



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA W KATOWICACH**

Katowice, dnia 24.12.2013r.

RKT-411-01/13/MK

Decyzja nr RKT-48/2013

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, Dz.U. z 2011r. Nr 34, poz. 173) i § 1 pkt 3 oraz § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. Nr 107, poz. 887), po przeprowadzeniu wszczętego z urzędu postępowania przeciwko Spółdzielni Mieszkaniowej „Hutnik” w Sosnowcu,

– w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

I. Na podstawie art. 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, **uznaje się** za praktykę ograniczającą konkurencję nadużywanie przez Spółdzielnię Mieszkaniową „Hutnik” w Sosnowcu pozycji dominującej na rynku udostępniania jej zasobów mieszkaniowych w celu świadczenia przez innych przedsiębiorców usług telekomunikacyjnych, poprzez uniemożliwienie Panu Bartłomiejowi D. prowadzącemu działalność gospodarczą jako Soft Pro2 w Sosnowcu, świadczenia usług telekomunikacyjnych w jej zasobach, 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 telekomunikacyjnych w jej zasobach i **nakazuje się zaniechanie jej stosowania.**

II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, **nakłada się** na Spółdzielnię Mieszkaniową „Hutnik” w Sosnowcu, **karę pieniężną** w wysokości 42.294 PLN (słownie: czterdziestu dwóch tysięcy dwustu dziewięćdziesięciu czterech 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 sentencji niniejszej decyzji.

III. Na podstawie art. 77 ust. 1 i art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz na podstawie art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960r. Kodeks postępowania

administracyjnego (tekst jedn. Dz.U. z 2013r. poz. 267), w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów **postanawia się** obciążyć Spółdzielnię Mieszkaniową „Hutnik” w Sosnowcu, kosztami opisanego w punkcie I sentencji decyzji postępowania w sprawie nadużywania pozycji dominującej na rynku oraz **zobowiązuje się** tego przedsiębiorcę do zwrotu na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kosztów postępowania w kwocie 40 PLN (słownie: czterdziestu złotych) w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się decyzji.

Uzasadnienie

W związku z otrzymanym przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zawiadomieniem p. Bartłomieja D. SoftPro2 w Sosnowcu (zwanego dalej: Soft Pro2) , w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego dalej: Prezesem Urzędu) zostało przeprowadzone postępowanie wyjaśniające o sygn. RKT-400-17/12/MK, w sprawie podejrzenia stosowania przez Spółdzielnię Mieszkaniową „Hutnik” w Sosnowcu (zwana dalej: SM Hutnik lub Spółdzielnią) praktyk ograniczających konkurencję.

Ponieważ przeprowadzone postępowanie wyjaśniające dało podstawy do przypuszczenia, iż SM Hutnik może stosować praktyki ograniczające konkurencję, postanowieniem nr 1 z dnia 12.02.2013r. zostało wszczęte z urzędu w imieniu Prezesa Urzędu postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem nadużywania przez Spółdzielnię Mieszkaniową „Hutnik” w Sosnowcu pozycji dominującej na rynku udostępniania jej zasobów mieszkaniowych w celu świadczenia przez innych przedsiębiorców usług telekomunikacyjnych, poprzez uniemożliwienie Soft Pro2 w Sosnowcu, świadczenia usług telekomunikacyjnych w jej zasobach, co może być 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 telekomunikacyjnych w jej zasobach.

Postanowieniem nr 2 z tego samego dnia, Prezes Urzędu zaliczył w poczet materiału dowodowego niniejszego postępowania materiał dowodowy zebrany w postępowaniu wyjaśniającym poprzedzającym wszczęcie niniejszego postępowania.

Stanowisko SM Hutnik

W toku prowadzonego postępowania wyjaśniającego oraz antymonopolowego w tej sprawie SM Hutnik pismami z dnia 13.03.2012r. oraz z dnia 28.02.2013r. poinformowała Urząd, iż na terenie jej zasobów mieszkaniowych, usługi telekomunikacyjne świadczy kilku przedsiębiorców (dowód: karty nr 8 i nr 272). Jak stwierdziła Spółdzielnia z umów zawartych z ww. operatorami wynika, iż każdy z nich może świadczyć usługi w całości jej zasobów mieszkaniowych, co jednakże nie oznacza, iż rzeczywiście je wykonuje (dowód: karta nr 12 verte). Wykaz operatorów, którzy w jej zasobach rzeczywiście świadczą usługi, został przedstawiony na kartach od nr 10 do nr 12 akt sprawy.

W Spółdzielni nie obowiązuje szczególny regulamin dotyczący udostępniania zasobów operatorom telekomunikacyjnym. Z wyjaśnień złożonych przez stronę niniejszego postępowania wynika, iż udostępnienie jej zasobów następuje każdorazowo na podstawie negocjacji, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Punktem wyjściowym do udostępniania zasobów mieszkaniowych operatorom telekomunikacyjnym jest ustawa z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (Dz.U. z 2010r. Nr 106, poz. 675 ze zm. – zwana dalej: uowrust), która weszła w życie 17 lipca 2010r. Ustawa ta zdaniem SM Hutnik nakłada na nią obowiązek zachowania w trakcie negocjacji z operatorami telekomunikacyjnymi należytej dbałości o jej zasoby tj. stan klatek, przebieg instalacji oraz estetykę jej wykonania. Zgodnie z art. 30 ust. 4

oraz art. 33 ust. 3 uowrust, warunki dostępu do budynków powinna określać umowa zawarta pomiędzy podmiotem ubiegającym się o dostęp, posiadaczem lub użytkownikiem nieruchomości, czyli w tym przypadku Spółdzielnią. Zawarcie umowy powinno być poprzedzone negocjacjami jej treści w zakresie np. określenia przedmiotu dostępu tj. sprecyzowania nieruchomości, sposobu realizacji dostępu i technicznych rozwiązań z tym związanych oraz z zachowaniem zasad ponoszenia kosztów eksploatacji sieci np. energii elektrycznej. Ponadto SM Hutnik wyjaśniła, iż prowadząc negocjacje kieruje się wytycznymi Prezesa UKE w tym zakresie. Dlatego też negocjacje wymagają jej zdaniem ścisłej współpracy z potencjalną stroną umowy tj. operatorem telekomunikacyjnym. Podstawą natomiast udostępnienia zasobów są przepisy ustawy, a przedsiębiorca telekomunikacyjny przystępujący do negocjacji powinien wykazać się profesjonalizmem oraz znajomością uowrust. Stąd też Spółdzielnia ma prawo oczekiwać, aby już we wstępnej fazie negocjacji, operator przedłożył wszelkie konieczne dokumenty, których analiza pozwoli na przystąpienie do rokowań np. dokumentu potwierdzającego posiadanie statusu przedsiębiorcy telekomunikacyjnego ubiegającego się o dostęp, a nie jakiegokolwiek innego podmiotu. Nie bez znaczenia jest sprecyzowanie nieruchomości do których zainteresowany przedsiębiorca zamierza uzyskać dostęp. Jest to konieczne do ustalenia stanu prawnego nieruchomości oraz legitymacji Spółdzielni do prowadzenia negocjacji i zawarcia umowy.

Zdaniem SM Hutnik nie odmówiła ona do tej pory udziału w negocjacjach lub podpisania umowy żadnemu podmiotowi. Kierowane do niej pisma przedsiębiorców pomimo tego, iż zawierały braki formalne nigdy nie pozostawały bez odpowiedzi, a jeśli zachodziła taka konieczność wzywała przedsiębiorców do uzupełnienia wniosków. Wyjątkiem była Soft Pro 2 Sp. z o.o., która bezumownie zaczęła świadczyć usługi na jej terenie.

Z wyjaśnień Spółdzielni wynika, iż w okresie od 01.01.2011r. do 29.02.2012r. wniosek o zawarcie umowy w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych złożyło 6 przedsiębiorców w tym Soft Pro2 oraz Soft Pro 2 Sp. z o.o. w Sosnowcu. Z dwoma ostatnimi przedsiębiorcami nie zostały jednak zawarte stosowne umowy.

Wniosek taki złożył również p. Marcin P. POLnet z Katowic (zwany dalej: POLnet), z którym ostatecznie po przeprowadzeniu konkursu została w lutym 2012r. zawarta umowa w ramach realizacji programu: „Bezpieczne Osiedle”. Powyższa umowa przewiduje świadczenie takich usług jak: Internet, telewizja, telefon, instalacja domofonowa, monitoring oraz montaż samozamykaczy i elektrozaczepów w drzwiach wejściowych (dowód: karty od nr 80 do nr 87).

W przypadku UPC, SM Hutnik w odpowiedzi na wniosek tego operatora (dowód: karta nr 30) zajęła stanowisko, iż chce, aby przedsiębiorca świadczył usługi w całości zasobów, gdyż nie chce różnicować odbiorców (dowód: karta nr 31). Jednakże ostatecznie UPC nie świadczy usług w zasobach, o które wnioskowała (dowód: karty od nr 10 do nr 12).

Z kolei w przypadku wniosku jednego z jej mieszkańców (dowód: karta nr 49) o umożliwienie przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu tj. Centrum Usług Sieciowych świadczenia usług telekomunikacyjnych, Spółdzielnia co prawda kategorycznie nie odmówiła dostępu do jej nieruchomości, jednakże na skutek postawionych warunków, przedsiębiorca nie świadczy usług w jej zasobach (dowód: karty nr od 10 do nr 12).

Natomiast w przypadku operatora ASK w Sosnowcu, z kopii korespondencji pomiędzy SM Hutnik, a tym operatorem wynika (dowód: karty od nr 51 do nr 64), iż od września 2011r. do stycznia 2012r. trwały negocjacje pomiędzy ww. przedsiębiorcami, które zakończyły się dopiero w lutym 2012r. podpisaniem umowy na świadczenie usług w niewielkiej części jej zasobów (dowód: karta nr 6 verte). Z treści korespondencji wynika, iż w trakcie negocjacji SM Hutnik stawiała temu przedsiębiorcy coraz to nowe warunki oraz informowała go, iż obecnie pracuje nad opracowaniem modelu operatorskiego, którego celem będzie stworzenie odpowiedniej telekomunikacyjnej struktury pasywnej na wzór rozwiązań partnerstwa publiczno-prywatnego, a następnie udostępnienie sieci innym operatorom.

Z kolei w przypadku Soft Pro2, Spółdzielnia pismem z dnia 13.03.2012r. wyjaśniła, iż pracownicy działu remontów i inwestycji zapoznają się z możliwościami technicznymi realizacji przedsięwzięcia planowanego przez ww. operatora telekomunikacyjnego (dowód: karta nr 8).

Również w piśmie z dnia 06.06.2012r. (dowód: karty od nr 215 do nr 217) poinformowała, iż rozmowy z ww. przedsiębiorcą ciągle są prowadzone. Od wnioskodawcy wymagane jest przede wszystkim wskazanie i sprecyzowanie kluczowej w tej sprawie kwestii a mianowicie, czy domaga się on dostępu na podstawie art. 33 uowrust, czy też art. 30 tej ustawy. Przepisy te mianowicie dotyczą dwóch różnych rodzajów dostępu do zasobów. Zdaniem Spółdzielni negocjacje z tym przedsiębiorcą uległy wydłużeniu z uwagi na nie przedłożenie przez niego projektu instalacji teletechnicznej w rozumieniu z ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo Budowlane (t.j. Dz.U. z 2010r. Nr 243, poz. 1623 ze zm.) i dlatego też oczekują na ich wznowienie (dowód: karta nr 216).

