



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA UOKIK W KRAKOWIE**

Pl. Szczepański 5
31-011 Kraków
tel./fax 12 421-75-79, 421-74-98
e-mail: krakow@uokik.gov.pl

RKR-411-502/16/BR- 5 /16

Kraków, dnia 5 października 2016 r.

DECYZJA Nr RKR- 4 /2016

I. Na podstawie art. 12 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r., poz.184 ze zm.), stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy oraz § 2 pkt 3 i § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. nr 107 poz. 887 ze zm.), po przeprowadzeniu z urzędu postępowania antymonopolowego

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów -

wobec **uprawdopodobnienia** w toku postępowania antymonopolowego stosowania przez Gminę Miejską Kraków praktyki ograniczającej konkurencję, określonej w art. 9 ust. 1 i w art. 9 ust. 2 pkt 1 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegającej na nadużywaniu przez Gminę Miejską Kraków pozycji dominującej na lokalnym rynku udostępniania nieruchomości Gminy Miejskiej Kraków i Skarbu Państwa położonych w obrębie Gminy Miejskiej Kraków, w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych polegającego na narzucaniu nieuczciwych cen za korzystanie z nieruchomości Gminy Miejskiej Kraków i Skarbu Państwa położonych w obrębie Gminy Miejskiej Kraków w celu zapewnienia telekomunikacji w nieruchomościach, poprzez naliczanie opłat za umieszczanie linii kablowych w piwnicach, klatkach schodowych, strychu w sposób niezgodny z art. 30 ust. 3 b ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1537)

oraz po przyjęciu zobowiązania złożonego przez Gminę Miejską Kraków do podjęcia działań zmierzających do zaniechania ww. praktyki ograniczającej konkurencję poprzez:

- Odstąpienie od pobierania od przedsiębiorców telekomunikacyjnych comiesięcznej, ryczałtowej opłaty za umieszczanie linii kablowych w piwnicach, klatkach schodowych, strychu nieruchomości Gminy Miejskiej Kraków i Skarbu Państwa położonych w obrębie Gminy Miejskiej Kraków i wydanie w tym zakresie

stosownych zarządzeń zmieniających Zarządzenie nr 517/2011 z dnia 1 kwietnia 2011 r. i Zarządzenie nr 520/2011 z dnia 1 kwietnia 2011 r.;

- Podpisanie ze wszystkimi przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, z którymi łączy Gminę Miejską Kraków umowy „na udostępnienie niezbędnej powierzchni elementów konstrukcyjnych budynku w celu wybudowania i eksploatacji sieci teletechnicznej” do dnia 31 października 2016 r. aneksów do tych umów zmieniających postanowienia dotyczące obowiązku uiszczania ryczałtowej opłaty za umieszczanie linii kablowych w piwnicach, klatkach schodowych, strychu nieruchomości Gminy Miejskiej Kraków i Skarbu Państwa położonych w obrębie Gminy Miejskiej Kraków

nakłada się na Gminę Miejską Kraków obowiązek wykonania powyższego zobowiązania w terminie do dnia 31 października 2016 r.

II. Na podstawie art. 12 ust. 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r., poz.184 ze zm.), stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy oraz § 2 pkt 3 i § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. nr 107 poz. 887 ze zm)

– w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,

nakłada się na Gminę Miejską Kraków obowiązek złożenia w terminie do dnia 15 listopada 2016 r. sprawozdania z wykonania przyjętych zobowiązań, przy czym sprawozdanie winno zawierać:

- Wszystkie obowiązujące w dacie składania sprawozdania zarządzenia Prezydenta Miasta Krakowa dotyczące udzielenia zgody na wykonanie i eksploatację sieci telekomunikacyjnych w tym: telefonicznych, telewizji kablowej, internetowej itp. oraz określenia zasad odpłatnego lub nieodpłatnego korzystania z nieruchomości pod sieci teletechniczne, nieruchomości będących własnością Skarbu Państwa, położonych w obrębie Gminy Miejskiej Kraków oraz nieruchomości będących własnością Gminy Miejskiej Kraków, położonych w obrębie Gminy Miejskiej Kraków.
- Kopie wszystkich podpisanych przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych aneksów do umów o udostępnienie niezbędnej powierzchni i elementów konstrukcyjnych budynków w celu budowy i eksploatacji urządzeń telekomunikacyjnych lub kopie niepodpisanych aneksów wraz z dowodami wysłania ich do przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

Uzasadnienie

W dniu 21 lipca 2016 r. postanowieniem nr RKR-93/2016 Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura UOKiK w Krakowie (zwany dalej „Prezesem UOKiK”) wszczął postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem nadużywania przez Gminę Miejską Kraków (zwaną dalej również „Gminą”) pozycji dominującej na lokalnym rynku udostępniania nieruchomości Gminy Miejskiej Kraków i Skarbu Państwa położonych w obrębie Gminy Miejskiej Kraków, w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych polegającego na narzucaniu nieuczciwych cen za korzystanie z nieruchomości Gminy Miejskiej Kraków i Skarbu Państwa położonych w obrębie Gminy Miejskiej Kraków w celu zapewnienia telekomunikacji w nieruchomościach, poprzez naliczanie opłat za umieszczanie linii kablowych w piwnicach, klatkach schodowych, strychu w sposób niezgodny z art. 30 ust. 3 b ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (Dz. U. z 2015 r., poz. 880 ze zm.) (zwanej dalej „*ustawą o wspieraniu*”).

Działanie to - w ocenie Prezesa UOKiK - mogło stanowić naruszenie art. 9 ust. 1 i art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r., poz. 184 ze zm.) – zwanej dalej „*ustawą okik*”.

dowód: postanowienie nr RKR-93/2016, k.1-7

W czasie trwania postępowania antymonopolowego, obwieszczeniem Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej z dnia 8 września 2016 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (Dz. U. z 2016 r., poz. 1537), wprowadzony został jednolity tekst *ustawy o wspieraniu*.

O wszczęciu postępowania antymonopolowego Gmina została zawiadomiona w dniu 21 lipca 2016 r.

dowód: zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego, k.144-146

Wszczęcie postępowania antymonopolowego poprzedziło przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego (sygn. akt: RKR-400-4/16/BR) mającego na celu wstępne ustalenie stosowanych na terenie Gminy Miejskiej Kraków zasad udostępniania nieruchomości Gminy i Skarbu Państwa w celu zapewnienia telekomunikacji w budynkach, pod kątem określenia, czy nie nastąpiło naruszenie przepisów *ustawy okik* uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego, w tym, czy sprawa ma charakter antymonopolowy. Postępowanie zostało podjęte w związku z otrzymanym zawiadomieniem od przedsiębiorcy telekomunikacyjnego.

W postępowaniu antymonopolowym, postanowieniem nr RKR-94/2016 z dnia 21 lipca 2016 r., zaliczone zostały w poczet dowodów informacje i dokumenty uzyskane przez Prezesa UOKiK w postępowaniu wyjaśniającym, takie jak:

1. pismo Zarządu Budynków Komunalnych w Krakowie z dnia 22 marca 2016 r. znak:EE-434-1/16 wraz z załącznikami,
2. pismo Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 23 marca 2016 r. znak: DHRT.WWM.6002.3.2016.2,
3. pismo Zarządu Budynków Komunalnych w Krakowie z dnia 15 kwietnia 2016 r. znak: EE-434-16/16 wraz z załącznikami,
4. pismo Zarządu Budynków Komunalnych w Krakowie z dnia 31 maja 2016 r. znak: EE-434-16/16.

dowód: postanowienie nr RKR-94/2016 wraz z dokumentami zaliczonymi w poczet dowodów, k. 8 - 143

Ustosunkowując się do zarzutów przedstawionych w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego, Gmina Miejska Kraków (zwana dalej również „Gminą”) złożyła wniosek o wydanie decyzji, o jakiej mowa w art. 12 *ustawy okik* oraz przedłożyła zobowiązanie do zaniechania określonych działań w celu zakończenia naruszenia i usunięcia skutków naruszenia.

