

W Y R O K
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 maja 2012 r.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie
w składzie następującym:

| | | |
|-----------------------|-------------------------------|---------------------------------|
| Przewodniczący | Sędzia WSA | Zbigniew Rudnicki (spr.) |
| Sędziowie | Sędzia WSA | Pamela Kuraś-Dębecka |
| | Sędzia WSA | Andrzej Wieczorek |
| Protokolant | st. ref. Eliza Mroczek | |

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2012 r.
spraw ze skarg Fundacji Lux Veritatis z siedzibą w Warszawie oraz Mediasat
Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie
na decyzję Przewodniczącego Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji
z dnia 17 stycznia 2012 r. nr DR-018/2012
w przedmiocie zmiany koncesji na rozpowszechnianie programu telewizyjnego

oddala skargi



Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodności z oryginałem

Podawski

Do orzeczenia zgłoszono zdanie odrębne

UZASADNIENIE

Postępowanie w rozpatrywanej sprawie zostało wszczęte Ogłoszeniem Przewodniczącego KRRiT z dnia 5 stycznia 2011 r. (dalej: Ogłoszenie) o możliwości uzyskania rozszerzenia koncesji na rozpowszechnianie programu telewizyjnego (M.P. 2011 r. Nr 4, poz. 60), wydanym w porozumieniu z Prezesem Urzędu Komunikacji Elektronicznej (UKE).

W pkt I Ogłoszenia stwierdzono, że ma ono stanowić podstawę do składania wniosków o dokonanie zmiany, w trybie art. 155 Kodeksu postępowania administracyjnego, 4 koncesji na rozpowszechnianie programów telewizyjnych.

Zmiana miała 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 obowiązujących koncesji, z zachowaniem warunków określonych w Ogłoszeniu.

W pkt IV Ogłoszenia ustalono, że termin na składanie wniosków upływa z dniem 4 marca 2011 r.

Decyzją Przewodniczącego Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji (KRRiT) Nr DK - 137/2011 z dnia 29 lipca 2011 r., wydaną na podstawie art. 33 ust. 2 i 3, art. 36 ust. 1 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.; dalej: urt), w zw. z art. 104 i art. 155 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071, z późn. zm.; dalej: K.p.a.), po rozpatrzeniu wniosków (w kolejności zgłoszenia): 1) spółki TELESTAR S.A., 2) spółki TVN S.A., 3) spółki 4fun Media S.A., 4) spółki ESKA TV S.A., 5) spółki Lemon Records Sp. z o.o., 6) spółki MEDIASAT Sp. z o.o., 7) spółki ASTRO S.A., 8) Fundacji LUX VERITATIS, 9) spółki SUPERSTACJA Sp. z o.o., 10) spółki STAVKA Sp. z o.o. (wszystkie z siedzibą w Warszawie), 11) spółki ATM Grupa S.A. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich, 12) spółki POLSKIE RADIO S.A., 13) spółki Cable Television Networks & Partners Sp. z o.o., 14) TELEKOMUNIKACJA POLSKA S.A., 14) TV POINT GROUP Sp. z o.o. (również z siedzibą w Warszawie) o rozszerzenie koncesji na rozpowszechnianie programu telewizyjnego, polegającym na przyznaniu prawa do rozpowszechniania programu drogą rozsiewczą naziemną w sposób cyfrowy w sygnale multipleksu pierwszego, w okresie do daty wygaśnięcia

obecnie obowiązującej koncesji, po porozumieniu z Prezesem UKE, w wykonaniu uchwał KRRiT: Nr 241/2011 z dnia 26 kwietnia 2011 r. i Nr 371/2011 z dnia 6 lipca 2011 r. ustalono:

-w pkt I – IV zmienić (rozszerzyć) koncesje o odpowiednich numerach i datach wydane: spółce ESKA TV S.A. na rozpowszechnianie programu telewizyjnego pod nazwą „ESKA TV”; spółce STAVKA Sp. z o.o. na rozpowszechnianie programu telewizyjnego pod nazwą „U-TV”, spółce LEMON RECORDS Sp. z o.o. na rozpowszechnianie programu telewizyjnego pod nazwą „POLO TV”, spółce ATM Grupa S.A. na rozpowszechnianie programu telewizyjnego pod nazwą „ATM ROZRYWKA TV” poprzez dodanie, po punkcie VI, punktu Via.

Opłaty za zmianę koncesji ustalono w kwocie bezwzględnej, na poziomie 7.287.600 zł (ESKA TV S.A.) oraz 10.811.500 zł (pozostali), nie informując o możliwości rozłożenia powyższych opłat na raty.

Rozszerzenie dotyczyło koncesji z dnia – kolejno – 27 maja 2009 r., 24 lutego 2011 r., 24 lutego 2011 r. oraz 25 lutego 2011 r.

- w pkt V odmówiono dokonania zmiany (rozszerzenia), poniżej wskazanych koncesji, polegającej na przyznaniu prawa do rozpowszechniania programu drogą rozsiewczą naziemną w sposób cyfrowy w standardzie DVB-T w pierwszym ogólnopolskim multipleksie, wydanych: (a) spółce TELESTAR S.A. na rozpowszechnianie programu telewizyjnego pod nazwą „iTV”, (b) spółce TVN S.A. na rozpowszechnianie programu telewizyjnego pod nazwą „TVN METEO”, (c) spółce 4fun Media S.A. na rozpowszechnianie programu telewizyjnego pod nazwą „4fun.tv”, (d) spółce MEDIASAT Sp. z o.o. na rozpowszechnianie programu telewizyjnego pod nazwą „Tele5”, (e) spółce ASTRO S.A. na rozpowszechnianie programu telewizyjnego pod nazwą „NEXT HD”, (f) Fundacji LUX VERITATIS na rozpowszechnianie programu telewizyjnego pod nazwą „TRWAM”, (g) SUPERSTACJA Sp. z o.o. na rozpowszechnianie programu telewizyjnego pod nazwą „SUPERSTACJA”, (h) spółce POLSKIE RADIO S.A. na rozpowszechnianie programu telewizyjnego pod nazwą Polskie Radio „Czwórka”, (i) spółce Cable Television Networks & Partners Sp. z o.o. na rozpowszechnianie programu telewizyjnego pod nazwą „CTV”, (j) spółce TELEKOMUNIKACJA POLSKA S.A. na rozpowszechnianie programu telewizyjnego pod nazwą „Orange Sport Info”, (k) spółce TV POINT GROUP Sp. z o.o. na rozpowszechnianie programu telewizyjnego pod nazwą „Machina TV”.

Lista wnioskodawców uczestniczących w postępowaniu została opublikowana w dniu 14 marca 2011 r. poprzez wywieszenie na tablicy ogłoszeń w siedzibie Biura KRRiT oraz zamieszczenie na oficjalnej stronie internetowej: www.krrit.gov.pl.

Ponadto w terminie wskazanym w Ogłoszeniu wpłynął wniosek spółki WorldIXI UK Limited Private Limited Company z siedzibą w Londynie, niezgodny z treścią Ogłoszenia o rozszerzenie koncesji wydanej przez The Office of Communication (Ofcom) - organ regulacyjny Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej.

W związku z powyższym, na podstawie uchwały KRRiT Nr 210/2011 z dnia 14 kwietnia 2011 r., Przewodniczący KRRiT wydał w dniu 9 maja 2011 r. decyzję o umorzeniu postępowania prowadzonego na podstawie w/w wniosku.

Z kolei w dniu 6 lipca 2011 r. KRRiT podjęła uchwałę Nr 371/2011, w której postanowiła umorzyć na wniosek stron postępowanie prowadzone wobec wniosków spółki KINO POLSKA TV S.A. oraz spółki MULTIMEDIA Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. W dniu 11 lipca 2011 r. Przewodniczący KRRiT wydał odpowiednie decyzje w sprawie umorzenia postępowań prowadzonych na podstawie tych wniosków.

Rozpatrując złożone wnioski organ odwołał się do zasady równości wobec prawa, wyrażonej w art. 32 ust. 1 Konstytucji RP.

W toku postępowania o udzielenie koncesji oceniano w szczególności stopień zgodności zamierzonej działalności programowej z zadaniami określonymi w art. 1 ust. 1 urt, 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 wytworzonych pierwotnie w języku polskim oraz audycji europejskich, dotychczasowe przestrzeganie przepisów dotyczących radiokomunikacji i środków masowego przekazu. Ponadto oceniano, które programy będą realizować, zgodnie z art. 6 urt, zasadę otwartego i pluralistycznego charakteru radiofonii i telewizji, rozumianą jako pluralizm źródeł informowania.

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

Organ odrębnie ocenił wszystkie wnioski podmiotów ubiegających się o rozszerzenie koncesji, o którym mowa w Ogłoszeniu, biorąc pod uwagę zarówno kwestie programowe (charakter programu, rodzaj audycji, czas emisji, udział produkcji

własnych i europejskich, zamierzone zmiany w ramówce, itp.), jak i udokumentowanie przez wnioskodawcę możliwości finansowe inwestowania w rozwój stacji zgodnie z przedstawionymi założeniami. Brano też pod uwagę deklaracje dotyczące wniesienia opłaty koncesyjnej, fakt nałożenia kar pieniężnych za naruszenia przepisów urt i in. Reasumując, w toku postępowania o udzielenie koncesji oceniano wnioski zgodnie z kryteriami wymienionymi w art. 36 ust. 1 urt. Oceniano także, które programy będą realizować, zgodnie z art. 6 ustawy o radiofonii i telewizji zasadę otwartego i pluralistycznego charakteru radiofonii i telewizji, rozumianą jako pluralizm źródeł informowania.

Stwierdzono, że przepisy urt, a zwłaszcza 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.

KRRiT rozpatrując wnioski spełniające 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.), złożone w niniejszym postępowaniu, dokonała następnie analizy programowej przedstawionych koncepcji, uwzględniając kształt oferty dostępnej w naziemnej telewizji cyfrowej, przeznaczonej do bezpłatnego, powszechnego odbioru.

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” multipleksach 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. 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. Zgodnie z art. 36 ust. 1 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. KRRiT ograniczyła analizę pod tym kątem do nadawców koncesjonowanych, nie porównując oferty programowej przedstawionej przez wnioskodawców w tym postępowaniu z ofertą programów nadawanych przez Telewizję Polską S.A. jako nadawcy publicznego uznając, że realizuje ona zadania wynikające z art. 21 ustawy o radiofonii i telewizji, a więc inne niż nadawcy koncesjonowani.

