DELEGATURA
UOKIK W KATOWICACH

Katowice, 30.07.2010r.

RKT-411-08/09/MK

DECYZJA Nr RKT-22/2010

I. Stosownie do art. 33 ust. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zmian. Dz.U. Nr 99, poz. 660, Dz.U. Nr 171, poz. 1206, Dz.U. z 2008r. Nr 157, poz. 976, Dz.U. Nr 223, poz. 1458, Dz.U. Nr 227, poz. 1505, Dz.U. z 2009r. Nr 18, poz. 97, Nr 157, poz. 1241) oraz § 1 pkt 3 i § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 01.07.2009r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 107, poz. 887), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu przeciwko Spółdzielni Mieszkaniowej „Metalurg" w Częstochowie, w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

1. Na podstawie art. 10 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów **uznaje się** za praktykę ograniczającą konkurencję nadużywanie przez Spółdzielnię Mieszkaniową „Metalurg" w Częstochowie, pozycji dominującej na rynku udostępniania jej zasobów mieszkaniowych w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych poprzez odmowę wydania zgody na zainstalowanie w jej zasobach urządzeń telekomunikacyjnych przez „Skynet-Premex" Sp. z o.o. w Częstochowie, co jest praktyką ograniczającą konkurencję, o jakiej mowa w art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegającą na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na rynku świadczenia usług dostępu do Internetu **i nakazuje się zaniechanie jej stosowania.**

2. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów **nakłada się** na Spółdzielnię Mieszkaniową „Metalurg" w Częstochowie, karę pieniężną w wysokości 33.282 PLN (słownie: trzydziestu trzech tysięcy dwustu osiemdziesięciu dwóch złotych) płatną do budżetu państwa, z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 9 ust. 2 pkt 5 ww. ustawy, w zakresie opisanym w punkcie I.1 sentencji niniejszej decyzji.

3. Na podstawie art. 77 w związku z art. 80 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz na podstawie art. 264 § 1 ustawy Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz.U. z 2000r. Nr 98, poz. 1071 ze zmian.) w związku z art. 83

ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, postanawia się obciążyć Spółdzielnię Mieszkaniową „Metalurg" w Częstochowie, kosztami opisanego w punkcie I.1 niniejszej decyzji postępowania w wysokości 39 PLN (słownie: trzydziestu dziewięciu złotych), oraz **zobowiązuje się** tego przedsiębiorcę do ich zwrotu na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się decyzji.

Uzasadnienie

W związku z otrzymanym zawiadomieniem „Skynet-Premex" Sp. z o.o. w Częstochowie o stosowaniu przez Spółdzielnię Mieszkaniową „Metalurg" w Częstochowie niedozwolonych praktyk ograniczających konkurencję, polegających na odmowie temu przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu udzielenia zgody na zainstalowanie w zasobach spółdzielni urządzeń telekomunikacyjnych, w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego dalej Prezesem Urzędu) zostało w tej sprawie wszczęte postępowanie wyjaśniające. Z przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego wynikało przypuszczenie, iż Spółdzielnia Mieszkaniowa „Metalurg" w Częstochowie (zwana dalej SM „Metalurg" lub Spółdzielnią) nie wyrażając zgody „Skynet-Premex" Sp. z o.o. w Częstochowie na zainstalowanie w jej zasobach urządzeń telekomunikacyjnych, mogła stosować praktykę ograniczającą konkurencję polegającą na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na rynku udostępniania jej zasobów mieszkaniowych w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych, co może być praktyką o jakiej mowa w art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Dlatego też Prezes Urzędu postanowieniem nr 1 z dnia 06.08.2009r. wszczął postępowanie antymonopolowe w powyżej opisanym zakresie.

Postanowieniem nr 2 z tego samego dnia Prezes Urzędu zaliczył w poczet dowodów dokumenty zebrane w toku postępowania wyjaśniającego w tej sprawie.

W ustosunkowaniu się do wszczęcia postępowania SM „Metalurg" w piśmie z dnia 24.08.2009r. (karta nr 103) stwierdziła, iż nie odmówiła „Skynet-Premex" Sp. z o.o. wydania zgody na zainstalowanie w jej zasobach urządzeń telekomunikacyjnych. Zgoda Spółdzielni była jedynie obwarowana spełnieniem przez ww. przedsiębiorcę określonych warunków. Zatem zdaniem Spółdzielni brak jest podstaw do uznania, iż Spółdzielnia naruszyła przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W dniu 31.05.2010r. Prezes Urzędu zawiadomił SM „Metalurg" o zakończeniu zbierania materiału dowodowego i możliwości zapoznania się z aktami sprawy, z którego to prawa przedsiębiorca jednak nie skorzystał.

Prezes Urzędu ustalił, co następuje:

SM „Metalurg" jest spółdzielnią, wpisaną do Krajowego Rejestru Sądowego pod nr 0000094774 (karty od nr 8 do nr 11).

„Skynet-Premex" Sp. z o.o. jest przedsiębiorcą wpisanym do KRS-u pod numerem 0000157228 (karty od nr 74 do nr 76). Ponadto przedsiębiorca wpisany jest do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych prowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (karta nr 72). W praktyce przedsiębiorca prowadzi działalność w zakresie budowy sieci telekomunikacyjnych na terenie osiedli mieszkaniowych w Częstochowie oraz świadczenia usług dostępu do Internetu drogą radiową.

We wrześniu 2005r. „Skynet-Premex" Sp. z o.o. (poprzednia nazwa Premex), pisemnie zwróciła się do SM „Metalurg" o wyrażenie zgody na wykonanie instalacji sieci teleinformatycznej w budynkach mieszkalnych będących w jej zasobach. Wniosek spowodowany był zapotrzebowaniem mieszkańców, członków Spółdzielni na tego rodzaju

usługę (karta nr 77). W piśmie tym „Skynet-Premex” Sp. z o.o. zobowiązała się do wykonania prac w sposób zapewniający bezpieczeństwo budowanych urządzeń i okablowania strukturalnego. Prace miały być wykonane tak, aby nie kolidowały z już istniejącymi instalacjami, a koszty wykonania prac miały zostać pokryte przez „Skynet-Premex” Sp. z o.o. Do pisma został dołączony projekt umowy określającej zasady współpracy oraz krótka charakterystyka i opis wykonywania instalacji sieci komputerowej.

Pismem z dnia 11 października 2005r. (karta nr 79) SM „Metalurg” poinformowała „Skynet-Premex” Sp. z o.o., iż w 2003r. zrealizowała własną sieć w swoich zasobach mieszkaniowych i w związku z tym nie jest zainteresowana budową konkurencyjnej sieci.

Wobec odmowy ze strony SM „Metalurg”, przedsiębiorca pismem z dnia 02.11.2005r. (karta nr 80) wystąpił do Starostwa Powiatowego w Częstochowie z wnioskiem o wydanie decyzji w trybie art. 124 ustawy z dnia 21.08.1997r. o gospodarce nieruchomościami (tekst. jedn. Dz.U. z 2004r. Nr 261, poz. 2603 ze zmian.) ograniczającej sposób korzystania z nieruchomości Spółdzielni, poprzez wydanie zezwolenia na zakładanie i przeprowadzenie na nieruchomości przewodów i urządzeń służących łączności publicznej, który to wniosek został następnie przekazany zgodnie z właściwością Prezydentowi Częstochowy. W listopadzie 2006r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej przystąpił do tej sprawy na prawach strony. Następnie w maju 2007r. „Skynet-Premex” Sp. z o.o. złożyła w Urzędzie Miasta Częstochowa wniosek o ustalenie lokalizacji inwestycji celu publicznego przesyłu sygnału internetowego drogą radiową (karta nr 83 i 84) do budynków mieszkalnych SM „Metalurg”. Do wniosku tego została dołączona mapa, schemat ideowy połączeń międzybudynkowych oraz opis sposobu wykonywania instalacji internetowej w budynku (karta nr 85). Prezydent Miasta Częstochowy Wydział Planowania Przestrzennego wydał decyzję o umorzeniu postępowania w sprawie o ustalenie lokalizacji inwestycji celu publicznego jako bezprzedmiotowej z uwagi na fakt, że na roboty budowlane wskazane przez wnioskodawcę nie jest potrzebne uzyskanie pozwolenia na budowę, więc nie wydaje się takowej decyzji (karta nr 86). W konsekwencji powyższego Prezydent Miasta Częstochowy decyzją Wydziału Geodezji i Kartografii z dnia 19.02.2008r. (karty od nr 87 do nr 89) odmówił Wnioskodawcy udzielenia zezwolenia na zakładanie i przeprowadzenie okablowania internetowego w budynkach mieszkalnych SM „Metalurg” z uwagi na fakt, iż „Skynet-Premex” Sp. z o.o. nie przedłożyła decyzji Prezydenta Częstochowy o ustalenie lokalizacji inwestycji celu publicznego. Ponieważ „Skynet-Premex” Sp. z o.o. nie zgodziła się z tą decyzją, złożyła od niej odwołanie do Wojewody Śląskiego, który w kwietniu 2008r. utrzymał w mocy zaskarżoną decyzję (karty od nr 90 do nr 93). Od decyzji Wojewody, Prezes UKE wniósł skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach (karty od nr 94 do nr 101), w której stwierdził, iż decyzja ta jest wadliwa, gdyż w przedmiotowej sprawie bezzasadnym jest żądanie od strony przedłożenia decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego, skoro przepisy rangi ustawowej stwierdzają, że w tym przypadku decyzja ta jest zbędna, a więc brak jest podstaw prawnych do żądania od strony przedłożenia takiej decyzji.

W dniu 01.12.2008r. WSA w Gliwicach wydał wyrok w tej sprawie (sygn. akt II SA GI 668/08 - karty od nr 44 do nr 57), w którym oddalił skargę Prezesa UKE. W wyroku tym Sąd uznał, iż „Skynet-Premex” Sp. z o.o. nie jest publicznym operatorem telekomunikacyjnym. Ponadto Sąd uznał, że ograniczenie, o jakim mowa w art. 124 ustawy o gospodarce nieruchomościami, może nastąpić wyłącznie zgodnie z planem miejscowym, a w przypadku braku planu, zgodnie z decyzją o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego. Pozbawia to operatorów w pewnych sytuacjach możliwości ubiegania się o takie ograniczenie i udzielenie zezwolenia na założenie instalacji, co należy uznać za dopuszczalne i uzasadnione. Ingerencja w sferę uprawnień właściciela może mieć miejsce tylko i wyłącznie na podstawie ustawy, która winna precyzować warunki i zakres ingerencji, stąd też art. 124 ustawy o gospodarce nieruchomościami umożliwia ograniczenie właściciela w jego uprawnieniach tylko pod pewnymi warunkami, do których należy zgodność z planem miejscowym lub decyzją lokalizacyjną. Warunki te określają, że administracyjna ingerencja w

korzystanie z nieruchomości nie będzie możliwa w każdej sytuacji i w stosunku do każdej inwestycji, lecz jedynie do tych, które spełniają jakieś kryteria i służą realizacji relatywnie doniosłych interesów. Warunków tych nie spełnia zamiar realizowania inwestycji niewymagającej pozwolenia na budowę, o której mowa w art. 50 ust. 2 pkt 2 ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, a zatem inwestycji nie będącej inwestycją celu publicznego. Od powyższego wyroku „Skynet-Premex" złożył skargę kasacyjną do Naczelnego Sądu Administracyjnego (karty od nr 58 do nr 63). Skargę kasacyjną od tego wyroku złożył również Prezes UKE.