Gmina zobowiązała się do podjęcia działań legislacyjnych mających na celu zmianę Zarządzeń Prezydenta Miasta Krakowa z dnia 1 kwietnia 2011 r. w sprawie udzielenia zgody na wykonanie i eksploatację sieci telekomunikacyjnych w tym: telefonicznych, telewizji kablowej, internetowej itp. oraz określenia zasad odpłatnego lub nieodpłatnego korzystania z nieruchomości pod sieci teletechniczne nr 517/2011 i nr 520/2011 dotyczących nieruchomości będących własnością Gminy Miejskiej Kraków i Skarbu Państwa, położonych w obrębie Gminy Miejskiej Kraków.

Zakończenie prac legislacyjnych zostało określone przez Gminę na koniec III-go kwartału 2016 roku.

Jak podniosła Gmina podjęte działania mają na celu:

- całkowite zniesienie obowiązku ponoszenia przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych comiesięcznej, ryczałtowej opłaty uzależnionej od powierzchni całkowitej udostępnianych budynków;
- pobieranie jedynie jednorazowej opłaty związanej z wykonywaniem konkretnych czynności na rzecz danego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego i dotyczących określonej nieruchomości, na etapie wykonywania przez tego przedsiębiorcę instalacji teletechnicznych w budynku, tj. np.: za weryfikację projektu, wprowadzenie operatora do budynku i odbiór prac. Koszty będą obliczane na podstawie kosztów pracy pracowników wykonujących dane zadanie.

Ponadto Gmina wskazała, iż w ślad za zmianą zarządzeń planuje zmianę treści umów zawartych z przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi na udostępnienie nieruchomości w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych poprzez wykreślenie z nich postanowień

dotyczących uiszczania kwestionowanych przez Prezesa UOKiK opłat. Podpisanie aneksów do umów nastąpi w terminie do dnia 31 października 2016 r.

Gmina wskazała równocześnie, że słuszność jej działania dotyczącego pobierania kwestionowanych opłat potwierdziły wyroki sądów powszechnych dotyczące złożonych przez Gminę pozwów o zapłatę przez jednego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego kwestionowanych przez Prezesa UOKiK opłat.

dowód: pismo Gminy z dnia 08.08.2016 r., BK-01.152.164.2016 wraz z załącznikami, k. 147-192

W dniu 23 września 2016 r. Gmina została zawiadomiona o zakończeniu zbierania materiału dowodowego i możliwości zapoznania się z materiałem zgromadzonym w aktach sprawy. Strona skorzystała z możliwości zapoznania się z aktami.

W toku postępowania Prezes UOKiK ustalił następujący stan faktyczny:

Prezydent Miasta Krakowa wydał w roku 2011 2 zarządzenia w sprawie udzielenia zgody na wykonanie i eksploatację sieci telekomunikacyjnych w tym: telefonicznych, telewizji kablowej, internetowej itp. oraz określenia zasad odpłatnego lub nieodpłatnego korzystania z nieruchomości pod sieci teletechniczne, tj.:

- Zarządzenie nr 517/2011 z dnia 1 kwietnia 2011 r. dotyczące nieruchomości będących własnością Skarbu Państwa, położonych w obrębie Gminy Miejskiej Kraków;
- Zarządzenie nr 520/2011 z dnia 1 kwietnia 2011 r. dotyczące nieruchomości będących własnością Gminy Miejskiej Kraków, położonych w obrębie Gminy Miejskiej Kraków.

Zarządzenia odnoszą się do nieruchomości budynkowych będących własnością Skarbu Państwa lub Gminy oddanych w zarząd Zarządowi Budynków Komunalnych w Krakowie i położonych w obrębie Gminy Miejskiej Kraków.

Jak wskazano w ww. Zarządzeniach wydane zostały one między innymi na podstawie art. 30 w związku z art. 33 ust. 1 i 2 *ustawy o wspieraniu*.

Oba Zarządzenia posiadają identyczną treść w zakresie § 2-9.

Zgodnie z treścią postanowień ww. Zarządzeń nie dotyczą one instalacji służących wyłącznie podmiotom indywidualnym, wykorzystywanych w celach niekomercyjnych wykonywanych na koszt i staraniem odbiorcy oraz podłączeń do już istniejących w budynku sieci teletechnicznych (§ 2 ust.1-3).

Udzielenie zgody na zajęcie nieruchomości na potrzeby wykonania i eksploatacji sieci telekomunikacyjnych następuje w drodze umowy cywilno-prawnej (§ 3 ust. 7).

Operator na podstawie zawartej ww. umowy jest zobowiązany do ponoszenia następujących opłat:

a) za umieszczenie linii kablowych w piwnicy, klatkach schodowych, strychu w budynkach :

- o powierzchni do 500 m² - 30,00 zł (netto) miesięcznie
- o powierzchni od 500 – 1500 m² - 90,00 zł (netto) miesięcznie
- o powierzchni od 1500 – 3000 m² - 150,00 zł (netto) miesięcznie
- o powierzchni powyżej 3 000 m² - 250,00 zł (netto) miesięcznie

b) za korzystanie z energii elektrycznej (pobieranej z obwodów administracyjnych budynku) do zasilania wszelkich urządzeń zamontowanych przez Operatora, każdorazowo w umowie określona zostanie kwota ryczałtowa wynikająca z poboru energii przez zainstalowane urządzenia,

c) za umieszczenie na dachu lub elewacji budynku anteny – w zależności od gabarytów anteny (nie mniej, niż 100 zł netto miesięcznie),

d) za umieszczenie stacji bazowej :

- za zajęcie powierzchni do 20 m² - 3500 zł (netto)
- za zajęcie powierzchni powyżej 20 m² - 175 zł (netto) za każdy następny metr kwadratowy (§ 5 ust. 7).

Dodatkowo przedsiębiorca telekomunikacyjny jest zobowiązany do dokonania wpłaty kaucji zabezpieczającej pokrycie ewentualnych szkód powstałych przy realizacji systemu, zależnej wyłącznie od powierzchni budynku (§ 7).

Zgoda na udostępnienie ww. nieruchomości w celu świadczenia telekomunikacji w budynku wydawana jest w formie umowy cywilno-prawnej dotyczącej danej nieruchomości.

dowód: Zarządzenia 517/2011 i 520/2011, k. 147-154

Tak więc przedsiębiorca telekomunikacyjny chcący świadczyć usługi telekomunikacyjne w nieruchomościach Gminy lub Skarbu Państwa położonych na obszarze Gminy Miejskiej Kraków – zgodnie z wymogami analizowanych Zarządzeń - podpisuje z Gminą Miejską Kraków (reprezentowaną przez Dyrektora Zarządu Budynków Komunalnych) umowę „*na udostępnienie niezbędnej powierzchni elementów konstrukcyjnych budynku w celu wybudowania i eksploatacji sieci teletechnicznej*”. W przypadku kiedy przedsiębiorca telekomunikacyjny zainteresowany jest świadczeniem usług telekomunikacyjnych w większej ilości nieruchomości, o jakich mowa w analizowanych Zarządzeniach, podpisuje stosowną ilość umów.