Ponadto SM Hutnik stwierdziła, iż Soft Pro2 pomimo wezwania do uzupełnienia wniosku, nie uczynił tego. Na potwierdzenie powyższego przesłała: kopię pisma skierowanego do ww. przedsiębiorcy, w którym wzywała go do uzupełnienia wniosku, dowód jego wysłania (dowód: karta nr 237 i 253 verte) oraz kopię notatki służbowej potwierdzającej przeprowadzenie rozmowy telefonicznej z wnioskodawcą w tej sprawie (dowód: karta nr 236). Jej zdaniem przedstawiony „plan” instalacji teletechnicznej w budynku przy ul. Kisielewskiego nie był zgodny z przepisami, które określają wymogi projektu budowlanego wynikające z rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 03.07.2003r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (Dz.U. z 2003r. Nr 120, poz. 1133). W dalszej części powyższego pisma, SM Hutnik poinformowała Soft Pro2, iż do czasu uzupełnienia wniosku, jego rozpatrywanie zostaje wstrzymane.

Spółdzielnia wyjaśniła również, iż Soft Pro2 w toku negocjacji występował raz jako osoba fizyczna, a innym razem jako spółka prawa handlowego, czyli Soft Pro2 Sp. z o.o. Dlatego nie wiedziała ona do końca z kim prowadziła negocjacje (dowód: karty nr 216 i nr 234).

Ustosunkowując się z kolei do zawiadomienia o wszczęciu niniejszego postępowania Spółdzielnia pismem z dnia 28.02.2013r. wyjaśniła (dowód: karty od nr 268 do nr 276), iż będąc dysponentem nieruchomości znajdujących się w jej zasobach mieszkaniowych prowadzi działalność polegającą na udostępnianiu posiadanych zasobów mieszkaniowych przedsiębiorcom telekomunikacyjnym w celu świadczenia usług. Procedurę zawarcia umowy i zakres przedmiotowy dostępu określa uowrust. Jej zdaniem ustawa ta stanowi, iż warunki dostępu przedsiębiorców telekomunikacyjnych do nieruchomości powinna określać umowa zawarta z dysponentem danej nieruchomości, czyli w tym przypadku ze Spółdzielnią. Ustawa ani żaden inny przepis powszechnie obowiązującego prawa, nie przewidują obowiązku zawarcia umowy dostępowej w kształcie i na warunkach zaproponowanych przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego. Zawarcie umowy powinno być poprzedzone negocjacjami, gdyż w tym zakresie ustawa nie wyłącza zasady swobody umów wynikającej z art. 353¹ k.c. Ustawa o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych stanowi jedynie o obowiązku zawarcia umowy, której przedmiotem będzie korzystanie z nieruchomości, nie określa jednak zakresu praw i obowiązków stron związanych z udostępnieniem nieruchomości, pozostawiając możliwość ukształtowania praw i obowiązków samym stronom stosunku zobowiązaniowego. Jak oświadczyła SM Hutnik w niniejszej sprawie w dalszym ciągu są prowadzone negocjacje w sprawie zawartej umowy dostępowej z Soft Pro2, na dowód czego przedsiębiorca przesłał kopię korespondencji pomiędzy nimi (dowód: karty od nr 279 do nr 299).

Ponadto Spółdzielnia po raz kolejny poinformowała, iż ponieważ p. Bartłomiej D. w pismach do niej kierowanych raz występował jako Soft Pro2, której jest właścicielem, a innymi razy jako Soft Pro2 Sp. z o.o., w której jest prezesem zarządu i nie zachowywał w tych pismach konsekwencji, doszło w trakcie negocjacji do konfuzji, którego przedsiębiorcę ww. osoba reprezentuje. To wszystko doprowadziło do wydłużenia negocjacji w ich początkowym okresie, przy czym jej zdaniem żadne z pism Soft Pro2 nie pozostało bez odpowiedzi.

SM Hutnik oświadczyła, iż w toku negocjacji w celu zweryfikowania spełnienia przesłanek wielokrotnie wzywała p. B.D. do uzupełnienia wskazywanych braków formalnych w tym do sprecyzowania wniosku i jego podstawy prawnej, które nie były jednakże przez wnioskodawcę uzupełniane w określonym przez nią zakresie.

Ponadto wyjaśniła, iż przed wejściem w życie w dniu 16.12.2012r. nowelizacji uowrust, zgodnie z ustawą o spółdzielniach mieszkaniowych miała obowiązek uzyskania, zgody

współwłaścicieli nieruchomości na jej udostępnienie. Dlatego też w toku negocjacji wzywała Soft Pro2 o precyzyjne wskazanie nieruchomości, o dostęp do których wnioskuje.

Zdaniem Spółdzielni Soft Pro2 miał również prawo na podstawie przepisów ww. ustawy do złożenia wniosku do Prezesa UKE o wydanie decyzji określającej warunki współpracy oraz wskazanie terminu zakończenia negocjacji nie dłuższego niż 90 dni, z którego to prawa przedsiębiorca nie skorzystał.

Spółdzielnia poinformowała również, iż w negocjacjach z przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi działa zgodnie z przepisami uowrust, ale też stara się kierować ogólnie przyjętą zasadą swobody umów. Ponadto w jej ocenie obowiązki wynikające z ww. ustawy nie są bezwzględne i podlegają ograniczeniu wynikającemu z innych ustaw powszechnie obowiązujących, w tym konstytucyjnej ochrony prawa własności, którą musi przestrzegać. Niemniej jednak zawsze podejmowała negocjacje z przedsiębiorcami wnioskującymi o dostęp, negocjując przy tym warunki umów oraz weryfikując spełnienie przesłanek uzyskania dostępu oraz weryfikując rzetelność kontrahentów. Stąd też prowadzenie negocjacji z Soft Pro2 jest prowadzone według tych samych zasad.

SM Hutnik oświadczyła, iż nie różnicuje przedsiębiorców telekomunikacyjnych, a czas trwania negocjacji zależy od kompletności wniosków i rzetelności wnioskodawców. Na dowód powyższego wskazała przedsiębiorców telekomunikacyjnych świadczących usługi telekomunikacyjne w jej zasobach. Stąd też jej zdaniem nie nadużywa ona pozycji dominującej na rynku poprzez działania, o jakich mowa w art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W piśmie z dnia 28.02.2013r. SM Hutnik ponadto poinformowała, iż w dniu 13.03.2012r. złożyła zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa przez pracowników Soft Pro 2 Sp. z o.o. poprzez instalowanie w jednym z budynków elementów sieci telekomunikacyjnej bez jej zgody. Po jej interwencji oraz mieszkańców, pracownicy spółki odstąpili od wykonywanych prac. Powyższa spółka w tym okresie nie prowadziła negocjacji ze Spółdzielnią.

Podsumowując SM Hutnik oświadczyła, iż brak zawarcia umowy z Soft Pro2 spowodowany jest brakiem kompletnego wniosku złożonego przez tego przedsiębiorcę, nowelizacją w toku negocjacji przepisów uowrust oraz przypadkami bezumownego korzystania z nieruchomości przez spółkę Soft Pro2 Sp. z o.o. Prowadząc negocjacje z Soft Pro2 kieruje się jedynie potrzebą ochrony interesów jej członków. Działania Spółdzielni wobec ww. przedsiębiorcy nie prowadzą do wzrostu cen usług i nie ograniczają wyboru usług dostępnych na rynku. Obecnie w jej zasobach świadczy swoje usługi 8 operatorów telekomunikacyjnych, a ich oferta nie różni się od ofert innych przedsiębiorców na rynku.

Stanowisko Soft Pro2

Soft Pro2 w toku postępowania oświadczyła, iż SM Hutnik na wniosek z dnia 30.11.2011r. o zawarcie umowy na budowę sieci światłowodowej nie udzieliła żadnej odpowiedzi ustnej lub telefonicznej (dowód: karta nr 208). Brak kontaktu ze Spółdzielnią skutkowało brakiem możliwości umówienia się na spotkanie z jej przedstawicielami w celu omówienia projektu umowy dołączonego do wniosku. Z wyjaśnień przedsiębiorcy wynika, iż kierownik działu remontów i inwestycji sekcji ds. terenowo-prawnych SM Hutnik poinformował Soft Pro2, iż oferta zaginęła, ale może uda się ją odnaleźć. Również w kolejnych pismach przesyłanych w toku niniejszego postępowania, przedsiębiorca twierdził, iż na tym etapie negocjacji nie otrzymał żadnej korespondencji ze strony SM Hutnik w tej sprawie (dowód: karta nr 219).

Ponadto pismem z dnia 29.03.2012r. przedsiębiorca po raz kolejny powołując się na art. 33 ust. 3 uowrust wezwał SM Hutnik do odpowiedzi na wniosek z dnia 29.11.2011r. (dowód: karta nr 229). Jednakże także i to pismo pozostało zdaniem przedsiębiorcy bez odpowiedzi z jej strony.

Również z dalszych wyjaśnień złożonych przez Soft Pro2 w toku niniejszego postępowania wynika, iż przedsiębiorca prowadził kolejne próby ustalenia terminu spotkania z SM Hutnik w celu omówienia umowy o dostęp do nieruchomości. Jednak jego zdaniem Zarząd Spółdzielni stosuje

różnorodne wymówki, w celu nie doprowadzenia do spotkania, a odpowiedzi na pisma udzielane są z ponad 30 dniowym opóźnieniem (dowód: karty od nr 305 do nr 312). Pismem z dnia 26.09.2013r. Soft Pro2 przesłał kopię kolejnego pisma do Spółdzielni z propozycją spotkania w dniu 09.10.2013r.

Pismem z dnia 21.11.2013r. zawiadomiono SM Hutnik o zakończeniu zbierania materiału dowodowego oraz o możliwości zapoznania się z tym materiałem. Strona skorzystała z przysługującego jej prawa w tym zakresie.

Prezes Urzędu ustalił, co następuje

SM „Hutnik” w Sosnowcu prowadzi działalność na podstawie wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego (dowód: karty od nr 13 do nr 15). Z kolei p. Bartłomiej D. prowadzi działalność gospodarczą zgodnie z wpisem do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (dowód: karta nr 371) jako Zakład Informatyki „Soft Pro2” w Sosnowcu oraz jest przedsiębiorcą wpisanym do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych prowadzonym przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dowód: karta nr 166).

Ponadto jak wynika z informacji przekazanych przez Spółdzielnię w toku niniejszego postępowania, na rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych w Sosnowcu działalność gospodarczą prowadzi również Soft Pro 2 Sp. z o.o., której Prezesem Zarządu jest także p. B.D. (dowód: karty od nr 65 do nr 79).

W dniu 30.11.2011r. Soft Pro2 złożył w SM Hutnik wniosek z dnia 29.11.2011r. o wyrażenie zgody na świadczenie w jej zasobach mieszkaniowych usług telekomunikacyjnych w zakresie usług TV kablowej w jakości HD, Internetu, telefonii stacjonarnej oraz o uruchomienia monitoringu osiedli, ulic i parkingów z transmisją na żywo do TV kablowej i połączenia wszystkich administracji w jedną sieć światłowodową (dowód: karty od nr 118 do nr 207). Załącznikami do ww. wniosku był projekt tzw. „umowy operatorskiej” oraz spis adresów budynków wraz z wykazem działek z ewidencji gruntów, w których zamierza świadczyć usługi, kopie wypisów skróconych z rejestru gruntów, zaświadczenie o wpisie do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych oraz dokumentacja techniczna wykonania sieci i kopie kart katalogowych instalowanych urządzeń.

Na podstawie materiału dowodowego zgromadzonego w aktach sprawy ustalono następujący przebieg negocjacji pomiędzy SM Hutnik a Soft Pro2 wniosku z dnia 29.11.2011r.

Pismem z dnia 21.12.2011r. Spółdzielnia zwróciła się do Soft Pro2 o uzupełnienie wniosku z dnia 29.11.2011r. o plan instalacji teletechnicznej w budynku przy ul. Kisielewskiego, gdyż ten jej zdaniem nie jest zgodny z wymogami jakie musi spełniać projekt budowlany w myśl rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 03.07.2003r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego. Ponadto w ww. piśmie poinformowała przedsiębiorcę, iż do czasu uzupełnienia pisma z dnia 29.11.2011r. rozpatrzenie wniosku zostało wstrzymane (dowód: karta nr 237). Na dowód wysłania ww. pisma, SM Hutnik przesłała kopię książki pocztowej (dowód: karta nr 253 verte).