Naczelny Sąd Administracyjny wyrokiem z dnia 17.02.2010r. (sygn. akt I OSK 488/09 - karty od nr 219 do nr 222) oddalił obie skargi kasacyjne. W uzasadnieniu swojego stanowiska NSA stwierdził, iż obie skargi kasacyjne nie posiadają usprawiedliwionych podstaw. NSA stwierdził, że zgodnie z art. 140 ustawy z dnia 16.07.2004r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz. 1800 ze zmian.), właściciel lub użytkownik wieczysty nieruchomości jest obowiązany umożliwić operatorom instalowanie na nieruchomości urządzeń telekomunikacyjnych, przeprowadzenie linii kablowych pod, na albo nad nieruchomością oraz umieszczanie tabliczek informacyjnych o urządzeniach, a także ich eksploatację i konserwację, jeżeli nie uniemożliwia to racjonalnego korzystania z nieruchomości. Warunki korzystania z nieruchomości przez operatora ustala się w umowie, która powinna być zawarta w terminie 30 dni od dnia wystąpienia przez operatora o jej zawarcie. Jeżeli strony nie zawrą umowy w terminie, stosuje się art. 124 ustawy o gospodarce nieruchomościami, inaczej mówiąc jeśli właściciel nieruchomości nie wyrazi zgody na prowadzenie robót na terenie stanowiącym jego własność, wówczas inwestor może ubiegać się o zezwolenie na ich wykonanie w trybie administracyjnym.

W wyroku tym NSA stwierdził, iż art. 140 Prawa telekomunikacyjnego odsyła wprost do art. 124 ustawy o gospodarce nieruchomościami dotyczącego „wywłaszczenia nieruchomości". Zainstalowanie na cudzej nieruchomości urządzeń telekomunikacyjnych, na podstawie decyzji administracyjnej, stanowi ingerencję w chronione konstytucyjne prawo własności poprzez ograniczenie możliwości korzystania w tego prawa, co jest szczególnym rodzajem wywłaszczenia. Zakres stosowania przepisów o wywłaszczeniu określa art. 112 ww. ustawy, stanowiąc, że obejmuje wszelkie nieruchomości położone na obszarach przeznaczonych w planach miejscowych na cele publiczne, albo nieruchomości dla których wydana została decyzja o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego w rozumieniu art. 6 ww. ustawy bądź w przepisach odrębnych. W przepisie tym ustawodawca skonkretyzował, podniesioną do rangi ustrojowej, zamieszczoną w Konsytucji RP, ochronę prawa własności. Art. 21 ustawy zasadniczej stwierdza, że Rzeczpospolita chroni własność i prawo dziedziczenia, zaś w jej art. 64 ust. 3 zamieszczono zasadę „własność może być ograniczona tylko w drodze ustawy i tylko w zakresie w jakim nie narusza ona, istoty prawa własności".

Dalej w wyroku tym NSA stwierdził, iż ogólna zasada stosowania przepisów o wywłaszczeniu określona w art. 112 ustawy o gospodarce nieruchomościami znalazła potwierdzenie w art. 124 tej ustawy, do którego wprost odsyła art. 140 Prawa telekomunikacyjnego. Na podstawie art. 124 ustawy o gospodarcze nieruchomościami, Starosta może ograniczyć w drodze decyzji, sposób korzystania z nieruchomości, co należy rozumieć jako ograniczenie prawa właściciela do swobodnego korzystania z własności, poprzez udzielenie zezwolenia na zakładanie na nieruchomości urządzeń wymienionych w tym przepisie. Swoboda podejmowania decyzji przez starostę w tej materii została ograniczona tylko do inwestycji, które zostały umieszczone w planie miejscowym, zaś w przypadku braku planu, zgodnie z decyzją o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego. Oznacza to, iż starosta może wydać decyzję ograniczającą sposób korzystania z nieruchomości tylko w sytuacjach wskazanych w tym przepisie. Nie umieszczenie zamierzenia inwestycyjnego w planie miejscowym, lub brak decyzji lokalizacyjnej inwestycji celu publicznego stanowią przesłanki negatywne do wydania przez Starostę decyzji, ograniczającej sposób korzystania z nieruchomości przez właściciela. Za taką interpretacją

art. 124 ustawy o gospodarce nieruchomościami przemawia wykładnia językowa jak również systemowa.

W ocenie tego Sądu, planowane przez „Skynet-Premex" Sp. z o.o. prace polegające na umieszczeniu na budynkach stanowiących własność SM „Metalurg" urządzeń do odbioru drogą radiową sygnału umożliwiającego korzystanie z Internetu oraz okablowanie tych budynków, nie wymagają uzyskania pozwolenia na budowę, z zatem nie wydaje się decyzji lokalizacyjnej na tego rodzaju inwestycje. Nie zostały one zamieszczone też w planach miejscowych. Oznacza to, że „Skynet-Premex" Sp. z o.o. może skorzystać z możliwości prowadzenia prac inwestycyjnych na nieruchomości stanowiącej cudzą własność tylko wówczas, gdy właściciel tej nieruchomości wyrazi na takie prace zgodę. W przypadku negatywnego stanowiska właściciela jego zgoda może być zastąpiona decyzją Starosty, ale tylko wówczas gdy zachodzą przesłanki do jej wydania określone w art. 124 ustawy o gospodarce nieruchomościami. W niniejszej sprawie natomiast zdaniem NSA brak jest takich przesłanek do wydania decyzji zezwalającej na założenie na cudzej nieruchomości urządzeń łączności publicznej.

Tym samym na etapie postępowania prowadzonego zgodnie z przepisami ustawy Prawo telekomunikacyjne, „Skynet-Premex" Sp. z o.o. nie uzyskała możliwości świadczenia usług telekomunikacyjnych na terenie zasobów SM „Metalurg".

Równolegle do toczącego się powyżej opisanego postępowania w tej sprawie, „Skynet-Premex" Sp. z o.o. podejmowała dalsze kroki mające na celu umożliwienie jej rozpoczęcie działalności w zasobach SM „Metalurg".

W kwietniu 2006r. „Skynet-Premex" Sp. z o.o. podpisała umowę z jedną z firm dostarczającą sygnał internetowy na terenie SM „Metalurg" o przejęciu praw i obowiązków wynikających z indywidualnych umów na podłączenie do sieci Internet. Założeniem tego przedsięwzięcia było doprowadzenie sieci internetowej do takiego stanu technicznego jaki jest na innych osiedlach, za obopólnym zezwoleniem obsługujących klientów. W tym samym czasie Spółdzielnia podjęła kroki mające zdaniem „Skynet-Premex" Sp. z o.o. na celu wyeliminowanie ich jako konkurenta z rynku tj. rozwiesiła ulotki zachęcające do korzystania z usług własnej sieci (karta nr 29). Spółdzielnia poinformowała lokatorów, iż ww. przedsiębiorca nie posiada zgody ani też nie ma zawartej umowy na prowadzenie działalności w zasobach Spółdzielni. Ponadto w rozprowadzanych ulotkach (karta nr 30) Spółdzielnia informowała swoich lokatorów, że bezpłatnie dokonuje podłączeń do sieci internetowej, a „Skynet-Premex" Sp. z o.o. działa w jej zasobach nielegalnie. W piśmie z dnia 24.05.2006r. (karta nr 31) Spółdzielnia poinformowała, „Skynet-Premex" Sp. z o.o., iż umowa z przedsiębiorcą od którego kupiła sieć, została rozwiązana na skutek nie wywiązania się przez niego z warunków umowy. Dlatego też zdaniem Spółdzielni nie może ona kontynuować współpracy ze „Skynet-Premex" Sp. z o.o. i wzywa ją do zdemontowania zakupionej sieci. Ponadto Spółdzielnia odnosząc się do projektu przesłanej przez „Skynet-Premex" Sp. z o.o. umowy poinformowała, iż nie zawiera ona elementów istotnych wynikających z Prawa telekomunikacyjnego, dlatego też odsyła ją bez akceptacji.

Równocześnie SM „Metalurg" poinformowała mieszkańców korzystających z usług „Skynet-Premex" Sp. z o.o., iż przedsiębiorca ten działa nielegalnie. Spółdzielnia nie ma możliwości wyrażenia zgody na jej działalność. Mieszkańcy mogą natomiast skorzystać z usług internetowych świadczonych przez Spółdzielnię poprzez jej własną sieć.

W dalszej kolejności SM „Metalurg" w piśmie z dnia 29.06.2006r. przedstawiła „Skynet-Premex" Sp. z o.o. warunki techniczne, które przedsiębiorca musi spełnić, aby były podstawy do zawarcia stosowanej umowy (karta nr 35). Warunki te brzmiały następująco:

- firma powinna wystąpić do „ENION" SA w Krakowie o przydział mocy energii elektrycznej wraz z montażem licznika w celu zasilania ewentualnie wykorzystanych urządzeń,

- przedstawić szczegółowy projekt wewnętrznej instalacji budynkowej wraz z wykazem materiałów, jakie miałyby zostać wykorzystane,

- zaproponować trasę przebiegu kabli w danym obiekcie oraz przedstawić wykaz materiałów, który muszą zostać zatwierdzone przez służby techniczne Spółdzielni,

- niedopuszczalne jest wykonywanie jakichkolwiek instalacji, jak również montaż anten radiowych i wszelkiego rodzaju konstrukcji czy masztów do dachu budynków oraz do kominów, jak również wykonywanie przewieszek kablowych między budynkami,

- ewentualny montaż anten na zewnętrznej elewacji budynku mógłby się odbyć za zgodą Spółdzielni, po szczegółowym określeniu sposobu wykonania mocowania uwzględniającym strukturę przegrody budowlanej jak i akceptacji projektanta w zakresie praw autorskich do zaprojektowanej elewacji,

- w sprawach wykonania wszelkich robót ziemnych na obszarze Spółdzielni firma powinna przedstawić kompletną dokumentację projektową wraz z prawomocną decyzją o pozwoleniu na budowę,

- przed sporządzeniem projektu uzbrojenia zewnętrznego należy uzgodnić z działem technicznym Spółdzielni przebieg trasy oraz warunki wykonania robót,

- każdorazowe wejście na teren, winno być poprzedzone uzgodnieniami z administratorem budynku, który w protokole przekazania terenu określi termin zakończenia prac oraz termin odtworzenia do stanu istniejącego wraz z ewentualnym nasadzeniem zniszczonej zieleni,

- rozpoczęcie realizacji prac wewnątrz obiektu należy uzgodnić z administratorem, który w protokole określi termin zakończenia prac oraz termin i sposób usunięcia zniszczeń powstałych w czasie realizacji robót,

- „Skynet-Premex" Sp. z o.o. powinna przedstawić wykaz obiektów oraz ilość osób, które zamierzają podłączyć do swojej sieci internetowej.

Po spełnieniu tych warunków Spółdzielnia miała określić ostateczne stanowisko dotyczące umowy i przedstawić warunki odpłatności za korzystanie z nieruchomości.

