



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA WE WROCŁAWIU**

50-413 Wrocław, ul. Walońska 3-5
tel.(071) 344 65 87, (071) 34 05 920, fax (071) 34 05 922
e-mail: wroclaw@uokik.gov.pl

Wrocław, 29 marca 2013 r.

RWR 411 -6/12/ZK

Decyzja RWR 7/2013

I. Na podstawie art. 105 § 1 k.p.a. w związku z art. 83 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r., Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy i § 4 ust.1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 roku w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 107, poz. 887), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu przeciwko Towarzystwu Budownictwa Społecznego Wrocław sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,

– w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

umarza się jako bezprzedmiotowe postępowanie antymonopolowe wszczęte z urzędu w sprawie stosowania przez ww. przedsiębiorcę praktyki polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych do instalowania sieci telekomunikacyjnej zlokalizowanych na obszarze miasta Wrocław - znajdujących się w zarządzie Towarzystwa Budownictwa Społecznego Wrocław sp. z o.o. we Wrocławiu, przez przeciwdziałanie ukształtowania się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na lokalnym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych w następstwie uzależnienia zawarcia umowy z Telekomunikacją Internetową sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu od wybudowania przez ww. przedsiębiorcę sieci teleinformatycznej służącej dostarczaniu zarówno sygnału telefonicznego, telewizyjnego oraz internetowego, co mogło stanowić praktykę ograniczającą konkurencję, o której mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

II. Na podstawie art. 11 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy i § 4 ust.1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 roku w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 107, poz. 887), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu przeciwko Towarzystwu Budownictwa Społecznego Wrocław sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,

– w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

uznaje się za ograniczającą konkurencję praktykę ww. przedsiębiorcy polegającą na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych do instalowania sieci telekomunikacyjnej zlokalizowanych na obszarze miasta Wrocław - znajdujących się w zarządzie Towarzystwa Budownictwa Społecznego Wrocław sp. z o.o. we Wrocławiu, przez przeciwdziałanie ukształtowania się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na lokalnym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych w następstwie uzależnienia zawarcia umowy z Telekomunikacją Internetową sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu od wprowadzenia do przyszłej umowy postanowienia, zgodnie z którym w każdej sytuacji, gdy ww. przedsiębiorca zaprzestanie świadczenia usług lokatorom /zostaną rozwiązane wszystkie umowy/ przedsiębiorca ten zdemontuje okablowanie budynku, lub odsprzeda Towarzystwu Budownictwa Społecznego Wrocław sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu za wynegocjowaną cenę, co stanowi praktykę ograniczającą konkurencję, o której mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i stwierdza się zaniechanie jej stosowania z dniem 29 czerwca 2012 roku.

III. Na podstawie art. 10 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy i § 4 ust.1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 roku w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 107, poz. 887), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu przeciwko Towarzystwu Budownictwa Społecznego Wrocław sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,

– w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

uznaje się za ograniczającą konkurencję praktykę ww. przedsiębiorcy polegającą na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych do instalowania sieci telekomunikacyjnej zlokalizowanych na obszarze miasta Wrocław - znajdujących się w zarządzie Towarzystwa Budownictwa Społecznego Wrocław sp. z o.o. we Wrocławiu, przez przeciwdziałanie ukształtowania się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na lokalnym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych w następstwie uzależnienia zawarcia umowy z Telekomunikacją Internetową sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu od zastrzeżenia odpłatności korzystania przez ww. przedsiębiorcę z pomieszczeń budynku po wykonaniu prac, co stanowi praktykę ograniczającą konkurencję, o której mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i nakazuje się zaniechanie jej stosowania

IV. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy i § 4 ust.1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 roku w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 107, poz. 887), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu przeciwko Towarzystwu Budownictwa Społecznego Wrocław sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,

– w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

nakłada się na Towarzystwo Budownictwa Społecznego Wrocław sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu karę pieniężną w wysokości 17 383,34 zł (słownie: siedemnaście tysięcy trzysta osiemdziesiąt trzy złote trzydzieści cztery grosze) płatną do budżetu państwa za stosowanie praktyk opisanych w punktach II i III sentencji niniejszej decyzji.

Uzasadnienie

1.1. W związku z powziętymi przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, [zwanego dalej także „Prezesem Urzędu” lub „organem antymonopolowym”] informacjami zawartymi w piśmie przedsiębiorcy Telekomunikacja Internetowa sp. z o.o. we Wrocławiu [zwana dalej również TI], Prezes Urzędu wszczął postępowanie wyjaśniające w celu wstępnego ustalenia, czy nastąpiło naruszenie przez Towarzystwo Budownictwa Społecznego Wrocław sp. z o.o. we Wrocławiu [zwana dalej również TBS lub Spółką] przepisów ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego, w wyniku utrudniania Telekomunikacji Internetowej sp. z o.o. we Wrocławiu dostępu do zasobów mieszkaniowych zlokalizowanych przy ul. Świstackiego 5, 7, 9, 11, 13 we Wrocławiu w celu wybudowania sieci telekomunikacyjnej, a w konsekwencji uniemożliwianiu świadczenia usługi dostępu do sieci Internet, co może stanowić naruszenie art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 i 5 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Sprawa prowadzona była pod sygnaturą RWR 400-41/12/ZK.

dowód: postanowienie nr RWR 248/2011: k. 1 akt postępowania o sygn. RWR 400-41/11/ZK

1.2. Mając na uwadze wyniki postępowania wyjaśniającego sygn. akt RWR 400 – 41/11/ZK, organ antymonopolowy Postanowieniem nr RWR 115/2012 z dnia 14 czerwca 2012 roku zmienionym Postanowieniem Nr RWR 282/2012 z 13 grudnia 2012 roku wszczął z urzędu przeciwko Towarzystwu Budownictwa Społecznego Wrocław sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu postępowanie antymonopolowe w sprawie uznania za ograniczającą konkurencję i nakazania zaniechania stosowania praktyki polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych do instalowania sieci telekomunikacyjnej zlokalizowanych na obszarze miasta Wrocław – znajdujących się w zarządzie Towarzystwa Budownictwa Społecznego Wrocław sp. z o.o. we Wrocławiu, przez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na lokalnym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych, w następstwie uzależnienia zawarcia umowy z Telekomunikacją Internetową sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu od:

- wybudowania przez ww. przedsiębiorcę sieci teleinformatycznej służącej dostarczaniu zarówno sygnału telefonicznego, telewizyjnego oraz internetowego;
- zastrzeżenia odpłatności korzystania przez ww. przedsiębiorcę z pomieszczeń budynku po wykonaniu prac;
- wprowadzenia do przyszłej umowy postanowienia, zgodnie z którym w każdej sytuacji, gdy ww. przedsiębiorca zaprzestanie świadczenia usług lokatorom /zostaną rozwiązane wszystkie umowy/ przedsiębiorca ten zdemontuje okablowanie budynku, lub odsprzeda Towarzystwu Budownictwa Społecznego Wrocław sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu za wynegocjowaną cenę, co może stanowić praktykę ograniczającą konkurencję, o której mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Jednocześnie punktem II ww. postanowienia nr 115/2012, Prezes Urzędu na podstawie art. 73 ust. 1 i 2 pkt 2) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zaliczył w poczet dowodów całość informacji zebranych w toku postępowania wyjaśniającego prowadzonego pod sygn. RWR 400-41/11/ZK.

dowód: k. 1-3, k. 181-182

1.3. W odpowiedzi na stawiane zarzuty Spółka w piśmie z dnia 2 lipca 2012 roku zaprzeczyła, aby w niniejszej sprawie doszło do naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Jej zdaniem, Prezes Urzędu w sposób niewłaściwy zdefiniował rynek właściwy w sprawie, w zakresie wyznaczenia jego wymiaru geograficznego. Podniosła, iż jej zdaniem organ antymonopolowy uczynił to z punktu widzenia odbiorcy końcowego, gdy tymczasem, odbiorca końcowy nie jest uczestnikiem rynku produktowego zasobów mieszkaniowych. W rynku tym uczestniczą jedynie zarządca i przedsiębiorca szukający możliwości zainstalowania swojej sieci. Jednocześnie, z punktu widzenia przedsiębiorcy oferującego sygnał Internetu, znaczna większość zarządców nieruchomości, jako dostawców swoich zasobów mieszkaniowych, jest uczestnikiem rynku nie posiadającym władzy rynkowej, która w istotny sposób może wpłynąć na zakres wykonywanej działalności gospodarczej przez tego przedsiębiorcę. Ich zasoby są bowiem homogeniczne. Zdaniem Spółki przedsiębiorca taki będzie dążył do budowy instalacji na obszarze możliwym do obsługi, którym to obszarem będzie obszar miejski, z uwagi na duże skupisko zbiorowych zasobów mieszkaniowych. Spółka zarzuciła również, że Prezes Urzędu nie uwzględnił w swych rozważaniach instytucji prawnych, które przedsiębiorcom telekomunikacyjnym dają: ustawa o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych i ustawa o gospodarce nieruchomościami, a które znoszą potencjalne bariery wejścia na rynek. Podnosząc powyższe TBS podkreślił, iż nie posiada pozycji dominującej warunkującej zastosowanie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Jego zdaniem przyjęcie definicji rynku, tak jak uczynił to organ antymonopolowy, umożliwiłoby zarzucenie nadużycia pozycji dominującej każdemu właścicielowi jednej nieruchomości.

Spółka zarzuciła ponadto, iż jej zdaniem, nie został w sprawie naruszony interes publiczny, bowiem zakwestionowane zachowanie TBS dotyczy zaledwie jednego przypadku i odnosi się do zaledwie jednego operatora telekomunikacyjnego. Operatorzy telekomunikacyjni oferują zróżnicowane produkty, wobec czego Spółka każdorazowo negocjuje indywidualnie warunki korzystania z nieruchomości w zależności od świadczonych przez nich usług. Co więcej, najemcy lokali usytuowanych w budynku posiadają możliwość wyboru ofert kilku podmiotów świadczących usługę dostępu do sieci Internet.

Spółka podniosła także, iż prowadzonych z TI negocjacji nie można uznać za praktykę nadużywania pozycji dominującej, bowiem pomiędzy podmiotami jak dotychczas nie doszło do wiążących ustaleń. Jednocześnie TBS podkreślił, iż dotychczasowy przebieg negocjacji świadczy o elastyczności Spółki przejawiającej się m.in. w uwzględnianiu stanowiska drugiej strony. Wskazała, iż obecnie dąży do uregulowania sposobu postępowania z siecią kontrahenta w przypadku, gdy ostatni z konsumentów zrezygnuje z jego usług. W tym zakresie nie podzieliła stanowiska Prezesa Urzędu, iż jedynie przy przedłużającym się braku wykorzystywania przez TI zainstalowanej sieci telekomunikacyjnej istniałoby racjonalne uzasadnienie dla żądania zdemontowania okablowania budynku. Jej zdaniem stwierdzenie takie jest sprzeczne z przepisem art. 33 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, z którego wynika obowiązek udostępnienia przez właściciela nieruchomości na okres

eksploatacji. TBS oświadczył przy tym, iż zaakceptuje ograniczenie prawa do żądania od TI zaprzestania naruszania prawa własności, poprzez zdemontowanie okablowania dopiero po 30 dniu od rozwiązania przez TBS umowy za trzymiesięcznym okresem wypowiedzenia z powodu utraty przez TI ostatniego abonenta i nie zawarcia kolejnej umowy w terminie 3 miesięcy, o ile TI przyjmie na siebie obowiązek niezwłocznego poinformowania o zaistnieniu takiej sytuacji. Termin ten jest tożsamy z terminem proponowanym we wzorcu umowy udostępnionym na stronie internetowej Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

TBS wyraził również pogląd, zgodnie z którym, z literalnej wykładni przepisu art. 33 ust. 2 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych wynika, iż w przypadku, gdy jako właściciel lub użytkownik wieczysty nieruchomości udostępnia ją w celu instalowania eksploatacji i konserwacji obiektów i urządzeń infrastruktury telekomunikacyjnej, to korzystanie z nieruchomości jest odpłatne. Ani bowiem linia ani urządzenia telekomunikacyjne nie służą zapewnieniu telekomunikacji któremukolwiek z podmiotów wymienionych w tym przepisie, gdyż służą wyłącznie najemcom lokali. Osoby te, zdaniem Spółki nie mieszczą się jednak w grupie podmiotów, o których mowa w punkcie 3 i 4 ww. przepisu, nie są to bowiem ani osoby, którym przysługuje spółdzielcze prawo do lokalu, ani też osoby, które posiadają inny tytuł prawny do nieruchomości. Osobom tym nie przysługuje bowiem tytuł prawny do nieruchomości, lecz do lokalu, a pojęciem lokalu ustawodawca posługuje się jedynie w przypadku opisanym w punkcie 3 przedmiotowego przepisu. Spółka wskazała również, iż zmuszenie jej do bezpłatnego udostępnienia TI pomieszczenia, w którym zlokalizowane będą urządzenia i multiswitche będzie sprzeczne z celem statutowym prowadzonej przez nią działalności oraz pozbawiałoby ją prawa do pobierania pożytków z nieruchomości przeznaczonej na wynajem. Takie ograniczenie własności, zdaniem TBS narusza wprost art. 64 Konstytucji RP.