W umowach tych określana jest „*opłata za udostępnianie budynku*” ustalana na podstawie powierzchni całkowitej budynku i stosownych postanowień analizowanych Zarządzeń.

dowód: umowy zawierane z przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, k. 47-143

W analizowanej sprawie pod pojęciem przedsiębiorca telekomunikacyjny rozumiany jest - zgodnie z art. 2 pkt 27 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. *Prawo telekomunikacyjne*

(Dz. U. z 2014 r., poz. 243 ze zm.) - przedsiębiorca lub inny podmiot uprawniony do wykonywania działalności gospodarczej na podstawie odrębnych przepisów, który wykonuje działalność gospodarczą polegającą na dostarczaniu sieci telekomunikacyjnych, świadczeniu usług towarzyszących lub świadczeniu usług telekomunikacyjnych.

Zarząd Budynków Komunalnych w Krakowie, o którym mowa w ww. Zarządzeniach został powołany do istnienia na mocy Uchwały Nr X/98/94 Rady Miasta Krakowa z dnia 21 grudnia 1994 r. w sprawie utworzenia zakładu budżetowego pod nazwą "Zarząd Budynków Komunalnych" w Krakowie.

Uchwała ta została zmieniona uchwałą Nr XLI/392/96 Rady Miasta Krakowa z dnia 24 stycznia 1996 r. o zmianie uchwały Nr X/98/94 Rady Miasta Krakowa z dnia 21 grudnia 1994 r. w sprawie utworzenia zakładu budżetowego pod nazwą "Zarząd Budynków Komunalnych" w Krakowie oraz Uchwałą Nr VIII/72/03 Rady Miasta Krakowa z dnia 12 marca 2003 r. w sprawie przekształcenia zakładu budżetowego pod nazwą Zarząd Budynków Komunalnych w Krakowie ul. Wielopole 17a w jednostkę budżetową pod nazwą Zarząd Budynków Komunalnych.

Do głównych zadań Zarządu należy między innymi sprawowanie zwykłego zarządu budynkami mieszkalnymi i użytkowymi, wraz z terenami niezbędnymi dla prawidłowego i racjonalnego korzystania z tych budynków oraz urządzeń, stanowiącymi własność lub współwłasność: Gminy Miejskiej Kraków, Skarbu Państwa – na podstawie odrębnych przepisów, osób fizycznych nieznanych z miejsca pobytu, dla których nie ustanowiono kuratora, a w szczególnie uzasadnionych przypadkach, po uzyskaniu zgody Prezydenta Miasta, także innych podmiotów niż wymienione powyżej.

Jak ponadto ustalono w przedmiotowej sprawie, w roku 2014 na terenie Gminy Miejskiej Kraków położonych było 445 nieruchomości stanowiących własność Gminy i 46 nieruchomości stanowiących własność Skarbu Państwa.

Według danych pozyskanych od Gminy na dzień 1 sierpnia 2016 r. nieruchomości Skarbu Państwa, których dotyczyło kwestionowane Zarządzenie na terenie Gminy Miejskiej Kraków było - 18, a nieruchomości Gminy objętych Zarządzeniem - 409.

dowód: zestawienie nieruchomości w roku 2014 k.9-21 i zestawienie nieruchomości przedłożonych przez Gminę jako załącznik do pisma z dnia 08.08.2016 r., k.178-182

W przypadku ww. nieruchomości Gminy i Skarbu Państwa - Gmina, w związku z udostępnianiem nieruchomości w celu zapewnienia telekomunikacji w budynkach, ponosi jedynie jednorazowe koszty związane z szeroko rozumianym nadzorem inwestorskim, w związku z budową sieci telekomunikacyjnych w nieruchomościach. Ma to miejsce na etapie przed rozpoczęciem świadczenia usług przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego.

dowód: pismo Gminy z dnia 31.05.2016, k.25

Jak wskazał Zawiadamiający, którego zawiadomienie stanowiło sygnał do wszczęcia postępowania wyjaśniającego, powierzchnia budynku, w którym świadczone są usługi telekomunikacyjne w żaden sposób nie jest skorelowana z powierzchnią zajmowaną przez urządzenia telekomunikacyjne na potrzeby świadczenia usług. W przypadku nieruchomości, których dotyczą analizowane Zarządzenia Prezydenta Miasta Krakowa występują bowiem budynki o bardzo dużej powierzchni wydzielonych lokali, co powoduje, że nie ma potrzeby rozprowadzania sieci o dużej długości, a co za tym idzie zajmowana jest bardzo niewielka powierzchnia ścian budynku. Natomiast, jak podniósł Zawiadamiający, obciążenie na jednego odbiorcę z tytułu ponoszonych na rzecz Gminy opłat, zwłaszcza w przypadku nieruchomości położonych w centrum miasta, jest bardzo wysokie. We wskazanym przykładzie dotyczącym konkretnej nieruchomości było to 13 zł miesięcznie/abonenta.

Jak ponadto ustalono jeden z przedsiębiorców telekomunikacyjnych, który ma podpisane z Gminą kilka umów na udostępnienie niezbędnej powierzchni elementów konstrukcyjnych konkretnego budynku w celu wybudowania i eksploatacji sieci teletechnicznej, między innymi przed datą wejścia w życie *ustawy o wspieraniu*, został pozwany przez Gminę ponieważ nie chciał uiszczać kwestionowanych przez Prezesa UOKiK opłat. Sugerował, że opłaty te pobierane są bezprawnie.

dowód: wyroki sądów rejonowych i okręgowych w Krakowie k. 31-40 i k.180-197

W toku postępowania wyjaśniającego Prezes UOKiK wystąpił dodatkowo do Urzędu Komunikacji Elektronicznej z prośbą o udostępnianie istotnych, dla toczącego się postępowania wyjaśniającego, informacji dotyczących stosowania art. 30 ust. 3 b *ustawy o wspieraniu*. W szczególności zwrócono się o wyjaśnienie:

- Czy udostępniający nieruchomość w celu zapewnienia telekomunikacji w budynku może pobierać „czynsz najmu” w przypadku, kiedy sam nie ponosi kosztów najmu?
- Czy w przypadku, kiedy możliwe jest pobieranie „czynszu najmu” może on być naliczany jako opłata ryczałtowa uzależniona od wielkości budynku (całkowitej powierzchni budynku), a nie od powierzchni zajmowanej na potrzeby instalacji telekomunikacyjnej w budynku?

Urząd Komunikacji Elektronicznej w odpowiedzi na ww. pismo wskazał, iż cyt: *„Od braku po stronie przedsiębiorcy telekomunikacyjnego obowiązku ponoszenia opłat z tytułu uzyskania dostępu do nieruchomości lub budynku, ustawodawca odróżnił jednak obowiązek ponoszenia przez tego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego kosztów związanych z już uzyskanym dostępem. Jak bowiem wynika z przywołanego powyżej brzmienia art. 30 ust. 3b Ustawy szerokopasmowej [ustawy o wspieraniu – przypis UOKiK], przedsiębiorca telekomunikacyjny zobowiązany będzie do ponoszenia kosztów związanych z udostępnieniem nieruchomości oraz utrzymaniem udostępnionego przyłącza, instalacji całości lub części kabla. Przez powyższe koszty należy rozumieć wszystkie koszty związane z realizacją inwestycji telekomunikacyjnej przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego. Możemy wśród nich*

wyróżnić koszty, które bezpośrednio obciążają przedsiębiorcę telekomunikacyjnego koszty, które ponosi udostępniający w związku z realizacją inwestycji przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, a które, z brzmieniem art. 30 ust. 3b Ustawy szerokopasmowej, przedsiębiorca telekomunikacyjny jest zobowiązany zwrócić udostępniającemu. Przedsiębiorca telekomunikacyjny jest więc zobowiązany zwrócić udostępniającemu wydatki, których normalnie udostępniający nie poniósłby, gdyby nie realizacja przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego inwestycji.(...)