W dniu 26.01.2012r. pracownik Spółdzielni sporządził notatkę służbową na okoliczność rozmowy telefonicznej z pracownikiem Soft Pro2 w zakresie konieczności uzupełnienia wniosku zgodnie z przepisami ustawy Prawo Budowlane (dowód: karta nr 236).

Z kolei w dn. 13.03.2012r. SM Hutnik złożyła zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa przez pracowników Soft Pro 2 Sp. z o.o., w której p. B.D. – właściciel Soft Pro2 pełni funkcję Prezesa Zarządu, poprzez instalowanie w jednym z budynków, bez jej zgody, elementów sieci telekomunikacyjnej

Ponieważ Soft Pro2 twierdził, iż nie otrzymał żadnego pisma w tej sprawie od Spółdzielni (dowód: karta nr 257), próby ustalenia terminu spotkania nie przyniosły rezultatu, a jej pracownik poinformował, iż wniosek z dnia 29.11.2011r. zaginął, pismem z dnia 29.03.2012r. przedsiębiorca po raz kolejny powołując się na art. 33 ust. 3 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych wezwał SM Hutnik do odpowiedzi na ww. wniosek (dowód: karta nr 229). W piśmie tym Soft Pro2 stwierdził, iż pomimo upływu 30 dniowego terminu od dnia złożenia wniosku, nie otrzymał żadnej odpowiedzi ze strony SM Hutnik, a próby telefoniczne nie przyniosły rezultatu. Dlatego też w ww. piśmie ponownie wezwał Spółdzielnię do udzielenia odpowiedzi oraz wskazał osobę i numer telefonu do kontaktu w tej sprawie. Zarówno Soft Pro2 jak i SM Hutnik nie złożyli do akt sprawy kopii odpowiedzi Spółdzielni na ww. pismo. Jak poinformowała SM Hutnik w piśmie skierowanym do Urzędu w dniu 06.06.2012r. (dowód: karty od nr 215 do nr 217) negocjacje z Soft Pro2 nie były w tamtym czasie prowadzone z uwagi na nie uzupełnienie przez tego przedsiębiorcę dokumentacji technicznej, nie sprecyzowanie na jakiej podstawie tj. art. 30, czy też 33 uowrust żąda dostępu do jej zasobów oraz bezprawną instalację sieci przez Soft Pro2 Sp. z o.o.

Następnie Soft Pro2 pismem z dnia 08.10.2012r. (dowód: karta nr 283) po raz kolejny zwrócił się do Spółdzielni z wnioskiem o zawarcie umowy w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych. Wniosek ten został podpisany przez właściciela, czyli p. Bartłomieja D. W odpowiedzi na ww. pismo, SM Hutnik pismem z dnia 08.11.2012r. (dowód: karta nr 284) wezwała przedsiębiorcę m.in. do przedstawienia pełnomocnictwa osoby, która podpisała pismo z dnia 08.10.2012r., wskazania podstawy prawnej ubiegania się o dostęp, udokumentowania posiadania statusu przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, wykazanie doprowadzenia sieci do budynków spółdzielni. Ponadto w ww. piśmie została zawarta uwaga, iż pisma powinny być kierowane do prezesa zarządu, a nie do Spółdzielni.

Z kolei pismem z dnia 14.11.2012r. (dowód: karta nr 305) skierowanym do SM Hutnik, Soft Pro2 poinformował, iż pismo z dnia 08.10.2012r., o którym mowa w piśmie Spółdzielni z dnia 08.11.2012r. jest wnioskiem o wszczęcie negocjacji umowy o budowę sieci światłowodowej. Ponadto w piśmie tym przedsiębiorca stwierdził, iż sieć telekomunikacyjna do nieruchomości przy ul. Kisielewskiego 13 została już doprowadzona z uwagi na prośby przyszłych klientów. Do ww. pisma przedsiębiorca dołączył upoważnienie dla osoby składającej wniosek oraz kopię wpisu do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych oraz ponowił prośbę o przyspieszenie negocjacji.

W dalszej kolejności pismem z dnia 28.12.2012r. (dowód: karta nr 286) Soft Pro2 w związku z nowelizacją uowrust, po raz kolejny wezwał Spółdzielnię do zakończenia negocjacji oraz zawarcia umowy.

Następnie SM „Hutnik” pismem z dnia 02.01.2013r. (dowód: karta nr 307) wezwała Soft Pro2 do wykazania, iż doprowadził sieć telekomunikacyjną w bezpośrednią granicę działki gruntu, przy ul. Kisielewskiego 13, przedłożenia mapy z zaznaczeniem trasy przebiegu sieci do ww. nieruchomości co jest jej zdaniem zgodne z art. 30 ust. 1 uowrust.

Jak wynika z materiału dowodowego Soft Pro2 pismem z dnia 17.01.2013r., ponownie zwrócił się do Spółdzielni z prośbą o zorganizowanie spotkania w celu zakończenia negocjacji (dowód: karta nr: 402).

Prośbę swoją ponowił w piśmie z dnia 14.02.2013r. (dowód: karta nr 279), w którym po raz kolejny zwrócił się do SM Hutnik z pytaniem o możliwość spotkania z osobami uprawnionymi celem zakończenia negocjacji oraz podpisania umowy.

W dalszej kolejności Soft Pro2 pismem z dnia 15.03.2013r. (dowód: karta nr 311) ponownie skierował do Spółdzielni prośbę o odbycie spotkania w celu zakończenia negocjacji i podpisania umowy, która będzie satysfakcjonować obie strony oraz wskazywał na brak odpowiedzi na pismo z 14.02.2013r.

Następnie SM Hutnik pismem z dnia 31.03.2013r. (dowód: karta nr 308) w odpowiedzi na pismo Soft Pro2 z dnia 28.12.2012r. zwróciła się o jego sprecyzowanie. Ponadto poinformowała przedsiębiorcę, że nie ma obowiązku podpisania umowy w kształcie przez niego zaproponowanym ale, iż ma prawo do jej negocjacji. Wyjaśniła m.in., iż nie zgadza się z pewnymi zapisami

zawartymi w projekcie umowy zaproponowanej przez Soft Pro2 dołączonej do pisma z dnia 08.10.2012r. Mianowicie jej zdaniem zgodnie z brzmieniem art. 30 ust. 3b uowrust, przedsiębiorca telekomunikacyjny jest zobowiązany ponieść koszty m.in. doprowadzenia sieci oraz jej utrzymania, a w szczególności kosztów energii elektrycznej oraz najmu powierzchni. Dlatego też zwróciła się o przedstawienie propozycji finansowych dotyczących stawek za najem powierzchni pod urządzenia telekomunikacyjne. Ponadto nie wyraziła zgody na zaproponowany sposób rozliczenia energii elektrycznej i wezwała do podpisania odrębnej umowy w tym zakresie. Spółdzielnia zwróciła się również do Soft Pro2 o złożenie kaucji zabezpieczającej ewentualne szkody w budynkach powstałe w związku z wykonaniem prac instalacyjnych i konserwacyjnych sieci. W końcowej części pisma SM Hutnik stwierdziła, iż dalsze negocjacje mogą się odbyć w oparciu o zmienione postanowienia projektu umowy zaproponowane powyżej.

Z kolei w piśmie z dnia 04.04.2013r. (dowód: karta nr 332) skierowanym do Soft Pro2 będącym odpowiedzią na pismo z dnia 15.03.2013r., SM Hutnik stwierdziła, iż nie otrzymała odpowiedzi na pismo z dnia 31.01.2013r. w którym wzywała do sprecyzowania o dostęp do których nieruchomości przedsiębiorca wnosi. Ponadto poinformowała, iż nie zgadza się na zaproponowany sposób rozliczenia energii elektrycznej oraz obowiązek chronienia dostępu do infrastruktury należącej do tego operatora. Ponownie poinformowała, iż oczekuje zaoferowania kwot z tytułu dostępu do nieruchomości i konkretnych zasad rozliczeń. Stwierdziła ponadto, iż dalsze negocjacje mogą odbywać się w oparciu o zmienione zasady rozliczeń wskazane w jej piśmie dnia 31.01.2013r.

W odpowiedzi na ww. pismo Soft Pro2 pismem z dnia 20.05.2013r. (dowód: karta nr 325) skierowanym do Spółdzielni poinformował, iż ubiega się o dostęp do wszystkich jej zasobów mieszkaniowych. Ponadto stwierdził, iż stosowana przez niego technologia nie wymaga najmu powierzchni celem przechowywania serwerów. Wyraził również zgodę na partycypowanie w kosztach zużycia energii elektrycznej niemniej jednak z uwagi na niskie jej zużycie przy planowej technologii, montaż osobnych liczników z uwagi na duży koszt uważa za nieuzasadnione. Ponadto po raz kolejny wyraził chęć osobistego spotkania w celu omówienia niektórych zapisów w projekcie umowy i jej sprecyzowania. Poinformował ponadto, iż żądanie tzw. kaucji zabezpieczającej zostało uznane przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w decyzji nr RKT-27/2010 za praktykę ograniczającą konkurencję, o jakiej mowa w art. 9 ust. 1 oraz art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Dlatego też żądanie kaucji zabezpieczającej uważa za niezasadne.

Ustosunkowując się do ww. pisma, SM Hutnik pismem z dnia 17.06.2013r. (dowód: karta nr 328) poinformowała, iż dysponuje 110 budynkami, które są zarządzane przez cztery administracje. Powoduje to trudności w prowadzeniu negocjacji dotyczących wszystkich jej zasobów zarówno pod kątem technicznym, jak i ze względu na stosunki własnościowe. Powoduje to jej zdaniem konieczność indywidualnego podejścia do budynków objętych wnioskiem oraz niezbędność przygotowania odrębnych projektów technicznych dla każdej nieruchomości. Spółdzielnia w piśmie tym oświadczyła, iż zgodnie z art. 24 ust.1 ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych większość właścicieli lokali w budynku lub budynkach położonych w obrębie danej nieruchomości obliczana jest według wielkości udziałów w nieruchomości wspólnej. Dlatego też mogą podjąć uchwałę, że w zakresie ich praw i obowiązków oraz zarządu nieruchomością wspólną będą miały zastosowanie przepisy ustawy z dnia 24 czerwca 1994r. o własności lokali. Ponadto zgodnie z art. 26 ust. 1 ww. ustawy, jeżeli w określonym budynku lub budynkach położonych w obrębie nieruchomości została wyodrębniona własność wszystkich lokali, po wyodrębnieniu własności ostatniego lokalu stosuje się przepisy ustawy o własności lokali, niezależnie od pozostawania przez właścicieli lokali członkami spółdzielni. Natomiast zgodnie z art. 27 ust. 2 ww. ustawy, zarząd nieruchomością wspólnymi stanowiącymi współwłasność spółdzielni jest wykonywany przez spółdzielnię jako zarząd powierzony, o którym mowa w art. 18 ust. 1 ustawy o własności lokali, chociażby właściciele lokali nie byli członkami spółdzielni z zastrzeżeniem art. 24¹ oraz art. 26 tej ustawy. Powyższe przepisy kształtują zasady zarządzania nieruchomością wspólną w budynkach spółdzielczych uzależniając zasady sprawowania zarządu od struktury własnościowej tj. od ilości

wyodrębnionych lokali. Dlatego też jej zdaniem nie jest możliwe zawarcie umowy o dostęp do nieruchomości obejmującej swoim zasięgiem całość zasobów mieszkaniowych do niej należących. Stąd też Spółdzielnia w ww. piśmie wyraziła zamiar przeprowadzenia odrębnej analizy poszczególnych nieruchomości, celem ustalenia podmiotów uprawnionych do prowadzenia negocjacji i zawarcia umowy.

