechnianie programu drogą rozsiewcą naziemną w sposób cyfrowy i zastąpieniu jej oceną dowolną, oderwaną od obiektywnych wniosków z niego płynących, a potwierdzających gwarancję realizacji przez Skarżącą przedsięwzięcia objętego przedmiotowym postępowaniem;

2. Naruszenie przepisów prawa materialnego mającego wpływ na wynik sprawy, tj.: art. 6 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (tekst jednolity: Dz.U. z 2011 r., Nr 43, poz. 226) w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483, z późn. zm.) w zw. z art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji, poprzez błędną wykładnię skutkującą naruszeniem konstytucyjnej zasady równości wobec prawa w wyniku przekroczenia uznania administracyjnego przy dowolnym zastosowaniu kryteriów oceny wniosku Skarżącej, a w konsekwencji pokrzywdzenia Skarżącej poprzez wydanie decyzji odmownej.

W uzasadnieniu wniosku Skarżąca zarzuca:

1. W decyzji Nr DK - 137/2011 organ przyjął za własne wnioski z opinii Departamentu Koncesyjnego i ostatecznie stwierdził, że przedstawione przez Skarżącą założenia finansowe nie gwarantują realizacji przedsięwzięcia objętego rozszerzoną koncesją.

2. Spółka ESKA TV S.A. na potwierdzenie możliwości finansowych w uzupełnieniu wniosku (z czego można by wnioskować, że gdyby nie przedłożyła takiego dokumentu, ocena jej wiarygodności finansowej byłaby negatywna) przedłożyła uchwałę Walnego Zgromadzenia o podwyższaniu kapitału zakładowego oraz dokumenty finansowe spółki dominującej. Istotne i godne podkreślenia, zdaniem Skarżącej, jest to, że powyższa uchwała nosi datę 14 kwietnia 2011 r., co automatycznie rodzi uzasadnione pytanie o rzeczywisty charakter tego podwyższenia. Powyższa uchwała zapadła po terminie składania wniosków o rozszerzenie koncesji, tym samym finansowanie nie było udokumentowane. Ponadto potwierdzeniem sytuacji finansowej ma być warunkowa umowa pożyczki pomiędzy podmiotami ESKA TV a ZPR S.A. (spółka dominująca) oraz przedwstępna umowa objęcia akcji w subskrypcji prywatnej zawarta również między tymi podmiotami. Skarżąca zadaje pytanie, czy spółka, która na tzw. zawołanie, na potrzeby wniosku KRRiT, podwyższa kapitał zakładowy, posiłkując się gwarancjami od spółki dominującej, jest podmiotem bardziej wiarygodnym finansowo od Skarżącej, która jedynie w części ma pozyskać środki finansowe z darowizn.

Zdaniem strony Skarżącej podobne uwagi jak do spółki ESKA TV S.A. należy zgłosić w stosunku do spółki Lemon Records Sp. z o.o.

3. Organ uznał za bardziej wiarygodną sytuację finansową spółki Stavka Sp. z o.o., która w roku obrotowym 2010 poniosła stratę.

4. W ocenie strony Skarżącej, spółki ESKA TV S.A., Stavka Sp. z o.o. oraz Lemon Records Sp. z o.o. dokonały uzupełnień stojących w sprzeczności z § 18 ust. 2 rozporządzenia KRRiT z dnia 4 stycznia 2007 r. w sprawie zawartości wniosku o udzielenie koncesji oraz szczegółowego trybu postępowania w sprawach udzielania i cofania koncesji na rozpowszechnianie i rozprowadzanie programów radiofonicznych i telewizyjnych.

Strona Skarżąca podnosi, że:

- spółka ESKA TV S.A. pismem z dnia 31 marca 2011 r. przesłała do KRRiT odpis aktu notarialnego – protokół Nadzwyczajnego Walnego Zgromadzenia Akcjonariuszy z dnia 23 marca 2011 r. zawierający podjęcie uchwały o warunkowym podwyższeniu kapitału zakładowego Spółki w przypadku rozszerzenia koncesji oraz pismem z dnia 20 kwietnia 2011 r. przesłała odpis aktu notarialnego – protokół Nadzwyczajnego Walnego Zgromadzenia Akcjonariuszy z dnia 14 kwietnia 2011 r. w przedmiocie podwyższenia kapitału zakładowego;

- spółka Stavka Sp. z o.o. pismem z dnia 21 marca 2011 r., w którym stwierdza się, iż „po ponownym przeanalizowaniu w naszej firmie wniosku (...) pozwalamy sobie złożyć następujące dokumenty uzupełniające nasz wniosek: 1. Oświadczenie o aktualnych wierzycielach i dłużnikach firmy Stavka Sp. z o.o. (uzupełnienie załącznika nr C.3.5), 2. Poświadczone notarialnie wyniki finansowe firmy Besta – Film Stanisław Krzemiński za rok 2009 jako wierzyciela firmy Stavka Sp. z o.o. Dalej w tym samym piśmie zawarta jest informacja o dopiero co pozyskiwanych dokumentach finansowych pozwalających dokonać oceny możliwości realizacji przedsięwzięcia objętego rozszerzoną koncesją („Jednocześnie oświadczam, że jestem na etapie finalizowania negocjacji bankowych w sprawie promesy kredytowej.”)

- spółka Lemon Records Sp. z o.o. nadesłała odpis z aktu notarialnego – protokół Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników z dnia 11 kwietnia 2011 r. w przedmiocie podwyższenia kapitału zakładowego (potwierdzeniem jest również opinia ekonomiczna Departamentu Koncesyjnego Biura KRRiT z dnia 18 kwietnia 2011 r., w której stwierdza się, że „w uzupełnieniu wniosku zostało dostarczone (...).”

5. Posługując się przez organ wskazanymi w uzasadnieniu decyzji kryteriami, Organ dokonał oceny wniosków poszczególnych wnioskodawców, w tym samej Skarżącej, na zasadzie eliminacji na poszczególnych etapach w oparciu o dane kryterium. Pierwszym z kryteriów było kryterium finansowe. Organ negatywnie ocenił sytuację finansową Skarżącej, a tym samym, poprzez eliminację już na tym etapie, nie dokonał analizy programowej.

6. Naruszenie zasady pluralizmu w związku z wydaniem zaskarżonej decyzji.

7. Na podstawie uchwały Nr 371/2011 z dnia 6 lipca 2011 r., zmieniającej uchwałę Nr 241/2011 z dnia 26 kwietnia 2011 r., KRRiT wyłoniła spółkę Lemon Records Sp. z o.o, która, zdaniem Skarżącej, nie daje pełnej rękojmi realizacji celów przedsięwzięcia MUX-1, gdyż przy podejmowaniu chwały Nr 241/2011 z dnia 26 kwietnia 2011 r. Spółka nie została przez KRRiT uznana za spełniającą wymogi stawiane wnioskodawcom.

W piśmie z dnia 12 września 2011 r. spółka Stavka Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zajęła stanowisko wobec wniosków o ponowne rozpatrzenie sprawy, w szczególności wniosku Fundacji LUX VERITATIS. Spółka Stavka Sp. z o.o. m.in. stwierdziła, iż:

- podstawowy zarzut dotyczący naruszenia prawa materialnego zawarty we wnioskach o ponowne rozpatrzenie sprawy sprowadza się do stwierdzenia, iż w toku postępowania o wydanie przedmiotowej decyzji nastąpiło naruszenie konstytucyjnej zasady równości wobec prawa w wyniku przekroczenia granic uznania administracyjnego przez dowolne stosowanie przez Krajową Radę kryteriów oceny wniosków złożonych przez Strony Skarżące.

Obszerne uzasadnienie przedmiotowej decyzji wskazuje, iż Krajowa Rada w sposób szczegółowy, staranny i kompetentny zastosowała kryteria ustawowe zawarte w art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji, a następnie po dokonaniu starannej ich oceny w sposób wyważony podjęła decyzję o wyborze koncesjonariuszy.

W szczególności nie można przyjąć, że zastosowane kryterium oceny finansowej, możliwości dokonania koniecznych inwestycji i finansowania programu (art. 36 ust. 1 pkt. 2 ustawy o radiofonii i telewizji) zostało potraktowane w sposób dowolny. Z tych względów przedstawiony przez Fundację LUX VERITATIS zarzut braku wiarygodności finansowej Koncesjonariusza, spółki Stavka Sp. z o.o. stanowi pozbawioną rzetelności i bezstronności ocenę jednego z wniosków konkurującego o przyznanie koncesji;

- bezzasadne są zarzuty Fundacji LUX VERITATIS dotyczące przedmiotu zabezpieczenia kredytu (nieruchomość należąca do innego podmiotu) jaki zostanie udzielony spółce Stavka Sp. z o.o., a także wiarygodności banku – kredytodawcy. Zabezpieczenie pożyczki stanowi bowiem własność podmiotu będącego wyłącznym udziałowcem pożyczkobiorcy. Spółka Stavka Sp. z o.o. została powołana w grupie przedsiębiorstw skupionych wokół założyciela i głównego udziałowca firm Besta FILM Stanisław Krzemiński, Studio Besta Sp. z o.o., Besta Film Sp. z o.o. oraz Telemark Sp. z o.o. i jako jedyna była dedykowana do opracowania założeń kilku kanałów tematycznych. W momencie składania wniosku koncesyjnego, jedyny udziałowiec spółki Stavka Sp. z o.o. udzielił jej swojej infrastruktury w postaci siedziby medialnej w Piasecznie o udokumentowanej wartości ok. 14.000.000 zł. Nieruchomość ta była zaprojektowana pod kątem obsługi kanału telewizyjnego. Także próba podważenia wiarygodności Banku Rozwoju Eksportu w kontekście zachwiania na rynkach finansowych nosi cechy nieuprawnionego nadużycia w formułowaniu ocen, choćby w zestawieniu z sumą bilansową tego banku;

Treść nie podlega udostępnieniu na podstawie art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. Nr 112, poz. 1198, z późn. zm.), tj. ze względu na ochronę tajemnicy przedsiębiorcy zastrzeżoną przez Fundację LUX VERITATIS

w formie kredytu bankowego (źródło finansowania spółki Stavka Sp. z o.o.) stanowi wniosek nieuprawniony już na samym poziomie wiedzy ogólnej (nie mówiąc o racjonalności komercyjnej), a stawianie z tego tytułu zarzutu niewłaściwego stosowania kryteriów przez Krajową Radę jest co najmniej bezzasadne;

- bezzasadność zarzutu Fundacji LUX VERITATIS o brak przedstawienia w zaświadczeniu bankowym spółki Stavka Sp. z o.o. obrotów na rachunku za 12 miesięcy. Spółka w dniu 28 stycznia 2011 r. zawarła z Bankiem Pekao S.A. umowę otwarcia bieżącego rachunku bankowego, który miał być przeznaczony do

obsługi transakcji związanych z przedmiotem działalności koncesjonowanej spółki Stavka Sp. z o.o., co było uwarunkowane złożoną deklaracją Banku Pekao S.A. w przedmiocie współfinansowania tworzenia nowego, tematycznego kanału „U-TV”. Opinia bankowa Banku Pekao S.A. dotycząca otwartego dla Spółki bieżącego rachunku bankowego obejmowała całą ówczesną historię tego rachunku od momentu jego powstania. Całość środków finansowych spółki Stavka Sp. z o.o. przeznaczona na wydatki związane z działalnością koncesyjną od samego początku, tj. od dnia 28 stycznia 2011 r., gromadzona była w Banku Pekao S.A.;

- bezzasadne są przytoczone przez Fundację LUX VERITATIS wątpliwości co do rzetelności sprawozdania finansowego spółki Stavka Sp. z o.o. za rok 2010 w zakresie wykazania różnej wartości wyniku finansowego w poszczególnych elementach sprawozdania, bowiem jest on uwzględniony w tej samej wielkości zarówno w rachunku wyników, jak i bilansie;

- bezzasadny jest również zarzut, iż przewaga Fundacji LUX VERITATIS

Treść nie podlega udostępnieniu na podstawie art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. Nr 112, poz. 1198, z późn. zm.), tj. ze względu na ochronę tajemnicy przedsiębiorcy zastrzeżoną przez Fundację LUX VERITATIS spółka Stavka Sp. z o.o. nie nadawała programu w momencie przyznania koncesji. Należy podkreślić, że Ogłoszenie Przewodniczącego KRRiT z dnia 5 stycznia 2011 r. o możliwości uzyskania koncesji na rozpowszechnianie programu telewizyjnego było skierowane do posiadaczy koncesji satelitarnych, a nie do działających na rynku nadawców satelitarnych. Przyjęcie sugerowanego przez Fundację LUX VERITATIS założenia ograniczałoby przesłanki udzielenia koncesji i nie odpowiadałoby założeniom przyjętym przez KRRiT.