Ponadto, w piśmie z dnia 18 grudnia 2012 roku, które stanowiło ustosunkowanie się do wydanego przez Prezesa Urzędu Postanowienia Nr RWR 282/2012 z 13 grudnia 2012 roku, Spółka podtrzymała stanowisko, iż rynek właściwy w niniejszej sprawie został wyznaczony w sposób arbitralny i dowolny. Jej zdaniem, stanowisko Prezesa Urzędu prowadzić może do twierdzenia, że „każdy zarządca czy właściciel budynku posiada pozycję dominującą w stosunku do dostawcy usług internetowych, co już z samego doświadczenia życiowego należy uznać za bezpodstawne.” Spółka wskazała również na nieściśłości definicji rynku właściwego w sprawie, gdyż zgodnie z ustawą o niektórych formach popierania budownictwa mieszkalnego, towarzystwa budownictwa mieszkalnego prowadzą działalność w zakresie budownictwa mieszkaniowego, wobec czego dysponują własnymi budynkami mieszkalnymi, jak i sprawują zarząd budynkami mieszkalnymi oraz niemieszkalnymi nie stanowiącymi ich własności.

dowód: pismo TBS z 2.07.2012r.: k. 6-12; pismo TBS z 18.12.2012r.: k.184-185;

2. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił następujący stan faktyczny.

1. Telekomunikacja Internetowa sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Raławickiej 52A jest przedsiębiorcą wpisanym do Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla Wrocławia – Fabrycznej we Wrocławiu pod nr. KRS 0000280147. Zakres działalności gospodarczej wykonywanej przez Spółkę obejmuje m.in. radiokomunikację, telewizję kablową, działalność telekomunikacyjną pozostałą, transmisję danych, telefonię stacjonarną i telegrafię oraz wykonywanie robót ogólnobudowlanych w zakresie przesyłowych obiektów liniowych: rurociągów,

linii elektroenergetycznych i telekomunikacyjnych, wykonywanie pozostałych instalacji budowlanych. Działalność tę prowadzi na podstawie wpisu pod nr. 7390 do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych prowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

dowód: odpis aktualny z KRS: k. 24-27 akt postępowania o sygn. RWR 400-41/11/ZK; zaświadczenie o wpisie do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych: k. 65;

2. Towarzystwo Budownictwa Społecznego Wrocław sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Stanisława Przybyszewskiego 102-104 jest przedsiębiorcą wpisanym do Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla Wrocławia – Fabrycznej we Wrocławiu pod nr. KRS 0000117724. Zakres działalności gospodarczej wykonywanej przez Spółkę obejmuje m.in. realizację projektów budowlanych związanych ze wznoszeniem budynków oraz wynajem i zarządzanie nieruchomościami własnymi lub dzierżawionymi. Zasób mieszkaniowy TBS obejmuje 2244 mieszkań. Do zasobów mieszkaniowych Spółki należą m.in. nieruchomości położone we Wrocławiu przy ul. Świstackiego 5-13, 5a, 5b, 5c. W nieruchomościach tych znajdują się 142 lokale mieszkalne, które zamieszkuje 310 osób. Nieruchomość ta została zrealizowana i oddana do użytku w marcu 2004 roku.

Lokale mieszkalne położone w ww. budynku są przedmiotem umów najmu zawieranych na podstawie ustawy z dnia 26 października 1995r. o niektórych formach popierania budownictwa mieszkaniowego (Dz.U. z 2000r., Nr 98, poz. 1070 j.t. ze zm.). Zgodnie z ich treścią najemca wraz z osobami uprawnionymi do zamieszkiwania w lokalu, ma prawo do korzystania z następujących pomieszczeń wspólnego użytku usytuowanych w klatce schodowej, w której zlokalizowany jest lokal: wózkarni oraz suszarni. Ponadto, najemca jest obowiązany do przestrzegania zasad regulaminu porządku domowego oraz innych przepisów regulujących korzystanie z lokalu, pomieszczeń w budynku oraz jego otoczenia.

dowód: odpis z KRS: k. 42-43; pismo Spółki z 25.07.2012r.: k. 66-68; pismo Spółki z 15.12.2011r.: k. 31-36 akt postępowania o sygn. RWR 400-41/11/ZK; umowa najmu lokalu mieszkalnego Nr IT-7169/95/2004: k. 104-107; umowa najmu lokalu mieszkalnego Nr IT-7169/99/2004: k.127 -130; umowa najmu lokalu mieszkalnego Nr IT-7169/72/2004: k. 153-156;

3. W budynku położonym przy ul. Świstackiego 5-13, 5a, 5b, 5c usługi telekomunikacyjne dla mieszkańców, w oparciu o własne sieci, świadczą następujący przedsiębiorcy: Sławomir Ogórek Telewizja Kablowa SO-NET (częściowo w oparciu o instalację własną a częściowo w oparciu o instalację TBS) oraz Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe Elektrosat – Roman Grzywaczewski (w oparciu o własną instalację wewnętrzną). Umowa ze Sławomirem Ogórkiem została zawarta przez TBS w dniu 4 stycznia 2008 roku, zaś umowa z Romanem Grzywaczewskim została zawarta w dniu 31 marca 2006 roku.

Analiza umów zawartych przez TBS z przedsiębiorcami, określających warunki udostępnienia zasobów mieszkaniowych położonych przy ul. Świstackiego 5-13 we Wrocławiu celem wykonania instalacji telekomunikacyjnych wykazała, iż brak jest w nich postanowień zastrzegających odpłatność korzystania z pomieszczeń budynków po wykonaniu prac przez tych przedsiębiorców. Nie znajdują się w nich również uregulowania nakładające na nich zobowiązania do zdemontowania okablowania budynku, lub odsprzedania TBS za wynegocjowaną cenę w przypadku, gdy przedsiębiorca ten zaprzestanie świadczenia usług lokatorom (zostaną rozwiązane wszystkie umowy). Umowa z dnia 31.03.2006r. zawarta przez TBS z Romanem Grzywaczewskim dotyczy instalacji sieci telekomunikacyjnej celem świadczenia

jedynie usług dostępu do sieci Internet, zaś umowa z dnia 4.01.2008r. zawarta ze Sławomirem Ogórkim dotyczy instalacji sieci telekomunikacyjnej w celu świadczenia usług telewizji kablowej.

dowód: pismo Spółki z 15.12.2011r.: k. 31-36; umowa z 31.03.2006r.: k. 56-58, umowa z 4.01.2008r.: k. 53-55 - akta postępowania o sygn. RWR 400-41/11/ZK;

4. Pismem z dnia 10 sierpnia 2010 roku TI wystąpiło do TBS w prośbę o wyrażenie zgody na budowę sieci telekomunikacyjnej w budynku przy ul. Świstackiego 5,7,9,11,13 powołując się przy tym na wyrażoną przez mieszkańców tej nieruchomości chęć korzystania z usług internetowych oferowanych przez TI. W piśmie tym Spółka wskazała, iż wszelkie prace związane z budową sieci komputerowej zostaną wykonane zgodnie z istniejącymi przepisami prawa budowlanego i na jej koszt. Spółka wyraziła także wolę wspólnego uzgodnienia szczegółów współpracy na ewentualnym spotkaniu przedstawicieli przedsiębiorców.

dowód: pismo TI z dnia 10.08.2010r.: k. 7; pismo (...): k. 4, pismo (...): k. 6 - akt postępowania o sygn. RWR 400-41/11/ZK;

5. W odpowiedzi na powyższe pismo, TBS pismem z dnia 7 września 2010 roku poinformowała TI, iż budowa sieci telekomunikacyjnej w budynku przy ul. Świstackiego 5-13 we Wrocławiu będzie możliwa po spełnieniu m.in. następujących warunków zawartych w punktach 1 i 15:

1. „Budowa sieci telekomunikacyjnej Telewizji Internetowej obejmuje:
 - wykonanie doprowadzenia sygnału do budynku kablem światłowodowym,
 - wykonanie instalacji w budynku dla 100% lokali,
 - eksploatację i konserwację całej sieci telekomunikacyjnej (internetowej, telefonicznej i telewizyjnej).”;
15. „W przypadku gdy Operator zaprzestanie świadczenia usług lokatorom /zostaną rozwiązane wszystkie umowy/ okablowanie budynków stanie się własnością TBS.”;

dowód: pismo TBS z 7.09.2012r.: k. 8-9 akt postępowania o sygn. RWR 400-41/11/ZK;

6. Pismem z dnia 19 stycznia 2011 roku TI wystąpiła do TBS z ostatecznym wezwaniem do podjęcia rokowań w przedmiocie zawarcia umowy dotyczącej budowy sieci telekomunikacyjnej na nieruchomości położonej przy ul. Świstackiego 5,7,9,11,13 we Wrocławiu przedstawiając w załączeniu projekt tej umowy.

dowód: pismo TI z 19.01.2011r.: k. 10-13 akt postępowania o sygn. RWR 400-41/11/ZK;

7. W odpowiedzi na powyższe pismem z dnia 28 stycznia 2011 roku TBS wskazał, iż w przedmiotowej sprawie obowiązują szczegółowe warunki przedstawione w piśmie z dnia 7 września 2010 roku.

dowód: pismo TBS z 28.01.2011r. wraz z załącznikiem: k.15-18 akt postępowania o sygn. RWR 400-41/11/ZK;

8. Pismem z dnia 27 kwietnia 2011 roku TI ustosunkowało się do przedstawionych jej przez TBS warunków wskazując, co następuje:

1. wniosek o podjęcie negocjacji w przedmiocie udostępnienia nieruchomości dotyczył tylko i wyłącznie położenia sieci telekomunikacyjnej w lokalizacji przy ul. Świstackiego 5-13 i dotyczył jedynie wykonania sieci internetowej. TI nie świadczy usług telewizji kablowej. W związku z powyższym uzależnianie zawarcia umowy od

wykonania sieci na potrzeby świadczenia usług telewizji kablowej oraz sieci telefonicznej należy uznać za nieuzasadniony.

2. TI nie wyraża zgody na przejście własności wybudowanej sieci na rzecz TBS w przypadku zaprzestania świadczenia usług w budynku. Jednocześnie TI, w przypadku braku klientów w lokalizacji nie wykluczyła rokowań w sprawie odpłatnego zbycia sieci,

dowód: pismo TI z 27.04.2011r.: k. 18-19 akt postępowania o sygn. RWR 400-41/11/ZK;

Pismo TI z dnia 27 kwietnia 2011 roku pozostało bez odpowiedzi.

9. W piśmie z dnia 15 grudnia 2011 roku, stanowiącym odpowiedź na wezwanie Prezesa Urzędu do udzielenia informacji, TBS wskazał, iż nie odmówił TI możliwości świadczenia usługi w zakresie Internetu. Pismem z dnia 7 września 2010 roku wydał warunki, których spełnienie determinowało podpisanie umowy o współpracy. Po wniesieniu zastrzeżeń przez TI, TBS zleciło wykonanie opinii prawnej w zakresie zastrzeżeń operatora, która zaginęła wraz z pozostałą korespondencją prowadzoną w sprawie. TBS wskazał jednocześnie, iż pismem z dnia 13 grudnia 2011 roku zwrócił się ponownie do TI o udostępnienie prowadzonej pomiędzy przedsiębiorcami korespondencji. Pismo z dnia 13 grudnia 2011 roku zostało załączone do nadesłanej odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu.