SM Hutnik w ww. piśmie stwierdziła ponadto, iż art. 30 uowrust przewiduje obowiązek prowadzenia negocjacji w sprawie zawarcia umowy o dostęp do budynku. Dlatego też poinformowała Soft Pro2, iż z ww. przepisu nie wynika obowiązek zawarcia umowy obejmującej swoim zakresem całych zasobów mieszkaniowych Spółdzielni. Powyższe stanowisko wytłumaczyła brzmieniem art. 30 ust. 5a uowrust, który przewiduje możliwość wpisania dostępu telekomunikacyjnego do księgi wieczystej nieruchomości. Ponieważ dla każdego budynku prowadzona jest indywidualna księga wieczysta, wskazuje to na konieczność zawierania odrębnych umów, a co za tym idzie prowadzenia osobnych negocjacji dla każdego budynku.

Odnosnie natomiast decyzji Prezesa Urzędu nr RPZ-27/2010, Spółdzielnia oświadczyła, iż sprawa ta dotyczyła innego stanu faktycznego tj. pobierania kaucji za dostęp do budynków, w których przedsiębiorca telekomunikacyjny sieci nie instalował, a nie pobierania kaucji w ogóle. Ponadto uowrust ani żaden inny przepis prawa nie zakazuje pobierania kaucji mającej na celu sfinansowanie ewentualnych szkód w nieruchomości. Kaucja taka nie będzie pobierana za budynki, w których Soft Pro2 nie zamierza instalować swoich urządzeń. Ponadto mając na uwadze liczbę budynków do niej należących tj. 110, SM Hutnik przychyliła się do propozycji spotkania.

Pismem z dnia 26.09.2013r. (dowód: karta nr 362) Soft Pro2 po raz kolejny zwrócił się do SM Hutnik z prośbą o spotkanie w dniu 09.10.2013r. z osobami uprawnionymi do jej reprezentacji w celu zakończenia negocjacji oraz podpisania umowy satysfakcjonującej obie strony. Spółdzielnia pismem z dnia 06.11.2013r. (dowód: karta nr 372 oraz nr 375) zaprzeczyła faktowi otrzymania ww. pisma. Równocześnie poinformowała, iż podjęła działania mające na celu zorganizowanie spotkania w listopadzie 2013r.

W toku postępowania ustalono, że Soft Pro2 w sprawie będącej przedmiotem niniejszego postępowania, wnioskiem z dnia 06.02.2012r. wystąpił do Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej o określenie terminu zakończenia negocjacji ze SM Hutnik (dowód: karty od nr 350 do nr 357). Jak wynika z decyzji Prezesa UKE z dnia 29.08.2013r. nr DRI-WWZ-6171-20/12(15) umarzającej postępowanie w tej sprawie, organ ten w toku prowadzonego postępowania ustalił, iż przedsiębiorca ubiega się o dostęp do zasobów SM Hutnik na podstawie art. 30 ust. 1 uowrust. Z dalszej treści ww. decyzji wynika, że możliwość określenia terminu zakończenia negocjacji o zawarcie umowy o dostępie, o którym mowa w art. 30 ust. 1 uowrust uregulowana została w art. 21 ust. 1 w związku z art. 30 ust. 5 ww. ustawy. Z treści przepisu art. 30 ust. 5 uowrust wynika, iż termin zawarcia umowy dostępu do budynku w celu zapewnienia telekomunikacji wynosi 30 dni od dnia wystąpienia przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego z wnioskiem o jej zawarcie. Zgodnie z art. 21 ust. 1 w związku z art. 30 ust. 5 tej ustawy, Prezes UKE może na pisemny wniosek każdej ze stron negocjacji w sprawie zawarcia umowy o dostępie do budynku w celu zapewnienia telekomunikacji, albo z urzędu w drodze postanowienia, określić termin zakończenia tych negocjacji, nie dłuższy niż 30 dni licząc od dnia wystąpienia z wnioskiem o zawarcie umowy.

Ponieważ w analizowanej sprawie Soft Pro2 pismem z dnia 29.11.2011r., które SM Hutnik otrzymała w dniu 30.11.2011r., wystąpił z wnioskiem o zawarcie umowy, Prezes UKE uznał, iż od tego dnia trwają negocjacje pomiędzy oboma przedsiębiorcami. Dlatego też w związku z brzmieniem art. 21 ust. 1 w związku z art. 30 ust. 5 uowrust, Prezes UKE uprawniony był do określenia terminu zakończenia negocjacji nie dłuższego niż 30 dni licząc od dnia wystąpienia przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego w tej sprawie, czyli Soft Pro2, z wnioskiem o zawarcie umowy dostępu do budynku. Dalej w ww. decyzji Prezes UKE stwierdził, iż negocjacje pomiędzy Soft Pro2, a SM Hutnik dalece przekroczyły 30 dniowy termin wynikający z przepisów uowrust. Termin ten upłynął bowiem 30.12.2011r. Zatem już w dacie złożenia przez Soft Pro2 wniosku z dnia 06.02.2012r. upłynął 30-dniowy termin zakończenia negocjacji na zawarcie umowy do dostęp

do budynków. Ponadto organ ten stwierdził, iż przepisy ww. ustawy nie przewidują możliwości wyznaczenia terminu zakończenia negocjacji ponad termin określony w art. 21 ust. 1 w związku z art. 30 ust. 5 tej ustawy. Dlatego też Prezes UKE uznał, iż postępowanie to było bezprzedmiotowe i je umorzył. W ww. decyzji organ ten ponadto wskazał, iż nie zawarcie przez Soft Pro2 oraz Spółdzielnię umowy w ustawowym terminie 30 dni, licząc od dnia wystąpienia z wnioskiem o jej zawarcie, kreuje dla każdej ze stron uprawnienie do wystąpienia na podstawie przepisu art. 22 ust. 1 w związku z art. 30 ust. 5 uowrust, do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji zastępującej umowę o dostęp do budynków w celu zapewnienia telekomunikacji.

W toku niniejszego postępowania Soft Pro2 przesłał Prezesowi Urzędu również kopie pism mieszkańców Spółdzielni zainteresowanych korzystaniem z jego usług telekomunikacyjnych (np. karty nr: 226, 260, 264, 265). W odpowiedzi na jeden z ww. wniosków, SM Hutnik w piśmie z dnia 09.03.2012r. skierowanym do mieszkańca (dowód: karta nr 227) stwierdziła, iż dostęp przedsiębiorców telekomunikacyjnych do zasobów mieszkaniowych określa stosowna umowa, której zawarcie poprzedzają negocjacje. Z dalszej treści pisma wynika, iż Spółdzielnia jest w toku negocjacji umowy z Soft Pro2. Jednakże przedsiębiorca ten pomimo kolejnych kierowanych do niego pism, nie przedstawia projektu i schematu sieci i nie precyzuje nieruchomości, o dostęp do których wnioskuje.

Z kolei w innym piśmie (dowód: karta nr 261) będącym odpowiedzią SM Hutnik jej mieszkańcowi na prośbę o umożliwienie Soft Pro2 świadczenia usług telekomunikacyjnych, Spółdzielnia poinformowała, iż w dniu 11.01.2012r. rozstrzygnęła przetarg na realizację programu „Bezpieczne Osiedle”. W wyniku tego przetargu, wykonawca czyli POLnet dokona instalacji domofonów, sieci monitoringu oraz wewnątrz-budynkowej kanalizacji kablowej. Tym samym podjęła się modelu operatorskiego stworzenia odpowiedniej telekomunikacyjnej infrastruktury pasywnej na wzór partnerstwa publiczno-prywatnego. Kolejnym etapem realizacji ww. projektu będzie ustalenie zasad udostępnienia infrastruktury innym operatorom przez zarządcę. W tym zakresie nie wyklucza powierzenia podmiotowi świadczącemu usługi w ramach programu „Bezpieczne Osiedle” podejmowania wiążących decyzji w zakresie udostępnienia infrastruktury telekomunikacyjnej podmiotom o to wnioskującym (dowód: karta nr 261). Rozmowy w tym zakresie prowadzone są już od kilku miesięcy, a ich wynik ostatecznie wpłynie na decyzję dotyczącą zasad udostępnienia zasobów spółdzielni innym operatorom. Stanowisko takie zajęła Spółdzielnia w piśmie do p. Pawła S. PZE ASK w Sosnowcu (dowód: karty nr 55 i nr 60), do Soft Pro2 Sp. z o.o. (dowód: karta nr 66) i do jednego z mieszkańców (dowód: karta nr 261). W piśmie z dnia 13.03.2012r. skierowanym do Prezesa Urzędu (dowód: karta nr 7 verte), Spółdzielnia stwierdziła, iż realizacja projektu „Bezpieczne osiedle” nie oznacza zamknięcia dostępu dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych do jej zasobów. Jej zdaniem w dalszym ciągu zasady dostępu dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych będą ustalane wedle obowiązujących procedur tj. negocjacji z przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi.

Należy również zauważyć, iż jak wynika z kopii przesłanego przez Soft Pro2 przykładowego pisma informującego mieszkańców o wysokości czynszu (dowód: karta nr 262), mieszkańcy od 01.03.2012r. na podstawie uchwały Walnego Zgromadzenia Spółdzielni, uiszczają opłatę w wysokości 3 zł na miesiąc za mieszkanie, za program „Bezpieczne Osiedle” obejmujący m.in. montaż domofonów, punktowego oświetlenia, lamp z czujnikiem ruchu, wprowadzenia patroli interwencyjnych oraz zapewnienia lokatorom bezpłatnego dostępu do Internetu, czyli usług zbieżnych w dużej części z usługami, jakie zamierzał świadczyć Soft Pro2.

Zgodnie z uregulowaniami umowy dotyczącej programu „Bezpieczne Osiedle”, POLnet pobiera od SM Hutnik opłaty za przyłączenie danego lokalu do sieci domofonowej i internetowej oraz za odpowiedni nadzór i konserwację sieci. Opłaty są pobierane za mieszkania faktycznie podłączone do sieci, jeśli mieszkańcy wyrażą na to zgodę.

W toku niniejszego postępowania ustalono, iż przychód SM Hutnik w 2012r. wyniósł: 58.255.598,88 PLN (pięćdziesiąt osiem milionów dwieście pięćdziesiąt pięć tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych osiemdziesiąt osiem groszy).

Prezes Urzędu zważył, co następuje

Warunkiem koniecznym do zastosowania do oceny działań SM Hutnik przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest zgodnie z art. 1 ust. 1 tej ustawy wykazanie, iż jej działania mogły naruszyć interes publicznoprawny konkurentów i (lub) konsumentów, czyli nieograniczonej liczby uczestników rynku. Oznacza to, iż w niniejszej sprawie konieczne jest ustalenie, czy działanie SM Hutnik polegające na uniemożliwieniu Soft Pro2 świadczenia usług telekomunikacyjnych w jej zasobach, mogło naruszyć interes publicznoprawny konkurentów i konsumentów.

Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu podejmuje działania w przypadku podejrzenia naruszenia przez przedsiębiorców interesu publicznego konkurentów i (lub) konsumentów. Wobec powyższego warunkiem niezbędnym do oceny działania danego przedsiębiorcy w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest wykazanie, iż jego działania naruszyły interes publicznoprawny konkurentów i (lub) konsumentów. 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 dotyczą sfery interesów szerszego kręgu uczestników rynku gospodarczego, a więc gdy dotyczą konkurencji rozumianej nie jako sytuację pojedynczego przedsiębiorcy (konsumenta), lecz jako zjawisko charakteryzujące funkcjonowanie gospodarki. W takich przypadkach ingerencja Prezesa Urzędu 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 przedsiębiorcy odbijają się na interesach konsumentów bezpośredniego kontrahenta przedsiębiorstwa, co może skutkować naruszeniem interesu publicznoprawnego.

W okolicznościach niniejszej sprawy oznacza to, iż warunkiem niezbędnym do oceny, czy działania SM Hutnik, polegające na uniemożliwieniu Soft Pro2 świadczenia usług telekomunikacyjnych w jej zasobach, mogły naruszyć interes publicznoprawny konkurentów i konsumentów.