W stosunku do zarzutów przedstawionych we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy z dnia 23 sierpnia 2011 r. oraz uzupełnieniu wniosku z dnia 30 września 2011 r. KRRiT stwierdziła, co następuje:

1. Skarżąca, Fundacja LUX VERITATIS w złożonym wniosku o ponowne rozpatrzenie przedstawiła wybrane pozycje sprawozdania finansowego: bilansu i rachunku wyników, których KRRiT nie kwestionuje. Należy jednak zważyć, że przedstawiono jedynie wielkości przychodów pomijając wielkości kosztów, które stanowią duże obciążenie finansowe. Z analizy obu wielkości wynika, że działalność operacyjna (podstawowa) Fundacji w omawianych latach generowała wysokie straty:

Treść nie podlega udostępnieniu na podstawie art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. Nr 112, poz. 1198, z późn. zm.), tj. ze względu na ochronę tajemnicy przedsiębiorcy zastrzeżoną przez Fundację LUX VERITATIS

Treść nie podlega udostępnieniu na podstawie art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. Nr 112, poz. 1198, z późn. zm.), tj. ze względu na ochronę tajemnicy przedsiębiorcy zastrzeżoną przez Fundację LUX VERITATIS

W dniu 4 kwietnia 2011 r. wpłynęła odpowiedź na powyższe wezwanie, w której nie przedstawiono dokumentów dotyczących obsługi zadłużenia powołując się na poufność umowy. Wnioskodawca poinformował jedynie, że długoterminowe zadłużenie stanowi pożyczka udzielona przez Warszawską Prowincję Redemptorystów na podstawie umowy z dnia 25 lutego 2002 r., a zwrot środków nastąpi do dnia 28 grudnia 2019 r. Brak informacji dotyczącej kosztów obsługi pożyczki oraz realizacji rat w okresie spłaty, uniemożliwiają analizę zapotrzebowania na środki pieniężne, która jest podstawą finansowej oceny projektu inwestycyjnego.

Treść nie podlega udostępnieniu na podstawie art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. Nr 112, poz. 1198, z późn. zm.), tj. ze względu na ochronę tajemnicy przedsiębiorcy zastrzeżoną przez Fundację LUX VERITATIS

Skarżąca zarzuca, że KRRiT w swojej ocenie naruszyła art. 77 § 1 k.p.a. oraz automatycznie naruszyła przepis art. 107 § 3 k.p.a. Postawione przez Skarżącą zarzuty są dalekie od stanu faktycznego. KRRiT dołożyła szczególnej staranności w ocenie wniosku Fundacji i zgromadzonych materiałów

dowodowych. Natomiast faktem jest, że Fundacja powołując się na poufność dokumentów nie przedstawiła niezbędnych materiałów dowodowych, które przy ustaleniu zapotrzebowania na gotówkę i źródeł jej pozyskania były informacją niezbędną do oceny wniosku.

2. KRRiT stwierdziła, że spółka ESKA TV SA złożyła wniosek koncesyjny w dniu 4 marca 2011 r. w kancelarii ogólnej Biura KRRiT. W złożonym wniosku w załączniku C.5. Specyfikacja źródeł finansowania wnioskowanego rozszerzenia działalności (nakładów na realizację programu inwestycyjnego i kosztów początkowej działalności) Wnioskodawca wskazał następujące źródła finansowania:

- umowę pożyczki na kwotę 10 mln zł od pożyczkodawcy, spółki ZPR S.A.,
- umowę przedwstępną objęcia akcji w subskrypcji prywatnej na kwotę 5 mln zł zawartą pomiędzy spółkami ESKA TV S.A a ZPR S.A.

Przedstawione źródła finansowania zostały potwierdzone w Załączniku D.3 i D.4 wniosku następującymi dokumentami:

- umową zobowiązującą do udzielenia w/w pożyczki zawartą w dniu 12 października 2010 r.,
- umową przedwstępną objęcia akcji w subskrypcji prywatnej zawartą w dniu 3 marca 2011 r. (czyli przed złożeniem wniosku koncesyjnego). W § 1 Umowy „Strony umowy zgodnie oświadczają, że na mocy postanowień niniejszej umowy i zgodnie z treścią Kodeksu Spółek Handlowych zamierzają prawnie uregulować uczestnictwo Obejmującej w podwyższeniu kapitału zakładowego”.
- dokumentacją finansową Grupy Kapitałowej ZPR.

W czasie trwania postępowania Wnioskodawca ma obowiązek zgłaszać niezwłocznie Przewodniczącemu Krajowej Rady zmiany stanu faktycznego lub prawnego objętego wnioskiem zgodnie z obowiązującym rozporządzeniem KRRiT z dnia z dnia 4 stycznia 2007 r. w sprawie zawartości wniosku o udzielenie koncesji oraz szczegółowego trybu postępowania w sprawach udzielania i cofania koncesji na rozpowszechnianie i rozprowadzanie programów radiofonicznych i telewizyjnych.

W dniu 14 kwietnia 2011 r. Wnioskodawca uzupełnił dokumentację, zgodnie z przyjętym w złożonym wniosku zobowiązaniem, o Uchwałę Walnego Zgromadzenia o podwyższeniu kapitału zakładowego. Tym samym udowodnił, że umowa przedwstępna objęcia akcji w subskrypcji prywatnej zawarta w dniu 3 marca 2011 r. została zrealizowana.

Odpowiadając na zarzut Skarżącej, należy zaznaczyć, że Spółka dokonała objęcia akcji w subskrypcji prywatnej nie na *zawołanie KRRiT*, ale ze względu na planowane inwestycje, co jest działaniem powszechnie stosowanym w pozyskaniu źródeł finansowania.

Strona skarżąca podnosi, że również spółka Lemon Records Sp. z o.o. założyła finansowanie programu inwestycyjnego, który dotyczy wyłącznie opłaty koncesyjnej, ze środków spółki ZPR S.A.:

- podwyższonym przez akcjonariusza, spółkę ZPR S.A. kapitałem akcyjnym o kwotę 10.000 tys. zł. Na potwierdzenie do wniosku zostały dołączone: umowa Spółki oraz złożone potwierdzone wnioski do KRS o podwyższeniu kapitału, oświadczenie Zarządu Lemon Records Sp. z o.o., że podwyższony kapitał zakładowy w kwocie 10.000 tys. zł w całości został wniesiony gotówką na rachunek bankowy;
- pożyczką w kwocie 5.000 tys. zł, zgodnie z umową zobowiązującą do udzielenia pożyczki z dnia 3 marca 2011 r., w której akcjonariusz ZPR S.A. zobowiązuje się w terminie 7 dni od daty otrzymania przez Wnioskodawcę decyzji koncesyjnej na MUX-1 do podpisania umowy pożyczki na określonych warunkach: pożyczka ma być udzielona na okres pięciu lat, oprocentowanie równe 1/365 stopy rocznej, prowizja tytułu udzielenia pożyczki 0,5%. Odsetki od pożyczki płatne kwartalnie;
- dodatkowym podniesieniem kapitału zakładowego o kwotę 5.000 tys. zł zgodnie z oświadczeniem spółki ZPR S.A., w którym Prezes Spółki oświadcza, że dysponuje majątkiem, który w pełni zabezpieczy rozwój projektu „POLO TV”.

W wyniku oceny załączonej dokumentacji Grupy Kapitałowej ZPR (m.in. sprawozdania finansowe, zaświadczenia bankowe, zdolność kredytowa) KRRiT stwierdziła, że Grupa posiada zdolność do finansowania obydwu projektów w zaplanowany we wnioskach sposób.

Grupy kapitałowe jako formy współdziałania gospodarczego mają możliwości alokacji środków finansowych w ramach Grupy, co pozwala im na realizację wysokobudżetowych inwestycji. Podwyższenie kapitału zakładowego, potwierdzone dokumentami zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, stanowi pewne źródło finansowania.

Treść nie podlega udostępnieniu na podstawie art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. Nr 112, poz. 1198, z późn. zm.), tj. ze względu na ochronę tajemnicy przedsiębiorcy zastrzeżoną przez Fundację LUX VERITATIS

Wobec powyższego KRRiT uznała, iż zarzuty stawiane przez stronę Skarżącą są bezzasadne.

3. Odnosząc się do zarzutu strony Skarżącej, która porównuje [redacted] spółki Stavka Sp. z o.o. należy zauważyć, że [redacted]

Treść nie podlega udostępnieniu na podstawie art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. Nr 112, poz. 1198, z późn. zm.), tj. ze względu na ochronę tajemnicy przedsiębiorcy zastrzeżoną przez Fundację LUX VERITATIS

Stavka Sp. z o. o. w 2010 r. na działalności operacyjnej poniosła stratę w kwocie – 0,4 tys. zł. Tak więc działalność operacyjna (podstawowa) jest obciążona mniejszym ryzykiem w spółce Stavka Sp. z o. o.

Fundacja LUX VERITATIS w skardze posługuje się wielkością przychodów oraz wynikiem netto na działalności gospodarczej. Analiza rachunku wyników musi uwzględniać również wielkość ponoszonych kosztów, które Skarżąca pomija.

Treść nie podlega udostępnieniu na podstawie art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. Nr 112, poz. 1198, z późn. zm.), tj. ze względu na ochronę tajemnicy przedsiębiorcy zastrzeżoną przez Fundację LUX VERITATIS

W dalszej części Skarżąca porównuje sumy bilansowe wskazując, że suma bilansowa w spółce Stavka Sp. z o.o. kształtowała się na poziomie 99.000 zł, a Skarżącej [redacted]. Należy tutaj zwrócić uwagę, że [redacted]

Treść nie podlega udostępnieniu na podstawie art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. Nr 112, poz. 1198, z późn. zm.), tj. ze względu na ochronę tajemnicy przedsiębiorcy zastrzeżoną przez Fundację LUX VERITATIS

Spółka Stavka Sp. z o.o. została powołana w grupie przedsiębiorstw skupionych wokół założyciela i głównego udziałowca firm Besta Film Stanisława Krzemińskiego: Studio Besta Sp. z o.o., Besta Film Sp. z o.o. oraz Telemark Sp. z o.o. i była dedykowana i przygotowywana do prowadzenia działalności nadawczej. W związku z tym do dnia złożenia wniosku nie posiadała bogatej historii gospodarczej, co miało wpływ na wielkość sumy bilansowej. Przepisy prawne nie zabraniają nowopowołanym podmiotom lub też podmiotom o niskiej aktywności gospodarczej ubiegać się o koncesję. Spółka Stavka Sp. z o.o. udokumentowała źródła finansowania - kredyt inwestycyjny, który został potwierdzony promesą bankową wydaną w oparciu o zbadanie zdolności kredytowej Spółki oraz po ustanowieniu przez bank stosownych zabezpieczeń. W gospodarce rynkowej kredyt jest uznawany za podstawowy i pewny rodzaj finansowania inwestycji. Trudno zrozumieć zarzuty Skarżącej, która podważa wiarygodność Banku twierdząc, że „bank nie jest powszechnie znanym podmiotem na rynku usług bankowych o uznanej renomie, stąd też mogącym rodzić niepewność co do kondycji finansowej”. BRE Bank jest bankiem znanym na rynku usług bankowych, specjalizuje się w kompleksowej obsłudze korporacji, grup kapitałowych, dużych firm, instytucji i jednostek samorządowych, a jego akcje notowane są na Warszawskiej Giełdzie Papierów Wartościowych. Ogólnodostępne raporty finansowe Banku wykazują sumę bilansową, która potwierdza zdolności Banku do realizacji wysokobudżetowych projektów.