Pismem z dnia 17.07.2006r. (karta nr 40), „Skynet-Premex" Sp. z o.o. poinformowała Spółdzielnię, iż poglądowy schemat wewnętrznej instalacji budynkowej został już jej przekazany jako załącznik do pisma z dnia 27.09.2005r. Pomimo tego, przekazano go po raz kolejny. Ponadto „Skynet-Premex" Sp. z o.o. poinformowała Spółdzielnię, iż ustawa Prawo budowlane nie wymaga wykonywania projektów, uzyskania pozwolenia na budowę ani nawet zgłoszenia odpowiedniemu urzędowi wykonywania pracy wewnątrz budynków. W przypadku konieczności wykonania jakichkolwiek prac ziemnych będzie to uzgodnione z władzami Spółdzielni. „Skynet-Premex" Sp. z o.o. zobowiązał się w tym piśmie, iż przydziałem mocy energii elektrycznej przez zakład energetyczny zajmie się niezwłocznie po zawarciu stosownej umowy między nimi, ustalając wcześniej z odpowiednimi służbami spółdzielni lokalizację niezbędnych urządzeń, co jest warunkiem koniecznym do wykonania niezależnego urządzenia elektrycznego.

W dalszej treści tego pisma „Skynet-Premex" Sp. z o.o. zadeklarował pełną współpracę w zakresie wykonywanych prac na terenie obiektów będących w ich zarządzie oraz zwrócił się o pilne wyznaczenie terminu spotkania w celu uzgodnienia ostatecznej treści umowy na użyczenie nieruchomości w celu budowy instalacji sieci internetowej.

W odpowiedzi na powyższe, Spółdzielnia pismem z dnia 28.07.2006r. (karta nr 38) uznała propozycje „Skynet-Premex" Sp. z o.o. za niewystarczające i jeszcze raz przedstawiła warunki jakie należy spełnić przed złożeniem propozycji umowy celem jej uzgodnienia i akceptacji:

- przedłożyć w Spółdzielni listę obiektów, które „Skynet-Premex" Sp. z o.o. zamierza przyłączyć oraz liczby osób zmierzających korzystać z jej usług w każdym z budynków,

- złożyć do akceptacji projekt budowy instalacji wewnętrznej dla każdego obiektu. Projekt powinien zawierać niezbędne opisy i rysunki określające jednoznacznie topologię systemu okablowania strukturalnego, rodzaj i ilość niezbędnych urządzeń oraz sposób ich montażu, okablowania, usytuowania punktu centralnego sieci, miejsc poboru energii elektrycznej itd.,

- przedłożyć do akceptacji projekt budowlany dla robót kablowych ziemnych także w przypadku korzystania z okablowania innych operatorów,

- określenie sposobu dostarczenia sygnału tj. światłowodem, kablem miedzianym ułożonym w ziemi, linią telefoniczną czy też drogą radiową.

Od spełnienia tych oraz pozostałych warunków przedstawionych w piśmie z dnia 29.06.2006r., Spółdzielnia uzależniła podejmowanie dalszych kroków w sprawie.

„Skynet-Premex" Sp. z o.o. po otrzymaniu ww. pisma podjęła kroki mające na celu spełnienie powyższych warunków (karta nr 22).

W reakcji na postawione przez Spółdzielnię warunki „Skynet-Premex" Sp. z o.o. pismem z dnia 14.08.2006r. (karta nr 41), zwróciła się do Spółdzielni z prośbą o udostępnienie kopii projektów budynków mieszkalnych będących w jej zasobach, gdyż na kopiach tych zamierza określić topologię systemu okablowania strukturalnego budynków oraz usytuowania niezbędnych urządzeń.

W odpowiedzi na to pismo SM „Metalurg" pismem z dnia 12.09.2006r. stwierdziła, iż posiada tylko po jednym egzemplarzu projektu budowlanego posiadanych przez siebie budynków, dlatego też nie może udostępnić ich na zewnątrz. W celu skorzystania z dokumentacji budynków, Spółdzielnia poradziła skorzystać z pomocy projektanta budynków tj. „Miastoprojekt-Częstochowa". Jednakże projektant budynków pismem z dnia 26.08.2006r. (karta nr 43) poinformował „Skynet-Premex" Sp. z o.o., iż jedyny egzemplarz dokumentacji projektowej posiada Spółdzielnia.

Ponadto przedsiębiorca zwrócił się do ENION SA o przydzielenie mocy umownej. W odpowiedzi na powyższe ENION SA pismem z dnia 28.03.2008r. (karta nr 37) stwierdziła, iż minimalną mocą umowną umożliwiającą wzajemne rozliczenie jest moc 1kW, podczas gdy urządzenia używane przez „Skynet-Premex" Sp. z o.o. potrzebują 8, 12 lub 15 WAT, czyli 1000 razy mniej. Równocześnie ENION SA wyraziła obawę, że przyłączenie urządzeń do transmisji danych w proponowanych przez „Skynet-Premex" Sp. z o.o. miejscach będzie mało opłacalne, dlatego też zaproponowała nawiązanie kontaktu z administracją budynków w celu zasilenia urządzeń z opomiarowanych obwodów administracji.

W ocenie „Skynet-Premex" Sp. z o.o. warunki przedstawione przez Spółdzielnię były typowo zaporowe, mające na celu uniemożliwienie i zniechęcenie jej do rozpoczęcia działalności. Dlatego też „Skynet-Premex" Sp. z o.o. na tym etapie (tj. trwania równoległego postępowania sądowego) zaprzestała korespondencji ze Spółdzielnią.

W toku niniejszego postępowania Spółdzielnia stwierdziła, iż nie było żadnych przeszkód do wykonania przez „Skynet-Premex" Sp. z o.o. projektów w oparciu o obmiary z natury bez konieczności używania dokumentacji technicznej (karta nr 192). Ponadto w ocenie Spółdzielni nie odmówiła „Skynet-Premex" Sp. z o.o. wejścia do jej zasobów mieszkaniowych. Zgodę w tym zakresie uzależniła jedynie od przystąpienia do rokowań przez tego przedsiębiorcę oraz od spełnienia przez niego postawionych przez Spółdzielnię warunków. Rozmowy te zostały jednakże przez „Skynet-Premex" Sp. z o.o. przerwane (karta nr 113). Dowodem według Spółdzielni na brak monopolizacji z jej strony rynku, może być świadczenie w jej zasobach usług przez innych operatorów. Ponadto zdaniem Spółdzielni, „Skynet-Premex" Sp. z o.o. nie była zainteresowana odpłatnością w jakiejkolwiek wysokości za używanie nieruchomości. W tej sytuacji jej zdaniem wyczerpała ona wszelkie możliwości negocjacji umowy z „Skynet-Premex" Sp. z o.o. (karta nr 192).

W toku postępowania „Skynet-Premex" Sp. z o.o. stwierdziła, iż nie jest zgodne z prawdą twierdzenie Spółdzielni, iż zerwała z nią bezpośrednie rozmowy. Zdaniem „Skynet-Premex" Sp. z o.o. rozmowy w siedzibie Spółdzielni w sprawie negocjacji umowy na instalację sieci telekomunikacyjnej, zostały przerwane z uwagi na koniec czasu pracy Spółdzielni.

Z informacji przekazanych przez „Skynet-Premex" Sp. z o.o. wynika, iż w chwili składania wniosku do SM „Metalurg" w jej zasobach mieszkaniowych działało często nielegalnie, kilkunastu mniejszych operatorów telekomunikacyjnych. Z kolei z informacji przekazanych przez SM „Metalurg" wynika (karta nr 7), iż usługi telekomunikacyjne są

świadczone w jej zasobach przez kilka podmiotów gospodarczych. Dla budynków zlokalizowanych na osiedlach:

- Brzozowa oraz Skłodowskiej-Curie usługi świadczy od 1996r. UPC Polska Sp. z o.o.,
- Orlik-Rückemanna oraz na ul. Brzozowej usługi od 1999r. świadczy „Telsat",
- w budynkach przy ul. M. Dąbrowskiej usługi od września 2002r. usługi świadczy TK „VEGA".

Firmy te w ramach prowadzonej działalności oferują usługi w zakresie telewizji kablowej. Przygotowują się również do wprowadzenia usługi telefonicznej oraz dostępu do Internetu (karta nr 112). Sygnał przesyłany jest poprzez światłowody kablem do gniazd abonenckich. Tym samym operatorzy ci na dzień dzisiejszy nie świadczą usługi dostępu do Internetu.

Ponadto SM „Metalurg" w ramach działalności statutowej od 2002r. prowadzi usługi w zakresie dostępu do Internetu w technologii radiowej. Spółdzielnia posiada własną sieć obejmującą całe zasoby będące jej własnością jako środek trwały. Część mieszkańców korzysta z sieci internetowej, pozostali wybrali usługi innych operatorów lub TP SA.

Z informacji przekazanych przez Spółdzielnię wynika, iż firmy takie jak UPC Polska Sp. z o.o., „Telsat", czy też TK „VEGA" i Spółdzielnia Mieszkaniowa „Metalurg" korzystają częściowo z gotowych kanałów i korytek kablowych, a częściowo z zamontowanych przez siebie listew plastikowych na klatkach schodowych i korytarzach piwnic. Natomiast TP SA korzysta wyłącznie z własnych kanałów i korytek przygotowanych na etapie budowy budynku. Każda z firm posiada własne zamykane na klucz skrzynki, w których są zamontowane urządzenia rozdzielające, filtrujące, wzmacniające itp.

Spółdzielnia w toku postępowania twierdziła (karta nr 19), iż w jej budynkach nie istnieją zarówno techniczne, jak i funkcjonalne ograniczenia w kwestii montażu instalacji telekomunikacyjnej przez innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Z uwagi na kwestię pogorszenia estetyki budynku, obecna ilość operatorów wydaje się optymalna. Jako przykład zbyt dużej ilości operatorów w jednym budynku Spółdzielnia przysłała schemat klatki schodowej na ul. Gajowej. Ze schematu tego wynika, iż w tej przykładowej klatce schodowej działa dwóch różnych operatorów telekomunikacyjnych. Zdaniem SM „Metalurg" również członkowie Spółdzielni nie chcą montażu dodatkowych sieci telekomunikacyjnych (karta nr 19).

Z kolei „Skynet-Premex" Sp. z o.o. wskazała, iż wykonywana przez nią instalacja zajmuje mało miejsca. Sieci zakładane są w rurach PCV o średnicy 16-28 milimetrów. Rury umieszczane są najczęściej w narożnikach ścian, stąd też instalacja nie uniemożliwia racjonalnego korzystania z nieruchomości (karta nr 23).

„Skynet-Premex" Sp. z o.o. w toku niniejszego postępowania wskazała ponadto, iż nie zwracała się do innego operatora telekomunikacyjnego o umożliwienie dostępu telekomunikacyjnego. Operatorem, który wtedy działał na tym terenie i z sieci, którego mogłaby teoretycznie korzystać była TP SA, która używa jednakże innej technologii do transmisji danych. Co prawda po uzyskaniu pozytywnych warunków technicznych możliwe byłoby skorzystanie z jej infrastruktury, jednakże świadczenie usług w ten sposób przekroczyłoby przychody uzyskane ze sprzedaży usługi stałego dostępu do Internetu. Stąd też świadczenie usługi w oparciu o własną sieć telekomunikacyjną jest korzystniejsze niż za pośrednictwem sieci innych operatorów.