W ww. piśmie z dnia 15 grudnia 2011 r. TBS wskazał ponadto, iż w budynkach zrealizowanych w latach 2009 i następnym stosuje nowe rozwiązania techniczne polegające na wykonaniu wewnętrznych instalacji teletechnicznych, sprowadzonych do jednego pomieszczenia w budynku i zakończonych multiswitchami. Zainteresowani doprowadzają swoje sieci do takiego pomieszczenia. Poprzez układ multiswitchy najemca może korzystać z usług multimedialnych od dowolnego operatora, który byłby zainteresowany doprowadzeniem swojego sygnału do takiego pomieszczenia. W budynkach zaprojektowanych i wybudowanych w okresie wcześniejszym przystosowanych np. w zakresie odbioru sygnału telewizyjnego do anten typu AZART. Instalacje tam zaprojektowane nie spełniają nowoczesnych wymagań w zakresie dostępu do usług teletechnicznych. Spółka wskazała, iż podjęła już kroki w kierunku zmodernizowania przestarzałych instalacji teletechnicznych, czego przykładem jest modernizacja dokonana w budynkach przy ul. Górniczej. Do czasu wykonania zmian TBS warunkuje udzielenie zgody na wykonanie wewnętrznej sieci telekomunikacyjnej od wykonania takiej sieci, która umożliwi przesyłanie sygnału telewizyjnego, internetowego i telefonicznego, co dotyczy również zasobów mieszkalnych przy ul. Świstackiego 5-13, ze względu na istniejącą już dużą ilość okablowania w budynku. Aby nie ingerować w konstrukcję poprzez budowanie nowych przepustów oraz nie ograniczać konkurencji, TBS chce aby jeden operator dostarczał cały pakiet usług multimedialnych.

dowód: pismo TBS z 15.12.2011r.: k. 31-36, pismo TBS z 13.12.2011r. - akta postępowania o sygn. RWR 400-41/11/ZK;

10. TBS wskazał ponadto, że po wygaśnięciu wszystkich umów i zaprzestaniu działalności przez operatora instalacja pozostanie w budynkach. W takim wypadku operator ewentualnie zabiera swoje urządzenia. Instalacje przejąłby właściciel, po negocjacjach z operatorem. Takie rozwiązanie znalazło się w umowie o współpracy dotyczącej nieruchomości położonej przy ul. Leonarda da Vinci.

dowód: pismo TBS z 15.12.2011r.: k. 31-36 akt postępowania o sygn. RWR 400-41/11/ZK;

11. W toku postępowania wyjaśniającego TI oraz TBS dokonały wymiany kolejnych pism. W załączeniu do pisma z dnia 19 kwietnia 2012 roku TBS przedłożył TI ponownie „Warunki budowy i eksploatacji sieci telekomunikacyjnej w budynku przy ul. Świstackiego 5-13 we Wrocławiu”, datowane na ten sam dzień, zawierające m.in. następujące postanowienia:

1. „Budowa sieci Telekomunikacji i Internetowej obejmuje: wykonanie doprowadzenia sygnału do budynku kablem światłowodowym, wykonanie instalacji w budynku dla 100% lokali, eksploatację i konserwację całej sieci wybudowanej w ramach tych warunków.”

15. „W przypadku, gdy Operator zaprzestanie świadczenia usług lokatorom /zostaną rozwiązane wszystkie umowy/ Operator sieci zdemontuje okablowanie budynku, lub odsprzeda TBS za wynegocjowaną cenę.”

21. „Po akceptacji przedłożonych warunków Operator sieci zawrze stosowną umowę z Towarzystwem Budownictwa Społecznego Wrocław Spółka z o.o. na wykonanie przedmiotowych prac oraz odpłatne korzystanie z pomieszczeń budynku.”

dowód: pismo TBS z 19.04.2012r. wraz z załącznikiem: k. 96-98 akt postępowania o sygn. RWR 400-41/11/ZK;

12. W odpowiedzi na powyższe, pismem doręczonym TBS w dniu 27 kwietnia 2012 roku, TI poprosiła o zdefiniowanie „sieci Telekomunikacyjnej i Internetowej”, o której mowa w „Warunkach budowy i eksploatacji sieci telekomunikacyjnej w budynku przy ul. Świstackiego 5-13 we Wrocławiu”, podkreślając jednocześnie, iż jest ona zainteresowana położeniem w budynku sieci umożliwiającej korzystania z Internetu, z wyłączeniem oddzielnej sieci telefonicznej lub telewizyjnej. Wskazała również, iż nie może się zgodzić z zapisami pkt 14 i 15 ww. Warunków. Zaznaczyła również, iż wykonanie sieci podtyrkowej uniemożliwi także jej późniejszy demontaż, co wyklucza możliwość realizacji pkt 15 Warunków. Ponadto, w piśmie z dnia 27 kwietnia 2012 r. kierowanym do Prezesa Urzędu TI wskazała, iż jej zdaniem korzystanie z nieruchomości należących do TBS powinno następować bezpłatnie.

dowód: pismo TBS z 30.04.2012r.: k. 102, pismo TI z 17.04.2012r.: k. 112-113, pismo TI z 27.04.2012r.: k. 107-109 - akta postępowania o sygn. RWR 400-41/11/ZK;

13. Pismem z dnia 2 czerwca 2012 roku TBS sprecyzował, iż w wystosowanych do TI „Warunkach budowy i eksploatacji sieci telekomunikacyjnej w budynku przy ul. Świstackiego 5-13 we Wrocławiu” nastąpiła omyłka pisarska, polegająca na wpisaniu w punkcie 1 warunków, w nazwie tej Spółki, spójnika „i” pomiędzy wyrazami „Telekomunikacji” „Internetowej”. Jednocześnie TBS oświadczył, iż dostęp do budynków mieszkalnych znajdujących się w jego zasobach jest otwarty dla wszystkich przedsiębiorców telekomunikacyjnych spełniających warunki budowy i eksploatacji i w żadnym razie nie jest zamknięty dla przedsiębiorców oferujących wyłącznie jeden rodzaj usługi , tj. np. usługę dostępu do Internetu, czy też wyłącznie usługę dostępu do telewizji.

dowód: pismo TBS z 2.06.2012r.: k. 123 akt postępowania o sygn. RWR 400-41/11/ZK;

14. W toku prowadzonego postępowania w załączeniu do pisma z dnia 29 czerwca 2012 roku TBS przedstawił TI nowe „Warunki dostępu do budynku, budowy i eksploatacji sieci telekomunikacyjnej przy ul. Świstackiego 5-13 we Wrocławiu” oraz projekt

„Umowy o dostęp do budynku w celu dostarczania publicznej sieci telekomunikacyjnej i świadczenia usług telekomunikacyjnych”.

Warunki te przewidywały m.in., co następuje:

„Budowa sieci telekomunikacyjnej przez Telekomunikację Internetową Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością zwaną dalej Operatorem obejmuje:

- a) wykonanie przyłącza telekomunikacyjnego na terenie nieruchomości należącej do TBS i doprowadzenia sygnału do budynku kablem światłowodowym lub sygnałem radiowym w zależności od warunków technicznych,
- b) wykonanie instalacji wewnętrznej telekomunikacyjnej w budynku uwzględniając wszystkie lokale znajdujące się w budynku,
- c) eksploatację, konserwację, modernizację i rozbudowę całej sieci wybudowanej w ramach niniejszych warunków.”

„Zastrzegamy sobie zapis w umowie o dostępie do budynku w celu dostarczania publicznej sieci telekomunikacyjnej i świadczeniu usług telekomunikacyjnych, że w przypadku kiedy Operator utraci ostatniego klienta i nie zawrze kolejnej umowy w terminie trzech miesięcy, licząc od chwili rozwiązania umowy z ostatnim klientem, nastąpić może rozwiązanie umowy z trzymiesięcznym okresem wypowiedzenia z jednoczesnym prawem demontażu sieci telekomunikacyjnej na koszt Operatora, jeżeli nie uczyni tego wcześniej Operator lub prawo do pobierania opłaty od Operatora w wysokości określonej w umowie do czasu podpisania przez Operatora umowy z pierwszym klientem, będącym najemcą przedmiotowego budynku.”

Po akceptacji przedłożonych warunków Operator sieci telekomunikacyjnej zawrze z Towarzystwem Budownictwa Społecznego Wrocław sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Przybyszewskiego 102/104, kod 51-148, NIP 895-16-33-275 umowę o dostęp do budynku w celu dostarczania publicznej sieci telekomunikacyjnej i świadczenia usług telekomunikacyjnych.”

dowód: pismo TBS z 29.06.2012r. wraz z załącznikami: k. 26-39;

15. W projekcie umowy zamieszczono zaś następujące postanowienia:

§ 1 ust. 1 „Na podstawie niniejszej Umowy TBS zobowiązuje się do udostępnienia Operatorowi:

a) budynku oraz nieruchomości gruntowej, na której jest on posadowiony w celu zapewnienia Internetu w budynku (zwane dalej łącznie Nieruchomością) (...);

§ 1 ust. 14 „Udostępnienie Nieruchomości, o którym mowa w ust. 1 Umowy, jest nieodpłatne z zastrzeżeniem § 2 ust. 2 lit. F, § 3 ust. 5 oraz § 8 ust. 6 Umowy.”;

§ 2 ust. 2 lit. F „TBS oświadcza, że: wskaże Operatorowi, podczas protokolarnego udostępniania Nieruchomości, istniejące pomieszczenie w piwnicy budynku, w którym możliwy będzie montaż niezbędnych urządzeń na potrzeby funkcjonowania Sieci. Udostępnienie pomieszczenia nastąpi na podstawie odrębnej umowy.”;

§ 8 ust. 6 „TBS ma prawo wypowiedzieć umowę z trzymiesięcznym okresem wypowiedzenia w przypadku, w którym Operator utraci ostatniego Abonenta i nie zawrze kolejnej umowy w terminie trzech miesięcy, licząc od chwili rozwiązania umowy z ostatnim Abonentem albo prawo pobierania miesięcznej opłaty w wysokości 1000 zł (słownie: jeden tysiąc) za każdy kolejny rozpoczęty miesiąc, począwszy od 180 dnia licząc od dnia, w którym Operator utracił ostatniego Abonenta do czasu zawarcia kolejnej umowy. Opłaty za korzystanie z Nieruchomości nastąpią w oparciu o wystawione przez TBS faktury VAT, a termin płatności faktury Strony ustalają na 21 dni od dnia jej wystawienia przez TBS.”

dowód: projekt „Umowy o dostęp do budynku w celu dostarczania publicznej sieci telekomunikacyjnej i świadczenia usług telekomunikacyjnych”: k. 30-39;

16. W odpowiedzi na powyżej przedstawione warunki TI w piśmie z dnia 23 lipca 2012 roku zgłosiła szereg zastrzeżeń, co do zaproponowanych rozwiązań. Odnosząc się do treści § 8 ust. 6 projektu umowy wskazała, iż nie może się zgodzić na treść zapisu, w którym TBS ma prawo do wypowiedzenia umowy lub naliczenia kary umownej w kwocie 1000 zł, miesięcznie za korzystanie z nieruchomości. Zdaniem TI zapis nie jest uzasadniony żadnymi przesłankami ekonomicznymi. W przypadku istnienia sieci wybudowanej na potrzeby mieszkańców i po utracie wszystkich Abonentów, relacje między właścicielem a Operatorem określają przepisy kodeksu cywilnego w art. 222 k.c. i dalsze oraz 305 (1) k.c. i dalsze. TI wniosła o ograniczenie treści umowy do obowiązujących w tym przedmiocie przepisów prawa powszechnego. Jej zdaniem brak jest bowiem podstaw do uznania przysłej szkody w wysokości 1.000 zł miesięcznie. W związku z tym proponowana wysokość odszkodowania jest rażąco wysoka.

dowód: pismo TI z 23.07.2012r.: k. 62-64;

17. W wyniku uwzględnienia części uwag zgłoszonych przez TI w piśmie z dnia 23 lipca 2012 r., TBS wystosował nowy, załączony do pisma z dnia 1 października 2012 roku projekt „Umowy o dostęp do budynku w celu dostarczania publicznej sieci telekomunikacyjnej i świadczenia usług telekomunikacyjnych”. Postanowienia zawarte w § 1 ust. 14, § 2 ust. 2 lit. F oraz § 8 ust. 6 są tożsame w treści z postanowieniami, których treść zamieszczono w projekcie umowy załączonym do pisma z dnia 29 czerwca 2012 roku.

dowód: pismo TBS z 1.10.2012r. wraz załącznikiem: k. 93-102;

18. W 2012 roku, z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej TBS osiągnął przychód w wysokości (...) zł.

dowód: Sprawozdanie o przychodach, kosztach i wyniku finansowym oraz o nakładach na środki trwałe F-01/I-01: k. 192-197;

3. Mając na uwadze zebrany materiał dowodowy Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył co następuje:

3.1 Określenie zarzutów

Towarzystwu Budownictwa Społecznego Wrocław sp. z o.o. we Wrocławiu został postawiony zarzut stosowania praktyki ograniczającej konkurencję polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych do instalowania sieci telekomunikacyjnej zlokalizowanych na obszarze miasta Wrocław - znajdujących się w zarządzie Towarzystwa Budownictwa Społecznego Wrocław sp. z o.o. we Wrocławiu, przez przeciwdziałanie ukształtowania się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na lokalnym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych w następstwie uzależnienia zawarcia umowy z Telekomunikacją Internetową sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu od:

- wybudowania przez ww. przedsiębiorcę sieci teleinformatycznej służącej dostarczaniu zarówno sygnału telefonicznego, telewizyjnego oraz internetowego;
- zastrzeżenia odpłatności korzystania przez ww. przedsiębiorcę z pomieszczeń budynku po wykonaniu prac;

- wprowadzenia do przyszłej umowy postanowienia, zgodnie z którym w każdej sytuacji, gdy ww. przedsiębiorca zaprzestanie świadczenia usług lokatorom /zostaną rozwiązane wszystkie umowy/ przedsiębiorca ten zdemontuje okablowanie budynku, lub odsprzeda Towarzystwu Budownictwa Społecznego Wrocław sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu za wynegocjowaną cenę,
tj. praktyki mogącej stanowić naruszenie art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

3.2 Naruszenie interesu publicznoprawnego

Przede wszystkim rozważenia wymaga, czy w sprawie niniejszej naruszony został interes publicznoprawny. Wskazać trzeba, że w toku postępowania TBS zarzucił brak wypełnienia powyższej przesłanki, bowiem kwestionowane przez Prezesa Urzędu zachowanie Spółki skierowane jest przeciwko zaledwie jednemu podmiotowi, a nadto w budynku przy ul. Świstackiego 5-13 odbiorcy końcowi posiadają możliwość wyboru dostawcy usług telekomunikacyjnych spośród przedsiębiorców prowadzących już tam działalność gospodarczą.