W ocenie Prezesa Urzędu nie wyrażenie przez SM Hutnik zgody na zainstalowanie przez SoftPro2 sieci telekomunikacyjnej w zasobach mieszkaniowych Spółdzielni, mogło naruszyć interesy uczestników rynku lokalnego w szczególności 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 wyroku z dnia 16.11.2005r. (sygn. akt XVII Ama 97/04) zajął stanowisko, 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 Hutnik polegających na nie wyrażeniu zgody Soft Pro2 na świadczenie w jej zasobach usług telekomunikacyjnych zostali dotknięci wszyscy obecni i potencjalni mieszkańcy tej Spółdzielni, co w ocenie Prezesa Urzędu potwierdza naruszenie w tej sprawie interesu publicznoprawnego.

W tym stanie rzeczy uznać należy, że w niniejszej sprawie miało miejsce naruszenie przez SM Hutnik interesu publicznoprawnego, co uzasadnia ocenę jej zachowania na rynku w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

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 Hutnik 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 (tj. Dz. U. z 2013r. poz. 672 ze zm.). 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 wchodzi 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 w wyroku 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 wchodzi spółdzielnie mieszkaniowe z innymi przedsiębiorcami oraz, iż spółdzielnie mogą być stroną takich postępowań.

Kolejną przesłanką konieczną do wykazania w niniejszej sprawie, jest udowodnienie, iż SM Hutnik 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 Soft Pro2 ubiegał się o umożliwienie mu przez SM Hutnik, budowy sieci telekomunikacyjnej oraz świadczenia usług dostępu do Internetu na terenie jej zasobów mieszkaniowych. Możliwość świadczenia tego rodzaju usług w zasobach mieszkaniowych SM Hutnik uzależniona jest od zawarcia umowy z operatorem w tym zakresie. Tym samym rynkiem produktowym w tej sprawie jest rynek udostępniania zasobów mieszkaniowych Spółdzielni w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych.

Tego rodzaju działalność SM Hutnik 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 Hutnik w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych.

Powyższy sposób definiowania rynku właściwego posiada również swoje odzwierciedlenie w dotychczasowym orzecznictwie Prezesa Urzędu, Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Sądu Apelacyjnego (np. decyzja Prezesa UOKiK z dnia 20.05.2005r. nr RLU-19/2005, wyrok SOKiK z dnia 14.12.2007r. sygn. akt XVII AmA 130/07, z dnia 02.03.2010r. sygn. akt XVII AmA 72/09, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 29.05.2007r. sygn. akt VI ACa 1359/06).

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 Hutnik posiada prawo wieczystego użytkowania zarówno gruntów jak i budynków tworzących jej zasoby mieszkaniowe. Stąd też posiada ona jako jedyna prawo udzielenia zgody na instalację w jej zasobach sieci telekomunikacyjnych. Wobec powyższego nie spotykając się na tak określonym rynku z jakąkolwiek konkurencją, posiada na tym rynku 100% udział i tym samym zajmuje na nim pozycję dominującą.

Tym samym jej działania mogą podlegać ocenie w świetle art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

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 opóźniają¹.

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 Hutnik 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.

Prezes Urzędu oceniając ustalony w niniejszej sprawie stan faktyczny uznał, iż SM Hutnik podjęła co prawda działania mogące świadczyć o prowadzeniu negocjacji umowy z Soft Pro2, jednakże ocena materiału dowodowego nie wskazuje na to, iż Spółdzielnia była zainteresowana sprawnym przeprowadzeniem negocjacji oraz doprowadzeniem do zawarcia umowy. W ocenie Prezesa Urzędu działania SM Hutnik miały na celu uniemożliwienie podpisania umowy z Soft Pro2, a w konsekwencji i świadczenia przez niego usług telekomunikacyjnych w zakresie świadczenia usług dostępu do Internetu.

Przede wszystkim Prezes Urzędu oceniając przebieg negocjacji pomiędzy Spółdzielnią a Soft Pro2 stwierdził, iż SM Hutnik w ich trakcie stawiała temu przedsiębiorcy co raz to nowe wymagania, które powinien on spełnić. Należy podkreślić, iż Prezes Urzędu nie neguje prawa SM Hutnik, tak jak i innych przedsiębiorców, do swobodnego ułożenia stosunku umownego wynikającego z art. 353¹ k.c. Prawem Spółdzielni, tak jak każdego racjonalnie działającego przedsiębiorcy jest ułożenie stosunku prawnego w sposób, jak najbardziej dla niej korzystny. Korzystanie z tego prawa nie może jednakże równocześnie naruszać prawa do swobody umów drugiej strony w szczególności, jeśli przedsiębiorca narzucający określone zapisy w umowie posiada pozycję dominującą na rynku. Swoboda prowadzenia działalności gospodarczej na rynku przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą ograniczona jest bowiem m.in. przez przepisy m.in. ustawy o ochronie konkurencji i konsekwencji, co jest zgodne z art. 22 Konstytucji RP w myśl którego ograniczanie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny. Analizując natomiast przebieg negocjacji pomiędzy oboma przedsiębiorcami Prezes Urzędu uznał, iż SM Hutnik wykorzystywała posiadaną pozycję na rynku poprzez stawianie Soft Pro2 wymagań, których nie stawiałaby, gdyby działała w warunkach konkurencji. Poprzez takie zachowanie miała zamiar uniemożliwić rozpoczęcie świadczenia przez tego przedsiębiorcę usług telekomunikacyjnych w jej zasobach, która to sytuacja nie zmieniła się do daty wydania niniejszej decyzji.

Przede wszystkim nie można w niniejszej sprawie zgodzić się ze stanowiskiem zajęтым przez SM Hutnik w toku niniejszego postępowania, iż Soft Pro2 nie dołączył do wniosku z 29.11.2011r. odpisu wpisu do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych prowadzonego przez Prezesa UKE, wykazu nieruchomości w których chce świadczyć usługi telekomunikacyjne, czy też, iż nie określił, o jaki rodzaj dostępu do nieruchomości wnioskuje. Jak wskazano to w części niniejszej decyzji dotyczącej opisu stanu faktycznego, z treści wniosku Soft Pro2 z dnia 29.11.2011r. złożonego w Spółdzielni w dniu 30.11.2011r. (dowód: karty od nr 118 do nr 207) wynika jednoznacznie, iż przedsiębiorca dołączył do niego „Zaświadczenie o wpisie do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych” (dowód: karta nr 166), przedstawił wykaz nieruchomości,

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

w których chce świadczyć swoje usługi (dowód: karty od nr 127 do nr 131) wraz z wykazem działek oraz wskazał, iż wnioskuje o podpisanie umowy na budowę sieci światłowodowej umożliwiającej dostęp do usług szerokopasmowych (dowód: karty nr 114 oraz nr 118). Ponadto wykaz usług, jakie Soft Pro2 chciał wykonywać w zasobach Spółdzielni, szczegółowo określał projekt „Umowy o dostęp do budynków...” (dowód: karty od nr 119 do nr 126) stanowiącej załącznik do wniosku z dnia 29.11.2011r. Tym samym wyjaśnienia Spółdzielni w tym zakresie nie są wiarygodne. Jeżeli SM Hutnik miała wątpliwości, na podstawie jakiego przepisu uowrust przedsiębiorca wnioskował o dostęp do jej nieruchomości, mogła w piśmie skierowanym do Soft Pro2 z dnia 21.12.2011r. oraz w rozmowie telefonicznej z dnia 26.01.2012r. wnieść o doprecyzowanie wniosku, czego jednakże nie uczyniła (dowód: karty nr 236 i nr 237). Należy z tego wysnuć wniosek, iż w grudniu 2011r., na wstępnym etapie analizy wniosku nie miała zastrzeżeń zarówno do zakresu wniosku, nieruchomości w których operator chce świadczyć usługi, jak i co do tego, który przedsiębiorca tj. Soft Pro2, czy Soft Pro2 Sp. z o.o. wniosek taki złożył.

Należy w tym miejscu wskazać, iż z treści wniosku z dnia 29.11.2011r. wynika jednoznacznie, iż wniosek ten złożył p. B.D., czyli Soft Pro2, a nie Soft Pro2 Sp. z o.o. Również notatka służbowa Spółdzielni z dnia 26.01.2012r. dotyczyła p. B.D. - Soft Pro2, a pismo z dnia 21.12.2011r. zostało również zaadresowane do ww. przedsiębiorcy. Oznacza to, iż SM Hutnik w zakresie rozpatrywania wniosku z dnia 29.11.2011r. na tym etapie, nie miała wątpliwości co do tego, kto przedmiotowy wniosek złożył. Dlatego też twierdzenie Spółdzielni, iż w analizowanej sprawie Soft Pro2 występował raz jako osoba fizyczna, a innym razem jako spółka z ograniczoną odpowiedzialnością należy uznać za pozbawione podstaw.

Prezes Urzędu pragnie również w tym miejscu wskazać, iż trwający równoległe do analizowanej sprawy konflikt pomiędzy SM Hutnik, a Soft Pro2 Sp. z o.o. w zakresie bezumownego korzystania przez tego operatora z jej nieruchomości, był spowodowany podobnymi działaniami Spółdzielni tj. przedłużającymi się negocjacjami umowy. Należy jednak mieć na uwadze, iż Soft Pro2 oraz Soft Pro2 Sp. z o.o. są dwoma odrębnymi przedsiębiorcami, pomimo tego, iż p. B.D. – właściciel Soft Pro2 jest równocześnie Prezesem Zarządu w ww. spółce. Dlatego też ewentualne nieporozumienia we współpracy pomiędzy Spółdzielnią a ww. spółką nie powinny skutkować negatywną oceną wiarygodności Soft Pro2, czy też mieć wpływ na przebieg negocjacji z tym przedsiębiorcą.

W ocenie Prezesa Urzędu o braku dobrej woli SM Hutnik w toku negocjacji z Soft Pro2 może również świadczyć, iż przedsiębiorca ten wielokrotnie zwracał się do Spółdzielni z propozycją spotkania mającego na celu ustalenie wątpliwości obu stron oraz wypracowania wspólnej treści umowy. SM Hutnik nie udzielała jednakże pozytywnej odpowiedzi na ww. prośby. Jedynie w piśmie dnia 17.06.2013r., czyli w toku trwania niniejszego postępowania Spółdzielnia wyraziła chęć wspólnego spotkania (dowód: karta nr 330). Ponadto w piśmie skierowanym do Prezesa Urzędu z dnia 06.11.2013r. poinformowała, iż podjęła działania zmierzające do zorganizowania spotkania w listopadzie 2013r. (dowód: karta nr 373).

Zdaniem Prezesa Urzędu Spółdzielnia pomimo prowadzonych negocjacji w rzeczywistości nie wykazywała woli dojścia do konsensusu. Zachowywała się bardzo autorytatywnie, a podejmowanie dalszych rozmów, uzależniała od spełnienia przez Soft Pro2 jej żądań. Świadczy o tym treść pisma SM Hutnik do tego przedsiębiorcy z dnia 31.01.2013r. (dowód: karta nr 295), w którym stwierdza iż „...*dalsze negocjacje treści umowy mogą odbywać się w oparciu o zmienione postanowienia umowy zgodnie z uwagami określonymi powyżej*”, czy też pismo z dnia 04.04.2013r. (dowód: karta nr 312) w którym oświadczyła że: „...*informujemy, iż dalsze negocjacje treści umowy mogą się odbywać w oparciu o zmienione postanowienia umowy, zgodnie z uwagami z pisma z dnia 31 stycznia 2013r.*”

Analizując żądania SM Hutnik skierowane do Soft Pro2 można w części uznać je za uzasadnione i racjonalne. Jednakże pomimo tego w ocenie Prezesa Urzędu stawianie co raz to nowych żądań, często bezpodstawnych, czy też wnoszenie o uzupełnienie informacji przez nią już posiadanych świadczy o tym, iż Spółdzielnia miała na celu co najmniej opóźnić podpisanie umowy

i rozpoczęcie świadczenia usług telekomunikacyjnych w jej zasobach. Należy wskazać, iż żądania te dotyczyły przykładowo:

- sprecyzowania podstawy prawnej na podstawie której Soft Pro2 wnioskuje o dostęp do nieruchomości oraz złożenia projektu sieci telekomunikacyjnej zgodnie z przepisami Prawa Budowlanego,
- przedstawienia pełnomocnictwa do złożenia wniosku z dnia 08.10.2012r.,
- wykazania posiadania statusu przedsiębiorcy telekomunikacyjnego,
- udowodnienia doprowadzenia sieci do budynku,
- w zakresie projektu umowy: oczekiwanie propozycji finansowych dotyczących stawek za najem powierzchni pod urządzenia telekomunikacyjne, podpisania odrębnej umowy za korzystanie z energii oraz tzw. kaucji zabezpieczającej,
- ponownego wezwania o sprecyzowanie nieruchomości do których chce uzyskać dostęp,
- żądania prowadzenia negocjacji umowy odrębnie dla każdego z 110 budynków oraz podpisania dla każdego z nich odrębnej umowy.