Ponadto „Skynet-Premex" Sp. z o.o. w toku postępowania przedstawiła kopię protokołu ze spotkania, które odbyło się we wrześniu 2007r. w siedzibie Urzędu Miasta Częstochowa (karta nr 26). W spotkaniu tym uczestniczyli przedstawiciele częstochowskich spółdzielni mieszkaniowych. Zdaniem „Skynet-Premex" Sp. z o.o. w trakcie tego spotkania spółdzielnie mieszkaniowe wymieniły się informacjami w zakresie, które z nich odmówiły udostępniania zasobów w celu dostawy sygnału Internetowego do swoich nieruchomości, a które dopiero zamierzają tego dokonać. W ocenie „Skynet-Premex" Sp. z o.o. świadczy to o tym, iż Spółdzielnie nie chcą dopuszczać nowych operatorów do swoich zasobów.

Jak wynika z materiału dowodowego, SM „Metalurg” osiągnęła w 2009r. przychód w wysokości 12.930.103,54 PLN (karta nr 217).

Prezes Urzędu zważył, co następuje:

I.

Dla uznania, że sprawa ma charakter antymonopolowy niezbędne jest ustalenie czy w okolicznościach sprawy doszło do naruszenia interesu publicznoprawnego. W świetle art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, celem regulacji w niej przyjętej jest zapewnienie rozwoju konkurencji, ochrona przedsiębiorców narażonych na stosowanie praktyk monopolistycznych i ochrona interesów konsumentów. Ustawa ta znajduje zatem zastosowanie jedynie wówczas, gdy zagrożony lub naruszony zostaje interes publiczny, polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku. Przeto ustawa ta, w odniesieniu do przedsiębiorców, chroni konkurencję, a w odniesieniu do konsumentów, ich interesy jako zjawiska o charakterze instytucjonalnym. Działaniami wymierzonymi w tak rozumianą konkurencję, bądź skierowanymi w tak pojmowane interesy konsumentów, są zatem jedynie takie działania, które dotykają sfery interesów szerszego kręgu uczestników rynku, a więc gdy dotyczą nie sytuacji pojedynczego przedsiębiorcy czy konsumenta, lecz zaburzeń na rynku, w rozumieniu negatywnych zjawisk charakteryzujących jego funkcjonowanie. Ingerencja Prezesa Urzędu uzasadniona jest tylko wówczas, gdy służy ochronie tak pojętej konkurencji lub interesu konsumentów. Celem ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie jest więc ochrona prywatnoprawnego interesu przedsiębiorcy bądź konsumenta.
Dlatego też warunkiem koniecznym w niniejszej sprawie do stwierdzenia naruszenia przez SM „Metalurg” przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest wykazanie, iż działaniami Spółdzielni mógł zostać dotknięty szerszy krąg uczestników rynku.

Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Z powyższego wynika, iż ustawa ta ma charakter publiczny i służy ochronie interesu ogólnospołecznego, co przesądza o braku możliwości podejmowania przez organ działań w celu ochrony interesów indywidualnych.

W ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów brak jest definicji ustawowej co należy rozumieć poprzez interes publicznoprawny. Dlatego też kryterium dokonywania oceny, czy w danej sprawie został naruszony interes publicznoprawny jest nieostre. Jednakże na tle dotychczasowego orzecznictwa antymonopolowego, wykształconego co prawda w czasie obowiązywania poprzedniej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ale zachowującego swoją aktualność również obecnie, utrwalił się pogląd, iż naruszenie interesu publicznoprawnego ma miejsce wówczas gdy działaniami, będącymi przedmiotem postępowania, zagrożony jest interes ogólnospołeczny, co może mieć miejsce m.in. wówczas, gdy skutkiem określonych sprzecznych z przepisami ustawy działań, dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku *(E.Modzelewska-Wachal. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. Wyd. Twigger. Warszawa 2002r.)*. Przykładowo należy wskazać na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29.05.2001r. (sygn. akt I CKN 1217/98), w którym to wyroku Sąd uznał, iż ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów ma służyć ochronie interesu ogólnospołecznego (publicznego) polegającego na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego, tj. prowadzenia przez przedsiębiorców działalności w warunkach konkurencji oraz możliwości swobodnego podejmowania decyzji co do warunków prowadzenia tej działalności. Rynek taki może jednak funkcjonować prawidłowo tylko jeśli są zapewnione warunki powstania i rozwoju konkurencji. Jedynie w warunkach niezakłóconej konkurencji przedsiębiorcy i konsumenci mają gwarancję realizacji konstytucyjnej wolności gospodarczej i ochrony swoich praw. Istotą bowiem konkurencji jest współzawodnictwo przedsiębiorców w celu uzyskania przewagi na rynku, pozwalającej na

osiągnięcie maksymalnych korzyści ekonomicznych ze sprzedaży towarów i usług oraz maksymalne zaspokojenie potrzeb konsumentów przy jak najniższej cenie. Decyduje o tym wolne i nieskrępowane działanie mechanizmów rynkowych w tym zapewnienie możliwości swobodnego podejmowania decyzji. Tym samym ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów chroni konkurencję jako zjawisko o charakterze instytucjonalnym. Za zagrożenie lub naruszenie konkurencji w tym rozumieniu należy uznać więc takie działania, które dotykają sfery interesów szerszego kręgu uczestników rynku gospodarczego, a więc gdy dotyczą konkurencji rozumianej nie jako sytuacji pojedynczego przedsiębiorcy (konsumenta), lecz jako zjawisko charakteryzujące funkcjonowanie gospodarki. W takich przypadkach ingerencja organu antymonopolowego jest uzasadniona. Należy ponadto wskazać, iż przy ocenie czy doszło w danej sprawie do naruszenia interesu publicznoprawnego, nie należy poprzestać na zbadaniu ewentualnych negatywnych skutków bezpośrednich kontrahentów danego przedsiębiorcy. Niezbędne jest spojrzenie szersze, uwzględniające także to, w jaki sposób działania przedsiębiorstwa odbijają się na interesach konsumentów bezpośredniego kontrahenta przedsiębiorstwa, co może skutkować naruszeniem interesu publicznoprawnego.

W tym kontekście w ocenie Prezesa Urzędu nie wyrażenie przez SM „Metalurg" zgody na zainstalowanie przez „Skynet-Premex" Sp. z o.o. sieci telekomunikacyjnej w zasobach mieszkaniowych Spółdzielni, mogło naruszyć interesy uczestników rynku lokalnego tj. zarówno przedsiębiorców chcących świadczyć usługi dostępu do Internetu poprzez zamknięcie im możliwości świadczenia takich usług, jak i po stronie konsumentów – mieszkańców zasobów tej Spółdzielni, poprzez ograniczenie im możliwość wyboru przedsiębiorcy świadczącego takie usługi. Należy w tym miejscu wskazać również na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 sierpnia 2003r. (sygn. akt I CKN 523/01), zgodnie z którym „spółdzielnia to podmiot prawny zbiorowy, w odniesieniu do którego może mieć zastosowanie kategoria naruszenia interesu publicznego występująca w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów".

Należy ponadto wskazać, iż Sąd Najwyższy w jednym ze swoich wyroków (wyrok z dnia 26.02.2004r. sygn. akt III SK 2/04) wskazał, iż naruszenie indywidualnego interesu nie wyklucza dopuszczalności równoczesnego uznania, że dochodzi do naruszenia interesu zbiorowego „jeżeli indywidualne pogwałcenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów mogłoby w jakikolwiek sposób prowadzić do ustanowienia lub utrwalenia monopolistycznych praktyk rynkowych, które wywołują lub mogą wywoływać zakazane skutki na terytorium R.P."

Z kolei Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w jednym ze swoich wyroków (wyrok z dnia 16.11.2005r. sygn. akt XVII Ama 97/04) wskazał, iż dla stwierdzenia zagrożenia interesu publicznego wystarczające jest dowolne nadużycie siły rynkowej w relacjach ze słabszymi uczestnikami rynku, ponieważ sam fakt nadużycia posiadanej pozycji dominującej na rynku, narusza ten interes. Dobrem chronionym jest bowiem samo istnienie konkurencji jako takiej, w związku z czym interes publiczny zostaje naruszony, gdy badana praktyka oddziałuje i narusza samo zjawisko konkurencji, nawet gdy negatywny, odczuwalny skutek, jest rezultatem działań skierowanych przeciwko jednemu lub niewielkiej liczbie konkurujących przedsiębiorców".

W niniejszej sprawie skutkami działań SM „Metalurg" zostali dotknięci wszyscy obecni i potencjalni mieszkańcy tej Spółdzielni, co w ocenie Prezesa Urzędu potwierdza naruszenie w tej sprawie interesu publicznoprawnego.

Stąd też zastosowanie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów do oceny działań SM „Metalurg" jest uzasadnione.

Prezes Urzędu w tym miejscu decyzji pragnie również odnieść się do kwestii, możliwości oceny działań SM „Metalurg" pod kątem przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Odnosząc się do tej kwestii należy wskazać, iż możliwość świadczenia usług telekomunikacyjnych reguluje ustawa Prawo telekomunikacyjne. Ustawa ta w art. 140 ustaliła

szczególny tryb postępowania w przypadkach podejmowania przez przedsiębiorców starań o zainstalowanie na nieruchomości urządzeń telekomunikacyjnych. Zgodnie z powołanymi przepisami właściciel lub użytkownik wieczysty nieruchomości jest obowiązany umożliwić operatorom (przedsiębiorcom telekomunikacyjnym) instalowanie na nieruchomości urządzeń telekomunikacyjnych przeprowadzenie linii kablowych pod albo nad nieruchomością oraz umieszczenie tabliczek informacyjnych o urządzeniach, a także ich eksploatację i konserwację, jeżeli nie uniemożliwia to racjonalnego korzystania z nieruchomości. Warunki korzystania z nieruchomości przez operatora ustala się w umowie, która powinna być zawarta w terminie 30 dni od dnia wystąpienia przez operatora o jej zawarcie. Korzystanie z nieruchomości jest odpłatne, chyba, że linia lub urządzenia telekomunikacyjne służą zapewnieniu telekomunikacji właścicielowi lub użytkownikowi nieruchomości na ich wniosek.

Jeżeli strony nie zawrą umowy w terminie, stosuje się na podstawie powołanego wyżej art. 140 Prawa telekomunikacyjnego przepisy art. 124 ustawy o gospodarce nieruchomościami. Zgodnie z tym przepisem, starosta wykonujący zadanie z zakresu administracji rządowej, może ograniczyć w drodze decyzji, sposób korzystania z nieruchomości przez udzielenie zezwolenia na zakładanie i przeprowadzenie na nieruchomości ciągów drenażowych, przewodów i urządzeń służących do przesyłania płynów, pary, gazów i energii elektrycznej oraz urządzeń łączności publicznej i sygnalizacji, a także innych podziemnych, naziemnych lub nadziemnych obiektów i urządzeń niezbędnych do korzystania z tych przewodów i urządzeń, jeżeli właściciel lub użytkownik wieczysty nieruchomości nie wyraża na to zgody. Ograniczenie to następuje zgodnie z planem miejscowym, a w przypadku braku planu, zgodnie z decyzją o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego. Udzielenie zezwolenia powinno być poprzedzone rokowaniami z właścicielem lub użytkownikiem wieczystym nieruchomości o uzyskanie zgody na wykonanie ww. prac (art. 124 ust. 3). Prezes UKE może występować w postępowaniu spornym na prawach strony.