Biorąc pod uwagę powyższe kryterium KRRiT dokonała oceny – z punktu widzenia zróżnicowania oferty programowej – wniosków 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, ATM Grupa S.A. oraz Telekomunikacji Polskiej S.A.

Kolejnym etapem analizy wniosków było ustalenie, które ze spełniających dotychczasowe kryteria programy będą zapewniać, zgodnie z art. 6 ust. 1 zasadę otwartego i pluralistycznego charakteru radiofonii i telewizji rozumianej jako pluralizm źródeł informowania.

KRRiT zbadała, którzy z wnioskodawców uzyskali już w ramach odrębnych postępowań prawo do umieszczenia swoich programów w naziemnej telewizji cyfrowej lub którzy z wnioskodawców działają jako przedsiębiorcy zależni, w ramach grup kapitałowych podmiotów, które takie prawo uzyskały, a następnie – z punktu widzenia powołanego wyżej kryterium – oceniła działalność wniosków TVN S.A., ESKA TV S.A., Lemon Records Sp. z o.o., Stavka, ATM Grupa S.A.

Wyłonione w ten sposób wnioski dotyczące rozszerzenie koncesji na rozpowszechnianie programów: „ESKA TV”, „U-TV”, „POLO TV” i „ATM ROZRYWKA TV” oceniono pod kątem kolejnego kryterium, o którym mowa w art. 36 ustawy o radiofonii i telewizji, tj. stopnia zgodności zmierzonej działalności z zadaniami radiofonii i telewizji określonymi w art. 1 ust. 1 tejże ustawy.

W konsekwencji KRRiT rozstrzygnęła postępowanie na rzecz spółek spełniających wszystkie kryteria przedstawione w uzasadnieniu niniejszej decyzji, tj.: - 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”); - ATM Grupa S.A. (program pod nazwą „ATM Rozrywka”).

Jednocześnie, na podstawie art. 155 K.p.a., w pkt XVII – XX uzasadnienia decyzji przedstawiono zmiany dotyczące rozszerzenia koncesji w/w koncesjonariuszy.

Znów też ustalono im opłaty w formie sum bezwzględnych, nie informując o ich możliwości rozłożenia na raty.

Wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy - decyzji Nr DK- 137/2011 z dnia 29 lipca 2011 r. Przewodniczącego KRRiT - złożyli: spółka ASTRO S.A. z siedzibą w Warszawie; spółka SUPERSTACJA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie; spółka ATM Grupa S.A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich, Fundacja LUX VERITATIS z siedzibą w Warszawie oraz spółka MEDIASAT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W uzasadnieniu organ odniósł się do wniosków o ponowne rozpatrzenie sprawy spółki ASTRO S.A. (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, a nadto spółka jeszcze nie uruchomiła programu, choć termin minął 25 lipca 2011 r.) oraz spółki Superstacja Sp. z o.o. (negatywna ocena przestrzegania przepisów urt, lepszy program Stavki; zarzut – nieprzeprowadzenie rozprawy administracyjnej).

Fundacja LUX VERITATIS zarzuciła z kolei decyzji Przewodniczącego KRRiT:

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:

- niedostatecznym wyjaśnieniu podstaw i przesłanek wydania decyzji,
- 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,

- błędną ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, brak wszechstronnego rozważenia wszystkich okoliczności mogących mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy,

- przekroczeniu zasad swobodnej oceny dowodów skutkującej w wydaniu decyzji odmownej o rozszerzeniu koncesji na rozpowszechnianie programu drogą rozsiewczą 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 ust. 1 w zw. z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP w zw. z art. 36 ust. 1 ust., 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.

Fundacja w znacznej mierze budowała swoje zarzuty wobec zaskarżonej decyzji odnosząc się do działań ESKA TV S.A. oraz Lemon Records Sp. z o.o. (zbyt późne uzyskanie i złożenie dokumentów finansowych, a więc – naruszenie § 18 rozporządzenia KRRiT z 2007 r.) i Stavki, a także ich sytuacji finansowej.

Odnosząc się do zarzutów Fundacji organ dokonał krytycznej analizy sytuacji finansowej Fundacji (str. 69 in.).

Kolejna skarżąca - Spółka MEDIASAT Sp. z o.o. zarzuciła zaskarżonej decyzji 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 wyboru 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 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., a także wskazano na sytuację finansową pozostałych podmiotów, którym rozszerzono koncesję.

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

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.

Spółka ATM Grupa S.A. we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy wniosła o:

- 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;

- ponowne rozpatrzenie wniosku ATM Grupa S.A. w zakresie prawidłowego naliczenia opłaty.

Skarżąca wskazała nadto, że w dniu 19 lipca 2011 r. Trybunał Konstytucyjny w sprawie o 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.

Odnosząc się do powyższego zarzutu KRRiT stwierdziła m.in., że Trybunał Konstytucyjny, stwierdzając w wyroku z dnia 19 lipca 2011 r. 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 RP (Dz. U. Nr 160, poz. 963) - tzn. od 3 sierpnia 2011 r.

Skarżąca podniosła również zarzut dotyczący sposobu obliczania terminów zaprzestania rozpowszechniania w sposób analogowy na poszczególnych obszarach.

Odpowiadając na ten zarzut organ podniósł, iż nie można zgodzić się z twierdzeniem skarżącej, że w dniu wydania decyzji Nr DK -137/2011 nie były znane terminy zaprzestania rozpowszechniania w sposób analogowy.

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 z dnia 29 lipca 2011 r. w zakresie punktu 4 tej decyzji, tj. rozszerzenia koncesji Nr 468/2011-T z dnia 25 lutego 2011 r. wydanej spółce ATM Grupa S.A. na rozpowszechnianie programu telewizyjnego, 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. 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 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).

W toku kontrolowanego postępowania uchylono na wniosek strony decyzją Przewodniczącego KRRiT z dnia 8 września 2011 r. koncesję wydaną spółce TELEKOMUNIKACJA POLSKA S.A. na rozpowszechnianie w sposób rozszewczy satelitarny programu telewizyjnego pod nazwą „Orange Sport Info”. Ponadto, również na wniosek strony, wydana została dnia 19 grudnia 2011 r. decyzja Przewodniczącego KRRiT o uchyleniu koncesji wydanej spółce TV POINT GROUP Sp. z o.o. na rozpowszechnianie w sposób rozszewczy satelitarny programu telewizyjnego pod nazwą „Machina TV”.

W związku z powyższym w przypadku spółek: TELEKOMUNIKACJA POLSKA S.A. oraz TV POINT GROUP Sp. z o.o. organ umorzył postępowanie na podstawie art. 138 §1 pkt 2 w zw. z art. 105 § 1 K.p.a. jako bezprzedmiotowe.

Decyzją Przewodniczącego KRRiT z dnia 17 stycznia 2012 r., Nr DR- 018/2012, wydaną na podstawie art. 33 ust. 2 i 3 oraz art. 37 ust. 1-3 urt oraz art. 104 art. 138 § 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 105 § 1 K.p.a., po rozpatrzeniu wniosków o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej decyzją Przewodniczącego KRRiT Nr DK- 137/2011 z dnia 29 lipca 2011 r. oraz w wykonaniu Uchwały KRRiT Nr 6/2012 z dnia 17 stycznia 2012 r., uchylono 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. i TV POINT GROUP Sp. z o.o. oraz umorzono postępowanie w tej części, a w pozostałym zakresie utrzymano w mocy przedmiotową decyzję.

W uzasadnieniu decyzji zadeklarowano, że zgodnie ze Strategią regulacyjną KRRiT na lata 2011-2013 z dnia 1 marca 2011 r. KRRiT 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 (o czym dalej), 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 KRRiT i Prezesa UKE 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 ponoszeniu 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 rozsiwczony 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.

Nadto KRRiT w rozstrzygnięciu przedmiotowego postępowania kierowała się dbałością o zapewnienie, by programy umieszczone w sygnale MUX-1 charakteryzowały się 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 spółek: 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”).

Tym samym w wyniku ponownego rozpatrzenia sprawy KRRiT postanowiła podtrzymać swoje dotychczasowe stanowisko, zawarte w uzasadnieniu skarżonej decyzji Nr DK-137/20n z dnia 29 lipca 2011 r.

Skargi na powyższą decyzję Przewodniczącego KRRiT wniosły do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie odrębnie dwa podmioty: Fundacja LUX VERITATIS (Telewizja TRWAM) oraz MEDIASAT Sp. z o.o.

Zaskarżonej decyzji Fundacja zarzuciła:

I. naruszenie przepisów postępowania w stopniu mającym istotny wpływ na wynik sprawy, a w szczególności:

1) art. 52 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2010 r., Nr 220, poz. 1447. z późn. zm.; dalej: usdg) w zw. z art. 36 ust. 1 i art. 34 ust. 1a pkt 4) urt w zw. z § 19 rozporządzenia KRRiT z dnia 4 stycznia 2007 r. w sprawie zawartości wniosku o udzielenie koncesji (...) oraz w zw. z pkt. 1 Ogłoszenia Przewodniczącego KRRiT z dnia 5 stycznia 2011 r. o możliwości uzyskania koncesji na

rozpowszechnianie programu telewizyjnego poprzez jego niezastosowanie i przyjęcie, że brak jest podstaw do zarządzenia przetargu celem wyłonienia 4 (czterech) nadawców, którym zmieniona zostanie koncesja na rozpowszechnianie programów telewizyjnych w trybie art. 155 K.p.a., podczas gdy z okoliczności faktycznych sprawy, mających oparcie w zebranych materiale dowodowym wynika, że na etapie oceny złożonych wniosków przez KRRiT liczba przedsiębiorców - wnioskodawców spełniająca w równym stopniu wymagania określone w art. 36 ust. 1 urt była większa niż liczba koncesji, co istotnie wpłynęło na rozstrzygnięcie postępowania prowadzonego przez KRRiT;

2) art. 6, 7, 8, 77 § 1, 80 oraz 107 § 3 K.p.a., polegające na:

- błędnej ocenie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, braku wszechstronnego rozważenia wszystkich okoliczności mogących mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy oraz przekroczeniu zasady swobodnej oceny dowodów skutkującej wydaniem w stosunku do skarżącej decyzji odmownej o rozszerzeniu koncesji na rozpowszechnianie programu drogą rozsiewczą naziemną w sposób cyfrowy i zastąpieniu jej oceną dowolną, oderwaną od obiektywnych wniosków płynących ze zgromadzonych dowodów, w szczególności przejawiającej się w błędnej analizie dokumentacji poszczególnych nadawców oraz w pominięciu przy dokonywaniu oceny finansowej wnioskodawców istotnych faktów wynikających z materiału dowodowego, a świadczących o braku możliwości dokonania koniecznych inwestycji i finansowania rozpowszechniania programu w ramach multipleksu 1;

- dowolności w wydaniu zaskarżonej decyzji poprzez niedostateczne i niepełne jej uzasadnienie, z którego wynikałoby dlaczego ten sam stan faktyczny i prawny jest odmiennie oceniany w analogicznych sytuacjach różnych wnioskodawców;

- braku w uzasadnieniu prawnym wyjaśnienia przyczyn i podstawy odstąpienia od procedury przetargowej w sytuacji, w której liczba przedsiębiorców występujących z wnioskiem o rozszerzenie (zmianę) koncesji i spełniających stawiane wymagania jest większa niż liczba koncesji;

- braku pogłębienia zaufania obywateli do organów administracji publicznej poprzez dowolne przyjęcie, że w tym samym postępowaniu określone okoliczności faktyczne są odmiennie oceniane w przypadku różnych wnioskodawców, jak również uznanie, że wnioskodawcy: STAVKA Sp. z o.o., ATM Grupa S.A. oraz Lemon Records Sp. z o.o. dają większą rękojmię realizacji rozszerzonej koncesji aniżeli skarżąca, w sytuacji, gdy powyższe podmioty uzyskały koncesję na rozpowszechnianie programu

telewizyjnego kilka dni przed upływem terminu składania wniosków o zmianę (rozszerzenie) koncesji, gdy tymczasem skarżąca nadaje program nieprzerwanie od 2003 r.;

- gdy tymczasem wnikliwa i rzetelna analiza zgromadzonego w przedmiotowej sprawie materiału dowodowego na podstawie wnioskowania opartego na zasadach logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego pozwala na dokonanie oceny odmiennej od ustalonej przez organ, a w konsekwencji mającej istotny wpływ na wynik postępowania zakończonego zaskarżoną decyzją;

3. § 18 ust. 2 rozporządzenia KRRiT w zw. z art. 37 ust. 4 URiT poprzez jego niezastosowanie i rozpoznanie uzupełnionych przez część nadawców wniosków o zmianę koncesji w zakresie dotyczącym informacji programowych oraz ekonomiczno-finansowych wskazanych w § 4 pkt 5, § 5 pkt 8 i 8a oraz § 11 pkt 3 i 4 rozporządzenia KRRiT, dokonane w czasie trwania postępowania, podczas gdy przepis ten nakazuje organowi nieuwzględnianie tak uzupełnionego wniosku o zmianę koncesji;

4. art. 7, 77 § 1 i 127 § 3 K.p.a. w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 2 urt poprzez brak ustalenia prawidłowego stanu faktycznego wnioskodawcy, którego wniosek o zmianę koncesji został uwzględniony, tj. spółki STAVKA Sp. z o.o. poprzez uznanie za wiarygodne dokumenty mające stanowić dowód dysponowania środkami finansowymi na pokrycie kosztów przedsięwzięcia w postaci kredytu bankowego, w sytuacji, gdy analiza materiału dowodowego pokazuje, że dokumenty są niespójne i zawierają sprzeczne, i wzajemnie wykluczające się postanowienia, jak również zachodzi ewidentna rozbieżność co do dat przedłożonych dokumentów, co spowodowało wadliwą ocenę możliwości finansowych wnioskodawcy;

5. art. 7, 80 i 107 § 3 K.p.a. polegające na braku zdefiniowania jednakowych kryteriów dla dokonania oceny sytuacji ekonomiczno-finansowej wnioskodawców, w szczególności możliwości dokonania przez nich koniecznych inwestycji i finansowania programu, a przez to posłużenie się przez organ w sposób wybiórczy co najmniej 99 określeniami parametrów i wskaźników ekonomicznych;

6. art. 7 i 80 K.p.a. w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 2 urt poprzez ich niezastosowanie i przyjęcie za wiążącą oraz wystarczającą do oceny sytuacji ekonomicznej spółek: ESKA TV S.A. oraz Lemon Records Sp. z o.o., kondycję ekonomiczną akcjonariusza/udziałowca obu spółek, tj. spółki ZPR S.A., co stanowi rażące przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów i zastąpienie jej oceną dowolną, z całkowitym pominięciem wniosków płynących z zebranego w sprawie materiału

dowodowego dotyczącego każdego z powyższych wnioskodawców w zakresie możliwości dokonania koniecznych inwestycji i finansowania rozpowszechniania programu w ramach multipleksu 1;

7. art. 131 w zw. z art. 10 K.p.a. poprzez brak zawiadomienia skarżącej o złożeniu przez wnioskodawców: ASTRO S.A., MEDIASAT S.A., SUPERSTACJA Sp. z o.o. wniosków o ponowne rozpatrzenie decyzji Przewodniczącego KRRiT nr DK - 137/2011 z dnia 29 lipca 2011 r. i przeprowadzenie postępowania w sposób uniemożliwiający stronie czynny udział w postępowaniu i wypowiedzenie się co do twierdzeń i zarzutów podnoszonych przez powyższych wnioskodawców;

8. art. 138 § 1 pkt 3 w zw. z art. 105 § 2 K.p.a. poprzez jego niezastosowanie w stosunku do wnioskodawcy ATM Grupa S.A. w sytuacji złożenia przez ten podmiot pismem z dnia 29 listopada 2011 r. oświadczenia o cofnięciu wniosku i wyrażeniu zgody na zmianę koncesji Nr 468/2011-T z dnia 25 lutego 2011 r. na rozpowszechnianie programu drogą rozsiewczą naziemną w sposób cyfrowy, a ponadto wniosku o uchylenie decyzji Przewodniczącego KRRiT Nr DK - 137/2011 z dnia 29 lipca 2011 r. w zakresie punktu 4 (czwartego) tej decyzji oraz umorzenia postępowania zainicjowanego wnioskiem z dnia 3 marca 2011 r., podczas gdy cofnięcie oświadczenia oraz wniosków zawartych w piśmie tego podmiotu z dnia 29 listopada 2011 r. było nieskuteczne z uwagi na art. 61 ust. 1 in fine Kodeksu cywilnego, które stosuje się per analogiam, a w konsekwencji brak wydania przez Organ decyzji uchylającej decyzję nr DK - 137/2011 z dnia 29 lipca 2011 r. i umarzającej postępowanie w stosunku do ATM Grupa S.A.;

II. naruszenie przepisów prawa materialnego mającego wpływ na wynik sprawy, tj.:

1. art. 6 ust. 1 w zw. z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP w zw. z art. 36 ust. 1 ust. 1 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 zaskarżonej decyzji, jak również dokonanie wykładni stojącej w sprzeczności z założeniami Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2010/13/UE z dnia 10 marca 2010 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (Dz. U. UE nr L 95/1), tj. założeniami zawartymi w pkt. 4, 5, 10, 34 oraz 94 Preambuły i uznanie, że zaskarżona decyzja oraz poprzedzająca ją decyzja nr DK - 137/2011 z dnia 29 lipca 2011 r. wydane zostały z poszanowaniem zasady

różnorodności kulturowej, opinii oraz pluralizmu mediów i informacji, swobodnej konkurencji i równego traktowania w celu zapewnienia przejrzystości i przewidywalności na rynku audiowizualnych usług medialnych oraz zmniejszenia przeszkód uniemożliwiających wchodzenie na ten rynek;

2. art. 36 ust. 1 w zw. z art. 1 ust. 1 urt poprzez błędną wykładnię i przyznanie zmiany (rozszerzenia) koncesji podmiotom, które w oparciu o materiał dowodowy zebrany w sprawie nie spełniają wymogów stawianych przez ustawę oraz nie dają rękojmi realizacji rozszerzonej koncesji;

3. art. 34 ust. 1c urt w zw. z pkt. I Ogłoszenia poprzez błędne przyjęcie, że podmioty, które nie posiadały koncesji na rozpowszechnianie programów telewizyjnych w dniu publikacji Ogłoszenia, tj. w dniu 18 stycznia 2011 r., były uprawnione do wystąpienia z wnioskiem o zmianę koncesji;

4. art. 33 URiT w zw. z pkt. I Ogłoszenia w zw. z art. 4 pkt 7 urt oraz w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. 2006 r., Nr 90, poz. 631) w zw. z art. 38 ust. 1 pkt 2 urt poprzez błędną wykładnię i dokonanie zaskarżoną decyzją zmiany (rozszerzenia) koncesji podmiotowi, który do dnia niniejszej skargi nie rozpoczął rozpowszechniania (nadawania) swojego programu, tj. spółce ATM Grupa S.A.

5. art. 9, 10 i 14 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2 (Dz. U. 1993 r., Nr 61, poz. 284) (dalej „EKPC”) poprzez wydanie zaskarżonej decyzji z naruszeniem zasady zakazu dyskryminacji z uwagi na wolność myśli, sumienia, wyznania, wolności wyrażania myśli z takich względów jak religia oraz przekonania polityczne.

W związku z powyższym strona skarżąca wniosła o:

1) o uchylenie decyzji Przewodniczącego KRRiT Nr DR - 018/2012 z dnia 17 stycznia 2012 r. oraz poprzedzającej ją decyzji Przewodniczącego KRRiT Nr DK - 137/2011 z dnia 29 lipca 2011 r. w całości, a to na podstawie art. 145 § 1 pkt 1 lit. a) i c) p.p.s.a.;

2) wstrzymanie wykonania zaskarżonej decyzji oraz poprzedzającej ją decyzji nr DK-137/2011 z dnia 29 lipca 2011 r. w całości z uwagi na spowodowanie trudnych do odwrócenia skutków, tak prawnych jak i faktycznych, w przypadku ich wykonywania, a to na podstawie art. 61 § 2 pkt 1 p.p.s.a.;

3) zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego przez radcę prawnego według norm przepisanych.