Z kolei przypadki, w których przedsiębiorca telekomunikacyjny zobligowany będzie ponosić koszty najmu powierzchni będą miały miejsce wyłącznie, gdy udostępniana powierzchnia nie należy do udostępniającego tylko do osoby trzeciej.

(...) zasadą przyjętą przez ustawodawcę na gruncie art. 30 Ustawy szerokopasmowej jest to, że dostęp do nieruchomości jest ustanawiany nieodpłatnie. W przypadku uzyskania dostępu zakres obciążeń finansowych jakie powinien ponosić przedsiębiorca telekomunikacyjny, reguluje art. 30 ust. 3 b Ustawy szerokopasmowej. Przy czym, co należy wyraźnie podkreślić, ustawodawca wprowadził w tym przypadku obowiązek ponoszenia przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego określonych kosztów, a nie opłat za uzyskany dostęp. (...)

Przedsiębiorca telekomunikacyjny może domagać się, aby za udzielony dostęp i uzyskane tym samym prawo do korzystania z nieruchomości, w tym budynku nie były pobierane żadne opłaty”.

dowód: pismo UKE z dnia 23.03.2016 r., znak:DHRT.WWM.6002.3.2016.2, k. 41- 43

W dniu 8 sierpnia 2016 r. odpowiadając na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego Gmina wystąpiła z wnioskiem o wydanie decyzji w oparciu o art. 12 ustawy okik. Wskazała, że rozpoczęła proces legislacyjny mający na celu zmianę kwestionowanych przez Prezesa UOKiK zarządzeń Prezydenta Miasta Krakowa.

Jak oświadczyła Gmina nowe zarządzenia nie będą przewidywały pobierania od przedsiębiorców telekomunikacyjnych comiesięcznej, ryczałtowej opłaty za umieszczanie linii kablowych w piwnicach, klatkach schodowych, strychu, uzależnionej od powierzchni całkowitej udostępnianych budynków.

Pobierane będą jedynie jednorazowe opłaty związane z wykonywaniem konkretnych czynności na rzecz danego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, dotyczących danej nieruchomości (koszty nadzoru inwestorskiego). Określenie opłat następować będzie na etapie wykonywania przez tego przedsiębiorcę instalacji w budynku, a ich wysokość odpowiadać będzie rzeczywistym kosztom ponoszonym w związku z rozpoczęciem prowadzenia prac instalacyjnych przez danego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego. Na opłatę tą będą się składać między innymi koszty weryfikacji projektu, koszty pracy pracowników wprowadzających operatora do budynku i odbierających prace.

Z chwilą wejścia w życie nowych Zarządzeń Prezydenta Miasta Krakowa nastąpi zmiana treści wszystkich umów zawartych z operatorami telekomunikacyjnymi na udostępnienie nieruchomości w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych poprzez wykreślenie z nich postanowień dotyczących uiszczania kwestionowanych przez Prezesa UOKiK opłat.

Podpisanie aneksów do umów, w wyżej wskazanym zakresie, planowane jest w terminie do dnia 31 października 2016 r.

dowód: pismo Gminy z dnia 08.08.2016 r., znak: BK-01.152.164.2016, k.155-158

Mając powyższe ustalenia na uwadze Prezes UOKiK zważył, co następuje:

Interes publiczny

Stosownie do art. 1 ust. 1 *ustawy okik* określa ona „warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów”. Tak określony cel ustawy oznacza, że ma ona charakter publiczny i służy ochronie interesu ogólnospołecznego. Powyższe przesądza o wyłączeniu możliwości podejmowania przez Prezesa UOKiK działań w celu ochrony interesów indywidualnych. Takie rozumienie celu *ustawy okik* oraz kompetencji Prezesa UOKiK potwierdza orzecznictwo Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego dalej: „SOKiK”), w świetle którego¹ „*interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien być on ustalony i konkretyzowany. Organ administracji – Prezes Urzędu winien być w toku i przy wydawaniu decyzji rzecznikiem tego interesu, albowiem wynika to z jego zadań w strukturze administracji publicznej – art. 7 k.p.a.*”.

Podobnie Sąd Najwyższy stwierdził, że „*ustawa antymonopolowa ma charakter publicznoprawny, zatem jej celem jest słuzenie interesom publicznym. Ingeruje, gdy w wyniku pewnych ogólnych zjawisk zagrożona jest sama instytucja konkurencji. Nie odnosi się do ochrony roszczeń indywidualnych*”².

Interes publiczny należy bowiem utożsamiać z naruszeniem konkurencji lub wywołaniem (możliwością wywołania) na rynku innych niekorzystnych zjawisk³. Zachowanie przedsiębiorców należy oceniać z punktu widzenia celów ustawodawstwa antymonopolowego, a mianowicie, czy może ono wywołać skutki w postaci wpływu na ilość, jakość, cenę towarów lub zakres wyboru dostępny konsumentom lub innym nabywcom.⁴

W sprawie będącej przedmiotem niniejszej decyzji, która dotyczy nadużywania pozycji dominującej, został naruszony interes publicznoprawny. Objęte zarzutami zachowania Gminy wymierzone były bowiem w konsekwencji podjętych działań w szeroki krąg uczestników rynku, tj. potencjalnie wszystkich przedsiębiorców telekomunikacyjnych świadczących usługi na terenie Gminy Miejskiej Kraków. Działania Gminy mają charakter powszechny i powtarzalny. Wynikają z treści Zarządzeń Prezydenta Miasta Krakowa dotyczących

¹wyroki SOKiK :z dnia 27 czerwca 2001 r. , sygn. akt: XVII Ama 92/00, z dnia 30 maja 2001 r., sygn. akt XVII Ama 80/00, z dnia 4 lipca 2001 r., sygn. akt: XVII Ama 108/00, z dnia 6 czerwca 2001 r., sygn. akt: XVII Ama 78/00,

² wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2001 r., sygn. akt: I CKN 1217/98,

³ wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2008 r., sygn. akt: III SK 40/07,

⁴ wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 października 2008 r., sygn. akt: III SK 2/08,

nieruchomości Gminy i Skarbu Państwa położonych na terenie Gminy Miejskiej Kraków. Były one skierowane wprawdzie bezpośrednio do przedsiębiorców telekomunikacyjnych, ale w konsekwencji do członków pewnej zbiorowości, tj. wszystkich rzeczywistych i przyszłych lokatorów nieruchomości, których dotyczyły Zarządzenia. Negatywne skutki wynikające z zachowań stanowiących przedmiot postawionych przez Prezesa UOKiK zarzutów mogą zatem godzić w konsekwencji nie tylko w przedsiębiorców telekomunikacyjnych, ale w szeroki krąg podmiotów – odbiorców usług telekomunikacyjnych, którymi są również konsumenci.

Działania Gminy związane z pobieraniem nieuczciwych cen za korzystanie z nieruchomości Gminy Miejskiej Kraków i Skarbu Państwa położonych w obrębie Gminy Miejskiej Kraków w celu zapewnienia telekomunikacji w nieruchomościach, mogły mieć znaczący wpływ na cenę usług telekomunikacyjnych dla odbiorców usług telekomunikacyjnych będących najemcami przedmiotowych nieruchomości.

Wobec powyższego należy uznać, że w niniejszej sprawie zaistniały podstawy do podjęcia przez Prezesa UOKiK działań w interesie publicznym.

Strona Postępowania

Zakazy przewidziane w *ustawie okik* odnoszą się wyłącznie do działań podejmowanych przez przedsiębiorców lub związki przedsiębiorców.