Tym samym zarówno Prawo telekomunikacyjne jak i ustawa o gospodarce nieruchomościami, regulują kwestię udostępnienia przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu nieruchomości w drodze opisanej powyżej procedury administracyjnej. „Skynet-Premex" Sp. z o.o. wykorzystał tą możliwość, jednakże nie umożliwiła ona świadczenia przez tego przedsiębiorcę usług dostępu do Internetu w zasobach Spółdzielni.

Obecnie obowiązujące Prawo telekomunikacyjne nie reguluje wzajemnych powiązań pomiędzy jego przepisami a uregulowaniami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Jedynie w art. 1 ust. 3 tej ustawy znalazło się odniesienie, iż jej przepisy nie naruszają przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Kwestia wzajemnych relacji między tymi ustawami była analizowana przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 19 października 2006r. (sygn. akt III SK 15/06), który dotyczył stosunków pomiędzy operatorami telekomunikacyjnymi. W świetle ww. wyroku zarówno poprzednio jak i aktualnie obowiązujące Prawo telekomunikacyjne ma spełniać szereg warunków, jednakże jak wynika z przepisów tej ustawy, nie jest jej celem ochrona konkurencji jako mechanizmu regulującego zasady funkcjonowania przedsiębiorców na rynku. Jak orzekł Sąd Najwyższy w tym wyroku Prawo telekomunikacyjne jest instrumentem, za pomocą którego organy państwa mogą stworzyć odpowiednie warunki, które umożliwiają równoprawną i efektywną konkurencję na rynku. Innymi słowy Prawo telekomunikacyjne ma kreować konkurencję. Natomiast celem ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest ochrona konkurencji przed zniekształceniami mającymi swe źródło w zachowaniu przedsiębiorstw działających na rynku. Oznacza to, iż przepisy Prawa telekomunikacyjnego oraz ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a tym samym odpowiednie organy odpowiedzialne za ich egzekwowanie, zajmują się konkurencją na rynkach telekomunikacyjnych z innej perspektywy. Stąd też Sąd Najwyższy orzekł, iż nie uznaje aby wzajemna relacja między przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów a przepisami innych ustaw odpowiadała regule *lex specjalis derogat legi generali.* Ponadto w wyroku tym Sąd

Najwyższy stwierdził, iż przepisy Prawa telekomunikacyjnego nie zakazują przedsiębiorcom zawierania porozumień ograniczających konkurencję, ani nadużywania tej pozycji. Wprowadzają jedynie dodatkowe restrykcje i ograniczenia swobody działania operatorów telekomunikacyjnych. Przepisy Prawa telekomunikacyjnego nakładają różne obowiązki na uczestników rynku telekomunikacyjnego. Upoważniają regulatora do wydawania rozstrzygnięć kształtujących rynek telekomunikacyjny. Tym samym regulator (tj. Prezes UKE) działa *ex ante* natomiast Prezes UOKiK działa *ex post.*

Zgodnie z art. 3 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przepisów ustawy nie stosuje się do ograniczeń konkurencji dopuszczonych na podstawie odrębnych ustaw. Z powyższego przepisu wynika ogólna zasada, zgodnie z którą przepisy ww. ustawy znajdują zastosowanie do wszystkich rynków, w tym do rynku telekomunikacyjnego, chyba, że ustawa szczególna wyłącza w sposób generalny zastosowanie przepisów tej ustawy lub nakazuje zachowania, które z punktu widzenia jej przepisów należałoby uznać za praktyki ograniczające konkurencję. Stąd też przepisy ustawy nie znajdują zastosowania tylko do ograniczeń konkurencji przewidzianych w innych ustawach, co oznacza, że Prezes UOKiK nie może uznać za praktykę ograniczającą konkurencję zachowania, które jest nakazane przez przepisy Prawa telekomunikacyjnego. Dalej w wyroku tym Sąd Najwyższy podzielił w pełni pogląd, zgodnie z którym przepisy prawa antymonopolowego znajdują zastosowanie do działalności przedsiębiorstw objętych regulacją we wszystkich tych przypadkach, w których przepisy regulacyjne pozostawiają im margines swobody działania. Zastosowanie reguł konkurencji zostaje wyłączone tylko wówczas gdy wskutek interwencji państwa reprezentowanego przez regulatora rynkowego przedsiębiorstwa działające na rynku nie mają żadnej innej możliwości zachowania się poza sposobem narzuconym im przez regulatora. Odpowiada to w szczególności regulacji zawartej w art. 1 ust. 3 ustawy Prawo telekomunikacyjne, zgodnie z której postanowieniami przepisy ustawy tej nie naruszają przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Z tego też wynika zasada dopuszczalności równoległego stosowania przepisów obu ustaw do tego samego stanu faktycznego.

Reasumując należy stwierdzić, iż do oceny stanu faktycznego w tej sprawie mają zastosowanie przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.
Dlatego też Prezes Urzędu uznał za celowe wszczęcie postępowania w tej sprawie.

1. Zgodnie z treścią art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane jest nadużywanie przez przedsiębiorców pozycji dominującej na rynku. Oznacza to, iż ustawa ta nie zawiera zakazu posiadania pozycji dominującej, ale jej nadużywania poprzez podejmowanie działań przykładowo wskazanych przez ustawodawcę w art. 9 ww. ustawy. Stąd też uznanie praktyki określonej w art. 9 ust. 2 pkt 5 ww. ustawy za ograniczającą konkurencję, następuje w przypadku, gdy przedsiębiorca posiada pozycję dominującą na rynku właściwym i pozycji tej nadużywa przeciwdziałając ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Wobec powyższego warunkiem niezbędnym do uznania, iż SM „Metalurg" poprzez określone zachowanie nadużyła pozycji dominującej na rynku, jest wykazanie, że Spółdzielnia w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest przedsiębiorcą, wyznaczenie rynku właściwego, na którym działa oraz udowodnienie, iż posiada na tym rynku pozycję dominującą.

Pojęcie przedsiębiorcy, jakim posługuje się ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, zostało zdefiniowane w art. 4 pkt 1 tej ustawy. Przepis ten mówi, iż na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez przedsiębiorcę rozumie się przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, a także m.in. osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną nie mającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o

charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej.
Tym samym zakres definicji przedsiębiorcy jest szerszy niż w prawie o działalności gospodarczej.

Spółdzielnie mieszkaniowe działają m.in. na podstawie przepisów ustawy z dnia 16.09.1982r. Prawo Spółdzielcze (tj. Dz.U. z 2003r. Nr 188, poz. 1848 ze zmian.) oraz ustawy z dnia 15.12.2000r. o spółdzielniach mieszkaniowych (Dz.U. z 2003r. Nr 119, poz. 1116 ze zmian.), tym samym nie odnoszą się do nich wprost przepisy ustawy z dnia 02.07.2004r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst. jedn. Dz.U. z 2007r. Nr 155, poz. 1095 ze zmian). Przedmiotem ich działalności jest przede wszystkim zaspokajanie potrzeb mieszkaniowych członków i ich rodzin wynikających z zamieszkiwania w spółdzielczym osiedlu lub budynku, nie oznacza to jednakże, iż spółdzielnie mieszkaniowe nie posiadają statusu przedsiębiorcy. Jak przykładowo wykazał to Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 12 marca 2004r. (sygn. akt II CK 53/03) z ugruntowanego orzecznictwa tego sądu wynika, iż spółdzielnia jest podmiotem gospodarczym i w zakresie prowadzonej przez siebie działalności ukierunkowanej na szeroko pojęte zaspokojenie potrzeb mieszkaniowych swoich członków musi być traktowana tak samo, jak inni przedsiębiorcy.

Dlatego też w odróżnieniu od oceny kształtowania stosunków pomiędzy członkami spółdzielni a spółdzielnią, które to stosunki zgodnie z wyrokiem z dnia 5 lipca 1993r. (sygn. akt XVII 17/93) podlegają kontroli przez sąd cywilny, Prezes Urzędu posiada kompetencje do oceny stosunków gospodarczych jakie zachodzą na rynku pomiędzy spółdzielnią mieszkaniową a innymi podmiotami. Stąd też Prezes Urzędu wielokrotnie dokonywał oceny stosunków w jakie wchodzą spółdzielnie mieszkaniowe na rynku z innymi podmiotami w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, co znajduje odzwierciedlenie w dotychczasowym bogatym orzecznictwie Prezesa Urzędu oraz Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Można w tym miejscu przykładowo wskazać, na decyzję Prezesa Urzędu nr RWR-73/2005, w której Prezes Urzędu uznał za praktykę ograniczającą konkurencję zawarcie pomiędzy operatorem telewizji kablowej oraz spółdzielnią mieszkaniową porozumienia ograniczającego konkurencję na lokalnym rynku świadczenia usług telewizji płatnej w zasobach spółdzielni, polegającego na uniemożliwieniu innym (poza tym operatorem) przedsiębiorcom świadczenia usług telewizji kablowej w jej zasobach, co stanowiło naruszenie przepisów wówczas obowiązującej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Również SOKiK w wyroku z dnia 25.10.2000r. (sygn. akt XVII Ama 13/00), podtrzymał rozstrzygniecie zawarte w decyzji Prezesa Urzędu nr RLU-22/99 o uznaniu za praktykę ograniczającą konkurencję zawarcie przez spółdzielnię mieszkaniową oraz innego przedsiębiorcę porozumienia ograniczającego konkurencję, polegającego na eliminowaniu z rynku usług telewizji kablowej innego przedsiębiorcy świadczącego tego rodzaju usługi.
Podobnie w wyroku z dnia 31.08.2006r. (sygn. akt XVII Ama 76/05), SOKiK co prawda uchylił decyzję Prezesa Urzędu, z uwagi na niezachowanie procedury Prawa Telekomunikacyjnego, jednakże nie uznał, iż Prezes Urzędu nie posiada kompetencji do oceny stosunków pomiędzy spółdzielnią mieszkaniową a innym przedsiębiorcą.
Również w jednym z ostatnich swoich wyroków dotyczącym rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych spółdzielni mieszkaniowej (wyrok z dnia 02.03.2010r. sygn. akt XVII AmA 72/09) SOKiK podtrzymał ustalenia Prezesa UOKiK poczynione w decyzji, iż spółdzielnia w stosunkach z innymi przedsiębiorcami jest przedsiębiorcą.

Tym samym z powyżej przytoczonego orzecznictwa wynika jednoznacznie, iż Prezes Urzędu może oceniać stosunki, w jakie wchodzą spółdzielnie mieszkaniowe z innymi przedsiębiorcami, niezależnie od szczegółowych uregulowań, jakie dotyczą ich działalności oraz, iż spółdzielnie mogą być stroną takich postępowań.

Kolejną przesłanką konieczną do wykazania w niniejszej sprawie, jest udowodnienie, iż SM „Metalurg" posiada pozycję dominującą na rynku właściwym.

Zgodnie z art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez rynek właściwy rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz oferowane są na obszarze, na którym ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Tym samym do zdefiniowania rynku właściwego w danej sprawie konieczne jest jego określenie w ujęciu produktowym i geograficznym.