Zarzut ten, w uznaniu Prezesa Urzędu nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z celem ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, opisanym w jej art. 1 ust. 1, określa ona „warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów”. Tak określony cel ustawy pozwala przyjąć, iż ma ona charakter publiczny i służy ochronie ogólnospołecznego interesu. Powyższe przesądza o wyłączeniu możliwości podejmowania przez organ antymonopolowy działań w celu ochrony wyłącznie interesów indywidualnych. Taką interpretację potwierdza orzecznictwo Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (d. Sądu Antymonopolowego – np. wyroki z dnia 28.05.2001, sygn. akt XVII Ama 82/00; z dnia 4.07.2001, sygn. akt XVII Ama 108/00; z dnia 30.05.2001 r., sygn. akt XVII Ama 80/00; z dnia 6.06.2001, sygn. akt XVII Ama 78/00) i Sądu Najwyższego (wyrok z dnia 27 sierpnia 2003 r., sygn. akt I CK 184/03). W świetle powyższego orzecznictwa dobrem chronionym na podstawie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest zatem interes publiczny polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania konkurencji oraz zapewnieniu ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów jako zjawisk o charakterze instytucjonalnym, zbiorowym. Niemniej jednak, Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 26.02.2004 r. (sygn. III SK 2/04) stwierdził, że 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 wywołać zakazane skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”.

Dlatego też warunkiem koniecznym do stwierdzenia w niniejszej sprawie naruszenia przez Spółkę przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów było wykazanie, iż działaniami tego przedsiębiorcy mógł zostać dotknięty szerszy krąg uczestników rynku.

W niniejszej sprawie postępowanie dotyczy nadużycia pozycji dominującej na lokalnym rynku dostępu do instalowania sieci telekomunikacyjnej w budynkach będących w zarządzie TBS, w tym w budynku przy ul. Świstackiego 5-13 we Wrocławiu. Powyższe działanie może naruszać interesy uczestników rynku powiązanego z rynkiem właściwym w sprawie zarówno po jego stronie podażowej tj. przedsiębiorców telekomunikacyjnych, jak również uczestników tego rynku po jego stronie popytowej (odbiorców usług). Wbrew twierdzeniom TBS nadużycie pozycji dominującej może mieć

bowiem skutek społeczny, dotyczący interesów wszystkich potencjalnych klientów TI oraz jego konkurentów. Zamknięcie rynku lokalnego (miejscowego) dla Telekomunikacji Internetowej sp. z o.o. we Wrocławiu, czy pogorszenie warunków funkcjonowania na nim niektórych podmiotów, co do zasady, może potencjalnie uderzać w konkurencję eliminując ją lub znacznie ograniczając. Wobec powyższego niniejsze postępowanie niewątpliwie toczy się w interesie publicznym a nie w indywidualnym. W interesie publicznym leży to, aby konkurencja na rynku była efektywna. Dlatego Prezes Urzędu przeciwdziałając ograniczaniu, eliminowaniu bądź zniekształcaniu konkurencji, podejmując interwencję w niniejszej sprawie, wypełnia cel art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

3.3. Strona postępowania.

Przedmiotem postępowania są praktyki dotyczące nadużywania pozycji dominującej przez przedsiębiorcę (art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). Definicja legalna pojęcia „przedsiębiorca” zawarta jest w art. 4 ww. ustawy. Zgodnie z art. 4 pkt 1 powołanego artykułu, ilekroć w ustawie jest mowa o przedsiębiorcy, rozumie się przez to m.in. przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Jak wynika z odpisu KRS, Towarzystwo Budownictwa Społecznego Wrocław sp. z o.o. we Wrocławiu, jest przedsiębiorcą wedle przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 173, poz. 1807 ze zm.) a zatem uznać go należy również za przedsiębiorcę w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

3.4. Ustalenie rynku właściwego

Ponieważ zachowania podmiotów odbywają się na rynku, niezbędne jest określenie rynku właściwego w sprawie, czyli – zgodnie z art. 4 pkt 9) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów – rynku towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty (rynek produktowy) 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 kosztów transportu, panują zbliżone warunki konkurencji (rynek geograficzny). Zatem, przez rynek właściwy, rozumie się zarówno rynek w ujęciu produktowym, jak i geograficznym.

Rynek w ujęciu produktowym obejmuje te wszystkie usługi, które są uznawane przez konsumentów za wzajemnie wymienne lub substytucyjne ze względu na ich właściwości, ceny i przeznaczenie. Rynek właściwy w ujęciu produktowym wyznaczany jest według stosowania wąskich kryteriów segmentacji takiego rynku. Kryteria te muszą wynikać z obiektywnych parametrów towarów, mających zasadniczy wpływ na ich zakup przez nabywców. W każdej sprawie są nimi przede wszystkim przeznaczenia i parametry użytkowe produktu. Cechy te pozwalają nabywcom łatwo identyfikować towary, odróżniać od siebie i ewentualnie traktować jako bliskie substytuty. Podkreślenia wymaga, iż towarem w ujęciu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów są również usługi (art. 4 pkt 7 ustawy).

W niniejszej sprawie przedmiotem postępowania jest ocena uzależniania przez TBS zawarcia umowy umożliwiającej TI dostęp do budynków przy ul. Świstackiego 5-13 celem zainstalowania sieci telekomunikacyjnej, od wypełnienia przez operatora szeregu warunków związanych z tym dostępem. Dostęp taki jest niezbędny przedsiębiorcom, jeżeli chcą świadczyć usługi telekomunikacyjne z zachowaniem konkurencyjności w

stosunku do operatorów publicznych oraz innych operatorów funkcjonujących na rynku. Podkreślić w tym miejscu należy, iż z punktu widzenia przedsiębiorców, możliwość świadczenia usług telekomunikacyjnych na podstawie art. 139 ustawy Prawo telekomunikacyjne poprzez tzw. dostęp telekomunikacyjny, nie stanowi bliskiego substytutu dla możliwości ich świadczenia w oparciu o własne sieci. Powyższe wynika co najmniej z uwagi na długotrwałość procedury uzyskania tego dostępu, konieczność uiszczania opłaty za dostęp do sieci, zależność od operatora z sieci którego się korzysta, podrożenie oferty cenowej dla odbiorców końcowych.

A zatem rynkiem właściwym w ujęciu produktowym jest rynek udostępniania zasobów mieszkaniowych do instalowania sieci telekomunikacyjnych. Wypada podnieść, iż zarówno w orzecznictwie Prezesa Urzędu, jak i w orzecznictwie sądowym aprobowano w podobnych sprawach oznaczenie rynku właściwego w ujęciu produktowym, jako „ryнку udostępniania nieruchomości” (np. decyzja Prezesa z 20 maja 2005r. Nr RLU 19/2005; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 29 maja 2007r., sygn. akt VI ACa 1359/06; wyrok SOKiK z dnia 14 grudnia 2007 r., sygn. akt XVII AmA 130/07).

Niezbędnym elementem rynku właściwego jest jego wymiar geograficzny, oznaczający konieczność wskazania obszaru, na którym warunki konkurencji, mające zastosowanie do określonych towarów są jednakowe dla wszystkich konkurentów. W rozpatrywanej sprawie zakres rynku właściwego w ujęciu geograficznym wyznaczony jest zasobami mieszkaniowymi pozostającymi w zarządzie TBS znajdującymi się na rynku lokalnym miasta Wrocław. Tak bowiem możliwość instalowania infrastruktury telekomunikacyjnej na tym obszarze uzależniona jest od zgody TBS, jako właściciela działek i budynków. Na tak wyznaczonym obszarze jakkolwiek przedsiębiorca świadczący lub zamierzający świadczyć usługi telekomunikacyjne na rzecz mieszkańców zasoby te zajmujących, może przystąpić do budowy sieci telekomunikacyjnej i następnie – po zawarciu indywidualnych umów abonenckich z konsumentami – świadczyć usługi telekomunikacyjne, dopiero po uzyskaniu zgody TBS. Spółka ta, jako właściciel lub użytkownik wieczysty nieruchomości wyraża zgodę w sposób definitywny w formie umowy zawartej z wstępującym do jej zasobów przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, określającej obowiązki i uprawnienia każdej ze stron, o której jest mowa w art. 33 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych.

W tym miejscu odnieść należy się do zarzutów podnoszonych przez TBS w toku niniejszego postępowania opierających się na stwierdzeniu, iż w niniejszej sprawie rynek właściwy w ujęciu geograficznym winien być określony jako rynek lokalny miasta Wrocławia.

Jak wskazywano już powyżej, z treści art. 4 pkt 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wynika, iż rynkiem właściwym geograficznie jest rynek towarów, które 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. Wbrew twierdzeniom TBS podnoszonym w toku postępowania, rynek właściwy w niniejszej sprawie nie został wyznaczony „z punktu widzenia odbiorcy końcowego”, który nie jest uczestnikiem właściwego rynku produktowego w sprawie. Mając bowiem na uwadze powyżej przytoczoną definicję, Prezes Urzędu ustalił rynek właściwy w ujęciu geograficznym, jako obszar, na którym ze względu na rodzaj i właściwości danego towaru, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów panują zbliżone warunki konkurencji. Warunki te zaś są zbliżone we wszystkich zasobach mieszkaniowych należących do Spółki, gdyż w istocie zależą od jej zachowań. Należy podkreślić, że takie wyznaczenie rynku w wymiarze terytorialnym jest również zgodne z utrwaloną linią orzecznictwa

sądowego i Prezesa Urzędu (np. wyrok Sądy Najwyższego z dnia 24 czerwca 2003r., sygn. akt I CKN 408/01; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie, sygn. akt XVII AmA 224/09, decyzje Prezesa Urzędu nr RWR 9/2010, RLU 13/09).

A zatem rynkiem właściwym w niniejszej sprawie jest lokalny rynek udostępniania zasobów mieszkaniowych do instalowania sieci telekomunikacyjnych zlokalizowanych na terenie miasta Wrocławia - znajdujących się w zarządzie Towarzystwa Budownictwa Społecznego Wrocław sp. z o.o. we Wrocławiu.

3.5. Ustalenie pozycji rynkowej uczestnika postępowania na rynku właściwym.

Zgodnie z normą art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. Zatem istotne znaczenie w sprawie ma określenie, czy podmiot, przeciwko któremu prowadzone jest postępowanie antymonopolowe, taką pozycję posiada. Definicję legalną pojęcia „pozycja dominująca” zawiera art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z powołanym przepisem pod tym pojęciem 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 przekracza 40%.

Na określonym wyżej rynku właściwym, TBS zarządza nieruchomościami stanowiącymi jego własność. Z racji przysługującego przedsiębiorcy prawa własności oraz użytkowania wieczystego, jest on jedynym podmiotem mogącym udzielić zgody na instalowanie sieci telekomunikacyjnych w należących do niego budynkach, w tym w budynku przy ul. Świstackiego 5-13 we Wrocławiu. W związku z tym należy stwierdzić, że na wyżej opisanym rynku posiada on 100% udziału, nie spotykając się z jakąkolwiek konkurencją, a zatem posiada kwalifikowaną pozycję dominującą (pozycję monopolistyczną).