Oceniając powyższe Prezes Urzędu w pierwszej kolejności pragnie odnieść się do twierdzenia Spółdzielni, iż Soft Pro2 nie wskazał przepisu wynikającego z uowrust na podstawie którego wnioskuje o dostęp do jej nieruchomości lub też, iż w poszczególnych pismach wskazywał na art. 30 lub art. 33 uowrust.

Należy zauważyć, iż jak opisano w części decyzji dotyczącej stanu faktycznego Soft Pro2 w piśmie z dnia 29.03.2012r. (dowód: karta nr 229) skierowanym do SM Hutnik wskazał, iż wnosi o dostęp do jej nieruchomości na podstawie art. 33 uowrust. Z kolei w piśmie z dnia 28.12.2012r. (dowód: karty od nr 286 do nr 289) Soft Pro2 wskazał na art. 30 tej ustawy i ponownie wezwał do zakończenia negocjacji. Oznacza to, iż Soft Pro2 zarówno w piśmie z dnia 29.03.2012r. jak i w piśmie dnia 28.12.2012r. wniosło o uzyskanie dostępu do budynku. Tym samym zarzut Spółdzielni, iż ww. przedsiębiorca nie wskazał podstawy prawnej wynikającej z uowrust na podstawie, której wnosił o dostęp do jej nieruchomości, należy uznać za nieuzasadniony.

W tym miejscu decyzji Prezes Urzędu pragnie zauważyć, iż w toku trwających pomiędzy Soft Pro2, a SM Hutnik od 29.11.2011r. negocjacji, nastąpiła nowelizacja uowrust.

Mianowicie przed 16.12.2012r. art. 30 ust. 1 uowrust stanowił o obowiązku właściciela, użytkownika wieczystego lub zarządcy nieruchomości zapewnienia przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu, który doprowadził publiczną sieć telekomunikacyjną do nieruchomości dostępu do budynku lub miejsca w budynku w celu zapewnienia telekomunikacji. Natomiast art. 33 uowrust zobowiązywał właściciela, użytkownika wieczystego lub zarządcę nieruchomości do umożliwienia operatorom i pomiotom, o których mowa w art. 4 pkt 1, 2, 4, 5 i 8 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. z 2004r. Nr 171 poz. 1800 ze zm.) oraz jednostkom samorządu terytorialnego umieszczenia na nieruchomości urządzeń telekomunikacyjnych jeżeli nie uniemożliwia to racjonalnego korzystania z nieruchomości, w szczególności nie prowadzi do istotnego zmniejszenia wartości nieruchomości. Korzystanie z nieruchomości było odpłatne chyba, że linia lub urządzenia telekomunikacyjne służą zapewnieniu telekomunikacji właścicielowi nieruchomości, użytkownikowi wieczystemu nieruchomości, osobie, której przysługuje spółdzielcze prawo do lokalu, osobie posiadającej inny tytuł prawny do nieruchomości. Warunki korzystania z nieruchomości powinny być ustalone w umowie zawartej na piśmie w terminie 30 dni od dnia wystąpienia przez operatora z wnioskiem o jej podpisanie. W przypadku nie zawarcia umowy w powyższym terminie, zastosowanie znajdowały przepisy art. 124 i art. 124a ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. z 2010 Nr 102, poz. 651).

Natomiast zgodnie z art. 30 ust. 1 aktualnie obowiązującej uowrust właściciel, użytkownik wieczysty lub zarządca nieruchomości niebędący przedsiębiorcą telekomunikacyjnym jest obowiązany zapewnić przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu dostęp do nieruchomości, w tym do budynku oraz miejsca w budynku w którym zbiegają się kable lub przewody telekomunikacyjne doprowadzone do lokalu w tym budynku, polegający w szczególności na:

- 1) zapewnieniu możliwości wykorzystywania istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego lub istniejącej instalacji telekomunikacyjnej budynku, jeżeli powielenie takiej infrastruktury byłoby ekonomicznie nieopłacalne lub technicznie niemożliwe,
 - 2) umożliwieniu doprowadzenia przyłącza telekomunikacyjnego lub wykonania instalacji telekomunikacyjnej budynku, o ile nie jest możliwe wykorzystanie istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego lub istniejącej instalacji telekomunikacyjnej budynku lub do budynku nie jest doprowadzone takie przyłącze lub budynek nie jest wyposażony w taką instalację,
 - 3) umożliwieniu odtworzenia istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego lub wykonaniu instalacji telekomunikacyjnej budynku, które uległy likwidacji, zniszczeniu, uszkodzeniu lub też wymagają przebudowy na skutek prowadzonych w pobliżu prac budowlanych,
- w celu zapewnienia telekomunikacji w tym budynku.

Z kolei zgodnie z art. 30 ust. 3 właściciel kabla telekomunikacyjnego, instalacji telekomunikacyjnej budynku lub przyłącza telekomunikacyjnego, niebędący przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, jest obowiązany udostępnić przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu takie przyłącze, instalację, całość lub część kabla, w tym w szczególności włókno światłowodowe, jeżeli doprowadzenie przyłącza telekomunikacyjnego, wykonanie instalacji telekomunikacyjnej budynku, zainstalowanie kolejnego kabla telekomunikacyjnego do budynku lub umieszczenie takiego kabla w istniejącej kanalizacji kablowej byłoby ekonomicznie nieopłacalne lub technicznie niemożliwe.

W myśl art. 30 ust. 3a dostęp, o którym mowa w art. 30 ust. 1 i 3 jest nieodpłatny. Jednakże zgodnie z art. 30 ust. 3b w przypadku uzyskania dostępu, o którym mowa w ust. 1 i 3, przedsiębiorca telekomunikacyjny ponosi koszty:

- 1) związane z udostępnieniem nieruchomości w celu wykorzystywania istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego lub istniejącej instalacji telekomunikacyjnej budynku albo doprowadzenia do budynku przyłącza telekomunikacyjnego lub wykonania instalacji telekomunikacyjnej budynku, w tym przywrócenia stanu pierwotnego,
- 2) utrzymania udostępnionego przyłącza, instalacji, całości lub części kabla, w szczególności koszty energii elektrycznej oraz najmu powierzchni.

W myśl art. 30 ust. 4 uowrust warunki dostępu, określa umowa zawarta między przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, a odpowiednio właścicielem, użytkownikiem wieczystym lub zarządcą nieruchomości, właścicielem kabla telekomunikacyjnego, instalacji telekomunikacyjnej budynku lub przyłącza telekomunikacyjnego. Zawarcie umowy, stanowi czynność zwykłego zarządu, a termin jej zawarcia zgodnie z art. 30 ust. 5 wynosi 30 dni od dnia wystąpienia przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego z wnioskiem o jej zawarcie. Umowa ta albo ostateczna decyzja w sprawie dostępu, o którym mowa w ust. 1 i 3, stanowią podstawę do dokonania wpisu w księdze wieczystej. W przypadku, gdy podstawą do dokonania wpisu jest ostateczna decyzja w sprawie dostępu, o którym mowa w ust. 1 i 3, wpisu można dokonać także na wniosek Prezesa UKE.

Natomiast art. 33 ust. 1 uowrust stanowi, iż właściciel, użytkownik wieczysty nieruchomości lub zarządca nieruchomości, niebędący przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, jest obowiązany umożliwić operatorom i podmiotom, o których mowa w art. 4 pkt 1, 2, 4, 5, i 8 ustawy Prawo telekomunikacyjne, oraz jednostkom samorządu terytorialnego wykonującym działalność, o której mowa w art. 3 ust. 1, umieszczenie na nieruchomości obiektów i urządzeń infrastruktury telekomunikacyjnej w celu niezwiązanym z zapewnieniem telekomunikacji w budynku znajdującym się na tej nieruchomości, w szczególności instalowanie urządzeń telekomunikacyjnych, przeprowadzanie linii kablowych pod nieruchomością, na niej lub nad nią, umieszczanie tabliczek informacyjnych o urządzeniach, a także ich eksploatację i konserwację, jeżeli nie uniemożliwia to racjonalnego korzystania z nieruchomości, w szczególności nie prowadzi do istotnego zmniejszenia wartości nieruchomości. Zgodnie z art. 33 ust. 2 uowrust korzystanie z nieruchomości, o których mowa w ust. 1, jest odpłatne, chyba że strony umowy postanowią inaczej. Zgodnie z art. 33 ust. 3 ww. ustawy warunki korzystania z nieruchomości ustala się w umowie, która jest zawierana na piśmie w terminie 30 dni od dnia wystąpienia przez operatora z wnioskiem o jej zawarcie. Umowa ta stanowi podstawę do dokonania wpisu w księdze wieczystej. W myśl z art. 33 ust. 7 uowrust jeżeli w terminie, o którym mowa w ust. 3, nie zostanie zawarta umowa,

stosuje się odpowiednio przepisy art. 124 i art. 124a ustawy o gospodarce nieruchomościami. Oznacza to, iż w takiej sytuacji starosta może ograniczyć w drodze decyzji sposób korzystania z nieruchomości poprzez udzielenie zezwolenia na zakładanie i przeprowadzenie na nieruchomości urządzeń telekomunikacyjnych.

Z powyższego wynika, iż w aktualnym stanie prawnym, art. 30 uowrust reguluje dostęp do nieruchomości w tym do budynku, a także do miejsca w budynku przedsiębiorców telekomunikacyjnych w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych, podczas gdy art. 33 tej ustawy nakłada na posiadaczy nieruchomości obowiązek ich udostępnienia pomiotom będącym i niebędącym operatorami telekomunikacyjnymi z zamiarem umieszczenia na nieruchomości obiektów i urządzeń infrastruktury telekomunikacyjnej w celu niezwiązanym z zapewnieniem telekomunikacji, czyli reguluje tzw. „prawo drogi”.

Wobec powyższego w analizowanej sprawie za uzasadnioną należy uznać zmianę stanowiska Soft Pro2 w toku negocjacji, iż wnosi o dostęp do budynków Spółdzielni na podstawie art. 30 uowrust, a nie art. 33 tej ustawy. Należy ponadto wskazać, iż również Prezes UKE w decyzji, z dnia 29.08.2013r. uznał, iż przedsiębiorca wnosił o dostęp do budynków SM Hutnik na podstawie art. 30 uowrust (dowód: karta nr 355).

Ponadto, w ocenie Prezesa Urzędu nieuprawnione było również żądanie przez Spółdzielnię złożenia przez Soft Pro2 projektu sieci zgodnie z przepisami rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 03.07.2003r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (Dz.U. z 2003r. Nr 120, poz. 1133), gdyż Prawo Budowlane nie wymaga wykonywania projektów oraz uzyskania pozwolenia na budowę odpowiedniego organu, dla prac wykonywanych wewnątrz budynków.