Skarżąca podważa zaświadczenie bankowe wystawione dla spółki Stavka Sp. z o.o. przez Bank Pekao S.A., obejmujące okres od dnia 28 stycznia 2011 r. do dnia 3 marca 2011 r. twierdząc, że jest niezgodne z § 11 pkt 1d, rozporządzenia KRRiT z dnia 4 stycznia 2007 r. w sprawie zawartości wniosku

o udzielenie koncesji oraz szczegółowego trybu postępowania w sprawach udzielania i cofania koncesji na rozpowszechnianie i rozprowadzanie programów radiofonicznych i telewizyjnych, twierdząc, że zaświadczenie powinno obejmować „obroty na rachunku za ostatni rok, czyli 12 miesięcy”. Spółka Stavka Sp. z o.o. przedstawiła aktualne zaświadczenie bankowe z dnia 4 marca 2011 r. Rachunek będący przedmiotem opinii bankowej został otwarty w dniu 28 stycznia 2011 r., nie posiadał więc dłuższej historii. Treść zaświadczenia bankowego spółki Stavka Sp. z o.o. nie miała żadnego znaczenia dla oceny wiarygodności finansowej Wnioskodawcy, bowiem gwarancję realizacji projektu stanowi przedstawiona we wniosku promesa kredytowa. Zgromadzony w toku postępowania materiał dowodowy był wystarczający do dokonania przez organ oceny wniosku w zakresie przesłanki, o której w art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii i telewizji.

Twierdzenie przez stronę Skarżącą, że „Już sam ten fakt winien skutkować odrzuceniem wniosku spółki Stavka Sp. z o.o. z uwagi na niespełnienie warunków formalnych” jest bezpodstawny. Również zarzut Skarżącej, co do wątpliwości rzetelności sprawozdania finansowego za 2010 r. spółki Stavka Sp. z o.o., poprzez wskazanie na różne wartości zysku (straty) netto przedstawione przez Spółkę w rachunku zysku i strat i bilansie, jest bezpodstawny i nieprawdziwy. Przedstawione we wniosku przez spółkę Stavka Sp. z o.o. sprawozdanie finansowe za rok 2010, jest sporządzone zgodnie z ustawą o rachunkowości z dnia 29 września 1994 r. i jest wolne od błędów rachunkowych.

Analiza finansowa wniosków oparta była o sprawozdania finansowe oraz dodatkowe dokumenty finansowe Wnioskodawców i dotyczyła zapotrzebowania na środki finansowe w przyszłości.

4. KRRiT stwierdziła, że zgodnie z przywołanym § 18 pkt 2 rozporządzenia, w zakresie części ekonomiczno – finansowej niedopuszczalne są zmiany lub uzupełnienie brakujących w dniu złożenia wniosku informacji wskazanych w § 11 pkt 3 i 4. Informacje te dotyczą założeń finansowych w zakresie planowanych przychodów, kosztów, wartości inwestycji oraz specyfikacji źródeł finansowania, a spółki ESKA TV S.A., Stavka Sp. z o.o. oraz Lemon Records Sp. z o.o. w dniu złożenia wniosku przedstawiły kompletne informacje w tym zakresie.

W trakcie trwania postępowania wnioski stron były uzupełniane o pozostałą dokumentację, w tym potwierdzającą możliwość realizacji zaplanowanych źródeł finansowania, czego nie obejmują ograniczenia wskazane w § 18 pkt 2 rozporządzenia, a także o dokumentację, do składania której zobowiązuje wnioskodawcę § 18 pkt 1, zgodnie z którym należy niezwłocznie zgłaszać Przewodniczącemu KRRiT zmiany stanu faktycznego lub prawnego objętego wnioskiem. Do takich okoliczności należy zaliczyć m.in. dokonane zmiany kapitałowe.

Ponadto należy zauważyć, że KRRiT dokonuje analizy każdego wniosku pod kątem zgodności z rozporządzeniem KRRiT z dnia 4 stycznia 2007 r. w sprawie zawartości wniosku o udzielenie koncesji oraz szczegółowego trybu postępowania w sprawach udzielania i cofania koncesji na rozpowszechnianie i rozprowadzanie programów radiofonicznych i telewizyjnych; w przypadku braków formalnych w dokumentacji wzywa do ich uzupełnienia w terminie 7 dni na podstawie art. 64 § 2 k.p.a.

Spółka Stavka Sp. z o.o. uzupełniła wniosek o brak formalny w postaci listy wierzycieli i dłużników, zanim sporządzone zostało wezwanie do uzupełnienia, do czego miała prawo.

Natomiast dołączone do wniosku poświadczone notarialnie wyniki finansowe wierzyciela nie należą do wymaganych przez KRRiT i nie podlegają analizie.

W ocenie Strony Skarżącej, wątpliwość budzi również fakt finalizowania przez spółkę Stavka Sp. z o.o. negocjacji bankowych w sprawie promesy kredytowej. Należy tutaj zauważyć, że przepisy regulujące postępowanie koncesyjne nie zobowiązują wnioskodawców do posiadania udokumentowanego zabezpieczenia finansowego w dniu złożenia wniosku, a jedynie do sprecyzowania założeń co do jego źródeł. Wnioskodawca w trakcie trwania postępowania koncesyjnego ma prawo do uzupełnienia wniosku w zakresie udokumentowania poczynionych w planie finansowym założeń wymaganych zgodnie z § 11 pkt 5 rozporządzenia KRRiT z dnia 4 stycznia 2007 r. (zakaz dokonywania zmian wniosku w trakcie postępowania z udziałem kilku podmiotów, określony w § 18 ust. 2, nie dotyczy dokumentów określonych w § 11 pkt 5).

Tym samym należy uznać, że zarzuty strony Skarżącej są bezpodstawne.

5. Mając na uwadze zarzut Skarżącej dotyczący braku wszechstronnej analizy wniosku Skarżącej o zamianę koncesji w przedmiotowej sprawie, stwierdzić należy, iż przedmiotowa analiza została dokonana, na co wskazuje sama Skarżąca, przywołując opinie poszczególnych departamentów Biura KRRiT sporządzonych w przedmiotowym postępowaniu w odniesieniu do wniosku Skarżącej w zakresie programowym, finansowym, technicznym i reklamowym. Przedmiotowa analiza wniosku Skarżącej została opisana w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji (s. 35-36). Jednym z elementów powyższej analizy była ocena w zakresie art. 36 ust. 1 pkt. 2, która wskazała, że przedstawione przez Skarżącą „założenia finansowe nie gwarantują realizacji przedsięwzięcia”.

Wobec tego KRRiT uznała zarzut Skarżącej za bezpodstawny.

6. Odnosząc się do zarzutów Skarżącej co do naruszenia zasady pluralizmu w związku z wydaniem zaskarżonej decyzji, zauważyć należy, iż w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji organ koncesyjny wskazał, że w rozstrzygnięciu przedmiotowego postępowania kierował się „dbałością o zapewnienie, że programy umieszczone w sygnale MUX-1 będą charakteryzować się odmienną zawartością programową od tych, które są już dostępne w MUX-2”, a także, że „podstawowym celem wdrażania naziemnej telewizji cyfrowej oprócz wykorzystania nowej

technologii dla poprawy jakości odbioru jest zwiększenie ilości dostępnych nieodpłatnie programów telewizyjnych oraz stworzenie komplementarnej i zróżnicowanej programowo oferty.” W związku z powyższym KRRiT uznała, czemu dała wyraz w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji (s. 48-49), że oferta spółek, które otrzymały koncesje, zapewnia spełnienie powyższego kryterium. Rozstrzygnięcie w tym zakresie mieści się w zakresie uznania organu, a jednocześnie spełnia wymóg formalny art. 107 k.p.a. w zakresie uzasadnienia decyzji.

7. Mając na uwadze zarzut Skarżącej dotyczący udzielenia koncesji spółce Lemon Records Sp. z o.o. stwierdzić należy, iż w związku z umorzeniem postępowania wobec spółki KINO POLSKA TV S.A., której na podstawie uchwały KRRiT Nr 241/2011 z dnia 26 kwietnia 2011 r. została rozszerzona koncesja Nr 469/2011-T, organ koncesyjny miał formalnie możliwość zmiany ww. uchwały, a w konsekwencji wydania zaskarżonej decyzji w przyjętym brzmieniu. Należy jednocześnie zauważyć, iż z faktu, że pierwotnie KRRiT postanowiła dokonać zmiany koncesji udzielonych czterem nadawcom, wskazanym w uchwale Nr 241/2011, nie wynika aby wniosek spółki Lemon Records Sp. z o.o. nie spełniał wymogów stawianych wnioskodawcom, jak twierdzi Skarżąca. Z uwagi na umorzenie postępowania wobec KINO POLSKA TV S.A. formalnie dopuszczalny był wybór innego podmiotu, który w pierwotnej ocenie został oceniony niżej niż spółka KINO POLSKA TV S.A., a jednocześnie spełniał wymogi formalne, określone w ogłoszeniu Przewodniczącego KRRiT z dnia 5 stycznia 2011 r.

Należy także mieć na uwadze, iż przedmiotowe postępowanie w sprawie rozszerzenia (zmiany) koncesji, toczyło się w oparciu o treść art. 155 k.p.a., zgodnie z którym organ administracji publicznej może uchylić lub zmienić decyzję ostateczną, jeżeli spełnione są łącznie następujące przesłanki: strona wyraziła zgodę na zmianę lub uchylenie decyzji, przepisy szczególne nie sprzeciwiają się zmianie lub uchyleniu takiej decyzji oraz za uchyleniem lub zmianą decyzji przemawia interes społeczny lub słuszny interes strony. Zatem ocena dopuszczalności zmiany koncesji musi zostać przeprowadzona w kontekście ww. przesłanek w związku z treścią m.in. art. 36 ustawy o radiofonii i telewizji. Negatywna ocena w zakresie wyznaczonym treścią art. 36 ust. 1 pkt. 2 ustawy o radiofonii i telewizji stanowiła przeszkodę w dokonaniu zmiany koncesji;

V. Spółka **MEDIASAT Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie, działając na podstawie art. 127 § 3 k.p.a., złożyła pismo z dnia 24 sierpnia 2011 r., w którym wniosła o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej decyzją Nr DK - 137/2011 z dnia 29 lipca 2011 r. w sprawie zmiany (rozszerzenia) koncesji polegającej na przyznaniu prawa do rozpowszechniania programu drogą rozsiewczą naziemną w sposób cyfrowy w standardzie DVB-T w pierwszym ogólnopolskim multipleksie, wraz z odmową dokonania zmiany (rozszerzenia) koncesji m.in. spółce MEDIASAT Sp. z o.o. (koncesja Nr 431/2010-T).

Wnioskodawca wniósł o uchylenie ww. decyzji w całości, ponowne rozpatrzenie sprawy oraz zmianę (rozszerzenie) koncesji Nr 431/2010-T. Zaskarżonej decyzji Wnioskodawca zarzucił naruszenie:

1. art. 107 § 3 k.p.a. poprzez niewskazanie faktów (dowodów), na których oparto rozstrzygnięcie oraz przyczyn, dla których innym dowodom odmówiono wiarygodności i mocy dowodowej,
2. art. 9, art. 10 § 1 w zw. z art. 77 § 1 k.p.a.,
3. art. 36 ust. 1 w zw. z art. 6 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji, poprzez niewskazanie w Ogłoszeniu Przewodniczącego KRRiT z dnia 5 stycznia 2011 r. kryteriów, według których organ będzie oceniał możliwości finansowania programu oraz dowolne przyjęcie w toku postępowania, iż ocena ta nastąpi wyłącznie pod kątem możliwości wpłaty jednorazowej opłaty koncesyjnej i ograniczenie badania możliwości finansowych wyłącznie w odniesieniu do zdolności poniesienia jednorazowej opłaty zamiast oceny całokształtu sytuacji finansowej podmiotu i zdolności finansowania programu w okresie obowiązywania koncesji, co naruszało zasadę równowagi stron postępowania i miało istotny wpływ na wynik sprawy.