3.6 Zarzut naruszenia art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

3.6.1 Przesłanki zastosowania art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Istota praktyki ograniczającej konkurencję, zakazanej art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów sprowadza się do nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. Ogólny zakaz wyrażony w ust. 1 art. 9 precyzuje m.in. jego ust. 2 pkt 5 wskazując przykładową możliwość jego naruszenia, polegającą na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. Aby zatem uznać praktykę z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów za ograniczającą konkurencję, przedsiębiorca musi spełnić dwie przesłanki:

- a) posiadać pozycję dominującą na rynku
- b) nadużywać jej poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Jak wykazano wyżej, TBS posiada pozycję dominującą na lokalnym rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych do instalowania sieci telekomunikacyjnych wyznaczonym dla celów niniejszej sprawy. W analizowanym przypadku dotyczy to zasobów znajdujących się w budynku przy ul. Świstackiego 5-13 we Wrocławiu. Tym samym spełniona została pierwsza z przesłanek niezbędnych do stwierdzenia praktyki z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Do stwierdzenia praktyki zakazanej art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów konieczne jest spełnienie drugiej przesłanki – tj. nadużywania pozycji dominującej poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Omawiana praktyka może wywołać skutki antykonkurencyjne zarówno na rynku zmonopolizowanym przez danego przedsiębiorcę, jak również na innych rynkach funkcjonalnie i przedmiotowo połączonych ze sobą, na które może on wpływać ze względu na posiadaną pozycję na rynku pierwszym (teoria dwóch rynków). Przepis art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów „można uznać za zawierający swego rodzaju klauzulę generalną, zakazującą stosowania przez dominanta praktyk antykonkurencyjnych – zatem tych godzących w stan aktualnej lub potencjalnej konkurencji (...). Utrudnianie powstania bądź rozwoju konkurencji wskutek określonych zachowań dominanta dotyczy zarówno konkurencji na rynku zdominowanym, jak i na rynkach trzecich (niezdominowanych) – (Konrad Kohutek, Małgorzata Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz, pod red. Prof. Tadeusza Skoczego, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 671). Praktyka wymieniona w art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów polegać może zarówno na działaniu lub zaniechaniu. Oba rodzaje zachowań w równym stopniu, w zależności od okoliczności mogą wywierać negatywny wpływ na konkurencję.

W niniejszej sprawie istota zarzucanego nadużycia pozycji dominującej przez TBS sprowadza się do stawiania przez tego przedsiębiorcę wobec TI nieuzasadnionych warunków, od których wypełnienia przez operatora telekomunikacyjnego uzależnia on zawarcie umowy o udostępnienie zarządzanych nieruchomości, celem zainstalowania sieci telekomunikacyjnej. Takie zachowanie TBS, podejmowane na rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych przy ul. Świstackiego 5-13 we Wrocławiu, skutkuje w konsekwencji niemożliwością świadczenia usług telekomunikacyjnych przez TI w tych zasobach, a więc co do zasady przeciwdziała ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na powiązonym z tym rynkiem rynku usług telekomunikacyjnych, na którym działają przedsiębiorcy telekomunikacyjni.

Wskazać należy, że z formalnego punktu widzenia uczestnikami rynku usług telekomunikacyjnych po stronie podażowej mogą być jedynie podmioty wpisane do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Rejestr taki prowadzi Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Pomimo powyższych wymogów formalnych, które spełnia TI oraz inni przedsiębiorcy telekomunikacyjni działający na terenie nieruchomości położonych przy ul. Świstackiego 5-13 we Wrocławiu, a których nie spełnia TBS, występuje w niniejszej sprawie współzależność obu rynków, tj. rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych oraz rynku usług telekomunikacyjnych.

TBS, poprzez fakt udzielenia zgody na świadczenie usług telekomunikacyjnych w oparciu o własne sieci przedsiębiorcy, wpływa jednocześnie na konkurencję na tym rynku. Skutkiem odmowy zgody na zainstalowanie sieci i urządzeń telekomunikacyjnych jest bowiem faktyczne uniemożliwienie przedsiębiorcy prowadzenia działalności gospodarczej w budynkach położonych przy ul. Świstackiego 5-13 we Wrocławiu, do

zainstalowania urządzeń, a w konsekwencji uzyskania technicznej i ekonomicznej możliwości świadczenie usług telekomunikacyjnych odbiorcom końcowym. W zasobach tych nie ma bowiem również możliwości świadczenia usług odbiorom końcowym poprzez wykorzystanie instalacji typu multiswitch, tzn. takiej, do której nowy dostawca może bez problemu wprowadzić swoje usługi.

Podkreślenia wymaga, iż Prezes Urzędu w dotychczasowym orzecznictwie w sprawach podobnych stanął na stanowisku, zgodnie z którym, co do zasady świadczenie tych usług za pomocą sieci operatora publicznego, na podstawie art. 139 Prawa telekomunikacyjnego poprzez tzw. dostęp telekomunikacyjny, może być alternatywą gorszą od świadczenia usług telekomunikacyjnych w oparciu o własną sieć przedsiębiorcy (np. decyzja nr RWR 74/08; decyzja nr RBG 9/2009).

Rozważając istotę zarzucanej Spółce praktyki należy dostrzec, iż do przyjęcia, że odmowa kontraktowania ze strony dominanta z przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi - uniemożliwiająca im (lub znaczenie utrudniająca) przez to wejście na rynek, nie stanowi nadużycia pozycji dominującej – wystarcza, iż zachowanie takie znajduje swoje „ekonomiczne i obiektywne uzasadnienie. Zasadą jest bowiem swoboda kontraktowa, która przysługuje także przedsiębiorcy o pozycji dominującej i obejmuje również swobodę w doborze kontrahentów (Konrad Kohutek, Małgorzata Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz, wyd. Lex, Warszawa 2008, s. 389-390).

Omawiany przypadek utrudniania dostępu do świadczenia usług telekomunikacyjnych w oparciu o własne sieci TI w budynkach przy ul. Świstackiego 5-13 we Wrocławiu, w zakresie możliwości zainstalowania infrastruktury technicznej niezbędnej do świadczenia usług telekomunikacyjnych można – w konkretnym, opisanym wyżej stanie faktycznym – w zakresie ograniczenia konkurencji, traktować analogicznie (jednak nie wprost), jak odmowę przez dominanta dostępu do tzw. urządzeń kluczowych (essential facilities). W doktrynie podkreśla się, iż chodzi o urządzenia i szerzej – całą infrastrukturę, którą dysponuje tylko dominant, a które są niezbędne do wykonywania określonej działalności, w tym świadczenia usług. Według stanowiska Komisji Europejskiej, „urządzenie kluczowe” stanowi infrastrukturę, bez dostępu do której konkurencji nie mogą świadczyć usług swoim klientom” (decyzja w sprawie Sea Containers przeciwko Stena Sealink, Dz.Urz. WE L 15 z 18.01.1994r., s. 8).

W sprawie niniejszej, dostęp do budynków położonych przy ul. Świstackiego 5-13 jest niezbędny dla TI do zainstalowania urządzeń telekomunikacyjnych, przeprowadzenia linii kablowych a w konsekwencji uzyskania technicznej możliwości świadczenia tam usługi telekomunikacyjnej. Wypada jednak wskazać, iż dopuszczalna jest odmowa udostępnienia urządzeń kluczowych, jednakże musi ona mieć obiektywne uzasadnienie i być niedyskryminująca. Powyższy pogląd potwierdza zawężenie granic stosowania ww. doktryny essential facilities. W sprawie Bronner (sprawa C-7/97 Bronner przeciwko Mediaprint), Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, iż jedną z przesłanek, której wystąpienie warunkuje możliwość uznania danej praktyki za stanowiącą nadużycie pozycji dominującej, jest m.in. brak obiektywnego uzasadnienia dla odmowy (przesłanka braku obiektywnego uzasadnienia – zob. Konrad Kohutek, Małgorzata Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz Warszawa 2008, s. 391-393).

Również w polskiej doktrynie prawa ochrony konkurencji i orzecznictwie polskich organów antymonopolowych akcentuje się możliwość wyłączenia uznania nadużycia pozycji dominującej ze zbliżonych powodów. I tak np. w decyzji Prezesa Urzędu nr DOK – 5/2008 uznano, iż wprowadzić równe traktowanie konkurentów nie wyłącza zastosowania art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, to jednak może przemawiać przeciwko kwalifikacji zachowania przedsiębiorcy jako

ograniczającego konkurencję. W innych orzeczeniach uznano, iż przy ocenie przesłanek ww. przepisu „uwzględnia się również, czy zachowanie przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą znajduje uzasadnienie ze względów organizacyjnych, technicznych, prawnych lub innych (decyzja Prezesa Urzędu Nr DOK – 5/2008; decyzja Prezesa Urzędu Nr RŁO052/2008 – Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz, pod red. Prof. Tadeusza Skocznego, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 684).

Zatem oceniając prawne skutki uzależniania przez TBS udostępnienia TI nieruchomości położonych przy ul. Świstackiego 5-13 we Wrocławiu dla zainstalowania sieci telekomunikacyjnej od spełnienia szeregu warunków należałoby udzielić odpowiedzi na kluczowe pytania:

- A) czy istnieje w ogóle prawny obowiązek zawarcia umowy pomiędzy TBS a TI, na mocy której ww. przedsiębiorca mógłby zainstalować w budynkach stanowiących własność Spółki urządzenia telekomunikacyjne i przeprowadzić linie kablowe;
- B) czy warunki, od których TBS uzależniał zawarcie stosownej umowy z TI miały obiektywne uzasadnienie i były niedyskryminujące.

Ad A).

Prawny obowiązek udostępnienia nieruchomości operatorom (przedsiębiorcom telekomunikacyjnym), celem umieszczenia na nieruchomości obiektów i urządzeń infrastruktury telekomunikacyjnej, przeprowadzenia linii kablowych pod, na albo nad nieruchomością, umieszczenia 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, wynika z art. 33 ustawy z dnia 7 maja 2010 roku o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (Dz.U. Nr 106, poz. 675). Korzystanie z nieruchomości jest 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 zostać ustalone w umowie, która jest zawierana na piśmie w terminie 30 dni od dnia wystąpienia przez operatora z wnioskiem o jej zawarcie. W przypadku nie zawarcia umowy w powyższym terminie, stosuje się przepisy art. 124 i 124a ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. z 2010 Nr 102, poz. 651), co skutkuje tym, że starosta, wykonujący zadania z zakresu administracji rządowej, może ograniczyć, w drodze decyzji, sposób korzystania z nieruchomości przez udzielenie zezwolenia na wykonywanie przez operatora ww. instalacji. Co do zasady zatem ww. przepisy ustanawiają prawny obowiązek właściciela lub użytkownika wieczystego nieruchomości, w tym wypadku TBS, do zawarcia stosownej umowy. Obowiązek ten nie jest jednak bezwzględny, gdyż właściciel nieruchomości może udowodnić, iż ewentualne udzielenie zgody uniemożliwiać będzie racjonalne korzystanie z nieruchomości, w szczególności zaś prowadzić będzie do istotnego zmniejszenia wartości nieruchomości. W niniejszej sprawie, w ocenie Prezesa Urzędu, powyższe okoliczności nie zachodzą.

Ad B)

Jak to już wyżej wskazano, uzależnienie przez TBS zawarcia umowy z TI o udostępnienie zarządzanych nieruchomości od warunków, które mają obiektywne uzasadnienie i są niedyskryminujące uchylają zarzut nadużywania pozycji dominującej.

Pierwszym z rozważanych warunków, które w trakcie prowadzonych negocjacji stawiał TBS, była konieczność wybudowania przez TI sieci teleinformatycznej służącej

dostarczaniu zarówno sygnału telefonicznego, jak i telewizyjnego oraz internetowego. Warunek taki został pierwotnie sformułowany przez TBS w piśmie z dnia 7 września 2010 roku stanowiącego odpowiedź na wniosek TI z dnia 10 sierpnia 2010 roku. W piśmie tym Spółka wskazała, m.in., że „budowa sieci telekomunikacyjnej Telewizji Internetowej w budynku przy ul. Świstackiego 5-13 we Wrocławiu będzie możliwa po spełnienie następujących warunków:

(...) 1. Budowa sieci telekomunikacyjnej Telewizji Internetowej obejmuje:

- wykonanie doprowadzenia sygnału do budynku kablem światłowodowym,
- wykonanie instalacji w budynku dla 100% lokali,
- eksploatację i konserwację całej sieci telekomunikacyjnej (internetowej, telefonicznej i telewizyjnej).”