W niniejszej sprawie „Skynet-Premex" Sp. z o.o. ubiegał się o umożliwienie mu przez SM „Metalurg", budowy sieci telekomunikacyjnej oraz możliwości świadczenia usług dostępu do Internetu na terenie jej zasobów mieszkaniowych. Możliwość świadczenia tego rodzaju usług w zasobach mieszkaniowych Spółdzielni uzależniona jest od wyrażenia przez jej władze zgody na udostępnienie przez SM „Metalurg" tych zasobów w celu budowy sieci telekomunikacyjnej i świadczenia usług dostępu do Internetu. Tym samym rynkiem produktowym w tej sprawie jest rynek udostępniania zasobów mieszkaniowych Spółdzielni w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych.

Tego rodzaju działalność Spółdzielni dotyczy obszaru jej zasobów mieszkaniowych i lokalowych. Dlatego też zasięg jej zasobów wyznacza rynek geograficzny w tej sprawie.

Tym samym rynkiem właściwym w niniejszym postępowaniu jest rynek udostępniania zasobów mieszkaniowych SM „Metalurg" w celu budowy sieci telekomunikacyjnej służącej do świadczenia usług telekomunikacyjnych.

Powyższy sposób definiowania rynku właściwego posiada również swoje odzwierciedlenie w dotychczasowym orzecznictwie tak Prezesa Urzędu jak i Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (np. decyzja Prezesa UOKIK z dnia 20 maja 2005r. nr RLU-19/2005, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 29.05.2007r. sygn. akt VI ACa 1359/06, wyrok SOKIK z dnia 14.12.2007r. sygn. akt XVII AmA 130/07 oraz z dnia 02.03.2010r. sygn. akt XVII AmA 72/09).

Zgodnie z art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez pozycję dominującą rozumie się pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów, domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40%.

Na powyżej określonym rynku właściwym SM „Metalurg" posiada prawo wieczystego współużytkowania zarówno gruntów jak i budynków tworzących jej zasoby mieszkaniowe. Stąd też posiada jako jedyna prawo udzielenia zgody na instalację w jej zasobach sieci telekomunikacyjnych (karta nr 6). Wobec powyższego nie spotykając się na tak określonym rynku z jakąkolwiek konkurencją, posiada na tym rynku 100% udział i tym samym posiada na nim pozycję dominującą.

Zgodnie z art. 9 ust. 2 pkt 5 zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej polegające na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. Praktyka ta jest praktyką o charakterze antykonkurencyjnym. Jest ona wymierzona bezpośrednio w konkurencję – warunki jej istnienia i rozwoju. Polega ona na podejmowaniu przez przedsiębiorcę dominującego takich działań, które prowadzą do utrwalenia niekonkurencyjnej struktury rynku. W szczególności praktyka ta zmierza do uniemożliwiania wejścia na zdominowany rynek nowych uczestników bądź na wypchnięciu z rynku przedsiębiorców, którzy już uczestniczą w obrocie. Praktyka ta może również wiązać się z przeniesieniem pozycji rynkowej dominanta z rynku zmonopolizowanego na rynek konkurencyjny i może mieć na celu umocnienie pozycji rynkowej dominanta na rynku, na którym posiada tak silną pozycję.

Tym samym przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą na rynku, którego pozycja rynkowa umożliwia negatywne oddziaływanie na strukturę rynku, ma obowiązek nie stwarzania barier dla rozwoju konkurencji. W konsekwencji art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy jest przepisem, który nakazuje dominantom takie zachowanie, które nie będzie stwarzało innym uczestnikom obrotu towarowego barier ograniczających ich możliwość skutecznego konkurowania w warunkach gospodarki rynkowej. Jak to również wskazał SOKiK w wyroku z dnia 8 listopada 2004 roku (sygn. akt XVII Ama18/03) działanie blokujące lub ograniczające taką możliwość jest szczególnie społecznie szkodliwe, gdyż hamuje rozwój przedsiębiorczości.

Praktyka, o jakiej mowa w art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów może polegać tak na działaniu jak i na zaniechaniu (wyrok Sądu Najwyższego z 13 maja 2008 roku - III SK 30/07), a skutkiem tej praktyki są zwykle negatywne konsekwencje dla innych uczestników rynku pozbawionych możliwości uczestnictwa w obrocie w zakresie i na warunkach jakie byłyby dla nich dostępne, gdyby praktyka ta nie była stosowana.

Ponadto należy wskazać na istotny pogląd, według którego w świetle literalnej wykładni omawianego przepisu, praktyki naruszającej konkurencję poprzez nadużywanie pozycji dominującej dopuszcza się przedsiębiorca, którego działania lub zaniechania nie tylko uniemożliwiają lub utrudniają powstanie warunków, w których na danym rynku pojawią się konkurenci, ale nawet powstanie tych warunków opóźniają[1].

W przypadku tego rodzaju praktyki, na ocenę działania dominanta nie ma wpływu ilość konkurentów dotkniętych skutkami podejmowanych przez niego działań tj. np. wyeliminowanych z rynku. Przedmiotem analizy jest bowiem w tym przypadku wyłącznie sposób postępowania podmiotu dominującego i efekt jego działania.

Można w rezultacie stwierdzić, że z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy wynika, iż przepis ten jest narzędziem do ochrony rynku przed jego dezorganizacją ze strony przedsiębiorców wykorzystujących swą pozycję dominującą na rynku (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 sierpnia 2003r., (sygn. akt I CK 185/2003).

Posiadanie przez SM „Metalurg" pozycji dominującej na rynku zostało wykazane powyżej, wobec powyższego koniecznym pozostaje udowodnienie, iż działania tego przedsiębiorcy przeciwdziałały ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

W niniejszej sprawie istota nadużywania przez SM „Metalurg" pozycji dominującej na rynku sprowadza się do odmowy „Skynet-Premex" Sp. z o.o. udzielenia zgody na zainstalowanie w zasobach tej Spółdzielni urządzeń telekomunikacyjnych w celu świadczenia usług dostępu do Internetu. Poprzez takie zachowanie na rynku, Spółdzielnia w ocenie Prezesa Urzędu przeciwdziałała rozwojowi konkurencji na powiązanym z rynkiem właściwym w tej sprawie i zdefiniowanym powyżej tj. na rynku świadczenia usług dostępu do Internetu o czym świadczą poniższe przedstawione przesłanki.

Jak wskazano to w opisie stanu faktycznego świadczenie usług dostępu do Internetu jest świadczeniem usług telekomunikacyjnych. Działalność ta zgodnie z art. 10 Prawa telekomunikacyjnego jest działalnością regulowaną i podlega wpisowi do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych prowadzonego przez Prezesa UKE. Wobec powyższego przedsiębiorca posiadający odpowiedni wpis do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych posiada prawo do świadczenia usług telekomunikacyjnych po uzyskaniu zgody właściciela lub zarządcy nieruchomości. Tym samym właściciele lub zarządcy nieruchomości pomimo tego, iż nie prowadzą działalności na rynku świadczenia usług dostępu do Internetu mogą poprzez swoje działania wpływać na stan konkurencji na tym rynku. Stąd też rynek udostępniania zasobów mieszkaniowych w celu budowy sieci telekomunikacyjnej służącej do świadczenia usług dostępu do Internetu, na którym prowadzi

[1] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod redakcją Tadeusza Skocznego, Wydawnictwo C.H. Beck, 2009, str. 679

działalność SM „Metalurg” oraz rynek świadczenia usług dostępu do Internetu, na którym prowadzi działalność „Skynet-Premex” Sp. z o.o. są rynkami wzajemnie powiązanymi. Skutkiem odmowy przez SM „Metalurg” zgody na zainstalowanie sieci telekomunikacyjnej jest tym samym faktyczne uniemożliwienie przedsiębiorcom prowadzenia działalności gospodarczej w jej zasobach przez innych operatorów telekomunikacyjnych. Na skutek tych działań tylko SM „Metalurg” oraz dotychczasowi operatorzy, czy też ci z nich, którym SM „Metalurg” chce umożliwić świadczenie tego rodzaju usług, mogą te usługi wykonywać.
Jak przedstawiono to w opisie stanu faktycznego, „Skynet-Premex” Sp. z o.o. praktycznie od września 2005r., kiedy to pisemnie zwróciła się do Spółdzielni o wyrażenie zgody na instalację sieci telekomunikacyjnej prowadzi starania w celu rozpoczęcia w jej zasobach świadczenia usług dostępu do Internetu. SM „Metalurg” jednak konsekwentnie nie wyrażała zgody na świadczenie przedmiotowych usług przez „Skynet-Premex” Sp. z o.o. Świadczy o tym przede wszystkim pismo Spółdzielni z dnia 11.10.2005r. (karta nr 79), w którym podtrzymała swoje wcześniejsze stanowisko i poinformowała „Skynet-Premex” Sp. z o.o., iż w związku z tym, że w 2003r. wybudowała własną sieć w swoich zasobach mieszkaniowych nie jest zainteresowana budową konkurencyjnej sieci. Powyższe w ocenie Prezesa Urzędu świadczy jednoznacznie o tym, iż Spółdzielnia chciała uniemożliwić „Skynet-Premex” Sp. z o.o. świadczenie usług dostępu do Internetu w jej zasobach mieszkaniowych. Spółdzielnia w toku postępowania co prawda twierdziła, iż nie odmówiła „Skynet-Premex” Sp. z o.o. budowy sieci telekomunikacyjnej, ale uzależniła swoją zgodę od spełnienia przez nią określonych warunków, lecz nie można zgodzić się z tym stanowiskiem Spółdzielni. Oprócz ww. pisma z dnia 11.10.2005r. świadczą o tym poniższe fakty.

Spółdzielnia w 2006r. przedstawiła „Skynet-Premex” Sp. z o.o. warunki, które przedsiębiorca musiał spełnić, aby były podstawy do zawarcia umowy, lecz w ocenie Prezesa Urzędu warunki te miały na celu, o ile nie uniemożliwienie, to zniechęcenie „Skynet-Premex” Sp. z o.o. do dalszych starań zmierzających do rozpoczęcia świadczenia usług oraz spowodowanie opóźnienia ich świadczenia w czasie. Warunki te szczegółowo opisano na stronach 5 i 6 niniejszej decyzji. Należy również zauważyć, iż spełnienie omawianych warunków przez „Skynet-Premex” Sp. z o.o. nie oznaczało automatycznego podpisania umowy. Jak wynika z treści pism skierowanych przez SM „Metalurg” do „Skynet-Premex” Sp. z o.o. od spełnienia tych warunków, Spółdzielnia uzależniała jedynie zajęcie ostatecznego stanowiska (karta nr 35 i nr 38).
Analizując przedstawione przez Spółdzielnię warunki należy zauważyć, iż część z nich, takie jak np. uporządkowanie terenu po pracach ziemnych czy też uzgodnienie z administratorem terminu prac, można uznać za uzasadnione i wynikające z dbałości Spółdzielni o jej mienie.
Jednakże część z warunków w ocenie Prezesa Urzędu była nieuzasadniona, miała na celu jeśli nie uniemożliwienie to znaczne utrudnienie „Skynet-Premex” Sp. z o.o. rozpoczęcia świadczenia usług dostępu do Internetu. Pomimo to „Skynet-Premex” Sp. z o.o. podjął działania w celu ich spełnienia.
Przede wszystkim za taki nieracjonalny warunek należy uznać wymaganie od „Skynet-Premex” Sp. z o.o. wystąpienia do ENION SA o przydział mocy energii elektrycznej wraz z montażem licznika w celu zasilania ewentualnie wykorzystanych urządzeń. Jak wynikało z odpowiedzi ENION SA minimalna moc umowna, jaką mógłby on przydzielić „Skynet-Premex” Sp. z o.o. była tysiąckrotnie wyższa od potrzebnej do funkcjonowania sieci. Dlatego też ENION SA, zaproponował korzystanie z sieci administratora budynków. W ocenie Prezesa Urzędu wymaganie przez SM „Metalurg” od „Skynet-Premex” Sp. z o.o. realizacji kosztownej i w zasadzie niepotrzebnej inwestycji, czyniło to przedsięwzięcie dla tego przedsiębiorcy mało opłacalnym i miało na celu zniechęcenie go do dalszych działań. Pomimo tego „Skynet-Premex” Sp. z o.o. wyraził wolę spełnienia powyższego warunku po podpisaniu umowy ze Spółdzielnią (karta nr 40).
Jako kolejne utrudnienia ze strony Spółdzielni można również uznać wymaganie od „Skynet-Premex” Sp. z o.o. przedstawienia szczegółowej dokumentacji technicznej sieci, pomimo dołączenia poglądowego schematu wewnętrznej instalacji budynkowej do wniosku z września