W uzasadnieniu wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy Skarżąca zarzuciła w zakresie części ekonomiczno-finansowej:

1. „...dowolne przyjęcie przez KRRiT w toku postępowania, iż ocena możliwości finansowania programu nastąpi wyłącznie pod kątem możliwości wpłaty jednorazowej opłaty koncesyjnej i ograniczenie badania możliwości finansowych wyłącznie w odniesieniu do zdolności poniesienia ww. jednorazowej opłaty koncesyjnej zamiast oceny całokształtu sytuacji finansowej podmiotu i zdolności finansowania programu w okresie koncesji, co naruszało zasadę równowagi stron postępowania i miało istotny wpływ na wynik sprawy”.
2. Uznanie przez KRRiT, że projekcje finansowe podmiotów tworzących dopiero swój program telewizyjny są bardziej wiarygodne od prognozowanych danych Mediasat Sp. z o.o. Nadto KRRiT nie informowała nigdy Mediasat Sp. z o.o., iż istnieją jakiegokolwiek wątpliwości w zakresie możliwości finansowania jej programu.

Strona Skarżąca wskazała na konieczność ponownego zbadania zdolności finansowej wszystkich wnioskodawców w celu oceny zdolności poniesienia kosztów finansowania programu i koniecznych inwestycji.

W związku z powyższym poddano ponownej analizie finansowej wnioski stron postępowania: spółki Mediasat Sp. z o.o. oraz wyłonionych w postępowaniu spółek Stavka Sp. z o.o., ATM S.A., ESKA TV S.A. oraz Lemon Records Sp. z o.o. i stwierdzono co następuje:

- Spółka Mediasat Sp. z o.o. prowadzi działalność gospodarczą w oparciu o ścisłą współpracę w zakresie świadczenia usług outsorsingowych w ramach Grupy Kapitałowej Media 5. Spółka podjęła działalność gospodarczą w 2009 r.

Spółka, w związku z przedmiotowym rozszerzeniem koncesji, wykazała zapotrzebowanie na dodatkowe środki finansowe w wysokości 10.500 tys. zł z przeznaczeniem na opłatę koncesyjną oraz w wysokości od ok. 5.600 – 9.000 tys. zł rocznie, które będą dotyczyły przede wszystkim kosztów emisji, ale także zwiększonych kosztów operacyjnych związanych z zamiarem wprowadzenia zmian w ramówce programu. Spłatę opłaty koncesyjnej założono w następującym systemie ratalnym: 100 tys. zł miesięcznie + opłata prolongacyjna do końca 2012 r., 200 tys. zł miesięcznie + opłata prolongacyjna w 2013 r., pozostała kwota 6.100 tys. zł po około 254 tys. zł miesięcznie + opłata prolongacyjna w 2014 i 2015 r.

Zaplanowany sposób uregulowania opłaty koncesyjnej pozwoliłby na mniejsze zapotrzebowanie na gotówkę w początkowej fazie działania.

Powyższe założenia oznaczają, że w I roku działalności po rozszerzeniu koncesji zapotrzebowanie na dodatkowe środki wyniesie ok. 6.800 tys. zł.

Z analizy złożonej dokumentacji finansowej MEDIASAT Sp. z o.o. wynika, że suma aktywów Spółki z 34,5 tys. zł. na koniec 2009 r. wzrosła do poziomu 664,2 tys. zł, gdzie 95 % stanowiły aktywa obrotowe (niemal w całości w postaci należności od jednostek powiązanych), a 4,7 % stanowiły wartości niematerialne i prawne. Spółka nie posiadała rzeczowego majątku trwałego.

Spółka zaczęła pozyskiwać wpływy z prowadzonej działalności od 2010 r., które na koniec okresu wyniosły 8.316 tys. zł, a ich wysokość pozwoliła zamknąć rok z zyskiem wynoszącym 448 tys. zł oraz rentownością sprzedaży na poziomie 5,45%. Aktywa obrotowe z poziomu 34 tys. zł na koniec 2009 r. wzrosły do wysokości 632,7 tys. zł, czterokrotnie pokrywając wartość krótkoterminowych zobowiązań. Kapitał własny Spółki na koniec 2010 r. posiadał dodatnią wartość w wysokości 482,7 tys. zł i finansował majątek w 73 %. Na koniec 2010 r. wyniki finansowe Spółki wzrosły znacząco w porównaniu z poprzednim rokiem, niemniej jednak, pomimo stabilnej w tym okresie sytuacji i wypracowania przez Spółkę niewielkiej nadwyżki finansowej, Wnioskodawca nie posiadał w omawianym okresie własnych środków, które mogłyby przeznaczyć na finansowanie wysokich kosztów związanych z nadawaniem naziemnym cyfrowym.

Ponadto, w opinii bankowej z dnia 1 marca 2011 r. Bank Zachodni WBK S.A. zawarł informację, że po zbadaniu dokumentów finansowych Spółki stwierdzono brak możliwości udzielenia produktów kredytowych.

Jako źródła finansowania, poza dodatkowymi planowanymi wpływami ze sprzedaży, wskazano środki własne spółki MEDIASAT Sp. z o.o. oraz środki, które będą pochodziły od podmiotów powiązanych kapitałowo, w przypadku zajścia potrzeby utrzymania płynności finansowej Spółki, co od strony formalnej zostało udokumentowane oświadczeniami tych podmiotów.

W celu zbadania możliwości udzielenia wsparcia finansowego przez wskazane przez MEDIASAT Sp. z o.o. spółki z grupy kapitałowej, ponownie dokonano analizy dokumentacji finansowej spółek Media 5 Sp. z o.o. oraz Polcast Television Sp. z o.o.

Spółka Media 5 Sp. z o.o. w latach 2009-2010 wypracowała przychody w wysokości 21.063 – 25.327 tys. zł i zanotowała wzrost rentowności sprzedaży z 2 % do 5,9 %. Wartość aktywów Spółki wzrosła z 5.940 tys. zł do 8.369 tys. zł. W strukturze tych Spółek aktywa trwałe stanowiły 56,9 % (w tym głównie długoterminowe aktywa finansowe w jednostkach powiązanych), natomiast aktywa obrotowe (w tym głównie środki pieniężne) 43,1 %. Kapitał własny Spółki na koniec 2010 r. wynosił 4.181 tys. zł i finansował majątek w 50 %.

Wartość wskaźnika płynności finansowej Spółki - wynosząca 1,5 - była prawidłowa, co świadczyło o zdolności Spółki do terminowej spłaty zobowiązań.

Z powyższego wynika stabilna sytuacja finansowa oraz wzrost potencjału spółki Media 5 Sp. z o.o. w 2010 r., jednak wypracowana przez Spółkę nadwyżka finansowa stanowiła zaledwie niewielką część zapotrzebowania na dodatkowe środki finansowe w związku z planowaną realizacją nadawania w sposób cyfrowy naziemny.

Spółka Polcast Television Sp. z o.o. w latach 2009-2010 uzyskała przychody w wysokości 9.511 – 11.006 tys. zł, zanotowała dodatnie wyniki finansowe oraz wzrost rentowności netto sprzedaży z 1,5 % w 2009 r. do 18 % na koniec 2010 r. Wartość aktywów w tych latach wynosiła ok. 2.300 tys. zł, a w ich strukturze na koniec omawianego okresu 81 % stanowił majątek trwały (głównie wartości niematerialne i prawne) oraz 19 % majątek obrotowy. Wskaźnik płynności finansowej na koniec 2010 r., podobnie jak w roku poprzednim, wynosił 0,37 – co oznaczało, że bieżące zobowiązania miały pokrycie w majątku obrotowym zaledwie w 37 %. Spółka w ubiegłych latach posiadała niedobór kapitału obrotowego i nie dysponowała środkami finansowymi, którymi mogłaby udzielić wsparcia finansowego spółce MEDIASAT Sp. z o.o.

Po ponownym przeanalizowaniu danych finansowych podmiotów z Grupy Media 5 podtrzymać należy opinię, iż zarówno Wnioskodawca – MEDIASAT Sp. z o.o. jak i łącznie wskazane przez tę Spółkę we wniosku podmioty z Grupy Media 5, pomimo rosnącego potencjału finansowego, nie posiadały na koniec 2010 r. wypracowanej nadwyżki w wysokości pozwalającej na sfinansowanie w początkowym okresie rat opłaty koncesyjnej oraz wysokich dodatkowych rocznych kosztów nadawania w systemie naziemnym cyfrowym (6.000 - 11.000 tys. zł), a wskazane przez Wnioskodawcę źródła finansowania będą pochodziły ze spodziewanej w przyszłych okresach nadwyżki.

Przedstawione przez Wnioskodawcę plany finansowe na lata 2011-2020, dotyczące zarówno MEDIASAT Sp. z o.o., spółek z Grupy, jak i skonsolidowany plan całej Grupy Media 5, wskazują na przewidywany systematyczny wzrost przychodów, wyniku finansowego oraz dodatnich przepływów finansowych w oparciu o przyjęte założenia uwzględniające wzrost zasięgu technicznego, oglądalności, ilości

sprzedaży spotów reklamowych, a także wzrost cen spotów, telesprzedaży oraz audiotekstu.

Wobec braku posiadania na dzień podejmowania decyzji Nr DK - 137/2011 nadwyżki w kwocie zabezpieczającej finansowanie projektu, należy podtrzymać konkluzję, iż wskazany przez Wnioskodawcę sposób finansowania projektu z przyszłych przychodów będzie uzależniony od realizacji planów finansowych, które zawierają w sobie element niepewności związany z ryzykiem rynkowym.

- Spółka Lemon Records Sp. z o.o. posiada własną bazę techniczną, która zgodnie z planem zostanie uzupełniona o dodatkowe urządzenia.

W związku z przedmiotowym rozszerzeniem koncesji, Spółka wykazała zapotrzebowanie na dodatkowe środki finansowe w pierwszym roku po rozszerzeniu koncesji w wysokości 4.000 tys. zł, które będą niezbędne na realizację zakupów inwestycyjnych i pokrycie rat opłaty koncesyjnej oraz w wysokości ok. 9.800 tys. zł na pokrycie wzrostu kosztów (głównie emisji i sprzedaży czasu antenowego). Spłatę opłaty koncesyjnej założono w następującym systemie ratalnym: 36 równych miesięcznych rat, co wyniesie ok. 3.333 tys. zł rocznie. Zaplanowany sposób uregulowania opłaty koncesyjnej pozwoliłby na mniejsze zapotrzebowanie na gotówkę w początkowej fazie działania.

Powyższe założenia oznaczają, że w I roku działalności po rozszerzeniu koncesji zapotrzebowanie na dodatkowe środki wyniesie ok. 14.000 tys. zł;

Z analizy złożonej dokumentacji finansowej spółki Lemon Records Sp. z o.o. wynika, że suma aktywów Spółki z 1.738 tys. zł na koniec 2009 r. wzrosła do poziomu 1.814 tys. zł na koniec 2010 r., gdzie 14 % stanowiły aktywa trwałe oraz 86 % aktywa obrotowe (głównie inwestycje krótkoterminowe w postaci pożyczek udzielonych podmiotom powiązanim).

Spółka zanotowała spadek przychodów z poziomu 1.476 tys. zł na koniec 2009 r. do 743 tys. zł w 2010 r.

Prowadzona przez Spółkę działalność gospodarcza generowała do 2009 r. ujemne wyniki finansowe, a wartość skumulowanej straty na koniec 2010 r. wynosiła -12.176 tys. zł. Straty niemal w całości zostały pokryte kapitałem zapasowym.

W omawianych latach wartość aktywów obrotowych pokrywała bieżące zobowiązania w ok. 70 %. Zobowiązania Spółki niemal w całości dotyczyły podmiotów powiązanych, zobowiązania handlowe i publicznie – prawne regulowane były na bieżąco.

Kapitał własny Spółki na koniec 2010 r. posiadał ujemną wartość w wysokości -473 tys. zł. Spółka w omawianym okresie finansowała swój majątek zobowiązaniami wobec podmiotów z Grupy Kapitałowej.

Z powyższego wynika, że na koniec 2010 r. Spółka nie posiadała nadwyżki finansowej, a Jej działalność wymagała dofinansowania. Wobec tego należało stwierdzić, że Spółka nie posiadała w omawianym okresie własnych środków, które

mogąby przeznaczyć na finansowanie wysokich kosztów związanych z nadawaniem naziemnym cyfrowym;

Jako źródło finansowania wskazano, poza dodatkowymi planowanymi wpływami ze sprzedaży, środki które będą pochodziły od większościowego udziałowca, spółki ZPR S.A., w postaci podniesienia wartości kapitału zakładowego Spółki w wysokości 15.000 tys. zł oraz pożyczki w wysokości 5.000 tys. zł.