Warunek ten został ponowiony przez TBS w piśmie z dnia 28 stycznia 2011 roku, a następnie w wyjaśnieniach złożonych w toku prowadzonego postępowania wyjaśniającego. W piśmie z dnia 15 grudnia 2011 roku Spółka udzieliła wyjaśnień, zgodnie z którymi warunkuje ona udzielenie zgody ma wykonanie wewnętrznej sieci telekomunikacyjnej umożliwiającej przesyłanie sygnału telewizyjnego, internetowego i telefonicznego jedynie w starszych zasobach mieszkaniowych, do których należy zaliczyć budynki położone przy ul. Świstackiego 5-13 we Wrocławiu. Wskazała także, że po modernizacji tych zasobów nie będą zachodziły przesłanki takich ograniczeń. „Ilość okablowania w budynku jest w chwili obecnej duża. Aby nie ingerować w konstrukcję budynku, chcemy aby jeden operator dostarczał cały pakiet usług multimedialnych.” W załączeniu do pisma z dnia 23 kwietnia 2012 roku TBS przedłożył zmienione warunki udostępnienia TI posiadanych nieruchomości, w których znalazł się zapis o treści:

„Budowa sieci Telekomunikacji i Internetowej obejmuje:

- wykonanie doprowadzenia sygnału do budynku kablem światłowodowym,
- wykonanie instalacji w budynku dla 100% lokali,
- eksploatację i konserwację całej sieci telekomunikacyjnej”

W piśmie z dnia 2 czerwca 2012 roku TBS wskazał, iż w ww. warunkach dostępu „nastąpiła omyłka pisarska, polegająca na wpisaniu w punkcie 1 warunków, w nazwie wyżej wymienionej Spółki, spójnika „i” pomiędzy wyrazami: „Telekomunikacji” „Internetowej”. TBS wyjaśnił jednocześnie, że dostęp do budynków mieszkalnych do niego należących, jest otwarty dla wszystkich przedsiębiorców, a w szczególności nie jest zamknięty dla przedsiębiorców świadczących wyłącznie jeden rodzaj usługi telekomunikacyjnej. Omawiany warunek nie pojawia się w dokumentach: „Warunki dostępu do budynku, budowy i eksploatacji sieci telekomunikacyjnej przy ul. Świstackiego 5-13 we Wrocławiu” oraz „Umowa o dostęp do budynku w celu dostarczania publicznej sieci telekomunikacyjnej i świadczenia usług telekomunikacyjnych” załączonych do pisma z dnia 29 czerwca 2012 roku adresowanego do TI.

Oceniając powyższe zachowanie TBS stwierdzić należy, iż nie odnosi się ono do odmowy dostępu jako takiego, lecz wyraża się w stawianiu wymagań technicznych, co do parametrów jakościowych sieci, tak aby zgodnie ze współczesnymi standardami możliwym było świadczenie za jej pośrednictwem usług multimedialnych. W ocenie Prezesa Urzędu, zgodnie z zasadami efektywności i postępu technicznego, uzależnianie zawarcia umowy o dostęp do nieruchomości celem zainstalowania sieci telekomunikacyjnej od powyższego warunku znajduje obiektywne uzasadnienie. Zasadnym jest bowiem, aby TBS, kierując się również interesem najemców lokali, żądał od wnioskującego o udostępnienie nieruchomości, najlepszych możliwych i dostępnych rozwiązań technicznych, których zastosowanie umożliwi udostępnienie odbiorcom końcowym szeroką gamę usług. Postępowanie takie jest racjonalne również z tego powodu, że budynek przy ul. Świstackiego 5-13 jest wykonany w starej technologii, a

zatem zainstalowanie w nim sieci telekomunikacyjnej wymaga każdorazowego położenia dodatkowych kabli i ich rozprowadzenie do lokali mieszkalnych. Mnożenie tych instalacji nie leży w interesie właściciela nieruchomości oraz mieszkańców. Z powyższych powodów Prezes Urzędu uznał, iż stawianie omawianego warunku przez TBS było obiektywnie uzasadnione, co jednak stało się wiadome dopiero po przeprowadzeniu niniejszego postępowania i zanalizowaniu wszystkich materiałów dowodowych.

Mając powyższe na uwadze uznać zatem należało, iż w omawianym przypadku nie zachodzi jedna z przesłanek uznania powyżej opisanego zachowania Spółki za praktykę nadużywania pozycji dominującej, o której mowa w art. 9 ust 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W ocenie Prezesa Urzędu, wyżej opisany warunek, od którego wypełnienia TBS uzależniał zawarcie stosownej umowy z TI miał obiektywne uzasadnienie.

Stosownie do art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w sprawach w niej nieuregulowanych, do postępowania przed Prezesem Urzędu, stosuje się przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego.

Zgodnie z art. 105 k.p.a., jeżeli postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania.

„Bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego oznacza, że brak jest któregoś z elementów materialnego stosunku prawnego, a wobec tego nie można wydać decyzji załatwiającej sprawę przez rozstrzygnięcie co do istoty. Przesłanka umorzenia postępowania może istnieć jeszcze przed wszczęciem postępowania, co zostanie ujawnione dopiero w toczącym się postępowaniu, a może ona powstać także w czasie trwania postępowania, a więc w sprawie już zawisłej przed organem administracyjnym” (B.Adamiak i J.Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego – Komentarz*, C.H.BECK, Warszawa, 1996, s. 462).

W niniejszej sprawie przesłanką umorzenia postępowania antymonopolowego, przemawiającą za stwierdzeniem jego bezprzedmiotowości, jest ustalenie, iż uzależnianie przez TBS zawarcia umowy z Telekomunikacją Internetową sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu od wybudowania przez ww. przedsiębiorcę sieci teleinformatycznej służącej dostarczaniu zarówno sygnału telefonicznego, telewizyjnego oraz internetowego miało obiektywne uzasadnienie, co przesądza o uznaniu, iż takiego zachowania nie można uznać za nadużycie posiadanej pozycji dominującej.

W związku z powyższym należało orzec jak w pkt I sentencji decyzji.

Drugim z rozważanych warunków, które w trakcie prowadzonych negocjacji stawiał TBS, było zastrzeżenie w projekcie przyszłej umowy odpłatności korzystania przez TI z pomieszczeń budynku po wykonaniu prac związanych z wykonaniem sieci.

Warunek ten został postawiony przez TBS w „Warunkach budowy i eksploatacji sieci telekomunikacyjnej w budynku przy ul. Świstackiego 5-13 we Wrocławiu” datowanych na dzień 19 kwietnia 2012 roku. W ww. dokumencie zamieszczono zapis, zgodnie z którym: „Po akceptacji przedłożonych warunków Operator sieci zawrze stosowną umowę z Towarzystwem Budownictwa Społecznego Wrocław Spółka z o.o. na wykonanie przedmiotowych prac oraz odpłatne korzystanie z pomieszczeń budynku.” Następnie warunek ten został powtórzony w projekcie „Umowy o dostęp do budynku w celu dostarczania publicznej sieci telekomunikacyjnej i świadczenia usług telekomunikacyjnych” i przyjął on postać następujących zapisów:

§ 1 ust. 14 „Udostępnienie Nieruchomości, o którym mowa w ust. 1 Umowy, jest nieodpłatne z zastrzeżeniem § 2 ust. 2 lit. F, § 3 ust. 5 oraz § 8 ust. 6 Umowy.”;

§ 2 ust. 2 lit. F „TBS oświadcza, że: wskaże Operatorowi, podczas protokolarnego udostępniania Nieruchomości, istniejące pomieszczenie w piwnicy budynku, w którym możliwy będzie montaż niezbędnych urządzeń na potrzeby funkcjonowania Sieci. Udostępnienie pomieszczenia nastąpi na podstawie odrębnej umowy.”

Zdaniem Prezesa Urzędu uzależnianie przez TBS zgody na udzielenia dostępu do nieruchomości położonych przy ul. Świstackiego 5-13 we Wrocławiu od zastrzeżenia odpłatności korzystania z ww. nieruchomości przez TI nie znajdowało obiektywnego uzasadnienia.

Wobec zarzutów podnoszonych przez Spółkę w toku postępowania, decydującym było rozstrzygnięcie, czy w świetle okoliczności niniejszej sprawy, przepisy ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych uprawniają TBS do pobierania opłat za korzystanie przez operatora telekomunikacyjnego, z posiadanych przez tę Spółkę nieruchomości.

Zgodnie z treścią art. 33 ust. 2 ww. ustawy korzystanie z nieruchomości, o których mowa w ust. 1, jest odpłatne, chyba że linia lub urządzenie telekomunikacyjne służyć zapewnieniu telekomunikacji: właścicielowi nieruchomości, użytkownikowi wieczystemu nieruchomości, osobie, której przysługuje spółdzielcze prawo do lokalu, osobie posiadającej inny tytuł prawny do nieruchomości. W niniejszej sprawie instalacja przez TI w nieruchomości przy ul. Świstackiego 5-13 sieci oraz innych urządzeń telekomunikacyjnych służyć ma zapewnieniu telekomunikacji (usługi dostępu do sieci Internet) najemcom lokali zlokalizowanych w tych budynkach. Z powyższego ustalenia TBS wywodzi, że najemcy lokali nie mieszczą się w grupie podmiotów wymienionych w art. 33 ust. 2 wyżej powołanej ustawy. „Osobom tym nie przysługuje bowiem tytuł najmu do nieruchomości, lecz do lokalu, a pojęciem lokalu ustawodawca posługuje się jedynie w przypadku opisanym w punkcie 3” (osoba, której przysługuje spółdzielcze prawo do lokalu).

Zdaniem Prezesa Urzędu, choć w rzeczywistości powyżej przytoczony art. 33 ust. 2 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych nie posługuje się w swej treści pojęciem „osoby posiadającej inny tytuł prawny do lokalu”, to jednak tezę, iż w przypadku, gdy linia lub urządzenie telekomunikacyjne ma służyć zapewnieniu telekomunikacji najemcom lokali nieruchomości należącej do towarzystwa budownictwa społecznego, korzystanie z tej nieruchomości przez operatora telekomunikacyjnego powinno być odpłatne, należy uznać za chybioną.

Towarzystwo Budownictwa Społecznego Wrocław sp. z o.o. we Wrocławiu jest spółką powołaną na podstawie przepisów ustawy z dnia 26 października 1995 r. o niektórych formach popierania budownictwa mieszkaniowego (Dz.U. z 2000r., Nr 98, poz. 1070 j.t. ze zm.) i przedmiotem jej działalności jest m.in. budowanie domów mieszkalnych i ich eksploatacja na zasadach najmu. W ramach swojej działalności TBS wybudował m.in. budynek mieszkalny na nieruchomości położonej przy ul. Świstackiego 5-13 we Wrocławiu oznaczonej w ewidencji gruntów i budynków jako działki nr 9/2 i 10/2, AM-10 w obrębie ewidencyjnym Południe, w jednostce ewidencyjnej Wrocław, której jest użytkownikiem wieczystym. Spółka jest właścicielem tego budynku, który stanowi odrębną od gruntu, na którym został posadowiony, nieruchomość. W nieruchomości tej wyodrębniono lokale, które jednak nie stanowią odrębnego od nieruchomości budynkowej przedmiotu własności najemców. Co więcej, z prawem najmu konkretnego lokalu mieszkalnego związane jest prawo najemców do korzystania z pomieszczeń wspólnego użytku usytuowanych w poszczególnych klatkach schodowych budynku. Prawo takie przysługuje najemcom z tytułu zawartych ze Spółką umów najmu, o czym świadczy ich treść oraz treść „Regulaminu porządku domowego w budynkach

stanowiących własność Towarzystwa Budownictwa Społecznego Wrocław sp. z o.o.”, w którym wskazano, iż do wspólnego użytku najemców należą następujące pomieszczenia: klatki schodowe, suszarnie, wózkownie, korytarze piwniczne, windy, strychy itp..

Mając powyższe na uwadze uznać należy, iż niewątpliwie najemcy lokali mieszkalnych będących częściami nieruchomości budynkowej należącej do TBS posiadają „inny tytuł prawny do nieruchomości”, o którym mowa w art. 33 ust. 2 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych. Tytuł taki wynika z zawartych ze Spółką umów najmu, w których wyraźnie przyznano najemcom prawo do korzystania z wszystkich pomieszczeń wspólnego użytku położonych w nieruchomości położonej przy ul. Świstackiego 5-13 we Wrocławiu, to jest jedno z uprawnień składowych prawa własności.