2005r. (karta nr 40) oraz pomimo tego, iż prawo budowlane nie wymaga wykonywania projektów, uzyskania pozwolenia na budowę ani nawet zgłoszenia odpowiedniemu organowi wykonywania pracy wewnątrz budynków. Również Prawo telekomunikacyjne nie nakłada na operatora obowiązku wykazywania sposobu, możliwości świadczenia usług i korzystania z nieruchomości. Art. 140 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego stanowi jedynie, że warunki korzystania z nieruchomości przez operatora określa się w umowie. O ile jednakże można by w pewnym stopniu uznać za uzasadnione wymaganie przedstawienia szczegółowego schematu technicznego sieci, to sposób współpracy Spółdzielni ze „Skynet-Premex" Sp. z o.o. albo raczej jej braku jest dla Prezesa Urzędu niezrozumiały. „Skynet-Premex" Sp. z o.o. chcąc sprostać temu warunkowi Spółdzielni zwrócił się do niej o udostępnienie dokumentacji technicznej budynków. Jednak został przez Spółdzielnię odesłany w tym celu do projektanta budynków, który z kolei stwierdził, iż jedyny egzemplarz takiej dokumentacji posiada Spółdzielnia. Spółdzielnia co prawda w toku postępowania antymonopolowego w korespondencji z Prezesem Urzędu (karta nr 192) stwierdziła, iż schemat sieci można dokonać w oparciu o obmiary z natury, jednakże takowej ugodowej postawy nie prezentowała w toku negocjacji tej kwestii ze „Skynet-Premex" Sp. z o.o., nie poinformowała o swoim stanowisku w tym zakresie chociażby w piśmie informującym przedsiębiorcę, iż posiada jeden egzemplarz dokumentacji, którego nie udostępnia na zewnątrz. Stąd też takowe zachowanie Spółdzielni w ocenie Prezesa Urzędu należy uznać za działania mające na celu utrudnianie „Skynet-Premex" Sp. z o.o. rozpoczęcia działalności w jej zasobach mieszkaniowych, które w efekcie uniemożliwiły temu przedsiębiorcy świadczenie usług dostępu do Internetu.

Należy również zauważyć, iż Spółdzielnia w toku postępowania tłumaczyła swoje zachowanie zamiarem dbałości o estetykę jej budynków, ewentualnymi utrudnieniami w trakcie malowania czy też uniemożliwieniem racjonalnego korzystania z nieruchomości. Ustosunkowując się do powyższego przede wszystkim należy wskazać, iż w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu, w piśmie z dnia 29.02.2009r. (karta nr 7), SM „Metalurg", wskazała operatorów, którzy świadczą usługi telekomunikacyjne w jej zasobach. Spółdzielnia poinformowała Prezesa Urzędu, iż przedsiębiorcy ci w ramach prowadzonej działalności oferują usługi w zakresie telewizji kablowej oraz dostawy sygnału internetowego. Ponadto Spółdzielnia wyjaśniła, iż należąca do niej sieć internetowa obejmuje całe jej zasoby. Informacje te potwierdziła Spółdzielnia w piśmie z dnia 07.05.2009r. (karta nr 19). Z informacji tych wynikało, iż oprócz SM „Metalurg" usługi dostępu do Internetu w jej zasobach świadczy: UPC Polska Sp. z o.o., TK Vega oraz TP SA. Jednakże jak wynika z późniejszego pisma Spółdzielni skierowanego do Prezesa UOKiK (karta nr 113) przedsiębiorcy tacy jak UPC Polska Sp. z o.o. czy też „Telsat" dopiero teraz negocjują z nią rozszerzenie usług o dostawę Internetu. Oznacza to, iż członkowie Spółdzielni obecnie mają możliwość korzystania usług Internetowych dostarczanych tylko przez Spółdzielnię, TK Vega oraz TP SA lub też operatorów takich jak Netia SA, z którymi być może mieszkańcy posiadają indywidualnie zawarte umowy. Tym samym twierdzenia Spółdzielni o dużej ilości operatorów świadczących usługi dostępu do Internetu nie są zgodne z prawdą.

Spółdzielnia w toku postępowania, na okoliczność dużej liczby operatorów w jej budynkach przedstawiła schemat jednego z nich z oznaczeniem sieci operatorów (karta nr 19). Jednakże jak wynika z tego schematu (karta nr 20), w jednej z klatek schodowych przedmiotowego budynku jest sieć „Telsat" oraz UPC Polska Sp. z o.o., a w drugiej sieć internetowa SM „Metalurg" i TP SA. Tym samym twierdzenie Spółdzielni o dużej ilości operatorów w danym budynku, nie znajduje podstaw. Stąd też twierdzenie, iż wyrażenie zgody na rozpoczęcie w zasobach Spółdzielni świadczenia usług przez kolejnego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego utrudniłoby racjonalne korzystanie z nieruchomości, czy też pogorszyłoby estetykę budynku, nie znajduje uzasadnienia.

Spółdzielnia w toku postępowania postawiła „Skynet-Premex" Sp. z o.o. zarzut zamiaru monopolizacji rynku (karta nr 192). Jednakże w świetle przedstawionych powyżej informacji tj. świadczenia usług dostępu do Internetu w zasobach spółdzielni przez co najmniej kilku

przedsiębiorców, w tym i przez samą Spółdzielnię, zarzut Spółdzielni dotyczący zamiaru monopolizacji rynku należy uznać za bezzasadny. Z materiału dowodowego zgromadzonego w aktach sprawy nie wynika aby „Skynet-Premex" Sp. z o.o. na jakimkolwiek etapie negocjacji ze Spółdzielnią żądał zakończenia świadczenia usług dostępu do Internetu przez innych przedsiębiorców w tym i przez Spółdzielnię. Stąd też powyższy zarzut Spółdzielni należy uznać za nieuzasadniony.
Należy również zauważyć, iż SM „Metalurg" w piśmie z dnia 01.03.2010r. stwierdziła, iż „Skynet-Premex" Sp. z o.o. nie była zainteresowana jakąkolwiek formą odpłatności na rzecz Spółdzielni (karta nr 192). Jednakże zdaniem Prezesa UOKIK, Spółdzielnia mogła w tym zakresie prowadzić ze „Skynet-Premex" Sp. z o.o. odpowiednie negocjacje. Jednakże ze zgromadzonego materiału dowodowego nie wynika, iż Spółdzielnia negocjowała ze „Skynet-Premex" Sp. z o.o. taki warunek umowy. Ograniczyła się jedynie do postawienia temu przedsiębiorcy innych – technicznych warunków opisanych szczegółowo powyżej.

Wobec powyższego w świetle przedstawionych powyżej okoliczności w ocenie Prezesa Urzędu, brak było jakikolwiek racjonalnych podstaw do nie udzielenia przez SM „Metalurg" zgody na budowę przez „Skynet-Premex" Sp. z o.o. sieci telekomunikacyjnej w celu świadczenia usług dostępu do Internetu. Tym samym fakt odmowy przez Spółdzielnię udzielenia zgody „Skynet-Premex" Sp. z o.o. na budowę sieci telekomunikacyjnej należy uznać za udowodniony.

Ponadto należy wskazać, iż jako alternatywnego rozwiązania dla „Skynet-Premex" Sp. z o.o. nie można uznać świadczenia usług dostępu do Internetu poprzez tzw. dostęp telekomunikacyjny. Jak wskazała, „Skynet-Premex" Sp. z o.o. w piśmie z dnia 11.05.2009r. przedsiębiorca ten teoretycznie mógł zwrócić się o taki dostęp do innego operatora (karta nr 24). Jednakże z uwagi na odmienną technologię świadczonych usług, długotrwałość procedury uzyskania dostępu, konieczność uiszczenia opłaty za dostęp, zależność od innego przedsiębiorcy, podrożenie oferty cenowej, świadczenia usług w tej technologii nie można uznać za alternatywne do świadczenia usług poprzez własne sieci. Ponadto konieczność korzystania z usług innego operatora powodowałaby, iż skuteczność konkurencji pomiędzy „Skynet-Premex" Sp. z o.o., a innymi operatorami zostałaby ograniczona.

Należy również wskazać, iż świadczenie usług dostępu do Internetu powinno być rynkiem w pełni konkurencyjnym. Tym czasem jak przedstawiono powyżej działania SM „Metalurg" doprowadziły do ograniczenia konkurencji na tym rynku w sposób całkowicie nieusprawiedliwiony. Przesądza o tym przede wszystkim fakt, iż istnieją warunki techniczne umożliwiające instalowanie urządzeń telekomunikacyjnych w zasobach mieszkaniowych SM „Metalurg" oraz jak wykazano to powyżej z uwagi na małą liczbę operatorów, brak jest przeszkód technicznych do instalacji w jej zasobach sieci kolejnego operatora. Ponadto pomimo takowego twierdzenia, SM „Metalurg", w żaden konkretny sposób nie udowodniła, iż wejście na ten rynek konkretnego operatora uniemożliwiłoby racjonalne korzystanie z jej nieruchomości.

Należy ponadto zauważyć, iż w zasobach SM „Metalurg" działa oficjalnie zaledwie kilku operatorów. Dodatkowym podkreśleniem winy Spółdzielni jest fakt posiadania przez nią własnej sieci telewizji kablowej służącej również do świadczenia usług dostępu do Internetu. Stąd też w ocenie Prezesa Urzędu faktycznym powodem odmowy przez SM „Metalurg" wejścia na obszar jej zasobów mieszkaniowych konkretnego operatora telekomunikacyjnego, było zapewnienie sobie popytu na te usługi ze strony jej mieszkańców. Świadczy o tym również treść ulotek (karta nr 28 i nr 30) rozprowadzanych przez Spółdzielnię po rozwiązaniu umowy z przedsiębiorcą, od którego „Skynet-Premex" Sp. z o.o. zakupiła sieć internetową. Z ulotek tych wynika, iż wszyscy dotychczasowi abonenci tej firmy mogą zostać nieodpłatnie przyłączeni do sieci Spółdzielni po zawarciu z nią stosownej umowy. Prezes Urzędu nie kwestionuje prawa Spółdzielni do informowania jej członków, iż „Skynet-Premex" Sp. z o.o. nie posiada zawartej z nią umowy, jednakże należy zauważyć, iż działania Spółdzielni były nastawione również, a może nawet przede wszystkim na pozyskanie nowych abonentów, dotychczas obsługiwanych przez tego przedsiębiorcę.