Ponownej analizie poddano skonsolidowane sprawozdanie za rok 2010 podmiotu, który będzie finansował projekt inwestycyjny spółki Lemon Records Sp. z o.o., spółki ZPR S.A. i stwierdzono, że przychody Grupy Kapitałowej ZPR S.A. w latach 2009 – 2010 wynosiły 1.736.372 – 1.792.395 tys. zł. W tych latach Grupa wypracowała na działalności operacyjnej dodatnie wyniki finansowe przekraczające 31.000 tys. zł. Rok 2009 został zamknięty stratą netto w wyniku poniesionych kosztów ze zbycia inwestycji, natomiast rok 2010 zakończono z zyskiem netto w kwocie 25.250 tys. zł.

Suma aktywów Grupy na koniec 2010 r. wynosiła 454.879 tys. zł i była na podobnym do poprzedniego roku poziomie. W jej strukturze 66 % stanowiły aktywa trwałe (głównie rzeczowy majątek trwały oraz inwestycje długoterminowe w postaci udziałów w innych podmiotach), natomiast 33,4 % majątek obrotowy. Zobowiązania bieżące posiadały pokrycie w aktywach obrotowych w 91 %, co stanowiło poziom poniżej optymalnego.

Kapitał własny Spółki na koniec 2010 r. posiadał dodatnią wartość w wysokości 226.668 tys. zł i finansował majątek w ok. 50 %.

Z aktualnych na dzień analizy wniosku opinii bankowych wynika, że ZPR S.A. posiada do wykorzystania środki w ramach linii kredytowych w rachunkach obrotowych i inwestycyjnych w wysokości znacząco przekraczającej zapotrzebowanie na realizację rozwoju projektów spółek Lemon Records Sp. z o.o. oraz ESKA TV S.A.

Deklaracje udziałowca częściowo zostały zrealizowane przed podjęciem przez KRRiT decyzji koncesyjnej, poprzez podniesienie kapitału zakładowego spółki Lemon Records Sp. z o.o. o kwotę 10.000 tys. zł.

Spółka ZPR S.A. jest podmiotem dominującym w Grupie Kapitałowej, a sytuacja finansowa Grupy pozwala Jej na alokację środków we wskazany we wniosku sposób.

W związku z powyższymi możliwościami finansowania projektu spółki Lemon Records Sp. z o.o. zostały udokumentowane od strony formalnej oraz zdolności finansowych grupy kapitałowej.

- Spółka ESKA TV S.A. dysponuje bazą techniczną udostępnioną od podmiotu z grupy kapitałowej, a rozszerzenie projektu nie wymaga zakupu dodatkowych urządzeń technicznych.

Spółka ESKA TV S.A., w związku z przedmiotowym rozszerzeniem koncesji, wykazała zapotrzebowanie na dodatkowe środki finansowe w pierwszym roku po

rozszerzeniu koncesji w wysokości 12.600 tys. zł, które będą niezbędne na pokrycie raty opłaty koncesyjnej oraz wzrostu kosztów emisji i kosztów związanych z planowanymi zmianami w ramówce w wysokości ok. 9.300 tys. zł. Spłatę opłaty koncesyjnej założono w następującym systemie ratalnym: 36 równych miesięcznych rat, co wyniesie ok. 3.333 tys. zł rocznie.

Zaplanowany sposób uregulowania opłaty koncesyjnej pozwoliłby na mniejsze zapotrzebowanie na gotówkę w początkowej fazie działania;

Z analizy złożonej dokumentacji finansowej ESKA TV S.A. wynika, że suma aktywów Spółki z 1.011 tys. zł na koniec 2009 r. wzrosła do poziomu 2.355 tys. zł, gdzie 99 % stanowiły aktywa obrotowe (niemal w całości w postaci należności od jednostek powiązanych), a 1 % stanowiły wartości niematerialne i prawne. Spółka nie posiadała rzeczowego majątku trwałego.

Spółka w 2010 r. (drugim roku działalności nadawczej Spółki) zanotowała 180 %-owy wzrost wartości przychodów, które osiągnęły wartość 5.510 tys. zł.

Prowadzona przez Spółkę działalność gospodarcza generowała ujemne wyniki finansowe, a wartość skumulowanej straty na koniec 2010 r. wynosiła -5.955 tys. zł.

Aktywa obrotowe z poziomu 910 tys. zł na koniec 2009 r. wzrosły w 2010 r. do wysokości 2.331 tys. zł. Zobowiązania krótkoterminowe miały pokrycie w majątku obrotowym w 38 %.

Kapitał własny Spółki na koniec 2010 r. posiadał ujemną wartość w wysokości -3.749 tys. zł. Spółka w omawianym okresie finansowała swój majątek zobowiązaniami wobec podmiotów z Grupy Kapitałowej.

Z powyższego wynika, że na koniec 2010 r. Spółka nie posiadała nadwyżki finansowej, a Jej działalność wymagała dofinansowania. Wnioskodawca nie posiadał w omawianym okresie własnych środków, które mógłby przeznaczyć na finansowanie wysokich kosztów związanych z nadawaniem naziemnym cyfrowym;

Jako źródła finansowania projektu, poza dodatkowymi wpływami ze sprzedaży wskazano środki, które będą pochodziły z podniesienia kapitału Spółki o 5.000 tys. zł oraz z pożyczki od udziałowca (spółki ZPR S.A.), której wartość ma wynieść 10.000 tys. zł, co zostało udokumentowane od strony formalnej oraz możliwości finansowych udziałowca.

- Spółka Stavka Sp. z o.o. prowadzi działalność w grupie przedsiębiorstw skupionych wokół założyciela i głównego udziałowca firm Besta Film Stanisław Krzemiński, Studio Besta Sp. z o.o., Besta Film Sp. z o.o. i Telemark Sp. z o.o. Spółka nie posiada własnego zaplecza technicznego, w związku z tym zawarła warunkowe umowy z firmami powiązanymi kapitałowo w zakresie świadczenia usług, m.in. produkcji oraz użyczenia powierzchni biurowej i studyjnej wraz z zapleczem telewizyjnym.

Z załączonego do wniosku planu finansowego wynika, że w związku z planowanym utworzeniem kanału telewizyjnego oraz rozszerzeniem koncesji zapotrzebowanie na

środki finansowe w I roku działalności (rata opłaty koncesyjnej oraz koszty operacyjne) wyniosą ok. 13.300 tys. zł.

Przychody Spółki w latach 2009 – 2010 plasowały się w przedziale 133 – 149 tys. zł. Osiągane przez Spółkę w tym okresie wyniki finansowe netto oscylowały wokół niewielkich wartości dodatnich i ujemnych.

Poziom aktywów Spółki w latach 2009 – 2010 kształtował się na podobnym poziomie, w wysokości ok. 99 tys. zł. Całość majątku stanowiły aktywa obrotowe, które z wysoką nadwyżką pokrywały krótkoterminowe zadłużenie Spółki.

Kapitał własny w analizowanym okresie posiadał dodatnią wartość w wysokości przekraczającej 90 tys. zł, który niemal w 100 % finansował majątek Spółki.

W analizowanym okresie Spółka posiadała stabilną sytuację finansową, jednak Jej potencjał finansowy nie dawał możliwości realizacji wysokobudżetowych inwestycji z własnych środków;

Jako źródło finansowania, obok planowanych wpływów ze sprzedaży, wskazano kredyt bankowy, z dwuletnią karencją spłat, w wysokości 16.500 tys. zł, który został udokumentowany od strony formalnej w postaci promesy bankowej, wystawionej przez bank po wcześniejszym zbadaniu zdolności kredytowej spółki Stavka Sp. z o.o. i ustanowieniu niezbędnych zabezpieczeń.

- Spółka ATM Grupa S.A., jako producent programów telewizyjnych dysponuje własnym sprzętem technicznym oraz działa w oparciu o dzierżawę urządzeń od podmiotu zależnego,

Spółka ATM GRUPA S.A. przedstawiła skonsolidowane kwartalne sprawozdanie finansowe. Wynika z niego, że: przychody ze sprzedaży za IV kwartały Grupy ATM S.A. w latach 2009 – 2010 wynosiły 101.385 - 113.344 tys. zł; w roku 2010 odnotowano ich wzrost o 11,8%. W analizowanych okresach ATM Grupa wypracowała na działalności gospodarczej dodatnie wyniki finansowe.

Suma aktywów ATM Grupy S.A. na koniec IV kwartału 2010 r. wynosiła 275.619 tys. zł i była na podobnym do poprzedniego roku poziomie. W jej strukturze 56 % stanowiły aktywa trwałe (głównie rzeczowy majątek trwały), natomiast 44 % majątek obrotowy. Wartość aktywów obrotowych, w wysokości 99.269 tys. zł (charakteryzujących się wysokim poziomem środków pieniężnych), pięciokrotnie przekraczała wysokość krótkoterminowych zobowiązań.

Kapitał własny Spółki na koniec IV kwartału 2010 r. posiadał dodatnią wartość w wysokości 229.648 tys. zł i finansował majątek w ok. 82 %.

Spółka ATM Grupa S.A. jest podmiotem dominującym w Grupie Kapitałowej, a sytuacja finansowa Grupy pozwala Jej na finansowanie wysokobudżetowych inwestycji oraz na alokację środków we wskazany we wniosku sposób.

Dokumentacja finansowa Spółki wskazuje na posiadanie środków finansowych w wysokości przekraczającej zapotrzebowanie w początkowym okresie realizacji nadawania w sposób naziemny cyfrowy.

Po dokonaniu ponownej analizy wniosków stron postępowania podtrzymano opinie ekonomiczne, z których wynika, że spółki Lemon Records Sp. z o.o., ESKA TV S.A., ATM Grupa S.A. oraz Stavka Sp. z o.o. udokumentowały środki finansowe, którymi mogłyby zabezpieczyć początkową działalność po uruchomieniu nadawania w systemie naziemnym cyfrowym w przypadku braku możliwości realizacji planów finansowych.

Odnosząc się do pierwszego zarzutu Wnioskodawcy należy zauważyć, że KRRiT, dokonując analizy i oceny złożonych w przedmiotowym postępowaniu wniosków w zakresie części ekonomiczno – finansowej, co znalazło odzwierciedlenie w sporządzonych opiniach ekonomicznych, zbadała w szczególności:

- założenia finansowe dotyczące wysokości koniecznych do poniesienia nakładów inwestycyjnych, z uwzględnieniem możliwości dysponowania własną lub udostępnioną przez inny podmiot bazą techniczną, oraz wysokości i sposobu wniesienia opłaty koncesyjnej;
- założenia dotyczące przychodów, źródeł finansowania inwestycji technicznych, opłaty koncesyjnej oraz wysokich dodatkowych kosztów związanych z rozszerzeniem koncesji o możliwość rozpowszechniania programu drogą rozsiewczą naziemną w sposób cyfrowy;
- aktualną kondycję finansową Wnioskodawców;
- udokumentowanie środków finansowych na realizację projektu.

Spółka MEDIASAT Sp. z o.o., podobnie jak większość wnioskodawców biorących udział w postępowaniu, przedstawiła plan finansowy zakładający ratalny sposób zapłaty opłaty koncesyjnej.

Ocena możliwości finansowania projektu Wnioskodawcy, jak i innych stron postępowania, została dokonana przy uwzględnieniu takiego założenia. Zarówno w sporządzonych opiniach ekonomicznych, jak i uzasadnieniu decyzji Nr DK - 137/2011, wskazano na przyjętą przez wnioskodawców formę uiszczenia opłaty koncesyjnej, w celu określenia zapotrzebowania na środki finansowe w początkowej fazie działalności kanałów telewizyjnych, co w żadnym przypadku nie stanowiło kryterium oceny wniosków i pozostało bez wpływu na rozstrzygnięcie postępowania.