Tym samym, w opinii organu antymonopolowego zastrzeżenie przez TBS odpłatności korzystania z posiadanej nieruchomości przez TI nie znajduje podstawy w obowiązujących przepisach prawnych. Wprost przeciwnie, warunek ten jest sprzeczny z regulacją zawartą w art. 33 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych. Tak bowiem obiekty i urządzenia infrastruktury telekomunikacyjnej, które miały zostać zainstalowane przez operatora na nieruchomości TBS służyć miały zapewnieniu telekomunikacji osobom posiadającym inny tytuł prawny do tej nieruchomości. Tym samym, zgodnie z art. 33 ust. 2 ww. ustawy korzystanie z nieruchomości będącej własnością TBS powinno być bezpłatne.

Jednocześnie, wbrew zarzutom podnoszonym przez Spółkę takie rozwiązanie, zdaniem Prezesa Urzędu, nie uniemożliwi racjonalnego korzystania z nieruchomości, w szczególności nie doprowadzi do istotnego zmniejszenia wartości nieruchomości (art. 33 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych in fine). Zgodzić się trzeba z TBS, iż racjonalne korzystanie z nieruchomości oznacza taki sposób korzystania, który jest zgodny z przeznaczeniem i charakterem nieruchomości, a ocena racjonalności korzystania powinna być możliwie zobiektywizowana i uwzględniająca interes właściciela związany z istniejącym sposobem zagospodarowania. Dodać jednak należy, powołując się na doktrynę („Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, wyd. 2, Warszawa 2005, s. 782), że dopiero konieczność zagospodarowania nieruchomości w inny sposób, po zainstalowaniu urządzeń lub linii, naruszałaby granice ingerencji, które ustanowił ustawodawca. W niniejszej sprawie nieodpłatne korzystanie przez TI z wyznaczonego pomieszczenia, w którym mają zostać zainstalowane niektóre z urządzeń telekomunikacyjnych, w żaden sposób nie uniemożliwi korzystania przez Spółkę z nieruchomości na dotychczasowych zasadach. Będzie ona nadal uprawniona do eksploatacji pozostałej części nieruchomości (a więc przede wszystkim lokali mieszkalnych) na zasadach najmu. Wykonanie odpowiednich instalacji przez operatora telekomunikacyjnego nie spowoduje również konieczności zagospodarowania budynku przy ul. Świstackiego 5-13 w inny sposób, niż ma to miejsce w chwili obecnej. Podkreślić także trzeba, że stawianie przez Spółkę takiego warunku należy uznać za dyskryminujące wobec TI, skoro umowa z dnia 4.01.2008r. zawarta ze Sławomirem Ogórkiem oraz umowa z dnia 31.03.2006r. zawarta z Romanem Grzywaczewskim, uprawniały operatorów telekomunikacyjnych do korzystania z budynku przy ul. Świstackiego 5-13 we Wrocławiu nieodpłatnie. Wbrew zatem stanowisku TBS, art. 33 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych jest przepisem rangi ustawowej, który pozwala na ograniczenie prawa własności w zakresie oraz przypadkach w nim określonych i zdaniem Prezesa Urzędu powinien on znaleźć w niniejszej sprawie zastosowanie.

Mając powyższe na uwadze uznać należało, że stawianie przez TBS powyższego wymogu, od wypełnienia którego warunkował on zawarcie stosownej umowy z TI, nie znajdowało obiektywnego uzasadnienia i było dyskryminujące. Przesądza to, iż takie

zachowanie Spółki mogło zostać uznane za nadużywanie posiadanej pozycji dominującej na rynku właściwym udostępniania zasobów mieszkaniowych do instalowania sieci telekomunikacyjnych. Zachowanie to wywoływało jednocześnie antykonkurencyjne skutki na funkcjonalnie oraz przedmiotowo powiązanim z nim, rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych, poprzez pogorszenie możliwości prowadzenia działalności telekomunikacyjnej przez ww. operatora w relacji do innych uczestników już na nim działających

Trzeci z rozważanych warunków, które w trakcie prowadzonych negocjacji stawiał TBS, dotyczył zastrzeżenia w projekcie przyszłej umowy postanowienia, zgodnie z którym w każdej sytuacji, gdy TI zaprzestanie świadczenia usług lokatorom /zostaną rozwiązane wszystkie umowy/ przedsiębiorca ten zdemontuje okablowanie budynku, lub odsprzeda Towarzystwu Budownictwa Społecznego Wrocław sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu za wynegocjowaną cenę.

Warunek ten został postawiony przez TBS, w pierwszej wersji, w piśmie z dnia 7 września 2010 roku, w którym wskazano, że budowa sieci telekomunikacyjnej będzie możliwa m.in. w przypadku, gdy TI wyrazi zgodę na postanowienie, zgodnie z którym „W przypadku gdy Operator zaprzestanie świadczenia usług lokatorom /zostaną rozwiązane wszystkie umowy/ okablowanie budynków stanie się własnością TBS.” Został on następnie zmodyfikowany w treści „Warunków budowy i eksploatacji sieci telekomunikacyjnej w budynku przy ul. Świstackiego 5-13 we Wrocławiu” datowanych na dzień 19 kwietnia 2012 roku, gdzie wskazano, iż w takim przypadku TI zdemontuje okablowanie lub odsprzeda je TBS za wynegocjowaną cenę. Już w toku prowadzonego postępowania w załączeniu do pisma z dnia 29 czerwca 2012 roku TBS przedstawił TI nowe „Warunki dostępu do budynku, budowy i eksploatacji sieci telekomunikacyjnej przy ul. Świstackiego 5-13 we Wrocławiu” oraz projekt „Umowy o dostęp do budynku w celu dostarczania publicznej sieci telekomunikacyjnej i świadczenia usług telekomunikacyjnych” w których zamieszczono m.in. następujące zapisy: „TBS ma prawo wypowiedzieć umowę z trzymiesięcznym okresem wypowiedzenia w przypadku, w którym Operator utraci ostatniego Abonenta i nie zawrze kolejnej umowy w terminie trzech miesięcy, licząc od chwili rozwiązania umowy z ostatnim Abonentem albo prawo pobierania miesięcznej opłaty w wysokości 1000 zł (słownie: jeden tysiąc) za każdy kolejny rozpoczęty miesiąc, począwszy od 180 dnia licząc od dnia, w którym Operator utracił ostatniego Abonenta do czasu zawarcia kolejnej umowy.” W takim kształcie warunek ten został postawiony TI również w pismach z dnia 23 sierpnia 2012 roku oraz 1 października 2012 roku.

W toku postępowania odnosząc się do przedstawionych zarzutów TBS wskazał, że pogląd, zgodnie z którym, sankcja w postaci żądania zdemontowania okablowania miałaby racjonalne uzasadnienie jedynie przy przedłużającym się braku wykorzystywania przez TI sieci w celu świadczenia usług odbiorcom końcowym jest sprzeczny z literalną wykładnią przepisu art. 33 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych. Z tego przepisu wynika bowiem, że obowiązek udostępnienia nieruchomości jest aktualny jedynie w okresie eksploatacji sieci telekomunikacyjnej. Jednocześnie przepis ten, jako ograniczający prawo własności, nie powinien być interpretowany rozszerzająco.

Mając powyższe na uwadze Prezes Urzędu stoi na stanowisku, że w istocie w przypadku, gdy zainstalowana na nieruchomości sieć telekomunikacyjna, w wyniku rozwiązania umów z odbiorcami końcowymi, przestaje służyć świadczeniu usług telekomunikacyjnych, wygasa po stronie właściciela nieruchomości obowiązek znoszenia ograniczenia jego prawa własności w myśl art. 33 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych. Nie znaczy to jednak, iż w takiej sytuacji powstaje po stronie

właściciela nieruchomości prawo do niezwłocznego przejścia zainstalowanej sieci lub konieczność jej natychmiastowej deinstalacji przez operatora telekomunikacyjnego. W opinii organu antymonopolowego, takie rozwiązanie stanowi nieuzasadnione zwiększenie ryzyka prowadzonej przez operatora telekomunikacyjnego działalności gospodarczej. Skoro przepisy ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych zezwalają operatorom telekomunikacyjnym do zainstalowania sieci telekomunikacyjnej (na ich ryzyko) na nieruchomości niezależnie od liczby konsumentów, którzy wyrażają gotowość do korzystania w przyszłości ze świadczonych usług, to konieczność natychmiastowej deinstalacji sieci lub jej odsprzedaży, nawet w przypadku krótkotrwałej utraty odbiorców jest nieuzasadnione. Z łatwością bowiem można sobie wyobrazić sytuację, w której po pewnym czasie konsumenci ponownie wyrażą chęć korzystania z dostarczanych usług a tym samym ponownie „powstanie” po stronie operatora telekomunikacyjnego prawo przyznane mu ww. ustawą. Uznać należy, iż omawiany warunek stawiany przez TBS ustanawia sankcje nie tylko niewspółmierne do kosztów, które operator telekomunikacyjny jest zobowiązany ponieść dla zainstalowania sieci telekomunikacyjnej, ale również nie znajdujące uzasadnienia w interesie właściciela nieruchomości. Rozważając przedmiotowe zagadnienie Prezes Urzędu miał również na uwadze argumentację przedstawioną przez TBS w toku postępowania, że zaproponowane rozwiązanie służyć miało rozwojowi konkurencji na rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych w budynkach przy ul. Świstackiego. Zdaniem organu antymonopolowego, taka argumentacja nie znajduje uzasadnienia w niniejszej sprawie. Co prawda, zauważyć należy, iż przeciągające się pozostawianie niewykorzystywanej sieci telekomunikacyjnej może w przyszłości stanowić przeszkodę dla zainstalowania nowych urządzeń przez kolejnego operatora telekomunikacyjnego, jednakże jest to sytuacja hipotetyczna, która może zostać poddana stosownej regulacji w zawieranej pomiędzy stronami umowie. Znamiennym jest również, iż w umowach zawartych już pomiędzy TBS a operatorami telekomunikacyjnymi (umowa z dnia 4.01.2008r. z Sławomirem Ogórkim, umowa z dnia 31.03.2006r. z Romanem Grzywaczewskim) podobne postanowienia nie zostały zamieszczone. Tym samym stawianie przez TBS omawianego warunku w przypadku złożenia odpowiedniego wniosku przez TI świadczy o stosowaniu przez Spółkę zróżnicowanych kryteriów wobec operatorów telekomunikacyjnych a tym samym jest praktyką dyskryminującą TI, pogarszającą jego konkurencyjność w stosunku do pozostałych operatorów działających na rynku usług telekomunikacyjnych.

Mając powyższe na uwadze uznać należało, że stawianie przez TBS powyższego wymogu, od wypełnienia którego warunkował on zawarcie stosownej umowy z TI, nie znajdowało obiektywnego uzasadnienia i nie było niedyskryminujące, co przesądza, iż takie zachowanie Spółki mogło zostać uznane za nadużywanie posiadanej pozycji dominującej. Dodać należy, iż choć omawiane zachowanie Spółki podejmowane było na rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych do instalowania sieci telekomunikacyjnych, to w istocie przeciwdziało ono ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania i rozwoju konkurencji na powiązanim z nim rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych.

Odnieść należało się również do postawionego przez TBS w toku niniejszego postępowania zarzutu, iż prowadzonych z TI negocjacji nie można uznać za praktykę polegającą na nadużywaniu pozycji dominującej, gdyż nie doszło jeszcze pomiędzy stronami do wiążących ustaleń w zakresie warunków świadczenia przez operatora telekomunikacyjnego usług telekomunikacyjnych w zasobach należących do Spółki. Prezes Urzędu nie podziela tego poglądu. Wskazać bowiem przede wszystkim należy, iż rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie nie dotyczy bezpośrednio sposobu prowadzenia

negocjacji pomiędzy stronami przyszłej umowy, lecz stawianiu przez TBS warunków, które nie znajdowały obiektywnego charakteru. Takie działanie Spółki jest jedną z przyczyn tego, że pomimo wystąpienia przez TI z ofertą zawarcia umowy pismem z dnia 10 sierpnia 2010 roku, do zawarcia stosownej umowy nadal nie doszło. Formułowanie przez TBS dyskryminujących operatora telekomunikacyjnego warunków ocenić należy, jako stawianie faktycznych barier wejścia na rynek. Jednocześnie, od TI nie sposób wymagać, aby zaakceptowała tak stawiane warunki. Opisane powyżej zachowanie TBS przyniosło ponadto realne skutki na rynku powiązanim z rynkiem właściwym w sprawie, to jest rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych w budynku położonym przy ul. Świstackiego 5-13 we Wrocławiu. W takiej sytuacji deklarowana przez TBS gotowość zmiany prezentowanego wobec TI stanowiska, a nawet faktycznie podjęte przez tę Spółkę decyzje nie niweczą niedozwolonego charakteru zarzucanego jej zachowania. Podkreślić przy tym należy, iż TBS nadal narusza przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w zakresie uzależniania zawarcia umowy od zastrzeżenia odpłatności korzystania przez TI z pomieszczeń budynku po wykonaniu prac.