Ponadto, na podstawie przepisu art. 106 § 3 p.p.s.a. skarżąca wniosła o:

4) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu uzupełniającego z dokumentu prywatnego sporządzonego przez skarżącą w postaci:

a) oceny sytuacji finansowej Fundacji „LUX VERITATIS” i podmiotów, które uzyskały pozytywną opinię Departamentu Ekonomicznego KRRiT, ubiegających się o rozszerzenie koncesji na rozpowszechnianie programu telewizyjnego drogą rozświecczą naziemną w sposób cyfrowy na multipleksie 1 z dnia 20 lutego 2012 r. oraz

b) zestawienia zbiorczego wskaźników ekonomicznych dotyczących podmiotów, które uzyskały pozytywną opinię Departamentu Ekonomicznego KRRiT, ubiegających się o rozszerzenie koncesji na rozpowszechnianie programu telewizyjnego drogą rozświecczą naziemną w sposób cyfrowy na multipleksie 1.

W obszernym uzasadnieniu rozwinięto powyższe zarzuty, praktycznie odnosząc każdy z nich (niejako w ramach egzemplifikacji) do następujących podmiotów: Stavka Sp. z o.o., Kino Polska S.A., Astro S.A., Lemon Records Sp. z o.o., Mediasat, ESKA TV S.A.

W odpowiedzi na skargę Fundacji pełnomocnik Przewodniczącego KRRiT wniósł o oddalenie skargi w całości, a także oddalenie wniosku o wstrzymanie wykonania decyzji. Organ szczegółowo odniósł się do przedstawionych zarzutów, wskazując na ich oczywistą bezzasadność (np. w kwestii rozłożenia opłaty koncesyjnej na raty).

Skargę na powołaną wyżej decyzję Przewodniczącego KRRiT Nr DR - 018/2012 z dnia 17 stycznia 2012 r. wniosła również do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie MEDIASAT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, której nie przyznano prawa do rozpowszechniania programu drogą rozświecczą naziemną w sposób cyfrowy, reprezentowana przez pełnomocnika, zarzucając zaskarżonej decyzji:

1) naruszenie przepisów postępowania, tj. naruszenie § 18 ust. 2 i ust. 3 i § 15 ust. 2 rozporządzenia z dnia 4 stycznia 2007 r. w sprawie zawartości wniosku o udzielenie koncesji (...)w zw. z art. 10 § 1, a także art. 7, art. 9, art. 77 § 1 oraz art. 80 K.p.a. poprzez przekroczenie zasad swobodnej oceny dowodów skutkującej odrzuceniem wniosku skarżącej już na podstawie kryterium finansowego, błędną oceną wniosków i brak całościowej i spójnej oceny wszystkich okoliczności, skutkującej błędną oceną zgromadzonego materiału mającego znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy (ocena procesu decyzyjnego), złamanie zasady czynnego udziału strony w

postępowaniu, nie zastosowania zasady prawdy obiektywnej etc. - mające wpływ na wynik sprawy,

2) naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. naruszenie art. 6 ust. 1 i 36 ust. 1 pkt.2) urt.

W związku z przedstawionymi zarzutami wniesiono o uchylenie w całości zaskarżonej decyzji Przewodniczącego KRRiT Nr DR - 018/2012 oraz decyzji Przewodniczącego KRRiT Nr DK- 137/2011, a także zasądzenie kosztów postępowania na rzecz strony skarżącej według norm przepisanych.

Głównym zarzutem, jaki skarżąca formułuje pod adresem KRRiT jest złamanie zasady pluralizmu oraz nie ustalenie jasnych kryteriów finansowych i programowych.

Skarżąca podniosła, że KRRiT rozpatrywała ustalone przez siebie kryteria wyboru koncesjonariuszy w określonej, przyjętej przez siebie kolejności, przy czym nie stosowała zasady punktowania podmiotów, ale zasadę zero - jedynekową, tj. niespełniania (w ocenie KRRiT) kryterium pierwszego, automatycznie powodowało wyeliminowanie w oceny wg kryterium następnego itd.

W odpowiedzi również na tę skargę Prezes KRRiT wniósł o jej oddalenie w całości, a także o połączenie niniejszej sprawy ze sprawą VI SAWa 627/121

Organ przede wszystkim stwierdził, że skarżąca myli konsekwencje złożenia wniosku o udzielenie koncesji nie w związku z ogłoszeniem, z konsekwencjami złożenia przedmiotowego wniosku niekompletnego, tzn. nie zawierającego wszystkich wymaganych dokumentów w rozporządzeniu KRRiT z dnia 4 stycznia 2007 r.

Organ nie zgodził się z twierdzeniem skarżącej, iż uzupełnienie wniosków niektórych wnioskodawców (późniejszych koncesjonariuszy) o wskazane w skardze dokumenty wywoływało skutki określone w § 18 ust. 2 i 3 ww. rozporządzenia KRRiT. Zgodnie z ww. przepisami w zw. z § 11a rozporządzenia uzupełnienie wniosku o zmianę koncesji w trakcie trwania postępowania nie może być uwzględnione w odniesieniu do dokumentów programowych oraz ekonomiczno - finansowych w zakresie określonym w § 11 pkt. 3 i 4 ww. rozporządzenia. Zatem skutek w postaci braku możliwości uwzględnienia przez organ uzupełnień lub zmian do wniosku, składanych po upływie terminu do wniesienia wniosku, może wystąpić jedynie w odniesieniu do dokumentów określonych w § 11 pkt. 3 i 4 ww. rozporządzenia, nie zaś wszystkich dokumentów z powołanego powyżej rozporządzenia, ani też nie dotyczy wszystkich dokumentów ekonomiczno-finansowych, wymaganych przez rozporządzenie KRRiT z dnia 4 stycznia 2012 r.

Nadto do akt sprawy wpłynęły pisma procesowe: 1) skarżącej, tj. Fundacji LUX VERITATIS, 2) odpowiedź uczestnika, tj. ATM Grupa SA na skargę 3) pismo STAVKA Sp. z o.o., tj. kolejnego uczestnika postępowania oraz 4) pismo organu (Przewodniczącego KRRiT), stanowiące uzupełnienie jego stanowiska w sprawach o sygn. akt VI SA/Wa 627/12 i 665/12.

Skarżąca, odnosząc się do niektórych stwierdzeń organu podniosła m.in., że w przypadku sprawozdań finansowych nie może być miejsca na różnorodność. Przepisy ustawy o rachunkowości wprowadzają bowiem jednolite zasady sporządzania sprawozdań finansowych podmiotów gospodarczych.

Z kolei uczestnik postępowania ATM Grupa S.A. w szczególności wnosi o oddalenie skargi w całości, a także oddalenie wniosku o wstrzymanie wykonania decyzji zaskarżonej przez skarżącego oraz poprzedzającej jej decyzji nr DK-137/2011.

Nadto uczestnik zauważył, że argumentacja skarżącej z zakresu orzecznictwa sądów administracyjnych, dotycząca m.in. nieodwoływalności oświadczenia woli, została w całości oparta na orzeczeniach sądów administracyjnych, które wydane zostały na podstawie przepisów o szczególnym charakterze, a mianowicie przepisach ustawy o Policji. Każdy z wyroków przywołanych przez Fundację oparty jest o art. 41 ust. 3 ustawy o Policji,

Spółka STAVKA uważa, że Decyzja Przewodniczącego nr DR - 018/2012 z dnia 17 stycznia 2012 r. (utrzymująca w mocy decyzję Przewodniczącego KRRiT nr DK 137/2011 z dnia 29 lipca 2011 r. w zakresie dotyczącym rozszerzenia koncesji) spełnia warunki zgodności z przepisami prawa materialnego i procesowego i nie ma podstaw do jej uchylecia.

Spółka wskazała też na istotne błędy w materiałach ekonomicznych przedłożonych przez Fundację.

Organ, podtrzymując swoje stanowisko w sprawie wskazał, że w postępowaniach koncesyjnych celem jest wyłonienie nie tyle podmiotów w najlepszej sytuacji finansowej, co takich, które udokumentowały możliwość finansowania projektu, bowiem o powodzeniu inwestycji decyduje nie tylko bieżąca kondycja finansowa, lecz przede wszystkim dostęp do niezbędnych źródeł finansowania, własnych lub zewnętrznych.

Nadto, w okresie bezpośrednio poprzedzającym rozprawę dwa podmioty złożyły wnioski o dopuszczenie do udziału w sprawie: Parlament Ekologiczno – Rolny Rzeczypospolitej Polskiej z siedzibą w Kielcach oraz Towarzystwo PloTR z siedzibą w Szczecinie.

Parlament Ekologiczno – Rolny RP przedstawił na wezwanie Sądu swój statut, z którego jednoznacznie wynika, że cele statutowe stowarzyszenia (§ 15 i n.) nie mają żadnego związku z działalnością mediów. Jednocześnie do akt sprawy dołączono odpis z rejestru Nr Rej. 1193, prowadzonego przez Sąd Rejonowy w Kielcach, gdzie stwierdzono (stan aktualny na dzień 17 maja 2012), że „Podmiot nie został wpisany do Krajowego Rejestru Sądowego, pomimo upływu terminu na dokonanie wpisu w Krajowym Rejestrze Sądowym.”

Towarzystwo PloTR nie nadesłało, mimo wezwania Sądu, ani swojego statutu, ani innych dokumentów świadczących o jego celach statutowych i zasadach reprezentacji.

Do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie wpłynął również datowany na 17 maja 2012 r. wniosek uczestników postępowania: LEMON RECORDS Sp. z o.o. oraz ESKA TV S.A. o odroczenie rozprawy.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie zważył, co następuje:

Zgodnie z art. 1 § 1 ustawy z dnia 25 lipca 2002 r. – Prawo o ustroju sądów administracyjnych (Dz.U. Nr 153, poz. 1269), sądy administracyjne sprawują wymiar sprawiedliwości przez kontrolę działalności administracji publicznej, przy czym w świetle paragrafu drugiego powołanego wyżej artykułu kontrola ta sprawowana jest pod względem zgodności z prawem, jeżeli ustawy nie stanowią inaczej. Innymi słowy, wchodzi tutaj w grę kontrola aktów lub czynności z zakresu administracji publicznej dokonywana pod względem ich zgodności z prawem materialnym i przepisami procesowymi, nie zaś według kryteriów odnoszących się do słuszności rozstrzygnięcia.