Należy również wskazać, iż zarówno art. 30 uowrust jak i art. 33 tej ustawy w kształcie obowiązującym przed dokonaniem nowelizacji tej ustawy, czyli przepisy na podstawie których Soft Pro2 wnioskował do dostępu do nieruchomości Spółdzielni, nie wymagały i nie wymagają od przedsiębiorcy telekomunikacyjnego złożenia projektu sieci zgodnie z przepisami ww. rozporządzenia. Pomimo tego, jak wskazano to już powyżej Soft Pro2 do wniosku z dnia 29.11.2011r. dołączył projekt dokumentacji technicznej (dowód: karty od nr 167 do nr 207). Oznacza to, iż Spółdzielnia już na etapie złożenia wniosku posiadała informacje o technologii, którą zamierza zastosować ten przedsiębiorca oraz o sposobie rozmieszczenia sieci. Dlatego też żądanie po raz kolejny uzupełnienia tych informacji należy uznać za niezrozumiałe.

Ponadto niezasadne było żądanie przez SM Hutnik dołączenia do wniosku z dnia 08.10.2012r. pełnomocnictwa dla osoby składającej wniosek, gdyż został on podpisany przez p. B.D., czyli właściciela Soft Pro2, a nie przez inną osobę. Dlatego też ww. żądanie SM Hutnik było niezasadne.

Podobnie za nieuzasadnione należy uznać żądanie SM Hutnik do wykazania przez Soft Pro2, iż jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym. Należy zauważyć, iż przedsiębiorca ten już do wniosku z dnia 29.11.2011r. dołączył zaświadczenie, iż jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym (dowód: karta nr 166). Dlatego też żądanie na późniejszym etapie prowadzenia negocjacji po raz drugi dokumentu, który został już wcześniej złożony, należy uznać za nieuzasadnione i mające wpływ na wydłużenie czasu trwania negocjacji.

Za równie uciążliwe należy uznać ponowne wezwanie Spółdzielni skierowane do Soft Pro2 o sprecyzowanie nieruchomości, do których przedsiębiorca chce uzyskać dostęp. Mianowicie, jak wynika z treści wniosku złożonego w dniu 29.11.2011r. we wniosku tym sprecyzowano nieruchomości w których ww. przedsiębiorca chce rozpocząć świadczenie usług. Stąd też ponowne żądanie wyszczególnienia nieruchomości należy uznać za nieuzasadnione. Nadmienić należy, iż przedsiębiorca w piśmie z dnia 20.05.2013r. uszczegółowił, iż wnioskuje o dostęp do wszystkich zasobów mieszkalnych (dowód: karta nr 325).

Ponadto Prezes Urzędu pragnie wskazać, iż jak to już wyjaśniono w opisie stanu faktycznego, obecnie warunki dostępu przedsiębiorcy telekomunikacyjnego do nieruchomości w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych określa art. 30 uowrust. Przepis ten przewiduje m.in., iż warunki dostępu określa umowa, a jej zawarcie przez np. właściciela lub zarządcę nieruchomości

stanowi czynność zwykłego zarządu. Przepis ten przewiduje również, iż dostęp do nieruchomości jest nieodpłatny, a przedsiębiorca ponosi koszty doprowadzenia do budynku przyłącza w tym doprowadzenia do stanu pierwotnego oraz energii elektrycznej. Należy również zauważyć, iż obowiązujące przepisy nie przewidują obowiązku wniesienia kaucji zabezpieczającej której żądała Spółdzielnia.

Podobnie za nieuzasadniony należy uznać wymóg prowadzenia odrębnych negocjacji dla każdego ze 110 budynków oraz podpisania osobnych umów dla każdego z nich, co Spółdzielnia tłumaczyła możliwością wpisania do księgi wieczystej. W opinii Prezesa Urzędu prowadzenie odrębnych negocjacji umów dla każdego ze 110 budynków wydłużyłoby i tak już długo prowadzone rokowania i może świadczyć o braku dobrej woli ze strony SM Hutnik co do ich szybkiego zakończenia.

Należy zauważyć, iż nie ma żadnych przeszkód w tym, aby dokonać ewentualnego wpisu w księdze wieczystej dla każdego z budynków na podstawie jednej umowy dotyczącej 110 nieruchomości.

Ponadto należy zauważyć, iż umowy zawarte przez SM Hutnik z innymi operatorami telekomunikacyjnymi, nie dotyczyły poszczególnych jej budynków, ale całych zasobów lub też osiedli np. umowa z UPC (dowód: karty od nr 32 do nr 37), umowa z p. M.P. „POLnet” w Jaworznie (dowód: karty od nr 80 do nr 87).

Dlatego też żądanie SM Hutnik w zakresie negocjacji i podpisania umowy odrębnie dla każdego z jej 110 budynków należy uznać za nieuzasadnione, którego celem było wydłużenie jeszcze bardziej w czasie trwających rokowań.

Za równie niezrozumiałe należy uznać tłumaczenia Spółdzielni zawarte w piśmie z dnia 17.06.2013r. (dowód: karta od nr 328 do nr 330), iż prowadzenie długich negocjacji było spowodowane skomplikowaną sytuacją własnościową poszczególnych mieszkań w jej budynkach. Należy zauważyć, iż zgodnie z art. 30 ust. 4 uowrust, w kształcie obowiązującym od dnia 16.12.2012r. zawarcie umowy pomiędzy przedsiębiorcą telekomunikacyjnym a właścicielem, użytkownikiem wieczystym lub zarządcą nieruchomości stanowi czynność zwykłego zarządu. Stąd też uzyskanie ewentualnej zgody właścicieli lub użytkowników lokali mieszkalnych na udzielenie zgody Soft Pro2 rozpoczęcia działalności po ww. dacie byłoby nieuzasadnione.

Należy w tym miejscu również wskazać na ważny dla analizowanej sprawy fakt, wprowadzania przez SM Hutnik w toku negocjacji z Soft Pro2, programu „Bezpieczne Osiedle” co zostało szczegółowo opisane w części niniejszej decyzji dotyczącej opisu stanu faktycznego.

Wdrożenie tego programu umożliwia świadczenie mieszkańcom przez wykonawcę takich usług jak: instalacja domofonów, sieci monitoringu oraz wewnątrz-budynkowej kanalizacji kablowej, czy też świadczenia usług dostępu do Internetu, czyli w części usług, które zamierzał świadczyć Soft Pro2. Jak wynika z materiału dowodowego Spółdzielnia w pismach kierowanych do swoich mieszkańców informowała ich, iż kolejnym etapem realizacji ww. projektu będzie ustalenie zasad udostępnienia infrastruktury innym operatorom przez zarządcę. W tym zakresie nie wykluczała powierzenia podmiotowi świadczącemu usługi w ramach programu „Bezpieczne Osiedle” podejmowania wiążących decyzji w zakresie udostępnienia infrastruktury telekomunikacyjnej podmiotom o to wnioskującym (dowód: karta nr 261). Stanowisko takie zajęła Spółdzielnia w piśmie do p. Pawła Sz. PZE ASK w Sosnowcu (dowód: karta nr 55, 60), do Soft Pro2 Sp. z o.o. (dowód: karta nr 66) i do jednego z mieszkańców (dowód: karta nr 261).

Świadczy to o tym, iż SM Hutnik nie chciała udostępnić swoich zasobów innym operatorom po podpisaniu umowy z POLnet-em, a jedynie umożliwić im korzystanie z jego infrastruktury. W ocenie Prezesa Urzędu byłoby to jednak dla innych operatorów telekomunikacyjnych rozwiązaniem mniej korzystnym z tego względu, iż zgodnie z art. 30 ust. 1 oraz ust. 3b uowrust przedsiębiorca telekomunikacyjny poniósłby w takim przypadku nie tylko koszty energii elektrycznej, najmu oraz przywrócenia nieruchomości do stanu poprzedniego, ale również i utrzymania udostępnionego przyłącza. Ponadto korzystanie z sieci telekomunikacyjnej innego operatora wiązałoby się z uzależnieniem od jego infrastruktury. Tym samym rozważane przez Spółdzielnię rozwiązanie polegające na udostępnieniu sieci telekomunikacyjnej POLnet-u innym operatorom byłoby dla nich, w tym i dla Soft Pro2 mniej korzystne niż wybudowanie własnej.

Należy również zauważyć, iż w toku niniejszego postępowania Soft Pro2 przesłał Prezesowi Urzędu również kopie pism mieszkańców Spółdzielni zainteresowanych korzystaniem z jego usług telekomunikacyjnych (dowód np. karty nr: 226, 260, 264, 265). W odpowiedzi na jeden z ww. wniosków, SM Hutnik w piśmie z dnia 09.03.2012r. skierowanym do mieszkańca (dowód: karta nr 227) stwierdziła, iż dostęp przedsiębiorców telekomunikacyjnych do zasobów mieszkaniowych określa stosowna umowa, której zawarcie poprzedzają negocjacje. Z dalszej treści pisma wynika, iż Spółdzielnia jest w toku negocjacji umowy z Soft Pro2. Jednakże przedsiębiorca ten pomimo kolejnych kierowanych do niego przez Spółdzielnię pism, nie przedstawia projektu i schematu sieci i nie precyzuje nieruchomości o dostęp do których wnioskuje.

Ustosunkowując się do powyższego należy zauważyć, iż zgodnie z art. 31 ust. 1 uowrust jeżeli nieruchomość lub jej część zajmowana przez użytkownika końcowego nie posiada przyłączenia do sieci telekomunikacyjnej odpowiadającego potrzebom użytkownika końcowego, właściciel, użytkownik lub zarządca nieruchomości nie może odmówić z wyjątkiem przypadków wynikających z przepisów prawa, instalacji, utrzymania lub wymiany zewnętrznej instalacji telekomunikacyjnej. Z powyższego wynika, iż Spółdzielnia nie ma prawa odmówić instalacji sieci przez Soft Pro2 jeśli jej mieszkańcy wyrażą taką wolę.

Oceniając powyżej przedstawiony przebieg negocjacji pomiędzy Soft Pro2, a Spółdzielnią Prezes Urzędu uznał, iż działania SM Hutnik, nie świadczą o zamiarze ich sprawnego przeprowadzenia oraz rychłego zakończenia. Co więcej w ocenie Prezesa Urzędu powyżej przedstawione i opisane zachowanie Spółdzielni świadczy o zamiarze uniemożliwienia wejścia na ten rynek przez Soft Pro2.

Skutkiem powyżej opisanych działań SM Hutnik było uniemożliwienie Soft Pro2 wejścia na ten rynek, oraz pozbawienie jej mieszkańców, czyli potencjalnych klientów (konsumentów) większego wyboru ilości operatorów, którzy mogliby świadczyć tego rodzaju usługi na jej terenie.

Działania Spółdzielni spowodowały iż mniejsza liczba przedsiębiorców telekomunikacyjnych mogła świadczyć usługi w jej zasobach. W efekcie powyższych działań, osoby mieszkające w jej zasobach posiadały mniej zróżnicowaną ofertę operatorów telekomunikacyjnych i nie mogły zawrzeć stosowanej umowy z operatorem przez siebie preferowanym tj. Soft Pro2, o czym świadczą pisma kierowane do SM Hutnik (dowód: np. karty nr 265, 269, 270, 271). Tym samym skutkiem tych działań było ograniczenie konkurencji na rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych w zasobach Spółdzielni.

Oznacza to, iż działania SM Hutnik niewątpliwie doprowadziły do ograniczenia rozwoju konkurencji na rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych, powiązanych z rynkiem świadczenia usług udostępniania jej zasobów mieszkaniowych, w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych. 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 SM Hutnik nie wyrażając zgody Soft Pro2 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 Hutnik ograniczyła swoim mieszkańcom możliwość wyboru przedsiębiorcy świadczącego usługi dostępu do Internetu. Skutki jej działania dotknęły bezpośrednio Soft Pro2, mogły one jednak dotyczyć także wszystkich osób, które chciałyby korzystać z usług telekomunikacyjnych tego przedsiębiorcy, poprzez pozbawienie ich możliwości wyboru najlepszej dla nich oferty oraz skorzystania z działania mechanizmów wolnej konkurencji.