W dotychczasowej praktyce, KRRiT, działając na podstawie artykułu 67a § 1 ustawy Ordynacja podatkowa, z zastrzeżeniem art. 67 b, przychyliła się do takiej formy uiszczenia należnej opłaty koncesyjnej.

Odnosząc się do drugiego zarzutu należy zauważyć, że każdy z wyłonionych w przedmiotowym postępowaniu podmiotów wykazał możliwość dysponowania zapleczem technicznym, a poprzez osoby właścicieli, również doświadczenie na rynku telewizyjnym: nadawczym bądź producenckim.

KRRiT dokonując oceny wniosków kierowała się m.in. stopniem zabezpieczenia finansowego kapitałochłonnych projektów rozszerzenia koncesji. Po przeanalizowaniu złożonych w postępowaniu projekcji finansowych stwierdziła, że

każda z nich w dużym stopniu lub całkowicie opiera się na założeniu finansowania wysokich kosztów, wydatków inwestycyjnych oraz opłaty koncesyjnej przyszłym wzrostem przychodów. Wyłonione w postępowaniu koncesyjnym podmioty dodatkowo udokumentowały zabezpieczenie finansowe w postaci posiadanej na dzień złożenia wniosku własnej wysokiej nadwyżki finansowej (ATM Grupa S.A.), bądź pożyczek od właściciela i zasilenia kapitału własnego (ESKA TV S.A., Lemon Records Sp. z o.o.), bądź też w postaci kredytu bankowego (Stavka Sp. z o.o.), co zdaniem KRRiT, w przypadku ewentualnej niemożności realizacji planów finansowych, w wyższym stopniu gwarantuje posiadanie przez te podmioty w początkowym okresie środków finansowych w wysokości zabezpieczającej wysokie koszty nadawania w ramach MUX-1 niż środki finansowe, które mają być pozyskane z rynku w przyszłości (MEDIASAT Sp. z o.o.), charakteryzujące się mniejszym stopniem pewności ich pozyskania oraz ryzykiem inwestycyjnym.

Spółka MEDIASAT Sp. z o.o. w swoim sprawozdaniu z działalności za rok 2010 zawarła informację, iż *„Rynek reklamy jest silnie skorelowany z PKB, w związku z tym w Spółce występuje ryzyko rynkowe. Zasadniczo Spółka nie ma możliwości aktywnej ochrony przed ryzykiem rynkowym, za wyjątkiem wysiłków zmierzających do osiągnięcia jak największego zysku i zatrzymania go w Spółce”*.

Ponadto, zgodnie z zaświadczeniem bankowym z dnia 1 marca 2011 r., Bank Zachodni WBK stwierdził, że po analizie dokumentacji finansowej spółki MEDIASAT S.A., brak jest możliwości udzielenia Spółce produktów kredytowych.

Za nieuzasadniony należy uznać zarzutów naruszenia art. 107 § 3 k.p.a. W uzasadnieniu decyzji Nr DK - 137/2011 w szczegółowy sposób wyjaśniono, jakie dowody stały się podstawą wydania przedmiotowej decyzji. Także zamieszczone tam wyjaśnienie, dlaczego organ uważa sytuację Wnioskodawcy za niewiarygodną, nie może budzić wątpliwości. Jak wynika z uzasadnienia zaskarżonej decyzji, powodem uznania sytuacji finansowej za nie gwarantującej możliwości poniesienia kosztów finansowania programu i inwestycji była okoliczność, że finansowanie kosztów całego przedsięwzięcia zostało uzależnione od możliwości pozyskania z rynku planowanych przez Wnioskodawcę przychodów.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia m.in. art. 77 k.p.a., zgodnie z którym organ zobowiązany jest rozpatrzyć sprawę w sposób wyczerpujący, stwierdzić należy, że podniesione przez Wnioskodawcę zarzuty są nieuzasadnione. Nieuprawniony jest przede wszystkim zarzut dotyczący uznania projekcji finansowych podmiotów dopiero tworzących program telewizyjny za bardziej korzystne od prognozowanych danych Wnioskodawcy. Sama okoliczność dłuższego prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie nadawania programów telewizyjnych, nie może być uznana za okoliczność dowodzącą lepszej sytuacji finansowej wnioskodawcy.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 10 k.p.a. stwierdzić należy, że także ten zarzut jest nieuzasadniony. Skoro bowiem podstawą dokonania oceny sytuacji finansowej Wnioskodawcy były tylko dokumenty i oświadczenia złożone przez samego Wnioskodawcę, to trudno jest uznać, że nie miał on możliwości wypowiedzenia się co do zebranych w sprawie dowodów i materiałów. Wniosek

spółki MEDIASAT Sp. z o.o. zawierał założenia dotyczące formy, wielkości oraz źródeł finansowania projektu, plany finansowe (których w toku postępowania koncesyjnego - zgodnie z § 18 rozporządzenia KRRiT z dnia 4 stycznia 2007 r. w sprawie zawartości wniosku o udzielenie koncesji oraz szczegółowego trybu postępowania w sprawach udzielania i cofania koncesji na rozpowszechnianie i rozprowadzanie programów radiofonicznych i telewizyjnych - zmieniać nie wolno) oraz dokumentację finansową Wnioskodawcy, poszczególnych spółek z Grupy Media 5, jak i łącznie Grupy Media 5. W związku z powyższym, poza koniecznością uzupełnienia wniosku o braki formalne w postaci stosownych podpisów na złożonych dokumentach oraz o zaświadczenie bankowe podmiotu z Grupy, które zostały przez spółkę MEDIASAT Sp. z o.o. w terminie uzupełnione, wniosek posiadał kompletną dokumentację, na której oparto analizę finansową.

W stosunku zaś do zarzutu naruszenia art. 36 ust. 1 w zw. z art. 6 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji stwierdzić należy, że jest on także nieuzasadniony. Wbrew twierdzeniom Wnioskodawcy, art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii i telewizji nie nakłada na KRRiT obowiązku wskazania w ogłoszeniu kryteriów, według których organ będzie dokonywał oceny sfinansowania inwestycji oraz kosztów tworzenia i rozpowszechniania programu. Za nieuzasadnione trzeba uznać postawienie KRRiT zarzutu, że za kryterium oceny możliwości finansowych Wnioskodawcy przyjęła mniej korzystną dla niego okoliczność, że opłata koncesyjna nie zostanie rozłożona na raty.

Należy również dodać, że Wnioskodawca pominął w swoim wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy fakt przyjęcia przez KRRiT w procesie decyzyjnym kryteriów pozafinansowych. W uzasadnieniu decyzji Nr DK - 137/2011 podkreślono, iż u podstaw podjęcia decyzji stało stworzenie w sygnale MUX-1 komplementarnej i zróżnicowanej programowo oferty, charakteryzującej się odmienną zawartością programową od dostępnej już w MUX-2. Przyjmując powyższe kryterium oraz biorąc pod uwagę, że w sygnale multipleksu drugiego znalazło się już 5 programów o charakterze uniwersalnym, KRRiT po przeanalizowaniu złożonych propozycji programowych, udzieliła pierwszeństwa wnioskodawcom oferującym programy o charakterze wyspecjalizowanym.

Mając na uwadze powyższe, zarzuty podniesione spółkę MEDIASAT Sp. z o.o. należy uznać za bezzasadne;

VI Spółka **ATM Grupa S.A.** z siedzibą w Bielanach Wrocławskich we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy z dnia 22 sierpnia 2011 r. wniosła o:

- 1) uchylenie w części decyzji Przewodniczącego KRRiT z dnia 29 lipca 2011 r. Nr DK - 137/2011 w sprawie zmiany koncesji Nr 468/2011-T z dnia 25 lutego 2011 r., w zakresie naliczenia opłaty za zmianę koncesji oraz terminu zapłaty wskazanej opłaty;
- 2) ponowne rozpatrzenie wniosku ATM Grupa S.A. w zakresie prawidłowego naliczenia opłaty.

Skarżąca wskazała, że:

A. W dniu 19 lipca 2011 r. Trybunał Konstytucyjny w sprawie sygn. akt P 9/09 orzekł, iż przepisy dotyczące ustalania opłat koncesyjnych są niekonstytucyjne. Zgodnie z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego, art. 40 ust. 2 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji jest niezgodny z art. 217 oraz art. 92 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. Niezgodne z ustawą zasadniczą (z art. 92 ust. 1) jest także rozporządzenie KRRiT z dnia 4 lutego 2000 r. w sprawie opłat za udzielenie koncesji na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych.

Przewodniczący KRRiT w decyzji Nr DK - 137/2011 powołał jako podstawę obliczenia opłaty za udzielenie koncesji (rozszerzenie koncesji satelitarnej o możliwość nadawania programu drogą rozsiewczą naziemną w sposób cyfrowy przy zachowaniu parametrów technicznych wskazanych w przedmiotowej decyzji) § 4b ust. 1 w zw. z § 4b ust. 3 rozporządzenia KRRiT z dnia 4 lutego 2000 r. w sprawie opłat za udzielenie koncesji na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych, co uwzględniając cytowane powyżej orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego, zdaniem Skarżącej, bez wątpienia oznacza, że Przewodniczący KRRiT wydał swoją decyzję w oparciu o przepis prawa niezgodny z Konstytucją RP.

Zgodnie z art. 190 Konstytucji RP orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego o niezgodności z Konstytucją, umową międzynarodową lub z ustawą aktu normatywnego, na podstawie którego zostało wydane prawomocne orzeczenie sądowe, ostateczna decyzja administracyjna lub rozstrzygnięcie w innych sprawach, stanowi podstawę do wznowienia postępowania, uchylecia decyzji lub innego rozstrzygnięcia na zasadach i w trybie określonym w przepisach właściwych dla danego postępowania.

W związku z powyższym, zdaniem Skarżącej, uzasadnione i celowe jest wniesienie niniejszego środka odwoławczego.

W uzasadnieniu skargi Skarżąca wskazała również na orzecznictwo sądów administracyjnych, które w jej ocenie potwierdza prezentowane przez Skarżącą stanowisko.

Zdaniem Skarżącej, orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego o niekonstytucyjności podstawy prawnej decyzji powinno w postępowaniu sądownoadministracyjnym przesądzać o uznaniu „naruszenia prawa” w samej decyzji administracyjnej.

B.

1. Zdaniem Skarżącej, niezależnie od powyższego, Przewodniczący KRRiT w decyzji Nr DK -137/2011 powołując się na dyspozycje zapisów § 4b ust. 1 w zw. z § 4b ust. 3 rozporządzenia KRRiT z dnia 4 lutego 2000 r. w sprawie opłat za udzielenie koncesji na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych, błędnie przyjął w dniu wydania przedmiotowej decyzji tj. 29.07.2011 r. w zmiennych:

L₁ – datę 30.09.2011 r.,

L₂ – datę 30.09.2012 r.,

L₃ – datę 31.07.2013 r.,

które zgodnie z rozporządzeniem powinny być datą zaprzestania rozpowszechniania programów w sposób analogowy.

Zdaniem Skarżącej, użycie wyrażenia „zaprzestania” oznacza, iż do wyliczenia danych z podanego wzoru powinna być podana data faktycznego zaprzestania wykonywania tej czynności, jaką jest rozpowszechnianie programów w sposób analogowy. Dlatego więc, zdaniem Skarżącej, nie można w dacie 29.07.2011 r. przyjąć, że czynność ta „została wykonana w czasie przyszłym”, która ma nastąpić nawet w tak odległym terminie jak 31.07.2013 r. Skarżąca wskazuje również, że decyzja nie przewiduje rozliczenia z wnioskodawcą, w przypadku gdyby założonych hipotetycznie przez Przewodniczącego KRRiT terminów nie udało się dotrzymać.

2. Ponadto, zdaniem Skarżącej, w decyzji niewłaściwie przyjęto za dzień wydania koncesji datę 25.02.2011 r. – tj. datę wydania koncesji satelitarnej. Zdaniem Skarżącej właściwą datą wydania koncesji powinna być data 29.07.2011 r. tj. data decyzji o rozszerzeniu koncesji o możliwość nadawania programu drogą rozsiewczą naziemną w sposób cyfrowy. Zdaniem Skarżącej takie rozwiązanie odzwierciedla intencję ust. 3, który stanowi, iż do opłat za zmianę koncesji na rozpowszechnianie programu telewizyjnego drogą satelitarną polegającą na przyznaniu prawa do rozpowszechniania w standardzie DVB-T stosuje się odpowiednio ust. 1 i 2.