Podsumowując powyższe stwierdzić należy, że TBS powyżej opisanym zachowaniem polegającym na uzależnieniu zawarcia umowy o dostęp do budynku położonego przy ul. Świstackiego 5-13 we Wrocławiu celem zainstalowania sieci telekomunikacyjnej z Telekomunikacją Internetową sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu od:

- zastrzeżenia odpłatności korzystania przez ww. przedsiębiorcę z pomieszczeń budynku po wykonaniu prac;
- wprowadzenia do przyszłej umowy postanowienia, zgodnie z którym w każdej sytuacji, gdy ww. przedsiębiorca zaprzestanie świadczenia usług lokatorom /zostaną rozwiązane wszystkie umowy/ przedsiębiorca ten zdemontuje okablowanie budynku, lub odsprzeda Towarzystwu Budownictwa Społecznego Wrocław sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu za wynegocjowaną cenę wypełnił wszystkie przesłanki praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zgodnie z treścią art. 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes Urzędu wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazującą zaniechanie jej stosowania, jeżeli stwierdzi naruszenie zakazu określonego w art. 9 ustawy. Jednocześnie, po myśli art. 11 tej ustawy, nie wydaje się decyzji, o której mowa w art. 10, jeżeli zachowanie rynkowe przedsiębiorcy przestało naruszać zakazy określone w art. 9. W takim przypadku Prezes Urzędu wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdzającą zaniechanie jej stosowania.

Z ustalonego w sprawie stanu faktycznego wynika, iż zarówno w toku prowadzonego postępowania, jak i jeszcze przed jego wszczęciem TBS dokonywał zmiany stanowiska w zakresie warunków, od których zaakceptowania uzależniał zawarcie z TI stosownej umowy.

Warunek dotyczący wprowadzenia do przyszłej umowy postanowienia, zgodnie z którym w każdej sytuacji, gdy ww. przedsiębiorca zaprzestanie świadczenia usług lokatorom /zostaną rozwiązane wszystkie umowy/ przedsiębiorca ten zdemontuje okablowanie budynku, lub odsprzeda TBS za wynegocjowaną cenę, został przez Spółkę w tej wersji postawiony w treści „Warunków budowy i eksploatacji sieci telekomunikacyjnej w budynku przy ul. Świstackiego 5-13 we Wrocławiu” datowanych na dzień 19 kwietnia 2012 roku. Do tego czasu TBS uzależniał zawarcie umowy od przyjęcia dalej idącej regulacji wskazującej, iż w sytuacji zaprzestania świadczenia usług przez operatora telekomunikacyjnego okablowanie przejdzie na własność właściciela nieruchomości. Już w toku prowadzonego postępowania w załączeniu do pisma z dnia

29 czerwca 2012 roku TBS przedstawił TI nowe „Warunki dostępu do budynku, budowy i eksploatacji sieci telekomunikacyjnej przy ul. Świstackiego 5-13 we Wrocławiu” oraz projekt „Umowy o dostęp do budynku w celu dostarczania publicznej sieci telekomunikacyjnej i świadczenia usług telekomunikacyjnych” w których zamieszczono m.in. następujące zapisy „TBS ma prawo wypowiedzieć umowę z trzymiesięcznym okresem wypowiedzenia w przypadku, w którym Operator utraci ostatniego Abonenta i nie zawrze kolejnej umowy w terminie trzech miesięcy, licząc od chwili rozwiązania umowy z ostatnim Abonentem albo prawo pobierania miesięcznej opłaty w wysokości 1000 zł (słownie: jeden tysiąc) za każdy kolejny rozpoczęty miesiąc, począwszy od 180 dnia licząc od dnia, w którym Operator utracił ostatniego Abonenta do czasu zawarcia kolejnej umowy.” W takim kształcie warunek ten został postawiony TI również w pismach z dnia 23 sierpnia 2012 roku oraz 1 października 2012 roku. W uznaniu Prezesa Urzędu postanowienie w kształcie zaproponowanym przez TBS w piśmie z dnia 29 czerwca 2012 roku ustanawia rozwiązanie obiektywnie uzasadnione i uwzględniające w należytych stopniu interesy zarówno właściciela nieruchomości, jak i operatora telekomunikacyjnego. Tym samym uznać należało, iż Spółka zaniechała stosowania przedmiotowej praktyki ograniczającej konkurencję w dniu 29 czerwca 2012 roku i orzec, jak w punkcie II sentencji niniejszej decyzji.

Jednocześnie, uwzględniając ustalony w sprawie stan faktyczny rozstrzygnięcie zawarte w punkcie III sentencji niniejszej decyzji oprócz należało na przytoczonym powyżej art. 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Tak bowiem TBS do dnia wydania decyzji warunkuje TI dostęp do nieruchomości położonych przy ul. Świstackiego 5-13 we Wrocławiu od zastrzeżenia odpłatności korzystania przez operatora telekomunikacyjnego z pomieszczeń budynku po wykonaniu prac. Mając powyższe na uwadze należało orzec, jak w punkcie III sentencji niniejszej decyzji.

4. Kara pieniężna.

Zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji 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 m.in. art. 9. Pod pojęciem przychodu rozumie się przychód uzyskany w roku podatkowym poprzedzającym dzień wszczęcia postępowania na podstawie ustawy, w rozumieniu obowiązujących przedsiębiorcę przepisów o podatku dochodowym (art. 4 pkt 15 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów).

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów wprowadziła zasadę fakultatywności kar nakładanych przez Prezesa Urzędu na przedsiębiorców, którzy dopuścili się naruszenia zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

Prezes Urzędu wydając decyzję o nałożeniu kary pieniężnej działa zatem w ramach uznania administracyjnego co oczywiście nie jest równoznaczne z dowolnością. W tym zakresie kieruje się on zasadą równości i proporcjonalności. Rozważając kwestię nałożenia kary organ antymonopolowy musi wziąć pod uwagę, czy w danych okolicznościach sprawy konieczne albo celowe jest jej nałożenie, a jeżeli tak, to w jakiej wysokości kara spełni założone funkcje. Przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa w art. 106-108 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu powinien wziąć pod uwagę w szczególności okres, stopień oraz okoliczności uprzedniego naruszenia przepisów ustawy (art. 111 ww. ustawy).

W ocenie Prezesa Urzędu na wysokość kary musi mieć także wpływ stopień zagrożenia lub naruszenia interesu publicznoprawnego stosowanymi praktykami ograniczającymi konkurencję.

W judykaturze 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, odpuszczalny poziom kary wynikający z przepisów ustawy oraz cele jakie kara ma osiągnąć (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r., sygn. akt I CKN 793/98).

Jako podstawę obliczenia kar w niniejszej sprawie przyjęto przychód osiągnięty przez Spółkę w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, tj. 2012, który wyniósł (...) zł.

Podkreślenia wymaga, iż kara pieniężna ma na celu zniechęcenie przedsiębiorców do naruszania przepisów ustawy. Kara ta ma charakter fakultatywny, jednakże zważywszy na jej prewencyjną, represyjną i dyscyplinującą funkcję, nałożenie kary w niniejszej sprawie jest zdaniem Prezesa Urzędu w pełni uzasadnione. Powyższy pogląd Prezes Urzędu wywodzi ze względu na dolegliwość zarzucanych przedsiębiorcy praktyk dla TI oraz poprzez uniemożliwienie rozwoju konkurencji na rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych pośrednio dla konsumentów.

Na wstępie wskazać należy, iż ze względu na ścisłe, wzajemne powiązanie powyżej opisanych działań TBS, uznanych przez Prezesa Urzędu za niedozwolone praktyki, kalkulacja kary zostanie dokonana dla wszystkich naruszeń łącznie.

W punktach II - III sentencji niniejszej decyzji stwierdzono, iż Spółka zachowaniem polegającym na uzależnieniu zawarcia umowy z Telekomunikacją Internetową sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu od:

- zastrzeżenia odpłatności korzystania przez ww. przedsiębiorcę z pomieszczeń budynku po wykonaniu prac;
- wprowadzenia do przyszłej umowy postanowienia, zgodnie z którym w każdej sytuacji, gdy ww. przedsiębiorca zaprzestanie świadczenia usług lokatorom /zostaną rozwiązane wszystkie umowy/ przedsiębiorca ten zdemontuje okablowanie budynku, lub odsprzeda Towarzystwu Budownictwa Społecznego Wrocław sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu za wynegocjowaną cenę, naruszyła przepis art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Prezes Urzędu zaliczył przedmiotową praktykę Spółki do naruszeń prawa antymonopolowego będących naruszeniami poważnymi. Stwierdzone praktyki należą do praktyk antykonkurencyjnych wykluczających które wymierzone są wprost przeciwko funkcjonowaniu mechanizmu konkurencji. Przypisane TBS praktyki skutkowały nie tylko niemożliwością prowadzenia działalności na rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych przez TI, ale również pośrednio naruszały interesy konsumentów pozbawionych możliwości szerszego wyboru konkurencyjnych ofert operatorów telekomunikacyjnych. Jednocześnie Prezes Urzędu miał na uwadze jednak fakt, iż ich skutkami dotknięty został stosunkowo wąski krąg konsumentów. Kierując się naturą przedmiotowego naruszenia Prezes Urzędu ustalił kwotę wyjściową kary w wysokości (...) zł, co stanowi (...) % przychodu i (...) % maksymalnego wymiaru kary.

Ustalając wymiar kary pieniężnej Prezes Urzędu wziął pod uwagę specyfikę rynku, na którym działa TBS oraz rynku, na którym ujawniły się skutki niedozwolonych praktyk. Wskazać należy, iż oceniane zachowanie Spółki dotyczyło jedynie niewielkiego ułamka posiadanych przez nią zasobów mieszkalnych, a jednocześnie nielicznej (wobec ogólnej liczby najemców lokali mieszkalnych) liczby konsumentów. Nie przyniosło ono

również tej Spółce korzyści. Uwzględnienie powyższych okoliczności, zdaniem Prezesa Urzędu uzasadniało obniżenie ww. kwoty wyjściowej kary o (...) %, to jest do kwoty (...)zł.

Prezes Urzędu ustalając wysokość kary w niniejszej sprawie wziął także pod uwagę okres trwania stwierdzonego naruszenia. W tym miejscu wskazać należy, iż praktyki stosowane przez TBS oceniane łącznie uniemożliwiają wejście na rynek świadczenia usług telekomunikacyjnych przez TI od września 2010 roku. Łączny zatem okres ich stosowania, wyrażający się w ustanowieniu przez TBS niedozwolonych barier wejścia na rynek wynosi ponad dwa lata. Mając powyższe na uwadze Prezes Urzędu postanowił zwiększyć karę o (...) %, to jest do kwoty (...) zł.

Obliczając karę organ antymonopolowy postanowił wziąć także pod uwagę okoliczności obciążające oraz łagodzące, stanowiące ocenę podmiotowej strony czynu przedsiębiorcy. Jako okoliczności obciążające Prezes Urzędu wziął pod uwagę przede wszystkim umyślność praktyki przypisanej TBS. Jako profesjonalny podmiot działający na rynku, w uznaniu Prezesa Urzędu, Spółka ta co najmniej powinna bowiem mieć świadomość, iż stawiane przez nią warunki dostępu do posiadanych nieruchomości nie znajdują obiektywnych podstaw. Uwzględnić tu również należy fakt, iż podobne warunki nie były stawiane przez Spółkę w przypadku pozostałych operatorów telekomunikacyjnych świadczących już usługi w budynku przy ul. Świstackiego 5-13 we Wrocławiu. Po stronie okoliczności łagodzących wymiar kary Prezes Urzędu wziął pod uwagę fakt, iż Spółkę, jeszcze przed wszczęciem postępowania w niniejszej sprawie, lub też bezpośrednio po jego wszczęciu wycofała się z części praktyk. Łączne uwzględnienie ww. okoliczności spowodowało podwyższenie otrzymanej kwoty o (...) %, do kwoty 17 (...) zł (słownie: (...)).

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów karę pieniężną należy uiszczyć w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie: **NBP O/O Warszawa 511010100078782231000000**.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c. – 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 Delegatura we Wrocławiu.

Otrzymuje :

r.pr. (...)
Kancelaria Radcy Prawnego
ul. Piękna 74
50-506 Wrocław