Skutkiem tych działań SM „Metalurg” było z jednej strony uniemożliwienie „Skynet-Premex” Sp. z o.o. wejścia na ten rynek, a z drugiej strony pozbawienie mieszkańców Spółdzielni, czyli potencjalnych klientów (konsumentów) większego wyboru ilości operatorów, którzy mogliby świadczyć tego rodzaju usługi na terenie Spółdzielni.

Tym samym działania Spółdzielni niewątpliwie doprowadziły do ograniczenia rozwoju konkurencji na rynku świadczenia usług dostępu do Internetu, powiązanym z rynkiem świadczenia usług udostępniania zasobów mieszkaniowych SM „Metalurg” w celu budowy sieci telekomunikacyjnej dla świadczenia usług dostępu do Internetu. Wskazać przy tym należy, iż do uznania, że Spółdzielnia naruszyła art. 9 ust. 2 pkt 5 nie jest konieczne wykazanie, wyeliminowania wszelkiej konkurencji. Przesłanką wystarczającą do stwierdzenia tej praktyki jest wykazanie, że przedsiębiorca tj. w tym przypadku Spółdzielnia ograniczyła rozwój konkurencji. W niniejszej sprawie Spółdzielnia nie wyrażając zgody „Skynet-Premex” Sp. z o.o. na rozpoczęcie świadczenia w jej zasobach usług dostępu do Internetu niewątpliwie doprowadziła do ograniczenia konkurencji na tym rynku.

Nie bez wpływu na ocenę takiej praktyki pozostają również skutki jakie spowodowało zachowanie Spółdzielni dla konsumentów tj. mieszkańców jej zasobów. Na skutek takich działań SM „Metalurg” ograniczyła swoim mieszkańcom możliwość wyboru przedsiębiorcy świadczącego usługi dostępu do Internetu. Skutki działania Spółdzielni dotknęły bezpośrednio „Skynet-Premex” Sp. z o.o., mogły one jednak dotyczyć także wszystkich osób, które chciałyby korzystać z usług dostępu do Internetu, poprzez pozbawienie ich możliwości wyboru najlepszej dla nich oferty oraz skorzystania z działania mechanizmów wolnej konkurencji.

O wyjątkowej naganności działań SM „Metalurg” świadczy fakt, iż oprócz przedsiębiorców telekomunikacyjnych również Spółdzielnia w swoich zasobach świadczy usługi dostępu to Internetu. Tym samym nie wyrażając zgody na rozpoczęcie w jej zasobach przez „Skynet-Premex” Sp. z o.o. świadczenia usług dostępu do Internetu, Spółdzielnia ograniczyła ilość konkurentów na rynku, na którym również prowadzi działalność gospodarczą oraz uzyskuje z tego tytułu przychody.

Tym samym należy uznać, iż zebrany w postępowaniu materiał dowodowy daje podstawy do uznania, że SM „Metalurg” ogranicza konkurencję na rynku świadczenia usług dostępu do Internetu, na powiązanym z tym rynkiem, rynku udostępniania przez tą Spółdzielnię zasobów mieszkaniowych w celu budowy sieci telekomunikacyjnej niezbędnej do świadczenia usług dostępu do Internetu, co jest praktyką ograniczającą konkurencję o jakiej mowa w art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Stąd też Prezes Urzędu orzekł jak w punkcie I.1 sentencji niniejszej decyzji.

2. Stosownie do art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę karę pieniężną, jeżeli przedsiębiorca ten dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6 w zakresie nie wyłączonym na podstawie art. 7 i 8, lub zakazu o jakim mowa w art. 9 tej ustawy, w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego przez tego przedsiębiorcę w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Wysokość nałożonej kary powinna spełniać funkcję prewencyjną tj. zapobiegać w przyszłości naruszeniom przepisów ustawy, a także i represyjną tj. stanowić reperkusję za jej naruszenie.

Prezes Urzędu uznał w punkcie I.1 niniejszej decyzji, iż działania SM „Metalurg” naruszyły art. 9 ust. 2 pkt 5 ww. ustawy, co wykazano w uzasadnieniu do tego punktu decyzji. Dlatego też nałożenie na Spółdzielnię kary pieniężnej jest celowe.

Ustalając wysokość kary pieniężnej nakładanej na SM „Metalurg” w niniejszym postępowaniu, Prezes Urzędu ocenił przede wszystkim szkodliwość naruszenia przez Spółdzielnię ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Oceniając tą przesłankę Prezes Urzędu uznał, iż Spółdzielnia posiadając pozycję dominującą, a nawet tzw. „monopolistyczną” na rynku udostępniania jej zasobów mieszkaniowych w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych, poprzez odmowę wydania zgody na zainstalowanie w jej

zasobach urządzeń telekomunikacyjnych „Skynet-Premex" Sp. z o.o., w istotny sposób ograniczyła konkurencję na rynku świadczenia usług dostępu do Internetu poprzez ograniczenie liczby przedsiębiorców świadczących tego rodzaju usługi w jej zasobach. Skutkiem tego członkowie Spółdzielni posiadali ograniczony wybór dostawcy usług dostępu do Internetu, tylko pomiędzy SM „Metalurg" a dotychczas działającymi tam operatorami. Tym samym Spółdzielnia nie wyrażając zgody „Skynet-Premex" Sp. z o.o. na budowę sieci telekomunikacyjnej w znaczny sposób ograniczyła rozwój konkurencji na tym rynku. Ponadto na skutek stosowania powyższej praktyki Spółdzielnia zapewniła sobie co miesięczne stałe przychody z tytułu świadczenia usług Internetu poprzez własną sieć. Mając powyższe na uwadze Prezes Urzędu zaliczył takową praktykę SM „Metalurg" do poważnego naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Dlatego też Prezes Urzędu jako podstawę do dalszego ustalania wysokości kary pieniężnej, przyjął kwotę 0,3% przychodu Spółdzielni uzyskanego w 2009r.

W dalszej kolejności ustalając wysokość kary pieniężnej, Prezes Urzędu ocenił specyfikę rynku świadczenia usług dostępu do Internetu w zasobach SM „Metalurg".
Jak wykazało niniejsze postępowanie Spółdzielnia poprzez swoje działania co prawda ograniczyła liczbę przedsiębiorców świadczących w jej zasobach usługi dostępu do Internetu, jednakże jej mieszkańcy nie zostali całkowicie pozbawieni możliwości wyboru przedsiębiorcy świadczącego tego rodzaju usługi. Z zgromadzonego materiału dowodowego wynika, iż w zasobach Spółdzielni świadczy usługi dostępu do Internetu oprócz niej samej co najmniej kilku przedsiębiorców, w tym i świadczący tego rodzaju usługi drogą radiową.
Ponadto Prezes Urzędu wziął pod uwagę, iż przychody uzyskiwane przez Spółdzielnię ze świadczenia usług dostępu do Internetu oraz udostępniania jej zasobów innym operatorom telekomunikacyjnym, stanowią niewielką część jej przychodów, dlatego też na tym etapie miarkowania kary Prezes Urzędu uznał za uzasadnione obniżenie kary ustalonej na poprzednim etapie o 40%.

Ponadto ustalając wysokość kary pieniężnej Prezes Urzędu wziął również pod uwagę długotrwałość stosowania przez Spółdzielnię praktyki ograniczającej konkurencję, czyli to, iż praktyka trwała dłużej niż rok, co spowodowało szkody zarówno dla „Skynet-Premex" Sp. z o.o. jak i dla jej członków. Stąd też mając powyższe na uwadze, uznano za uzasadnione podwyższenie kwoty kary pieniężnej ustalonej na poprzednim etapie o 30%.

Miarkując wymiar kary pieniężnej Prezes Urzędu wziął również pod uwagę okoliczności obciążające i łagodzące, w szczególności zaś niewątpliwą umyślność działania Spółdzielni, której działania jasno wskazywały, iż nie chciała dopuścić do świadczenia przez „Skynet-Premex" Sp. z o.o. w jej zasobach mieszkaniowych usług dostępu do Internetu. Prezes Urzędu przyjął, iż okoliczność tą należy uznać za przesłankę obciążającą. Stąd też uznał za zasadne podwyższenie wysokości kary pieniężnej ustalonej na poprzednim etapie o 10%.

Ostatecznie mając na uwadze powyżej przedstawione przesłanki Prezes Urzędu uznał za zasadne nałożenie na SM „Metalurg" kary pieniężnej w wysokości 33.282 PLN (słownie: trzydziestu trzech tysięcy dwustu osiemdziesięciu dwóch złotych) stanowiącej ok. 2,57 % kary maksymalnej jaka mogłaby być nałożona na tego przedsiębiorcę za naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W ocenie Prezesa Urzędu, kara pieniężna nałożona w powyższej wysokości, jest adekwatna do stopnia naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i pełni funkcję represyjną, gdyż podkreśla naganność zachowania przedsiębiorcy, który dopuścił się stosowania praktyk ograniczających konkurencję. Nałożenie kary pieniężnej w niższej wysokości spowodowałoby, iż kara utraciłaby swój charakter represyjny. Jednocześnie nałożona kara pełni funkcję prewencyjną, gdyż zapobiega stosowaniu w przyszłości sprzecznych z interesem publicznym praktyk ograniczających konkurencję.

Stąd też orzeczono jak punkcie I.2 sentencji niniejszej decyzji.

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, karę pieniężną należy wpłacić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie w NBP o/o Warszawa Nr 51101010100078782231000000, w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

3. Zgodnie z art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu rozstrzyga o kosztach w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie. W myśl art. 77 tej ustawy, jeżeli postępowanie zostało wszczęte z urzędu i w jego wyniku Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przepisów tejże ustawy, przedsiębiorca lub związek przedsiębiorców, który dopuścił się tego naruszenia, zobowiązany jest ponieść koszty postępowania.

Niniejsze postępowanie antymonopolowe zostało wszczęte z urzędu. W jego wyniku w punkcie I.1 sentencji przedmiotowej decyzji Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez SM „Metalurg" art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Kosztami niniejszego postępowania są dla Prezesa Urzędu wydatki związane z doręczaniem Spółdzielni pism w toku postępowania. W związku z powyższym postanowiono obciążyć SM „Metalurg" kwotą kosztów w wysokości 39 PLN (słownie: trzydziestu dziewięciu złotych).

W związku z powyższym orzeczono jak w punkcie I.3 sentencji.

Koszty niniejszego postępowania, na podstawie art. 264 § 1 kodeksu postępowania administracyjnego, w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów należy wpłacić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie w NBP o/o Warszawa Nr 51101010100078782231000000.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479^{28} § 2 Kpc – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Katowicach.

W przypadku jednak kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach zawartego w punkcie I.3 niniejszej decyzji, stosownie do art. 81 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z 479^{32} § 1 i 2 Kpc, przysługuje zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Katowicach w terminie tygodnia od dnia doręczenia niniejszej decyzji.

Maciej Fragsztajn
Dyrektor Delegatury