C. Dodatkowo, zdaniem Skarżącej, wyznaczony termin zapłaty opłaty koncesyjnej na dzień 27.09.2011 r. nie znajduje uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawa, a także w stanie faktycznym, uwzględniającym aktualnie brak możliwości technicznych i technologicznych funkcjonowania MUX-1. Zdaniem Skarżącej takie działanie organu administracji prowadzi do wykroczenia poza dozwolone przez prawo granice działania administracji i nosi znamiona dowolności.

W stosunku do zarzutów podniesionych przez spółkę ATM Grupa S.A. Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji stwierdziła, co następuje:

A. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 19 lipca 2011 r. stwierdzając niekonstytucyjność art. 40 ust. 2 ustawy o radiofonii i telewizji oraz rozporządzenia KRRiT z dnia 4 lutego 2000 r. w sprawie opłat za udzielenie koncesji na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych, jednocześnie odroczył utratę ich mocy obowiązującej na okres 12 miesięcy od dnia ogłoszenia wyroku w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 160, poz. 963) – tzn. od 3 sierpnia 2011 r.

W ww. wyroku Trybunał Konstytucyjny jednocześnie podkreślił, iż nie jest kwestionowana i nadal obowiązuje zasada określona w art. 40 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji, zgodnie z którą za udzielenie koncesji na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych pobiera się opłatę. W związku z powyższym w ocenie Trybunału konieczne stało się odroczenie utraty mocy obowiązującej

przedmiotowych przepisów, tak aby nie nastąpiła sytuacja w której uniemożliwione byłoby prowadzenie procesów koncesyjnych z uwagi na brak możliwości pobrania opłaty z tytułu udzielenia koncesji. W powołanym powyżej wyroku Trybunał stwierdził: *Trybunał Konstytucyjny uznał za zasadny wniosek wszystkich uczestników postępowania o odroczenie terminu utraty mocy obowiązującej niekonstytucyjnych przepisów w celu umożliwienia ustawodawcy dostosowania treści przepisów ustawy o radiofonii i telewizji do sytuacji wynikającej z orzeczenia Trybunału. Jak słusznie wskazał Prokurator Generalny, wraz z utratą mocy obowiązującej art. 40 ust. 2 u.r.t. nie mogłaby funkcjonować niekwestionowana - co do zasady - procedura odpłatnego koncesjonowania rozpowszechniania programów radiowych i telewizyjnych przez nadawców niepublicznych.*

Ponadto Trybunał w cytowanym wyroku podkreślił, iż: *Wskutek odroczenia przez Trybunał Konstytucyjny utraty mocy obowiązującej art. 40 ust. 2 u.r.t. i wydanego na jego podstawie rozporządzenia, przepisy te w dalszym ciągu będą stanowiły element obowiązującego porządku prawnego aż do momentu określonego w punkcie II sentencji, chyba że ustawodawca dokona ich zmiany we wcześniejszym terminie.*

Mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, iż ww. rozporządzenie KRRiT z dnia 4 lutego 2000 r. jak również art. 40 ust. 2 ww. ustawy pozostają częścią obowiązującego porządku prawnego i mogą stanowić aktualnie dla Organu koncesyjnego podstawę orzekania w niniejszej sprawie.

Podkreślenia wymaga, iż w przedmiotowej sprawie została stwierdzona niekonstytucyjność przepisu ustawowego tzn. art. 40 ust. 2 ustawy o radiofonii i telewizji i jako konsekwencja niekonstytucyjności ww. przepisu, który stanowił upoważnienie do wydania rozporządzenia przez KRRiT, również całe ww. rozporządzenie KRRiT. Zatem orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego cytowane poniżej zachowuje aktualność również w przedmiotowej sprawie.

Stanowisko Organu w tej sprawie znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądowym, w tym również w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. W tym miejscu należy zwrócić uwagę na wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 2 lipca 2003 r., sygn. akt K 25/01, zgodnie z którym: *Możliwość określenia przez Trybunał Konstytucyjny późniejszego niż dzień ogłoszenia wyroku Trybunału Konstytucyjnego w Dzienniku Ustaw terminu utraty mocy obowiązującej niezgodnego z Konstytucją przepisu ustawy znajduje wyraźną i niewątpliwą podstawę w art. 190 ust. 3 Konstytucji. W razie skorzystania przez Trybunał Konstytucyjny z tej możliwości do nadejścia wskazanego przez Trybunał terminu uznany za niezgodny z Konstytucją przepis zachowuje moc obowiązującą, a zatem musi być przestrzegany i stosowany przez wszystkich jego adresatów. Zgodnie bowiem z art. 190 ust. 1 Konstytucji także to rozstrzygnięcie zamieszczone w tekście orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego jest nie tylko ostateczne, ale i ma moc powszechnie obowiązującą.*

Podobne stanowisko Trybunał Konstytucyjny prezentował również w innych orzeczeniach, w tym m.in. w wyroku z dnia 27 października 2004 r.,

sygn. akt SK 1/04, z dnia 31 marca 2005 r., sygn. akt SK 26/02, a także w wyroku z dnia 27 kwietnia 2005 r., sygn. akt P 1/05.

Należy także zwrócić uwagę na wskazany powyżej wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 kwietnia 2005 r., sygn. akt P 1/05, w którym zauważono, że: *Poglądy Trybunału na temat konsekwencji określenia zakresu obowiązywania niekonstytucyjnego przepisu nie zawsze były podzielane (zob. wyrok SN z 10 listopada 1999 r., sygn. I CKN 204/98, OSNC 2000, nr 5, poz. 94). Należy tym bardziej podkreślić, że w jednej z ostatnich podnoszących tę kwestię uchwał Sąd Najwyższy stwierdził, iż "Z analizy doktryny wynika, że zdecydowana większość autorów opowiedziała się za perspektywnym skutkiem orzeczeń odroczonech. Ostatnio do tego stanowiska przychylił się także Sąd Najwyższy" (tak w uchwale SN z 23 stycznia 2004 r., sygn. III CZP 112/03, "Wokanda" 2004, nr 7-8, poz. 8; zob. także wskazaną w niej uchwałę SN z 3 lipca 2003 r., sygn. III CZP 45/03, OSNC 2004, nr 9, poz. 136 oraz wyrok SN z 29 marca 2000 r., sygn. III RN 96/98, OSNP 2000, nr 13, poz. 500; podobnie: postanowienie SN z 12 marca 2003 r., sygn. I PZ 157/02, OSNP 2004, nr 14, poz. 244). Ze względu na powszechnie obowiązującą moc orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego (art. 190 ust. 1 Konstytucji), Sąd Najwyższy uznał, iż jest związany wyrokiem Trybunału także w zakresie, w jakim przesądza on o terminie utraty mocy obowiązującej przez niezgodny z Konstytucją przepis. Stwierdził ponadto, że z art. 190 ust. 3 Konstytucji wynika wyraźnie, że jeśli Trybunał odracza utratę mocy obowiązującej przez wadliwą normę, to zachowuje ona moc przez okres wskazany w orzeczeniu. To zaś oznacza, że sądy i inne podmioty powinny stosować tę normę. Jej pominięcie w tym okresie oznaczałoby w istocie przekreślenie sensu odroczenia, a więc i sensu art. 190 ust. 3 Konstytucji.*

Powołane powyżej orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego oraz Sądu Najwyższego zostało także przywołane w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 23 lutego 2006 r., sygn. akt II OSK 1403/05.

B.

1. Terminy zaprzestania rozpowszechniania w sposób analogowy na poszczególnych obszarach (30.09.2011 r., 30.09.2012 r., 31.07.2013 r.) przywołane we współczynnikach L_1 , L_2 , L_3 we wzorze w § 4b ust. 1 zostały ustalone przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, w uzgodnieniu z KRRiT.

Plan wdrażania naziemnej telewizji cyfrowej określony został w Zarządzeniu nr 21 Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 17 września 2007 r. w sprawie planu zagospodarowania częstotliwości dla zakresu 470-862 MHz (Dz.Urz. UKE Nr 27, poz. 139), zmienionym Zarządzeniem nr 11 Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 4 maja 2010 r. (Dz.Urz. UKE Nr 10, poz. 22). Zarządzenie to zostało przywołane w Ogłoszeniu Przewodniczącego KRRiT z dnia 5 stycznia 2011 r. (pkt I.1), na podstawie którego toczy się niniejsze postępowanie o możliwości rozszerzenia koncesji o prawo do umieszczenia programu w sygnale multipleksu pierwszego.

W przedmiotowym Ogłoszeniu w pkt I.3 przywołano również decyzję rezerwacyjną Prezesa UKE Nr DZC-WTV-5157-4/09 (180) z dnia 30 września 2009 r. wydaną TVP S.A., w której określone są terminy zaprzestania rozpowszechniania w sposób analogowy na poszczególnych obszarach (przywołane we wzorze na podstawie którego wyliczono wysokość opłaty za rozszerzenie koncesji spółki ATM Grupa S.A. o możliwość umieszczenia programu w sygnale MUX-1). Decyzja rezerwacyjna Prezesa UKE Nr DZC-WTV-5157-17/11 (20) z dnia 19 grudnia 2011 r. dokonuje rezerwacji częstotliwości na rzecz ATM Grupa S.A. (oraz spółek ESKA TV S.A., Stavka Sp. z o.o. i Lemon Records Sp. z o.o.) na zasadzie współużytkowania z TVP S.A. dysponującą rezerwacją częstotliwości na podstawie ww. decyzji Prezesa UKE Nr DZC-WTV-5157-4/09 (180).

Również decyzje Przewodniczącego KRRiT o rozszerzenie koncesji o możliwość umieszczenia programu w sygnale MUX-2 oraz decyzje rezerwacyjne Prezesa UKE zawierają takie same terminy zaprzestania rozpowszechniania w sposób analogowy na poszczególnych obszarach.

Tak więc wszystkie podmioty rozpowszechniające w Polsce programy telewizyjne w sposób naziemny analogowy oraz cyfrowy (TVP S.A., Polsat S.A., TVN S.A., Polskie Media S.A. oraz Telewizja PULS Sp. z o.o.) mają określony taki sam harmonogram zaprzestania rozpowszechniania w sposób analogowy na poszczególnych obszarach.

Nie można więc zgodzić się z tezą Skarżącej, że w dniu wydania decyzji Nr DK -137/2011 nie były znane terminy zaprzestania rozpowszechniania w sposób analogowy.

Przepisy regulujące naliczanie opłaty za rozpowszechnianie programu w sygnale multipleksu naziemnego uregulowane zostały, uzgodnionym z Ministrem Finansów, rozporządzeniem KRRiT z dnia 15 czerwca 2009 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie opłat za udzielenie koncesji na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych (Dz. U. Nr 105, poz. 876).

Uzasadnienie tego rozporządzenia zawierało, uzgodnione z Prezesem UKE, terminy zaprzestania rozpowszechniania programów telewizyjnych w sposób naziemny analogowy na poszczególnych obszarach (30.09.2011 r., 30.09.2012 r., 31.07.2013 r.) takie same jak określone w decyzji Nr DK - 137/2011. Nie może więc być mowy o tym, że Przewodniczący KRRiT błędnie przyjął, w przedmiotowej decyzji, daty zaprzestania rozpowszechniania w sposób naziemny analogowy na poszczególnych obszarach.

2. Argument dotyczący niewłaściwego przyjęcia jako daty wydania koncesji daty 25.02.2011 r. również należy uznać za chybiony.

Zniżka w przypadku decyzji o zmianie koncesji na rozpowszechnianie programu telewizyjnego drogą satelitarną polegającą na przyznaniu prawa do rozpowszechniania w standardzie DVB-T naliczana jest w związku z ust. 4 § 4b – opłata podlega zmniejszeniu proporcjonalnie do okresu pozostałego do wygaśnięcia koncesji. Tak więc opłata za rozszerzenie koncesji o możliwość umieszczenia

programu w sygnale multipleksu naziemnego liczona jest tylko za okres na jaki przyznawane jest ta możliwość.