Pojęcie „przedsiębiorcy” stanowi pojęcie kluczowe dla prawa konkurencji. Wyznacza bowiem podmiotowy zakres zastosowania norm tego prawa. Stosownie do treści art. 4 pkt 1 *ustawy okik* pod pojęciem przedsiębiorcy rozumie się:

- przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej,

a także:

- osobę fizyczną, osobę prawną, jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej,
- osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu,
- osobę fizyczną, która posiada kontrolę, w rozumieniu pkt 4, nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziła działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, jeżeli podejmuje dalsze działania podlegające kontroli koncentracji, o której mowa w art. 13,
- związek przedsiębiorców w rozumieniu pkt 2, z wyłączeniem przepisów dotyczących koncentracji.

Szeroka definicja przedsiębiorcy zawarta w *ustawie okik* służyć ma jak najlepszej realizacji celów tej ustawy i umożliwieniu jej stosowania wobec wszystkich podmiotów uczestniczących w rynku.

W przedmiotowej sprawie Gmina, na zasadach komercyjnych, udostępnia nieruchomości Gminy i Skarbu Państwa położone na terenie Gminy Miejskiej Kraków na potrzeby zapewnienia telekomunikacji w nieruchomościach. Usługa ta świadczona jest na podstawie umowy cywilno-prawnej dotyczącej danej nieruchomości.

Przedsiębiorca telekomunikacyjny chcący świadczyć usługi telekomunikacyjne w nieruchomościach Gminy lub Skarbu Państwa położonych na obszarze Gminy Miejskiej Kraków podpisuje z Gminą Miejską Kraków (reprezentowaną przez Dyrektora Zarządu Budynków Komunalnych) umowę „na udostępnienie niezbędnej powierzchni elementów konstrukcyjnych budynku w celu wybudowania i eksploatacji sieci teletechnicznej”.

W umowach tych określana jest „opłata za udostępnianie budynku”.

Tak więc Gmina – za pośrednictwem swojej jednostki budżetowej - udostępniając odpłatnie nieruchomości w celu zapewnienia w nich telekomunikacji jest stroną obrotu gospodarczego. Ponieważ jednostka budżetowa (Zarząd Budynków Komunalnych) gminy nie posiada zdolności sądowej, to legitymacja bierna w niniejszym postępowaniu przysługuje wyłącznie Gminie⁵.

A zatem działania Gminy posiadają przymiot działalności gospodarczej na gruncie przepisów o swobodzie działalności gospodarczej.

W konsekwencji należy uznać, że Gmina posiada status przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 *ustawy okik*. Zatem przy wykonywaniu ww. działalność Gmina podlega rygorom przepisów *ustawy okik*.

Rynek właściwy

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na określonym rynku, dlatego konieczne jest zdefiniowanie rynku właściwego w niniejszej sprawie. Zgodnie z art. 4 pkt 9 *ustawy okik* 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 są oferowane 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.

Z przywołanej wyżej definicji ustawowej wynika zatem, że rynek właściwy określa się zarówno w ujęciu produktowym (przedmiotowym), jak i geograficznym (terytorialnym).

Rynek w znaczeniu przedmiotowym odnosi się do towarów w rozumieniu art. 4 pkt 7 *ustawy okik*. Natomiast rynek w ujęciu geograficznym odnosi się do obszaru, na jakim towary te są oferowane.

⁵ Tak wyrok SN z dnia 25 kwietnia 1996 r., sygn. akt III CZP 34/96,

Przez towary należy rozumieć zarówno rzeczy, jak i energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane (art. 4 pkt 7 ww. *ustawy*).

Pojęcie rynku właściwego odnosi się przedmiotowo do wszystkich wyrobów (usług) jednego rodzaju, które ze względu na swoje szczególne właściwości odróżniają się od innych wyrobów (usług) w taki sposób, że nie istnieje możliwość dowolnej ich zamiany. Rynek właściwy produktowo obejmuje wszystkie towary, które służą zaspokajaniu tych samych potrzeb nabywców, mają zbliżone właściwości, podobne ceny i reprezentują podobny poziom jakości.

Niezbędnym elementem rynku właściwego jest także jego wymiar geograficzny, oznaczający konieczność wskazania obszaru, na którym warunki konkurencji, mające zastosowanie do określonych towarów, są zbieżne dla wszystkich konkurentów.

Zatem, aby wyznaczyć rynek właściwy określoną działalność poddaje się analizie z punktu widzenia produktowego (asortymentowego), a także geograficznego. Wyznaczenie rynku właściwego produktowo opierać się powinno na zbadaniu substytucyjności towarów w oparciu o takie kryteria jak przeznaczenie, właściwości towaru oraz cenę.

W analizowanej sprawie Gmina administrując swoimi nieruchomościami oraz nieruchomościami Skarbu Państwa poprzez swoją jednostkę budżetową – Zarząd Budynków Komunalnych w Krakowie - może udostępniać je przedsiębiorcom, którzy w tych zasobach chcą prowadzić działalność gospodarczą i świadczyć usługi telekomunikacyjne na rzecz najemców tych nieruchomości w oparciu o własne sieci telekomunikacyjne. Każdy przedsiębiorca, który zamierza świadczyć wszelkiego typu usługi telekomunikacyjne (televizja kablowa, dostęp do Internetu i telefonii stacjonarnej) w nieruchomościach Gminy i Skarbu Państwa położonych w obrębie Gminy Miejskiej Kraków może przystąpić do budowy własnej sieci telekomunikacyjnej dopiero po zapewnieniu mu przez Gminę (jednostkę budżetową Gminy) dostępu do nieruchomości. Gmina jako dysponent tych nieruchomości określa w umowie zawartej z przedsiębiorcą prawa i obowiązki każdej ze stron w zakresie korzystania z nieruchomości, w trybie art. 33 ust. 3 *ustawy o wspieraniu*. W analizowanej sprawie zasady udostępniania przedmiotowych nieruchomości na potrzeby świadczenia usług telekomunikacyjnych ich najemcom regulują w sposób ogólny analizowane Zarządzenia Prezydenta Miasta Krakowa, a już w sposób szczegółowy zawierane z przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi umowy cywilno-prawne.

Z uwagi na powyższe, rynkiem właściwym w ujęciu produktowym w niniejszej sprawie jest rynek udostępniania nieruchomości będących własnością Gminy i Skarbu Państwa położonych w obrębie Gminy Miejskiej Kraków w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych.

Ze względu na charakter usług telekomunikacyjnych nieruchomości, których dotyczą kwestionowane działania Gminy to nieruchomości, w których znajdują się lub będą znajdować najemcy.

Warto przy tym zauważyć, że określenie rynku w wymiarze produktowym jako rynku udostępniania nieruchomości Gminy i Skarbu Państwa położonych w obrębie Gminy

Miejskiej Kraków w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych jest aprobowane zarówno w dotychczasowym orzecznictwie Prezesa UOKiK, jak i orzecznictwie sądowym⁶.

W ujęciu geograficznym rynek właściwy wyznaczony jest przez obszar, na którym zlokalizowane są nieruchomości Gminy i Skarbu Państwa. Na obszarze tym możliwość instalowania infrastruktury telekomunikacyjnej, w celu zapewnienia telekomunikacji uzależniona jest od zapewnienia przez Gminę (jednostkę budżetową Gminy) dostępu do przedmiotowych nieruchomości. Gmina może więc ustalać reguły prowadzenia działalności przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

Rynek właściwy w ujęciu geograficznym ma zatem wymiar lokalny i ograniczony jest do obszaru nieruchomości Gminy i Skarbu Państwa położonych na terenie Gminy Miejskiej Kraków. Należy podkreślić, że takie wyznaczenie rynku w wymiarze terytorialnym jest również zgodne z utrwaloną linią orzecznictwa sądowego i Prezesa UOKiK⁷.