Ponadto, co wymaga podkreślenia, Sąd rozstrzyga w granicach danej sprawy nie będąc jednak związany zarzutami i wnioskami skargi oraz powołaną podstawą prawną (art. 134 § 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r.– Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, Dz.U Nr 153, poz. 1270, z późn. zm.; dalej p.p.s.a.).

Rozpoznając skargę w świetle powołanych wyżej kryteriów należy uznać, że nie zasługuje ona na uwzględnienie.

Oczyszczając niejako przedpole Sąd był zobowiązany do rozpatrzenia wniosków złożonych przez strony w toku postępowania i na rozprawie.

I tak, po pierwsze, Sąd przychylił się do wniosku organu o łączne rozpatrzenie spraw o sygn. akt.: VI SA/Wa 627/12 oraz VI SA/Wa 665/12 uznając, że mogły być one

objęte jedną skargą i na podstawie art. 111 § 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. Nr 153, poz. 1270, z późn. zm.; dalej. p.p.s.a.) zarządził ich połączenie w celu ich łącznego rozpoznania i rozstrzygnięcia.

Po drugie, Sąd postanowił odmówić skarżącej Fundacji wstrzymania wykonania zaskarżonej decyzji, uznając że jej wykonanie nie jest związane z niebezpieczeństwem wyrządzenia znacznej szkody i nie spowoduje trudnych do odwrócenia skutków (art. 61 p.p.s.a.).

W związku ze złożonym przez skarżącą wnioskiem o wstrzymanie wykonania zaskarżonej decyzji oraz decyzji z dnia 29 lipca 2011 r., opartym na podstawie art. 61 § 2 pkt 1 p.p.s.a. Przewodniczący KRRiT wydał w dniu 21 marca 2012 r. postanowienie, w którym odmówił wstrzymania w/w decyzji. W uzasadnieniu przedmiotowego postanowienia organ szczegółowo omówił przesłanki odmowy, wyjaśniając wyczerpująco swoje stanowisko w ww. sprawie.

Niezależnie od przedstawionego we wniosku skarżącej Fundacji poglądu Naczelnego Sądu Administracyjnego, wyrażonego w wyroku z dnia 21 sierpnia 1981 r., II SA 108/81, Sąd nie uważa, by uruchomienie nadawania przez 4 (czterech) nadawców spowodowało trudne do odwrócenia skutki. Przeciwnie, dokonanie obsady multipleksu pierwszego jest celem społecznie pożądanym, a nadal też istnieje możliwość przydzielenia skarżącej Fundacji miejsca na multipleksie trzecim – oczywiście, po spełnieniu wymaganych prawem warunków.

Po trzecie, Sąd postanowił oddalić wniosek skarżącej Fundacji o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu uzupełniającego z dokumentu prywatnego sporządzonego przez skarżącą w postaci:

a) oceny sytuacji finansowej Fundacji „LUX VERITATIS” i podmiotów, które uzyskały pozytywną opinię Departamentu Ekonomicznego KRRiT, ubiegających się o rozszerzenie koncesji na rozpowszechnianie programu telewizyjnego drogą rozświeczną naziemną w sposób cyfrowy na multipleksie 1 z dnia 20 lutego 2012 r. oraz

b) zestawienia zbiorczego wskaźników ekonomicznych dotyczących podmiotów, które uzyskały pozytywną opinię Departamentu Ekonomicznego KRRiT, ubiegających się o rozszerzenie koncesji na rozpowszechnianie programu telewizyjnego drogą rozświeczną naziemną w sposób cyfrowy na multipleksie 1.

W ocenie Sądu, przeprowadzenie dowodu uzupełniającego z dokumentu, stosownie do art. 106 ust 3 p.p.s.a., jest możliwe, jeżeli spełnione są dwa warunki: jest to

niezbędne do wyjaśnienia sprawy i nie spowoduje nadmiernego przedłużenia postępowania w sprawie. Przeprowadzenie dowodu z dokumentu jest niezbędne, jeżeli bez tego dokumentu nie jest możliwe rozstrzygnięcie istotnych w sprawie wątpliwości. Na przykład niezbędnym dokumentem może być przetłumaczona treść prawa obcego, które ma w sprawie zastosowanie (por. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, Komentarz, B. Dauter, B. Gruszczyński, A. Kabat, M. Niezgódka-Medek, wydanie II, Wolters Kluwer Polska, Kantor Wydawniczy Zakamycze 2006, s. 244) Natomiast przez nadmierne przedłużenie postępowania należy rozumieć konieczność odroczenia rozprawy. Przepis art. 106 § 3 p.p.s.a. nie służy do zwalczania ustaleń faktycznych, z którymi strona się nie zgadza (por. wyrok NSA z dnia 27 października 2004 r. FSK 1186/04 /w/jw.), gdyż Sąd nie może dokonywać ustaleń, które mogłyby służyć merytorycznemu rozstrzygnięciu sprawy załatwionej zaskarżoną decyzją. Natomiast nieprzeprowadzenie dowodu zawnioskowanego przez stronę nie może być oceniane jako naruszenie prawa procesowego (H. Knysiak-Molczyk /w/ Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, Komentarz, T. Woś, H. Knysiak-Molczyk, M. Romańska, Wydanie 4, LexisNexis, Warszawa 2011, s. 518 - 519). Jak podkreślał bowiem Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 15 czerwca 2011 r. wydanym w sprawie II OSK 1079/10 - „Dopuszczenie nowego dowodu jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem sadu. Nawet w sytuacji, gdyby dowód taki był oferowany przez stronę w postępowaniu sądowo-administracyjnym, to jego nieprzeprowadzenie przez sąd, nie mogłoby być jednoznacznie oceniane jako naruszenie prawa procesowego i to naruszenie istotne, mające wpływ na wynik sprawy”, „gdyż jak wskazano w wyroku NSA z dnia 5 maja 2011 r. w sprawie II FSK 2034/09 - nie można przy pomocy przepisu art. 106 § 3 i 5 p.p.s.a. zwalczać przyjętej przez sąd oceny zgromadzonych w sprawie dowodów czy okoliczności. Sąd bowiem nie ma obowiązku zbierania dalszych dowodów z urzędu, jeśli zebrany w sprawie materiał jest dostateczny do jej rozstrzygnięcia (por. wyrok NSA z dnia 5 maja 2011 r. w sprawie II OSK 782/10).

Zgodnie z art. 133 § 1 p.p.s.a. Sąd wydaje wyrok po zamknięciu rozprawy na podstawie akt sprawy, chyba że organ nie wykonał obowiązku, o którym mowa w art. 54 § 2. Należy w związku z cytowanym przepisem zauważyć, że zadaniem sądu administracyjnego jest ocena, czy zebrany w postępowaniu administracyjnym materiał dowodowy jest pełny, został prawidłowo zebrany i jest wystarczający do wymaganego przez prawo ustalenia determinanty faktycznej decyzji. Zakres badania stanu

faktycznego wyznaczają więc normy prawne, a nie wnioski procesowe skarżącego lub innych stron postępowania sadowoadministracyjnego, czy też uznanie samego sądu administracyjnego. Tzw. „nowości” nie mogą poszerzać zakresu rozpoznania sądu administracyjnego w tym znaczeniu, że mogłyby zmienić podłoże faktyczne dla skonkretyzowanego w rozstrzygnięciu stosunku prawnego, ponieważ sąd administracyjny nie będzie dokonywał ponownej jego konkretyzacji. Stwierdzenie w przepisie art. 133 § 1 p.p.s.a., iż sąd orzeka na podstawie akt sprawy oznacza, że podstawą orzekania jest cały materiał dowodowy i faktyczny zgromadzony przez organ administracji publicznej w postępowaniu w obu instancjach, zakończonym zaskarżonym aktem lub czynnością (por. K. Radzikowski, Orzekanie przez sąd..., s. 56-60 /w/ T. Woś jw. s. 610 - 611). Obowiązek wydania wyroku na podstawie akt sprawy należy więc rozumieć, jako oparcie rozstrzygnięcia na materiale dowodowym znajdującym się w aktach sprawy i stanowiącym podstawę faktyczną wydania zaskarżonego aktu, a w konsekwencji oznacza zakaz wykraczania poza ten materiał

W świetle wymienionych przepisów p.p.s.a. Sąd nie miał podstaw do poszerzania zebranego w sprawie materiału dowodowego, uznając akta sprawy za kompletne.

Po czwarte, Sąd postanowił oddalić wnioski dwóch organizacji: Parlamentu Ekologiczno – Rolnego Rzeczypospolitej Polskiej z siedzibą w Kielcach oraz Towarzystwa PloTR z siedzibą w Szczecinie o dopuszczenie do udziału w postępowaniu sadowoadministracyjnym.

Zgodnie z art. 33 § 2 p.p.s.a. udział w charakterze uczestnika może również zgłosić osoba (...) a także organizacja społeczna, o której mowa w art., 25 § 4 ustawy, w sprawach innych osób, jeżeli sprawa dotyczy zakresu jej statutowej działalności.

Wspomniany wyżej art. 25 § 4 p.p.s.a. stwierdza, że zdolność sądową mają ponadto organizacje społeczne, choćby nie posiadały osobowości prawnej, w zakresie ich statutowej działalności w sprawach dotyczących interesów prawnych innych osób.

Na tle powołanych przepisów nie ulega wątpliwości, że dopuszczenie najszerzej pojmowanej organizacji społecznej do uczestnictwa w postępowaniu uzależnione jest od przesłanek określonych w powołanych wyżej przepisach, a mianowicie od tego, czy wynik postępowania dotyczy interesu prawnego podmiotu ubiegającego się o uzyskanie statusu uczestnika lub czy sprawa, w której chce uczestniczyć organizacja społeczna dotyczy jej statutowej działalności. W obu tych kwestiach podmioty występujące z wnioskami o uznanie za uczestnika postępowania nie uprawdopodobniły nawet swojego interesu prawnego ani związku rozpatrywanej sprawy z ich statutową działalnością.