Przy interpretacji przepisów rozporządzenia zastosowanej przez Skarżącą, zniżka z tytułu krótszego okres na jaki przyznawane jest prawo umieszczenia w sygnale multipleksu naziemnego byłaby liczona dwukrotnie – we współczynniku L_0 i poprzez zastosowaniu zniżki z § 4b ust. 4.

C. W odniesieniu do zarzutu Skarżącej, dotyczącego terminu wniesienia opłaty koncesyjnej, należy podkreślić, że przepis art. 37 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji określa, które elementy powinny znaleźć się w decyzji koncesyjnej, zbiór powyższych elementów jest przez użycie przez ustawodawcę słów „w szczególności” otwarty, ograniczony jednak przepisami powszechnie obowiązującymi w tym ustawy o radiofonii i telewizji. Zgodnie z art. 40 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji za udzielenie koncesji pobiera się opłatę, niezależnie od opłat za używanie urządzeń radiokomunikacyjnych oraz używanie częstotliwości, przewidzianych w ustawie o łączności. Natomiast zgodnie z art. 37 ust. 2 ustawy o radiofonii i telewizji koncesja może określać inne warunki prowadzenia działalności, niezbędne dla realizacji przepisów ustawy. Tym samym w decyzji koncesyjnej organ koncesyjny ma prawo do wskazania terminu wniesienia przez nadawcę opłaty koncesyjnej, niniejsze prawo nie wykracza poza uprawnienia organu ograniczone ustawą o radiofonii i telewizji i służące realizacji przepisów tejże ustawy.

Odnosząc się do zarzutu naliczenia opłaty za rozszerzenie koncesji o prawo wprowadzenia programu do sygnału multipleksu pierwszego, przy braku możliwości technicznych i technologicznych funkcjonowania MUX-1 należy stwierdzić, że zgodnie z harmonogramem uruchamiania MUX-1 (uzgodnionym przez nadawców ze spółką TP Emitel) obejmie (lub już objął) on swoim zasięgiem:

- Etap 1 – do 14.12.2011 r. – 15 % ludności kraju;
- Etap 2 – do 31.05.2012 r. – 92 % ludności kraju;
- Etap 3 – do 30.09. 2012 r. – 95 % ludności kraju.

Ponadto, w związku z mniejszym dotarciem programów do widzów (a co za tym idzie mniejszym zainteresowaniem reklamodawców), w okresie przejściowym (do całkowitego wyłączenia naziemnego nadawania w sposób naziemny analogowy), w rozporządzenia KRRiT z dnia 4 lutego 2000 r. w sprawie opłat za udzielenie koncesji na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych przewidziano zniżki w opłatach za rozpowszechnianie w sposób naziemny cyfrowy w tym okresie (zastosowanie współczynników L_0 , L_1 , L_2 , L_3). Docelowo (po okresie przejściowym – wyłączeniu naziemnej telewizji analogowej) opłata za udzielenie koncesji na rozpowszechnianie programu telewizyjnego drogą rozsiewczą naziemną w sposób cyfrowy w standardzie DVB-T wynosić będzie 12.945.000 zł (w decyzji Nr DK - 137/2011 opłata naliczona spółce ATM Grupa S.A. wyniosła 10.811.500 zł).

W związku z powyższym KRRiT postanowiła utrzymać w mocy decyzję Przewodniczącego KRRiT z dnia 29 lipca 2011 r. Nr DK - 137/2011 w sprawie

zmiany koncesji Nr 468/2011-T z dnia 25 lutego 2011 r., w zakresie naliczenia opłaty za zmianę koncesji oraz terminu zapłaty wskazanej opłaty.

Pismem z dnia 29 listopada 2011 r. spółka ATM Grupa S.A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich oświadczyła, że cofa wniosek i zarazem zgodę na zmianę koncesji Nr 468/2011-T z dnia 25 lutego 2011 r. na rozpowszechnianie programu telewizyjnego pod nazwą „ATM ROZRYWKA TV” polegającą na rozszerzeniu zakresu tej koncesji o rozpowszechnianie programu drogą rozszewczą naziemną w sposób cyfrowy, a ponadto wniosła o:

a) uchylenie decyzji Przewodniczącego KRRiT Nr DK - 137/2011 z dnia 29 lipca 2011 r. w zakresie punktu 4 tej decyzji, tj. w części dotyczącej zmiany (rozszerzenia) koncesji Nr 468/2011-T z dnia 25 lutego 2011 r. wydanej spółce ATM Grupa S.A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich na rozpowszechnianie programu telewizyjnego pod nazwą „ATM ROZRYWKA TV” polegającej na dodaniu punktu VIa przewidującego rozpowszechnianie programu drogą rozszewczą naziemną w sposób cyfrowy;

b) umorzenie postępowania zainicjowanego wnioskiem spółki ATM Grupa S.A. z dnia 3 marca 2011 r.

Następnie pismem z dnia 16 grudnia 2011 r. spółka ATM Grupa S.A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich wycofała oświadczenie oraz wnioski zawarte w piśmie z dnia 29 listopada 2011 r. – cofnięcie zgody na rozszerzenie koncesji o rozpowszechnianie programu drogą rozszewczą naziemną w sposób cyfrowy. Spółka oświadczyła, że podtrzymuje w pozostałym zakresie wnioski spółki ATM Grupa S.A., w tym w szczególności wniosek z dnia 3 marca 2011 r. o rozszerzenie zakresu koncesji Nr 468/2011-T z dnia 25 lutego 2011 r. na rozpowszechnianie programu telewizyjnego pod nazwą „ATM ROZRYWKA TV” o rozpowszechnianie programu drogą rozszewczą naziemną w sposób cyfrowy, wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy z dnia 22 sierpnia 2011 r., a także wniosek z dnia 27 września 2011 r. (o rozłożenie opłaty na raty);

VII. W toku niniejszego postępowania uchylono na wniosek strony decyzją Przewodniczącego KRRiT Nr DK - 165/2011 z dnia 8 września 2011 r. koncesję Nr 420/2009-T, wydaną spółce TELEKOMUNIKACJA POLSKA S.A. z siedzibą w Warszawie na rozpowszechnianie w sposób rozszewczy satelitarny programu telewizyjnego pod nazwą „Orange Sport Info”. Ponadto na wniosek strony, wydana została decyzja Przewodniczącego KRRiT Nr DK - 211/2011 z dnia 19 grudnia 2011 r. o uchyleniu koncesji Nr 422/2009-T, wydanej spółce TV POINT GROUP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rozpowszechnianie w sposób rozszewczy satelitarny programu telewizyjnego pod nazwą „Machina TV”.

W związku z powyższym w przypadku spółek: TELEKOMUNIKACJA POLSKA S.A. (wniosek Nr 024/2011) oraz TV POINT GROUP Sp. z o.o. (wniosek Nr 025/2011) należało umorzyć postępowanie, na podstawie art. 138 § 1 pkt 2 w zw. z art. 105 § 1 k.p.a. jako bezprzedmiotowe.

Rozstrzygnięcie organu w niniejszej sprawie łącznie na podstawie art. 138 § 1 pkt 1 kpa i art. 138 §1 pkt 2 k.p.a. jest dopuszczalne i potwierdzone orzecznictwem sądowym, w tym:

- wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 22 grudnia 2008 r. II OSK 1109/07, zgodnie z którym *1. W przypadku, gdy od decyzji organu I instancji złożonych zostaje wiele odwołań, organ odwoławczy, zgodnie z literalnym brzmieniem art. 138 § 1 k.p.a., wydaje jedną decyzję, w której powinien rozstrzygnąć o wszystkich tych odwołaniach. Organ odwoławczy może więc zawrzeć w jednej decyzji różne rozstrzygnięcia w stosunku do jednego lub kilku odwołujących się. Warunkiem zgodności z prawem takiej decyzji jest to, aby rozstrzygnięcia te nie pozostawały ze sobą w sprzeczności. Dopuszczalna jest zatem sytuacja, w której organ II instancji jedną decyzją umorzy w postępowanie odwoławcze w stosunku do tych odwołujących się, którzy nie posiadają interesu prawnego, który dawałby im legitymację do udziału w postępowaniu w charakterze strony oraz w wyniku rozpoznaniu odwołań pozostałych osób utrzyma decyzję organu I instancji w mocy, uznając, że jest ona zgodna z prawem;*
- wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego (do 2003.12.31) w Gdańsku z dnia 8 sierpnia 1997 r. I SA/Gd 514/96. *W sytuacji, kiedy dopiero na etapie postępowania odwoławczego zajdą okoliczności faktyczne czyniące postępowanie w sprawie bezprzedmiotowym (art. 105 § 1 k.p.a.) organ odwoławczy wydaje decyzję przewidzianą w zdaniu drugim art. 138 § 1 pkt 2 k.p.a. Takiemu rozstrzygnięciu nie stoi na przeszkodzie sformułowanie "umarza postępowanie pierwszej instancji", w istocie bowiem znaczy ono tylko tyle, co - umarza postępowanie w sprawie.*

W pozostałym zakresie należało utrzymać w mocy zaskarżoną przez strony decyzję Przewodniczącego KRRiT Nr DK - 137/2011.

W dniu 17 stycznia 2012 r. KRRiT podjęła uchwałę Nr 6/2012, w której upoważniła Przewodniczącego KRRiT do wydania decyzji o uchyleniu decyzji Przewodniczącego KRRiT Nr DK - 137/2011 z dnia 29 lipca 2011 r. w części dotyczącej pkt. I ppkt 5 lit. j-k tj. odmowy zmiany (rozszerzenia) koncesji spółek TELEKOMUNIKACJA POLSKA S.A. z siedzibą w Warszawie (wniosek Nr 024/2011) i TV POINT GROUP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (wniosek Nr 025/2011) oraz umorzeniu postępowania w tej części, a w pozostałym zakresie do utrzymania w mocy przedmiotowej decyzji.

Niniejsza decyzja jest ostateczna.

Na podstawie art. 3 § 2 pkt 1, art. 53 § 1 oraz art. 54 § 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. Nr 153, poz. 1270, z późn. zm.) stronom przysługuje prawo do złożenia skargi do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie za pośrednictwem Przewodniczącego KRRiT w terminie trzydziestu dni od dnia doręczenia niniejszej decyzji.

Jan Dworak

Otrzymują:

1. **ESKA TV S.A.** z siedzibą w Warszawie (04-190), przy ul. Jubilerskiej 10;
2. **STAVKA Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie (00-358), przy ul. Ordynackiej 14/9;
3. **ATM Grupa S.A.** z siedzibą w Bielanach Wrocławskich (55-040), przy ul. Dwa Światy 1;
4. **TELESTAR S.A.** z siedzibą w Warszawie (00-503), przy ul. Żurawiej 8;
5. **TVN S.A.** z siedzibą w Warszawie (02-952), przy ul. Wiertniczej 166;
6. **4fun Media S.A.** z siedzibą w Warszawie (00-728), przy ul. Bobrowieckiej 1A;
7. **LEMON RECORDS Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie (04-190), przy ul. Jubilerskiej 10;
8. **MEDIASAT Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie (02-672), przy ul. Domaniewskiej 50;
9. **ASTRO S.A.** z siedzibą w Warszawie (00-020), przy ul. Chmielnej 28B;
10. **Fundacja LUX VERITATIS** z siedzibą w Warszawie, reprezentowana przez radcę prawnego – p. Benedykta Fiutowskiego, Kancelaria Budzowski Fiutowski i Partnerzy Radcowie Prawni ul. Sienna 11/1, 31-041 Kraków;
11. **SUPERSTACJA Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie (03-422), przy ul. Inżynierskiej 4;
12. **POLSKIE RADIO S.A.** z siedzibą w Warszawie (00-977), Al. Niepodległości 77/85;
13. **Cable Television Networks&Partners Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie (00-450), przy ul. Przemysłowej 30;
14. **TELEKOMUNIKACJA POLSKA S.A.** z siedzibą w Warszawie, reprezentowana przez radcę prawnego – p. Joannę Radzikowską, ul. Twarda 18, 01-105 Warszawa;
15. **TV POINT GROUP Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie (02-305), Al. Jerozolimskie 146 C;
16. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej;
17. a/a.