Dla oceny sprawy nie ma znaczenia, czy aktualnie analizowane nieruchomości są nieruchomościami budynkowymi, czy też nie – jak wskazano w Zarządzeniach – ponieważ na każdej z tych nieruchomości może teoretycznie powstać budynek, do którego odnosić się będą zasady korzystania z nieruchomości przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych – ceny kwestionowane przez Prezesa UOKiK.

W rozpatrywanej sprawie rynkiem właściwym jest więc lokalny rynek udostępniania nieruchomości Gminy i Skarbu Państwa położonych w obrębie Gminy Miejskiej Kraków, w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych.

Ad I sentencji decyzji

Uprawdopodobnienie naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 9 ust. 1 i art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy *okik*:

Stosownie do art. 12 ust. 1 *ustawy okik* warunkiem nałożenia przez Prezesa UOKiK na przedsiębiorcę zobowiązania zmierzającego do zapobieżenia naruszeniom określonym w art. 9 *ww. ustawy* jest uprawdopodobnienie, że doszło do naruszenia tego przepisu. W związku z powyższym zachodzi konieczność przeanalizowania zachowań, stanowiących przedmiot zarzutu postawionego w pkt I sentencji decyzji pod kątem uprawdopodobnienia nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym.

Pozycja dominująca

Art. 9 ust. 1 *ustawy okik* zawiera bezwzględny zakaz nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym. Aby zatem działania przedsiębiorcy zakwalifikować jako jedną z

⁶ tak np. decyzje Prezesa UOKiK nr: RLU-19/2005, RWR-74/2008, RGB-50/2008, RPZ-27/2010, RKR-8/2010, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 29 maja 2007r., sygn. akt: VI ACa 1359/06, wyroki SOKiK: z dnia 14 grudnia 2007r., sygn. akt: XVII Ama 130/07, z dnia 18 września 2014 r., sygn. akt: XVII AmA 101/12

⁷ np. wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 25 października 2000r., sygn. akt: XVII Ama 13/00, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 2003r., sygn. akt: I CKN 408/01, decyzje Prezesa UOKiK nr: RGB-50/2008, RPZ-27/2010, RKR-8/2010, RKT- 23/2010

wymienionych w art. 9 ww. *ustawy* praktyk ograniczających konkurencję, należy uprzednio dowieść, że przedsiębiorca ten posiada pozycję dominującą na rynku właściwym.

Na określonym w niniejsze sprawie rynku właściwym Gmina może posiadać pozycję dominującą w rozumieniu art. 4 pkt 10 *ustawy okik*. Zgodnie z tym przepisem, przez pozycję dominującą rozumie się bowiem 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. Przepis ten wprowadza jednocześnie domniemanie, że przedsiębiorca posiada pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40%.

W analizowanej sprawie Gmina z racji administrowania za pośrednictwem swojej jednostki budżetowej zasobami stanowiącymi jej własność oraz nieruchomościami Skarbu Państwa położonymi na terenie Gminy Miejskiej Kraków jest jedynym dysponentem tych zasobów. Może zatem w stosunku do nich udzielać zgody – zawierać umowy - na instalowanie sieci telekomunikacyjnej i jej użytkowanie, umożliwiając tym samym przedsiębiorcom świadczenie usług telekomunikacyjnych. W tym celu Prezydent Miasta Krakowa wydał stosowne Zarządzenia, których wykonawcą jest jednostka budżetowa gminy.

Gmina posiada tym samym 100% udział w opisanym powyżej rynku właściwym, a zatem nie spotyka się z jakąkolwiek konkurencją.

Co za tym idzie uznać należy za uprawdopodobnione, iż Gmina posiada pozycję dominującą na rynku właściwym określonym jako lokalny rynek udostępniania nieruchomości Gminy i Skarbu Państwa położonych w obrębie Gminy Miejskiej Kraków, w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych.

Nadużywanie pozycji dominującej

Art. 9 ust. 1 *ustawy okik* stanowi, iż „zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym”. Przykłady nadużywania pozycji dominującej ustawodawca zdefiniował w art. 9 ust. 2 pkt 1-7 *ustawy okik*.

Zgodnie z art. 9 ust. 2 pkt 1 *ustawy okik* nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności na „bezpośrednim lub pośrednim narzucaniu nieuczciwych cen”.

Praktyka ta ma - co do zasady - charakter eksploatacyjny. Jej istotą nie jest wpływanie na strukturę rynku, lecz uzyskiwanie korzyści kosztem innych podmiotów – kontrahentów. Kontrahentami mogą być zarówno konsumenci, jak i przedsiębiorcy.

W celu uprawdopodobnienia stosowania, przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą na rynku właściwym, praktyki określonej w art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 *ustawy okik* konieczne jest uprawdopodobnienie kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek:

- narzucania przez Gminę cen,
- nieuczciwego charakteru narzucanych cen.

Narzucanie ceny

Przez cenę - zgodnie z art. 4 pkt 8 *ustawy okik* - rozumie się ceny, jak również opłaty o charakterze cen, marże handlowe, prowizje i narzuty do cen.

Narzucenie ceny ma miejsce wówczas, gdy dominant - wykorzystując posiadaną siłę rynkową i sytuację przymusową kontrahentów, wynikającą z braku rzeczywistych alternatyw zaopatrzenia na rynku - wymusza na nich określoną cenę za usługę.

W niniejszej sprawie Prezes UOKiK wziął pod uwagę, że kwestionowane ceny zostały ustalone Zarządzeniami Prezydenta Miasta Krakowa, a więc aktami, co do postanowień których kontrahent Gminy nie ma możliwości negocjacji.

Przedsiębiorca telekomunikacyjny, w przypadku uznania, że narzucona cena jest nieuczciwa, posiada jedynie wybór pomiędzy niepodpisaniem umowy na udostępnienie niezbędnej powierzchni elementów konstrukcyjnych budynku w celu wybudowania i eksploatacji sieci teletechnicznej i nieświadczaniem usług w tych nieruchomościach lub podpisaniem umowy i uiszczaniem opłaty według cen określonych w sposób, który w ocenie Prezesa UOKiK może powodować ich kwalifikację jako nieuczciwe. Co za tym idzie przedsiębiorca telekomunikacyjny posiada jedynie wybór pomiędzy świadczeniem usług w danej nieruchomości lub ich nieświadczaniem.

Mając powyższe na uwadze - w ocenie Prezesa UOKiK - zostało uprawdopodobnione, że Gmina narzuca przedsiębiorcom telekomunikacyjnym ceny za korzystanie z nieruchomości Gminy Miejskiej Kraków i Skarbu Państwa położonych w obrębie Gminy Miejskiej Kraków w celu zapewnienia telekomunikacji w nieruchomościach.

Cena nieuczciwa

Ustawa okik nie wprowadza jednoznacznych kryteriów jakościowych, pozwalających na dokonanie oceny, czy dane warunki umowy, w tym również cena, są uczciwe, czy też nie.

W ocenie Prezesa UOKiK, w analizowanej sprawie, za cenę nieuczciwą można uznać cenę narzuconą przez przedsiębiorcę o pozycji dominującej z racji posiadania siły rynkowej, a ustaloną niezgodnie z zasadami jej ustalania określonymi przez stosowne dla danego rodzaju działalności przepisy prawa. Takie działanie powoduje, że przedsiębiorcy telekomunikacyjni obciążani są kosztami, których nie powinni ponosić w związku korzystaniem z nieruchomości w celu zapewnienia w nich telekomunikacji.