Ponadto należy zauważyć, iż na terenie zasobów SM Hutnik oprócz innych przedsiębiorców, usługi telekomunikacyjne w ramach programu „Bezpieczne Osiedle”, świadczy POLnet. Jak wykazano to na wcześniejszych stronach niniejszej decyzji, każdy z mieszkańców z

tytułu korzystania z ww. programu uiszcza na rzecz Spółdzielni, w czynszu, stałą, miesięczną opłatę. Oznacza to, iż pomimo tego, że Spółdzielnia nie świadczy bezpośrednio usług telekomunikacyjnych, to jednak nie jest całkowicie bezstronna. Świadczyć może o tym fakt, iż jak opisano to na stronie 20 niniejszej decyzji, Spółdzielnia w pismach kierowanych do swoich mieszkańców zainteresowanych korzystaniem z usług Soft Pro2 oraz do innych operatorów, informowała ich, że zamierza opracować zasady udostępnienia infrastruktury innym podmiotom przez POLnet. W tym zakresie nie wykluczała powierzenia podmiotowi świadczącemu usługi w ramach programu „Bezpieczne Osiedle” - czyli POLnetowi, podejmowania wiążących decyzji w zakresie udostępnienia infrastruktury telekomunikacyjnej podmiotom o to wnioskującym (dowód: karty nr 261, 55, 60, 66, 261). Należy przypuszczać, iż udostępnienie infrastruktury nie odbywałoby się bezpłatnie i powodowałoby ponoszenie m.in. przez Soft Pro2 dodatkowych kosztów, a POLnetowi umożliwiłoby uzyskanie większych przychodów.

W tym kontekście niewyrażenie przez Spółdzielnię zgody na rozpoczęcie w jej zasobach przez Soft Pro2 świadczenia usług dostępu do Internetu, może świadczyć o zamiarze wpływania przez nią na stan konkurencji na rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych w jej zasobach, gdyż poprzez takowe zachowanie SM Hutnik ograniczyła ilość konkurentów, z którymi POLnet tj. jej partner w programie „Bezpieczne Osiedle” konkuruje na rynku.

Tym samym należy uznać, iż zebrany w postępowaniu materiał dowodowy daje podstawy do uznania, że SM Hutnik ogranicza konkurencję na rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych powiązanych z rynkiem udostępniania przez tą Spółdzielnię zasobów mieszkaniowych w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych, 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.

II. Artykuł 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, iż Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 9 tej ustawy. Rozstrzygnięcie w przedmiocie nałożenia administracyjnej kary pieniężnej posiada więc fakultatywny charakter.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie zawiera zamkniętego katalogu przesłanek, od których uzależniana jest wysokość nakładanych na przedsiębiorców kar. Jednakże art. 111 tej ustawy stanowi, że przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa w art. 106-108, należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie jej przepisów. Jest rzeczą oczywistą, iż na wysokość kary musi mieć także wpływ stopień zagrożenia lub naruszenia interesu publicznoprawnego stosowanymi praktykami ograniczającymi konkurencję. Ponadto w orzecznictwie wskazuje się, że w przypadku kar za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję przesłankami, które należy brać pod uwagę są: potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy, skutki praktyki dla konkurencji lub kontrahentów, dopuszczalny poziom kary wynikający z przepisów ustawy oraz cele, jakie kara ma osiągnąć². Nałożona przez Prezesa Urzędu kara pieniężna powinna pełnić przy tym funkcję represyjną tj. stanowić dolegliwość za naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a także prewencyjną, czyli dyscyplinującą (tj. zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości).

W pkt I sentencji niniejszej decyzji uznano za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, nadużywanie przez SM Hutnik pozycji dominującej na rynku udostępniania jej zasobów mieszkaniowych w celu świadczenia przez innych przedsiębiorców usług telekomunikacyjnych, poprzez uniemożliwienie Soft Pro2 w Sosnowcu, świadczenia usług telekomunikacyjnych w jej

² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27.06.2000 r., I CKN 793/98.

zasobach, 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 telekomunikacyjnych i nakazał zaniechanie jej stosowania.

Wobec powyższego nałożenie na SM Hutnik kary pieniężnej za naruszenie przepisów ustawy jest uzasadnione.

Dokonując wyliczenia kary, Prezes Urzędu wziął pod uwagę, przychód uzyskany przez tego przedsiębiorcę w 2012r. w wysokości 58.255.598,88 PLN (dowód: karta nr 380). Stąd też maksymalna kara pieniężna, jaka może zostać nałożona na Spółdzielnię w oparciu o art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wynosi 5.825.559,8 PLN.

Ustalając wysokość kary pieniężnej Prezes Urzędu wziął pod uwagę, iż Spółdzielnia poprzez swoje działania ograniczyła rozwój konkurencji na rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych w jej zasobach. Ponadto na skutek stosowanej praktyki konsumenci, zostali pozbawieni możliwości szerszego wyboru przedsiębiorców, którzy mogliby na ich zlecenie wykonywać usługi telekomunikacyjne. Działania takie przeciwdziałały tym samym ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych w jej zasobach. Dlatego też Prezes Urzędu uznał, iż analizowane zachowanie Spółdzielni stanowi poważne naruszenie przepisów ustawy. Stąd też jako podstawę do dalszych wyliczeń wysokości kary pieniężnej przyjął kwotę bazową w wysokości 0,3% przychodu SM Hutnik osiągniętego w 2012r.

Przy wymierzaniu wysokości kary pieniężnej Prezes Urzędu wziął również pod uwagę specyfikę tego rynku. Mianowicie wzięto pod uwagę to, iż co prawda usługi telekomunikacyjne są to usługi z których na co dzień korzystają konsumenci, jednakże nie są to usługi pierwszej potrzeby.

Ponadto analizując specyfikę rynku usług telekomunikacyjnych uwzględniono również przesłankę, iż jest to rynek charakteryzujący się dosyć istotnymi barierami wejścia, w postaci konieczności uzyskania zgody dysponentów zasobów mieszkaniowych na świadczenie tego rodzaju usług, czy też relatywnie wysokiego kapitału koniecznego do rozpoczęcia wykonywania działalności gospodarczej w tym zakresie. Dlatego też brak uzyskania przez Soft Pro2 zgody SM Hutnik na instalowanie sieci telekomunikacyjnej w jej zasobach spowodował istotne zaburzenie konkurencji poprzez utrzymanie określonej ilości podmiotów świadczących usługi w tym zakresie. Należy jednakże z drugiej strony zauważyć, iż Spółdzielnia swoimi działaniami co prawda uniemożliwiła Soft Pro2 wejście na przedmiotowy rynek i tym samym ograniczyła konsumentom możliwość wyboru operatora, niemniej jednak przez ten fakt mieszkańcy nie zostali całkowicie pozbawieni możliwości wyboru dostawcy usług telekomunikacyjnych, gdyż na rynku tym funkcjonuje kilku operatorów telekomunikacyjnych.

Stąd też specyfika tego rynku miała wpływ na obniżenie wysokości kary pieniężnej ustalonej na poprzednim etapie miarkowania kary o 80%.

Ustalając wymiar kary pieniężnej wzięto również pod uwagę, długotrwałość stosowanej praktyki tj. fakt, iż praktyka ta trwała ponad rok. Dlatego też Prezes Urzędu podwyższył z tego tytułu wysokość kary pieniężnej ustalonej na poprzednim etapie o 10%.

Miarkując wymiar kary pieniężnej Prezes Urzędu uwzględnił również jako przesłankę obciążającą fakt umyślności działania Spółdzielni. W ocenie Prezesa Urzędu przeprowadzone w niniejszej sprawie ustalenia wskazują na to, iż celem działania Spółdzielni było uniemożliwienie rozpoczęcia świadczenia przez Soft Pro2 usług telekomunikacyjnych w jej zasobach, co świadczy o umyślności działania Spółdzielni. Z ustaleń Prezesa Urzędu wynika, iż jedną z zasadniczych intencji działań Spółdzielni było zapewnienie POLnet-owi jak największej ilości odbiorców, a tym samym zniechęcenie mieszkańców do korzystania z usług Soft Pro2. Świadczy o tym chociażby kopia korespondencji przesyłanej przez Spółdzielnię do jej mieszkańców. Powyższe świadczy o jej świadomym i umyślnym działaniu, w zakresie uniemożliwienia Soft Pro2 świadczenia usług w jej zasobach.

Jednocześnie Prezes Urzędu pragnie wskazać, iż Spółdzielnia jako podmiot działający od wielu lat na rynku powinna zdawać sobie sprawę, iż podejmując decyzje powinna ocenić, czy jej działania

nie stanowią praktyk ograniczających konkurencję, o jakich mowa w przepisach ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Jednakże Prezes Urzędu jednocześnie pragnie wskazać, iż brak świadomości bezprawności działania Spółdzielni również należałoby uznać za nieusprawiedliwiony, brak jest bowiem podstaw do wytłumaczenia jej działań niezajomością przepisów prawa, w tym ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Jak bowiem stanowi art. 83 Konstytucji RP każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej. Obowiązek znajomości i przestrzegania prawa, ciąży tym bardziej na profesjonalnych uczestnikach obrotu rynkowego, a za takiego należy również uznać SM Hutnik.

Mając na uwadze powyższe przesłanki Prezes Urzędu podwyższył karę pieniężną ustaloną na poprzednim etapie o 10%.

Biorąc powyższe okoliczności pod uwagę Prezes Urzędu postanowił nałożyć na SM Hutnik karę pieniężną w wysokości 42.294 PLN (słownie: czterdziestu dwóch tysięcy dwustu dziewięćdziesięciu czterech złotych), co stanowi około 0,73% kary maksymalnej jaka mogłaby zostać nałożona w niniejszej sprawie.

W ocenie Prezesa Urzędu kara pieniężna w ww. wysokości spełni rolę represyjną, gdyż będzie dotkliwą sankcją finansową dla Spółdzielni za naruszenie przepisów tej ustawy oraz spełni również walor wychowawczy, gdyż zapobiegnie takim naruszeniom w przyszłości.

Dlatego też Prezes Urzędu orzekł jak w punkcie II sentencji niniejszej decyzji.

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

III. 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.

Zgodnie z art. 263 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego do kosztów postępowania zalicza się koszty podróży i inne należności świadków i biegłych oraz stron w przypadkach przewidzianych w art. 56, a także koszty spowodowane oględzinami na miejscu, jak również koszty doręczenia stronom pism urzędowych. Na podstawie art. 264 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego jednocześnie z wydaniem decyzji organ administracji publicznej ustala w drodze postanowienia wysokość kosztów postępowania, osoby zobowiązane do ich poniesienia oraz termin i sposób ich uiszczenia.

Postępowanie w sprawie stosowania przez Spółdzielnię praktyk ograniczających konkurencję zostało wszczęte z urzędu. W wyniku tego postępowania Prezes Urzędu w punkcie I sentencji niniejszej decyzji stwierdził naruszenie przez tego przedsiębiorcę przepisów tej ustawy. Kosztami niniejszego postępowania są wydatki w wysokości około 40 PLN (słownie: czterdziestu złotych) związane z wymianą korespondencji. W związku z powyższym postanowiono obciążyć SM Hutnik kosztami w wysokości 40 PLN (słownie: czterdziestu złotych) i zobowiązać ją do ich zwrotu na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

W związku z powyższym orzeczono jak w punkcie III sentencji.

Koszty niniejszego postępowania przedsiębiorca obowiązany jest wpłacić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie w NBP o/o Warszawa Nr 51101010100078782231000000 w terminie 14 dni od uprawomocnienia się decyzji.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479²⁸ § 2 Kpc – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Katowicach.

W przypadku jednak kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach zawartego w punkcie III niniejszej decyzji, stosownie do art. 81 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 264 § 2 k.p.a. stanowiącym, iż na postanowienie w sprawie kosztów postępowania osobie zobowiązanej służy zażalenie, w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 479³² § 1 i 2 Kpc, należy wnieść 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