Należy przy tym zwrócić uwagę, że oba wymienione wyżej podmioty nie brały udziału w postępowaniu, w których zostały wydane zaskarżone decyzje. Na tym tle podkreślić trzeba moderującą rolę art. 50 § 1 p.p.s.a., w myśl którego uprawnionym do wniesienia skargi jest każdy (...) oraz organizacja społeczna w zakresie jej statutowej działalności, w sprawach dotyczących interesów prawnych innych osób, jeżeli brała udział w postępowaniu administracyjnym.

Nie ulega wątpliwości, że celem działania wymienionych wyżej organizacji było złożenie skarg – przynajmniej Parlamentu Ekologiczno – Rolnego RP, który podjął działania w tym kierunku. Jak stwierdza w Komentarzu J. P. Tamo (Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz., Wyd. Prawnicze, Warszawa 2004, str. 90), „Organizacja społeczna może wnieść skargę w sprawie dotyczącej interesu prawnego innej osoby, jeżeli: 1) sprawa ta leży w zakresie jej statutowej działalności, 2) organizacja brała udział w postępowaniu administracyjnym. W stosunku do uregulowania zawartego w ustawie o NSA (art. 33 ust. 2) przesłanki te uległy istotnemu obostrzeniu. Warunkiem dopuszczalności wniesienia skargi przez organizację społeczną jest udział w postępowaniu administracyjnym.” Zadając jednocześnie pytanie, czy ten udział w postępowaniu administracyjnym należy rozumieć wąsko (art. 31 § 1-3 K.p.a.), czy też szeroko, a więc również jako przedstawienie swojego poglądu w sprawie (art. 31 § 5 K.p.a.), autor stwierdza, odwołując się do unormowań zawartych w komentowanym przepisie, że legitymacja skargowa przysługuje organizacji społecznej, która brała udział w postępowaniu administracyjnym jako uczestnik na prawach strony. Musi to zatem być organizacja społeczna, która zgłosiła żądanie wszczęcia postępowania administracyjnego lub dopuszczenia jej do udziału w tym postępowaniu, i żądanie to zostało przez organ administracyjny uznane za uzasadnione, skutkiem czego – z mocy postanowienia organu – uczestniczyła ona w postępowaniu administracyjnym na prawach strony. „Niespełnienie tego warunku przesądza o braku legitymacji skargowej organizacji społecznej, a tym samym o odrzuceniu złożonej przez nią skargi (art. 58 § 1 pkt 6 p.p.s.). A zatem organizacja społeczna, która ograniczyła się do wyrażenia swego poglądu na sprawę w trybie art. 35 § 2 k.p.a., nie ma legitymacji skargowej w postępowaniu sądowoadministracyjnym – por. postanowienie NSA z 7 grudnia 1983 r., II SA 1605/83 (ONSA 1983, nr 2, poz. 104).”

Reasumując, istnienie legitymacji skargowej podlega badaniu przez sąd administracyjny. Stwierdzenie jej braku u skarżącego powoduje oddalenie skargi w wyroku, nie zaś jej odrzucenie w postanowieniu (tak w: Prawo o postępowaniu przed

sądami administracyjnymi. Komentarz., red. T. Woś, Wyd. Prawnicze, Warszawa 2005, str. 227 i n, powołując się na wyrok NSA z 27 września 2000 r., II SA 2109/00, OSP 2001, nr 6, poz. 86).

Po piąte, Sąd oddalił wniosek uczestników postępowania: LEMON RECORDS Sp. z o.o. oraz ESKA TV S.A. o odroczenie rozprawy, gdyż nie zachodziły obligatoryjnego odroczenia określone w art. 109 i 110 p.p.s.a., a jednocześnie nie zaszła ważna przyczyna, która mogła przekonać Sąd o potrzebie odroczenia (art. 99 p.p.s.a.).

Przechodząc do zarzutów wobec zaskarżonej decyzji trzeba przypomnieć, że przedmiotem rozpoznania przez Sąd była skarga na decyzję Przewodniczącego KRRiT z dnia 17 stycznia 2012 r., którą w wykonaniu Uchwały KRRiT Nr 6/2012 z dnia 17 stycznia 2012 r., uchylono decyzję Przewodniczącego KRRiT 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. i TV POINT GROUP Sp. z o.o. oraz umorzono postępowanie w tej części, a w pozostałym zaś zakresie utrzymano w mocy przedmiotową decyzję.

Zaskarżonej decyzji zarzucono (Fundacja) – w kolejności rozpatrywania zarzutów przyjętej w sądach administracyjnych – naruszenie: - w pierwszej kolejności przepisów Konstytucji RP, a zwłaszcza art. 32, w zw. z art. 6 ust. 1 oraz art. 36 ust. 1 oraz założeń Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2010/13/UE z dnia 10 marca 2010 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (Dz. U. UE nr L 95/1), tj. założeń zawartymi w pkt. 4, 5, 10, 34 oraz 94 Preambuły. Z kolei do art. 9, 10 i 14 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności nawiązuje zarzut naruszenia zakazu dyskryminacji z uwagi na wolność myśli, sumienia, wyznania, wolności wyrażania myśli z takich względów jak religia oraz przekonania polityczne; zakaz ten ma oparcie w tym samym przepisie, tj. art. 32 Konstytucji RP.

Następne są zarzuty – według skarżącej Fundacji - naruszenia przepisów postępowania, a w szczególności: 1) art. 52 usdg w zw. z art. 36 ust. 1 i art. 34 ust. 1 pkt 4) ust. 1 w zw. z § 19 rozporządzenia KRRiT z dnia 4 stycznia 2007 r. w sprawie zawartości wniosku o udzielenie koncesji (...) oraz w zw. z pkt. 1 Ogłoszenia (m.in. poprzez przyjęcie, że brak jest podstaw do zarządzania przetargu celem wyłonienia 4 nadawców); 2) art. 6, 7, 8, 77 § 1, 80 oraz 107 § 3 K.p.a., polegające na błędnej ocenie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, braku wszechstronnego rozważenia

wszystkich okoliczności mogących mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy oraz przekroczeniu zasady swobodnej oceny dowodów; 3) dowolności w wydaniu zaskarżonej decyzji; 4) braku wyjaśnienia przyczyn i podstawy odstąpienia od procedury przetargowej; 5) braku pogłębienia zaufania obywateli do organów administracji publicznej poprzez dowolne przyjęcie, że w tym samym postępowaniu określone okoliczności faktyczne są odmiennie oceniane w przypadku różnych wnioskodawców; 6) § 18 ust. 2 rozporządzenia KRRiT w zw. z art. 37 ust. 4 urt poprzez jego niezastosowanie i rozpoznanie uzupełnionych przez część nadawców wniosków o zmianę koncesji w zakresie dotyczącym informacji programowych oraz ekonomiczno-finansowych wskazanych w § 4 pkt 5, § 5 pkt 8 i 8a oraz § 11 pkt 3 i 4 rozporządzenia KRRiT, dokonane w czasie trwania postępowania; 7) art. 7, 77 § 1 i 127 § 3 K.p.a. w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 2 urt poprzez brak ustalenia prawidłowego stanu faktycznego wnioskodawcy, tj. spółki STAVKA Sp. z o.o.; 8) art. 7, 80 i 107 § 3 K.p.a. polegające na braku zdefiniowania jednakowych kryteriów dla dokonania oceny sytuacji ekonomiczno-finansowej wnioskodawców; 9) art. 7 i 80 K.p.a. w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 2 urt poprzez ich niezastosowanie i przyjęcie za wiążącą oraz wystarczającą do oceny sytuacji ekonomicznej spółek: ESKA TV S.A. oraz Lemon Records Sp. z o.o., kondycję ekonomiczną akcjonariusza/udziałowca obu spółek, tj. spółki ZPR S.A.; 10) art. 131 w zw. z art. 10 K.p.a. poprzez brak zawiadomienia skarżącej o złożeniu przez wnioskodawców: ASTRO S.A., MEDIASAT S.A., SUPERSTACJA Sp. z o.o. wniosków o ponowne rozpatrzenie decyzji Przewodniczącego KRRiT nr DK - 137/2011 z dnia 29 lipca 2011 r. i uniemożliwienie skarżącej czynnego udziału w postępowaniu; 11) art. 138 § 1 pkt 3 w zw. z art. 105 § 2 K.p.a. poprzez jego niezastosowanie w stosunku do wnioskodawcy ATM Grupa S.A. w sytuacji złożenia przez ten podmiot oświadczenia o cofnięciu wniosku i wyrażeniu zgody na zmianę koncesji Nr 468/2011-T z dnia 25 lutego 2011 r. (równoznaczne z naruszeniem art. 61 ust. 1 in fine K.c., które stosuje się per analogiam).

Natomiast skarżąca Spółka wśród zarzutów naruszenia przepisów postępowania podniosła naruszenie 1) § 18 ust. 2 i ust. 3 i § 15 ust. 2 rozporządzenia z dnia 4 stycznia 2007 r. w sprawie zawartości wniosku o udzielenie koncesji (...) w zw. z art. 10 § 1, a także art. 7, art. 9, art. 77 § 1 oraz art. 80 K.p.a. poprzez przekroczenie zasad swobodnej oceny dowodów; 2) błędną ocenę wniosków i brak całościowej i spójnej oceny wszystkich okoliczności; 3) złamanie zasady czynnego udziału strony w

postępowaniu; 4) nie zastosowanie zasady prawdy obiektywnej - mające wpływ na wynik sprawy,

Jako naruszenia prawa materialnego skarżąca Fundacja wskazała podniesione już wcześniej 1) naruszenie art. 32 ust. 1 Konstytucji RP w zw. z art. 6 oraz art. 36 ust. 1 urt, a także naruszenie zawartego we wspomnianym przepisie Konstytucji RP zakazu dyskryminacji, głównie ze względów religijnych i polityczny; 2) naruszenie art. 36 ust. 1 w zw. z art. 1 ust. 1 urt poprzez błędną wykładnię i przyznanie zmiany (rozszerzenia) koncesji podmiotom, które nie spełniają wymogów stawianych przez ustawę oraz nie dają rękojmi realizacji rozszerzonej koncesji, jak również 3) art. 34 ust. 1c urt w zw. z pkt. I Ogłoszenia poprzez błędne przyjęcie, że podmioty, które nie posiadały koncesji na rozpowszechnianie programów telewizyjnych w dniu publikacji Ogłoszenia, tj. w dniu 18 stycznia 2011 r., były uprawnione do wystąpienia z wnioskiem o zmianę koncesji; 4) art. 33 urt w zw. z pkt. I Ogłoszenia w zw. z art. 4 pkt 7 urt oraz w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych w zw. z art. 38 ust. 1 pkt 2 urt poprzez błędną wykładnię i dokonanie zaskarżoną decyzją zmiany (rozszerzenia) koncesji podmiotowi, który do dnia niniejszej skargi nie rozpoczął rozpowszechniania (nadawania) swojego programu, tj. spółce ATM Grupa S.A.