Poparcie dla powyższego stanowiska można znaleźć w doktrynie i orzecznictwie. W doktrynie prezentowany jest bowiem pogląd, że „*Ocena, czy dany warunek może być uznany za nieuczciwy, dokonywana być musi każdorazowo na tle przepisów odrębnych regulujących dany rodzaj umowy*”⁸.

⁸ E. Modzelewska-Wąchal, „Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz”, Twigger, Warszawa 2002, str. 104,

W sprawach, toczących się zarówno przed Prezesem UOKiK, jak i sądami wskazywane były różne metody oceny, czy pobierane ceny spełniają kryterium cen nieuczciwych. Dla przykładu Sąd Antymonopolowy uznał, że jeżeli sam sposób określania cen jest nieuczciwy, to i taki charakter mają ustalane przez przedsiębiorcę ceny⁹.

W analizowanej sprawie należy wziąć pod uwagę, iż zasady korzystania z nieruchomości w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych regulują przepisy *ustawy o wspieraniu*.

Stosownie do art. 30 ust. 3 b ww. *ustawy* w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2016 r. w przypadku uzyskania dostępu do nieruchomości, który zgodnie z art. 30 ust. 3 a tej *ustawy* jest nieodpłatny, 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.

Zgodnie z art. 1 pkt 16 c ustawy z dnia 9 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych oraz niektórych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 903) art. 30 ust. 3 b otrzymał brzmienie „*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 telekomunikacyjnego, instalacji telekomunikacyjnej budynku lub całości lub części kabla telekomunikacyjnego*”.

Tak więc wyżej wskazany przepis określał do dnia 30 czerwca 2016 r., iż przedsiębiorca telekomunikacyjny ponosi, w zakresie utrzymania udostępnionego przyłącza, instalacji, całości lub części kabla w szczególności koszty energii elektrycznej oraz najmu powierzchni. Zmiana brzmienia art. 30 ust. 3b *ustawy o wspieraniu* nie wpłynęła na rozszerzenie zakresu obowiązków przedsiębiorcy telekomunikacyjnego i w związku z powyższym stanowisko Prezesa UOKiK po zmianie przepisu pozostaje nadal aktualne.

Odnosząc się do kwestii obciążeń finansowych jakie winien był ponosić przedsiębiorca telekomunikacyjny do dnia 30 czerwca 2016 r., w przypadku uzyskania dostępu do nieruchomości, należy wskazać, że był to „*koszt najmu powierzchni*”. Koszt ten określony w art. 30 ust. 3 b *ustawy o wspieraniu* nie jest równoznaczny z opłatą za najem powierzchni. Koszty najmu powierzchni to nakłady poniesione przez wynajmującego (w analizowanej

⁹ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 8.12.2004 r. (sygn. akt: XVII Ama 95/03),

sprawie Gminę) celem udostępnienia przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu powierzchni. Czyli jednorazowy koszt jaki i o ile poniósł udostępniający w związku z udostępnieniem powierzchni.

Z „kosztem najmu powierzchni”, o których mowa w przywołanym przepisie, mielibyśmy do czynienia w sytuacji, kiedy udostępniana powierzchnia nie należałaby do udostępniającego tylko do osoby trzeciej. W analizowanej sprawie z taką sytuacją, ze względu na stan prawny nieruchomości, nie mamy do czynienia.

Tak więc w świetle wyżej przywołanego przepisu oraz stanu prawnego nieruchomości, których dotyczą analizowane opłaty, przedsiębiorca telekomunikacyjny był zobowiązany zwrócić udostępniającemu wydatki, których normalnie by on nie poniósł gdyby nie realizacja przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego inwestycji. Przykładem takich kosztów są np.: wydatki poniesione przez wynajmującego na wynagrodzenie pracowników sprawujących nadzór nad inwestycją polegającą na instalacji sieci teletechnicznych.

A zatem jeżeli Gmina ponosi jednorazowe koszty związane z rozpoczęciem świadczenia usług telekomunikacyjnych w budynkach na etapie przed rozpoczęciem ich świadczenia, a nie ponosi już dodatkowych kosztów w czasie świadczenia usług, to brak jest podstaw do pobierania opłat przez cały okres świadczenia usług przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego. W takim przypadku opłaty winny zostać pobrane jednorazowo w związku z poniesionymi kosztami i odpowiadać rzeczywistym kosztom, jakie poniosła Gmina w związku z budową sieci telekomunikacyjnej przez danego przedsiębiorcę.

Natomiast Gmina nalicza opłaty za umieszczanie linii kablowych w piwnicach, klatkach schodowych, strychu nie w oparciu o poniesione koszty związane z udostępnieniem nieruchomości konkretnemu przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu (jak stanowił ww. przepis do dnia 30 czerwca 2016 r.), a w sposób ryczałtowy, oderwany od kosztów udostępniania nieruchomości.

Opłaty te pobierane są comiesięcznie przez cały okres obowiązywania umowy „*na udostępnienie niezbędnej powierzchni elementów konstrukcyjnych budynku w celu wybudowania i eksploatacji sieci teletechnicznej*”.

Taki sposób ustalania opłat może być sprzeczny z obowiązującym w tym zakresie przepisem, tj. art. 30 ust. 3 b *ustawy o wspieraniu*, w świetle którego udostępniający nieruchomość na potrzeby świadczenia usług telekomunikacyjnych w budynku posiada prawo do obciążania przedsiębiorcy telekomunikacyjnego kosztami najmu powierzchni tylko wówczas, gdy udostępniona powierzchnia nie należała do niego jako udostępniającego (właściciela/użytkownika wieczystego/zarządcy nieruchomości), lecz do osoby trzeciej, a udostępniający był jedynie najemcą tej powierzchni.

Wskazując powyższy przepis jako podstawę do ustalania w niniejszej sprawie opłat za korzystanie przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych z nieruchomości w celu zapewnienia telekomunikacji należy dodatkowo zwrócić uwagę, że to sama Gmina określiła jako podstawę prawną do ustalania i pobierania kwestionowanych przez Prezesa UOKiK

opłat, w analizowanych Zarządzeniach Prezydenta Miasta Krakowa, właśnie art. 30 *ustawy o wspieraniu*.

Mając powyższe na uwadze – w ocenie Prezesa UOKiK - pobierane przez Gminę comiesięczne opłaty za umieszczanie linii kablowych w piwnicach, klatkach schodowych, strychu, ustalone w oparciu o powierzchnie całkowite budynków, a nie o rzeczywiste poniesione koszty związane z udostępnieniem powierzchni danemu przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu, których Gmina by nie poniosła gdyby nie realizacja przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego inwestycji, mogą być opłatami nieuczciwymi ponieważ zostały ustalone niezgodnie z obowiązującymi przepisami, tj. art. 30 ust. 3 b *ustawy o wspieraniu* poprzez uwzględnienie kosztów, które nie zostały poniesione w związku ze świadczeniem usługi na rzecz konkretnego kontrahenta.

Działanie takie może stanowić praktykę określoną w art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 *ustawy okik*.

Potwierdzeniem wyżej zaprezentowanego stanowiska Prezesa UOKiK są wyjaśnienia Urzędu Komunikacji Elektronicznej udzielone w przedmiotowej sprawie, a zawarte w wyżej powołanym piśmie z dnia 23 marca 2016 r., które obszernie zostały zacytowane w opisie stanu faktycznego sprawy.

Takie jak w ww. piśmie UKE stanowisko zostało również zaprezentowane w grudniu 2013 r. przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (zwanego dalej „Prezesem UKE”) w ogólnodostępnym dokumencie „Stanowisko Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej w sprawie stosowania art. 30 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych” (<https://www.uke.gov.pl/stanowisko-do-art-30-ustawy-szerokopasmowej-13199>).

Prezes UKE wskazał w nim, iż „o zobowiązaniu przedsiębiorcy telekomunikacyjnego do ponoszenia „kosztów najmu powierzchni” czy ich zwrotu udostępniającemu **można mówić wtedy, gdy udostępniający ponosiłby „koszty najmu powierzchni” na rzecz osoby trzeciej**”.

Mając powyższe na uwadze – w ocenie Prezesa UOKiK - zostały zatem uprawdopodobnione wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 9 ust. 1 i art. 9 ust. 2 pkt 1 *ustawy okik* wymagane do uznania postawionego w pkt I sentencji decyzji zarzutu za uzasadniony.

Zobowiązanie przedsiębiorcy

Zgodnie z art. 12 ust. 1 *ustawy okik* „Jeżeli w toku postępowania antymonopolowego zostanie uprawdopodobnione - na podstawie okoliczności sprawy, informacji zawartych w zawiadomieniu lub będących podstawą wszczęcia postępowania - że zostały naruszone zakazy, o których mowa w art. 6 lub art. 9 ustawy lub w art. 101 lub art. 102 TFUE, a przedsiębiorca, któremu jest zarzucane naruszenie tych zakazów, zobowiąże się do podjęcia lub zaniechania określonych działań w celu zakończenia naruszenia lub usunięcia jego skutków, Prezes Urzędu może, w drodze decyzji, zobowiązać przedsiębiorcę do wykonania tych zobowiązań. W przypadku gdy przedsiębiorca zaprzestał naruszania zakazów, o których

mowa w art. 6 lub art. 9 ustawy lub w art. 101 lub art. 102 TFUE, i zobowiąże się do usunięcia skutków tego naruszenia, zdanie pierwsze stosuje się odpowiednio”.

W analizowanej sprawie, w toku postępowania antymonopolowego, Gmina zobowiązała się do zmiany treści Zarządzeń Prezydenta Miasta Krakowa, a w efekcie do odstąpienia od pobierania od przedsiębiorców telekomunikacyjnych comiesięcznej, ryczałtowej opłaty za umieszczanie linii kablowych w piwnicach, klatkach schodowych, strychu nieruchomości Gminy Miejskiej Kraków i Skarbu Państwa położonych w obrębie Gminy Miejskiej Kraków.

Ponadto Gmina zobowiązała się do podpisania ze wszystkimi przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi do dnia 31 października 2016 r. aneksów do umów na udostępnienie nieruchomości w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych w zakresie zmiany zasad rozliczeń, tj. wykreślenia postanowień dotyczących obowiązku uiszczenia ryczałtowej opłaty za umieszczanie linii kablowych w piwnicach, klatkach schodowych, strychu nieruchomości Gminy Miejskiej Kraków i Skarbu Państwa położonych w obrębie Gminy Miejskiej Kraków. Jediną opłatą jaką Gmina planuje pobierać to opłata jednorazowa związana z wykonywaniem konkretnych czynności na rzecz danego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego na etapie jego wejścia do budynku i montażu instalacji teletechnicznej. Opłata ta będzie miała za zadanie pokrycie kosztów pracy pracowników jakie poniesie Gmina w związku np. z: weryfikacją projektu instalacji, wprowadzeniem operatora do budynku i odbiorem prac.

Analizując rozwiązania zaproponowane przez Gminę należy stwierdzić, iż ich realizacja doprowadzi do zaniechania stosowania zarzucanej praktyki ograniczającej konkurencję.

Pobieranie jednorazowej opłaty za „nadzór inwestorski”, którą planuje pobierać Gmina, znajduje uzasadnienie w art. 30 ust. 3 b) pkt 1 *ustawy o wspieraniu*.

W związku z powyższym Prezes UOKiK postanowił skorzystać z instrumentu przewidzianego w art. 12 ust. 1 *ustawy okik* i nałożyć na Gminę obowiązek wykonania złożonego przez nią, w toku postępowania antymonopolowego, zobowiązania uznając, iż skoro przedsiębiorca przejawiał inicjatywę mającą na celu eliminację działań powodujących naruszenie prawa, celowa i uzasadniona jest akceptacja jego propozycji.

Zgodnie z art. 12 ust. 2 *ustawy okik*, w decyzji, o której mowa w art. 12 ust. 1 ww. *ustawy* Prezes UOKiK może określić termin wykonania zobowiązań.

Korzystając z powyższego uprawnienia Prezes UOKiK nałożył na Gminę obowiązek wykonania zobowiązań do dnia 31 października 2016 r.

W tym zakresie Prezes UOKiK postanowił zaaprobować propozycję przedstawioną przez Gminę. Uznał bowiem, iż termin ten jest uzasadniony przebiegiem procedury legislacyjnej w Gminie, jak i później koniecznością podpisania ze wszystkim przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi posiadającymi podpisane umowy z Gminą aneksów do nich.

Prezes UOKiK miał również na uwadze, że zobowiązanie, o jakim mowa w art. 12 *ustawy okik* powinno zostać złożone na wstępnym etapie postępowania. Przyjmuje się, że przedsiębiorca powinien złożyć zobowiązanie co do zasady w pierwszym piśmie kierowanym

do Prezesa UOKiK w toku postępowania, po otrzymaniu zawiadomienia o jego wszczęciu – co miało miejsce w niniejszej sprawie.

W tym stanie rzeczy orzeczono jak w pkt I sentencji niniejszej decyzji.

Ad II sentencji decyzji

Stosownie do art. 12 ust. 3 *ustawy okik*, w decyzji, o jakiej mowa w ust. 1, Prezes UOKiK nakłada na przedsiębiorcę obowiązek składania w wyznaczonym terminie informacji o stopniu realizacji zobowiązań.

Zgodnie z ww. przepisem Gmina została zobowiązana do złożenia sprawozdania o stopniu realizacji przyjętych zobowiązań w terminie do dnia 15 listopada 2016 r.

Sprawozdanie to winno zawierać w szczególności:

- Wszystkie obowiązujące w dacie składania sprawozdania zarządzenia Prezydenta Miasta Krakowa dotyczące udzielenia zgody na wykonanie i eksploatację sieci telekomunikacyjnych w tym: telefonicznych, telewizji kablowej, internetowej itp. oraz określenia zasad odpłatnego lub nieodpłatnego korzystania z nieruchomości pod sieci teletechniczne, nieruchomości będących własnością Skarbu Państwa, położonych w obrębie Gminy Miejskiej Kraków oraz nieruchomości będących własnością Gminy Miejskiej Kraków, położonych w obrębie Gminy Miejskiej Kraków.
- Kopie wszystkich podpisanych przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych aneksów do umów o udostępnienie niezbędnej powierzchni i elementów konstrukcyjnych budynków w celu budowy i eksploatacji urządzeń telekomunikacyjnych lub kopie niepodpisanych aneksów wraz z dowodami wysłania ich do przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

W związku z powyższym orzeczono jak w punkcie II sentencji niniejszej decyzji.

Pouczenie:

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 *ustawy okik*, w związku z art. 479²⁸ § 2 *ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego* (Dz. U. z 2014 r., poz. 101 ze zm.) – **od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie** do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, **w terminie miesiąca od dnia jej doręczenia**, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury UOKiK w Krakowie, 31 - 011 Kraków, Plac Szczepański 5.

z upoważnienia Prezesa
Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Dyrektor Delegatury
Waldemar Jurasz