Natomiast w ocenie skarżącej Spółki naruszenie zaskarżoną decyzją przepisów prawa materialnego sprowadza się do naruszenie art. 6 ust. 1 i 36 ust. 1 pkt.2) urt (stosowanie tzw. zasady zero – jedynkowej).

Wspólnym punktem odniesienia wszystkich zgłoszonych zarzutów jest zaskarżona decyzja, wydana w trybie art. 155 K.p.a. Decyzja ta ma charakter uznaniowy, tzn. została wydana w ramach uznania administracyjnego (por. J. Zimmermann, Prawo administracyjne, Zakamycze 2005, str. 364 i n.). Pojęcie to, zdaniem cyt. autora, odnosi się do ostatniego elementu procesu stosowania prawa administracyjnego, który następuje po dokonaniu subsumcji, a przed ostatecznym sformułowaniem treści aktu administracyjnego. Jest ono dopuszczoną przez ustawę możliwością wyboru następstwa prawnego aktu. Autor podkreśla również, że w przeciwieństwie do pozostałych rodzajów swobody organu, uznanie dotyczy przyszłości. Przedmiotem jego nie jest ani ustalenie znaczenia tekstu prawnego, ani ocena występujących faktów, lecz określenie skutku prawnego (op. cit. str. 367-369).

Zgadzając się – co do zasady – z argumentacją podniesioną w odpowiedziach Przewodniczącego Krajowej Rady na skargi, uporządkowaną odpowiednio do złożonych zarzutów, z przywołaniem naruszonych przepisów, Sąd postanowił w uzasadnieniu

wyroku zająć się przede wszystkim kwestiami prawnymi, które uznał za węzłowe dla oceny zaskarżonej decyzji.

I tak, należy na wstępie zauważyć, że w obszernym orzecznictwie sądów administracyjnych dotyczącym art. 155 K.p.a. (por. LEX) zwraca się m.in. uwagę, że zastosowanie tego przepisu jest możliwe, jeżeli odpowiedni przepis prawa materialnego rzeczywiście nie zawiera samodzielnej podstawy do zmiany zezwolenia/koncesji. (por. np. wyrok NSA z dnia 8 lipca 2009 r., sygn. akt II GSK 1089/08, LEX nr 552725, w którym wprost stwierdzono, że „1. Nie można przyjąć by przepisy art. 37 ust. 1 i ust. 2 ustawy z 1992 r. o radiofonii i telewizji stanowiły podstawę prawną zmiany koncesji.”). NSA podkreśla przy tym, że decyzja wydana na podstawie art. 155 K.p.a. może dotyczyć wyłącznie kwestii rozstrzygniętych decyzją ostateczną organu, tj. decyzją, której dotyczy postępowanie o zmianę lub uchylenie, a nie kwestii nowych (wyrok z 2 lutego 2012 r., sygn. akt I OSK 780/11, LEX nr 1125351). Z kolei w wyroku WSA w Warszawie z dnia 16 lutego 2011 r., sygn. akt VII SA/Wa 2227/10, LEX nr 996691) uznano, że „Uchylenie lub zmiana decyzji w powołaniu się na treść art. 155 k.p.a. może zająć jedynie wtedy, gdy ustawodawca w przepisie materialno - prawnym przewidzi pewien "luz decyzyjny". Tylko w obszarze tego "luzu decyzyjnego" względ na interes społeczny lub słuszny interes strony może doprowadzić do uchylenia lub zmiany decyzji. Natomiast w przypadku, gdy ustawodawca w sposób sztywny i bezwarunkowy narzuca określone rozwiązanie, nie ma możliwości dokonania zmiany na podstawie art. 155 k.p.a.”

Jednocześnie w wyroku NSA z dnia 5 stycznia 2011 r. (sygn. akt II OSK 1996/09) stwierdzono, że „Zmiana ostatecznej decyzji na podstawie art. 155 k.p.a. jest dopuszczalna tylko wtedy, gdy obowiązują przepisy prawne, na podstawie których wydana została decyzja, która ma być poddana weryfikacji.” NSA uznał też, że „Również przepis art. 155 k.p.a., mimo że został zamieszczony w akcie normatywnym o charakterze procesowym, jest przepisem prawa materialnego, ponieważ stanowi podstawę prawną rozstrzygnięcia (określa skutki prawne zaistnienia wskazanych w nim przesłanek zmiany lub uchylenia ostatecznej decyzji administracyjnej, na mocy której strona nabyła prawo), a w żadnym zaś razie nie reguluje trybu postępowania w sprawie (wyrok z dnia 4 stycznia 2011 r., sygn. akt I OSK 1083/10, LEX nr 744927).

W ocenie Sądu, wszystkie przesłanki zastosowania w rozpatrywanej sprawie trybu przewidzianego w art. 155 K.p.a. zostały spełnione, tzn.:1) stan prawny

obowiązujący w dniu wydania zmienianych decyzji koncesyjnych nie uległ zmianie, 2) decyzje te są ostateczne i mają charakter uznaniowy, 3) ustawa o radiofonii i telewizji nie zawiera samodzielnej podstawy do zmiany koncesji, normując zasady i tryb ich przyznawania i cofania.

Jednocześnie należy stwierdzić, że w sytuacjach nie uregulowanych w ustawie o radiofonii i telewizji oraz rozporządzeniu KRRiT z dnia 4 stycznia 2007 r. w sprawie zawartości wniosku...będą miały zastosowanie przepisy K.p.a. (por. wyrok NSA z dnia 22 września 1994 r., sygn. akt II SA 695/94, ONSA 1995/3/126).

W ścisłym związku z przedstawionymi ocenami sądów administracyjnych należy zauważyć, że wciąż aktualny jest problem granic uznania administracyjnego – i to w podwójnym aspekcie. Po pierwsze, idzie o to, aby kryteria (przesłanki) wyboru, jakie odpowiednie przepisy dają organowi, i które on stosuje, były na tyle precyzyjne, by wydanej w tym trybie decyzji nie można było zarzucić dowolności. Po drugie, idzie o zakres kontroli sądowo-administracyjnej. Skoro prawo daje organowi administracji możliwość wyboru, to każdy wybór mieszczący się w ramach tego upoważnienia jest zgodny z prawem i on sam nie może być z zasady kwestionowany przez sąd administracyjny. Kontrolując akty swobodne, sąd administracyjny może więc tylko badać, czy nie zostały przekroczone granice uznania i czy podjęte rozstrzygnięcie nie było dowolne (J. Zimmermann, op. cit., str. 371).

W świetle przedstawionych ocen nie budzi zdziwienia, że pierwszy podniesiony przez skarżącą Fundację zarzut dotyczy przekroczenia granic uznania administracyjnego w rozpatrywanej sprawie. Podniesione kolejne zarzuty (m.in. przyjęcie, że brak jest podstaw do zarządzenia przetargu, przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów; dowolność w wydaniu zaskarżonej decyzji czy brak zdefiniowania jednakowych kryteriów dla dokonania oceny sytuacji ekonomiczno-finansowej wnioskodawców) są już rozwinięciem przedstawionego zarzutu podstawowego i wraz z zarzutami procesowymi, zmierzającymi do wskazania niewłaściwego stanu faktycznego w sprawie, mają na celu przede wszystkim wzmocnienie i uprawdopodobnienie zarzutu przekroczenia granic uznania administracyjnego.

Odnosząc się do głównego zarzutu, tj. naruszenia zasady równości, trzeba przypomnieć, że statuujący tę zasadę art. 32 Konstytucji RP ma następujące brzmienie:

„1. Wszyscy są wobec prawa równi. Wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne,

2. Nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny."

W ocenie skarżącej Fundacji dokonanej w odwołaniu, naruszenie to nastąpiło poprzez błędną wykładnię skutkującą naruszeniem tejże zasady - w wyniku przekroczenia uznania administracyjnego, przy dowolnym zastosowaniu kryteriów oceny wniosku skarżącej, a w konsekwencji pokrzywdzenia skarżącej poprzez wydanie decyzji odmownej. W skardze zarzut ten został rozwinięty przez związanie z art. 6 i art. 36 ust. 1 urt - dokonanie wykładni sprzecznej z „załoženiami” Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2010/13/UE z dnia 10 marca 2010 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych. Skarżąca zarzuciła też organowi uznanie, że zaskarżona decyzja nie została wydana "... z poszanowaniem zasady różnorodności kulturowej, opinii oraz pluralizmu mediów i informacji, swobodnej konkurencji i równego traktowania w celu zapewnienia przejrzystości i przewidywalności na rynku audiowizualnych usług medialnych oraz zmniejszenia przeszkód uniemożliwiających wchodzenie na ten rynek."

Dla porządku należy zauważyć, że odwołanie się przez skarżącą Fundację do powołanej wyżej Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady budzi wątpliwości, gdyż w dniu 25 marca 2011 r. została uchwalona ustawa o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2011 r. Nr 85, poz. 459). Ustawa ta dokonała w zakresie swojej regulacji wdrożenia postanowień dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/13/UE z dnia 10 marca 2010 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich, dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych - Dz. Urz. UE L 95 z 15.04.2010, str. 1). Ustawa ta weszła w życie po upływie 30 dni od dnia ogłoszenia, tj. 22 kwietnia 2011 r., z wyłączeniem nielicznych przepisów, które weszły w życie najpóźniej z dniem 1 stycznia 2012 r. Zaskarżona decyzja Prezesa KRRiT została podjęta z datą 1 stycznia 2012 r., utrzymując co do zasady decyzję z dnia 29 lipca 2011 r., a więc po dacie wejścia w życie wspomnianej ustawy. W tej sytuacji właściwe byłoby raczej odwołanie się do odpowiednich, zmienionych przepisów ustawy o radiofonii i telewizji.

Przypomnieć tutaj trzeba, że wnioski o rozszerzenie koncesji, pozostające w związku z Ogłoszeniem, złożyło skutecznie – a więc uznane zostały za kompletne i

podlegające rozpatrzeniu – 14 podmiotów. W wyniku przeprowadzonego postępowania 4 z tych podmiotów uzyskały decyzję pozytywną, tzn. uznano, że ich koncesja powinna zostać rozszerzona. Z kolei 10 podmiotów uzyskało decyzję negatywną, tzn. organ uznał, że nie kwalifikują się do rozszerzenia koncesji.

Wybór koncesjonariuszy został dokonany rzeczywiście w sposób przesiewowy („zero-jedynkowy”, jak zarzuca to skarżąca Spółka), co oznacza, że dyskwalifikacja podmiotu przy ocenie spełniania kolejnych kryteriów prowadziła do odrzucenia jego kandydatury w dalszym etapie postępowania. Jak zauważyła to skarżąca Fundacja, „...organ dokonał oceny wniosków poszczególnych wnioskodawców, w tym samej skarżącej, na zasadzie eliminacji na poszczególnych etapach w oparciu o dane kryterium.”

Zgodnie z tą zasadą, KRRiT rozpatrując w postępowaniu pierwszoinstancyjnym złożone wnioski uznała najpierw, że kryterium wiarygodności finansowej spełniają wnioski następujących 9 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.), złożone w kontrolowanym postępowaniu.

Jak wskazał organ, 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.

Jak widać, już w tym pierwszym etapie, w pkt X decyzji pierwszoinstancyjnej, w którym odrębnie oceniono wniosek skarżącej, nastąpiło odrzucenie wniosku Fundacji (TV TRWAM). Motywując ten krok Przewodniczący KRRiT stwierdził m.in., że „Z przedstawionej dokumentacji finansowej wnioskodawcy wynika, że Fundacja w

minionych latach generowała na działalności operacyjnej ujemne wyniki finansowe, które były pokrywane z pozostałych przychodów operacyjnych (głównie darowizn). Wnioskodawca posiadał na koniec 2010 r. sytuację finansową pozwalającą na terminowe wywiązywanie się z bieżących zobowiązań, jednak nie wypracował nadwyżki środków, którymi mógłby finansować wysokie koszty nadawania drogą naziemną cyfrową.

KRRiT stwierdziła, że możliwość finansowania własnymi środkami byłaby uzależniona od wysokości przyszłych darowizn, charakteryzujących się wysokim stopniem niepewności, od realizacji planów dotyczących sprzedaży czasu antenowego, a także od warunków obsługi wysokiego zadłużenia długoterminowego, które nie zostały we wniosku doprecyzowane.

Wobec tego KRRiT uznała, że przedstawione założenia finansowe nie gwarantują realizacji przedsięwzięcia."

W kolejnym etapie postępowania oceniono już wyłącznie 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.). Wnioski te zostały poddane szczegółowej porównawczej analizie programowej z uwzględnieniem kształtu oferty dostępnej w naziemnej telewizji cyfrowej, przeznaczonej do bezpłatnego, powszechnego odbioru.

KRRiT w rozstrzygnięciu przedmiotowego postępowania kierowała się dbałością o zapewnienie, by programy umieszczone w sygnale MUX-1 charakteryzowały się odmienną zawartością programową od tych, które są już dostępne w MUX-2. Z art. 36 wynika bowiem, 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.

W konsekwencji uznano, że kryterium różnicowania programowego spełniają wnioski następujących podmiotów: - TVN S.A. („TVN Meteo”); - ESKA TV S.A. („ESKA TV”); - Lemon Records Sp. z o.o. („POLO TV”); - Superstacja Sp. z o.o. („SUPERSTACJA”); - Stavka Sp. z o.o. („U-TV”); - ATM Grupa S.A. („ATM ROZRYWKA TV”). Natomiast wymogu różnicowania oferty programowej nie spełniają, w ocenie KRRiT, wnioski następujące: - 4fun media S.A. („4fun.tv”); - ASTRO S.A. („NEXT HD”); - Telekomunikacja Polska S.A. („Orange Sport Info”). Uznano zatem, że 6 spośród 9 podmiotów spełniających kryterium wiarygodności finansowej spełnia również kryterium

zróznicowania programowego; za niespełniające tego kryterium uznano 3 wymienione podmioty.

Kolejnym etapem analizy wniosków było ustalenie, które ze spełniających dotychczasowe kryteria programy będą zapewniać, zgodnie z art. 6 ustawy o radiofonii i telewizji, zasadę otwartego i pluralistycznego charakteru radiofonii i telewizji rozumianej jako pluralizm źródeł informowania. W tym celu KRRiT m.in. zbadała, którzy z wnioskodawców uzyskali już w ramach odrębnych postępowań prawo do umieszczenia swoich programów w naziemnej telewizji cyfrowej lub którzy z wnioskodawców działają jako przedsiębiorcy zależni, w ramach grup kapitałowych podmiotów, które takie prawo uzyskały.

W konsekwencji dokonanej oceny KRRiT uznała, że zasadę otwartego i pluralistycznego charakteru radiofonii i telewizji rozumianej jako pluralizm źródeł informowania spełniają następujące podmioty: - ESKA S.A.; - Lemon Records Sp. z o.o.; - STAVKA Sp. z o.o.; - ATM Grupa S.A. Natomiast wymogu tego nie spełniają (w ocenie KRRiT) dwa podmioty: 1) TVN S.A., gdyż Spółka TVN S.A. jest jednocześnie wykonawcą koncesji na rozpowszechnianie dwóch programów w naziemnej telewizji cyfrowej w MUX-2 - „TVN” i „TVN siedem”; oraz 2) Superstacja Sp. z o.o., która jest podmiotem prawie w 100% zależnym od spółki STER Sp. z o.o. będącej własnością p. Heronima Ruty, który jednocześnie poprzez fakt posiadania udziałów w spółkach POLARIS Finance B.V. oraz pośrednio Raxon Overseas Ltd. i Cyfrowy POLSAT S.A. jest udziałowcem w spółkach POLSAT S.A. oraz POLSKIE MEDIA S.A. Podmioty te wykonują prawa z koncesji na nadawania programów w sygnale MUX-2 - „POLSAT”, „POLSAT Sport News”, „TV4” i „TV6”.

Wyłonione w ten sposób wnioski dotyczące rozszerzenie koncesji na rozpowszechnianie programów: „ESKA TV”, „U-TV”, „POLO TV” i „ATM ROZRYWKA TV” oceniono pod kątem kolejnego kryterium, o którym mowa w art. 36 ustawy o radiofonii i telewizji, tj. stopnia zgodności zmierzony działalności z zadaniami radiofonii i telewizji określonymi w art. 1 ust. 1 tejże ustawy.

KRRiT stwierdziła, że wszystkie wyżej wymienione programy z punktu widzenia swojej specjalizacji spełniają to kryterium.

W przedstawionej sytuacji trudno uznać, że:

- kryteria wyboru przyszłych koncesjonariuszy, a więc również granice uznania administracyjnego w rozpatrywanej sprawie nie zostały wystarczająco precyzyjnie określone, a dokonany wybór był obarczony zasadniczymi błędami;

- przedstawione postępowanie było wymierzone bezpośrednio przeciwko Fundacji LUX VERITATIS (TV TRWAM). Nie ulega co prawda wątpliwości, że podmiot ten został wyeliminowany w pierwszym etapie konkursu, w wyniku negatywnej oceny kryterium wiarygodności finansowej. Jednocześnie należy zauważyć, że łącznie z tym podmiotem kryterium wiarygodności finansowej nie spełniło 5 wnioskodawców. Oczywiście, jako uczestnik postępowania skarżąca Fundacja miała prawo zgłaszać uwagi, wnioski i zarzuty dotyczące dalszych etapów postępowania koncesyjnego, np. do wymogu otwartego i pluralistycznego charakteru radiofonii i telewizji.

Na tym tle skarżąca Fundacja zarzuciła, że organ niezasadnie uznał, iż brak było podstaw do zarządzenia przetargu celem wyłonienia 4 (czterech) nadawców, którym zmieniona zostanie koncesja na rozpowszechnianie programów telewizyjnych w trybie art. 155 K.p.a., podczas gdy z okoliczności faktycznych sprawy, mających oparcie w zebranych materiale dowodowym wynika, że na etapie oceny złożonych wniosków przez KRRiT liczba przedsiębiorców - wnioskodawców spełniająca w równym stopniu wymagania określone w art. 36 ust. 1 urt była większa niż liczba koncesji, co istotnie wpłynęło na rozstrzygnięcie postępowania prowadzonego przez KRRiT.

Odnosząc się do tego zarzutu należy zauważyć, że zgodnie z art. 33 ust. 1 urt rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych, z wyjątkiem programów publicznej radiofonii i telewizji, wymaga uzyskania koncesji. Przewodniczący Krajowej Rady podejmuje decyzję w sprawie koncesji na podstawie uchwały Krajowej Rady. Decyzja w tej sprawie jest ostateczna (ust. 3).

Według art. 34 ust. 1 urt, Przewodniczący Krajowej Rady, po zasięgnięciu opinii Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej w zakresie określonym w ust. 1a pkt 3, ogłasza w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej "Monitor Polski" informacje o możliwościach uzyskania koncesji na rozpowszechnianie w sposób rozsiewczy naziemny programu radiowego lub telewizyjnego oraz ustala termin, nie krótszy niż 45 dni od dnia ogłoszenia, do składania wniosków o udzielenie koncesji.

Zgodnie z ust. 1a powołanego przepisu w ogłoszeniu, o którym mowa w ust. 1, określa się:

- 1) przedmiot postępowania;
- 2) warunki programowe rozpowszechniania programu, w tym w szczególności rodzaj i charakter programu;
- 3) częstotliwości lub kanały oraz maksymalną moc promieniowaną i lokalizację stacji nadawczych przeznaczonych do rozpowszechniania programu lub obszar, na