



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

L.dz. RKR-411-8/12/LP - /12

Kraków, dn. 1 października 2012 r.

DECYZJA Nr RKR -40/2012

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 Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy i § 2 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. Nr 107 poz. 887)

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów –

umarza się postępowanie antymonopolowe - wszczęte z urzędu w dniu 15 czerwca 2012 r. – w związku z podejrzeniem stosowania przez Marti Solanes Development sp. jawna w Krakowie praktyki nadużywania pozycji dominującej na lokalnym rynku udostępniania nieruchomości przy ul Szwai w Krakowie posadowionej na działce nr 23/9, obr.35 jedn. ewid. Podgórze, polegającego na przeciwdziałaniu ukształtowania się warunków do rozwoju konkurencji na rynku usług telekomunikacyjnych, poprzez nie przyjęcie oferty T-MONT Jerzy Grabski i Wspólnicy sp. j. w Krakowie na wykonanie sieci kablowej przy tym budynku, - co mogło stanowić naruszenie art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

UZASADNIENIE

W oparciu o zawiadomienie T-MONT Jerzy Grabski i Wspólnicy sp. j. w Krakowie (dalej: T-MONT) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura w Krakowie (zwany dalej „organem antymonopolowym”) przeprowadził postępowanie wyjaśniające w celu wstępnego ustalenia, czy informacje zawarte w tym zawiadomieniu stanowią podstawę do wszczęcia postępowania antymonopolowego przeciwko Marti Solanes Development sp. jawna w Krakowie (dalej: Marti Solanes).

W oparciu o ustalenia tego postępowania, postanowieniem nr RKR-158/2012, z dnia 15 czerwca 2012 r., zostało wszczęte postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem stosowania przez Marti Solanes praktyki nadużywania pozycji dominującej na lokalnym rynku udostępniania nieruchomości przy ul Szwai w Krakowie posadowionej na działce nr 23/9, obr.35 jedn. ewid. Podgórze, polegającego na przeciwdziałaniu ukształtowania się warunków do rozwoju konkurencji na rynku usług telekomunikacyjnych, poprzez nie przyjęcie oferty T-MONT na wykonanie sieci kablowej przy tym budynku, co mogło stanowić naruszenie art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: ustawa antymonopolowa).

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego (pismo z dnia 5 lipca 2012 r.) Marti Solanes wyjaśniła, że wiadomość elektroniczna została przesłana przez T-MONT w sierpniu 2011 r. na adres osoby, która nie była pracownikiem Marti Solanes. Wiadomość ta została więc potraktowana jak niezamówiona informacja handlowa, określana potocznie jako spam.

W związku z powyższym Spółka Marti-Solanes mogła brać pod uwagę wyłącznie pismo T-MONT ze stycznia 2012 r (oznaczone błędnie datą 2 stycznia 2011 r.), doręczone Spółce w dniu 5.01.2012 r. i zawierające wezwanie do zawarcia stosownej umowy w terminie 30 dni. W chwili otrzymania tego pisma T-MONT, Marti Solanes dokonała już wyboru podwykonawców. W dniu 3 stycznia 2012 r dysponowała już umową zawartą z UPC Polska sp. z o. o., zaś zasadnicza treść umowy z P.P.H.U. Artus, zawartej ostatecznie w dniu 1 marca 2012 r., tzw. *essentialia negotii* została już między stronami wynegocjowana i ustalona. Spółka podkreśliła, że negocjacje z ww. podmiotami co do treści umów były prowadzone od początku 2011 r. Natomiast umowy z podwykonawcami zostały zawarte później (w styczniu i marcu 2012 r.), gdyż dopiero wtedy mogli oni rozpocząć wykonywanie swoich prac ze względu na zamknięcie stanu surowego budynku

Spółka Marti Solanes stoi na stanowisku, że nie jest zobowiązana do przeprowadzania przetargów dotyczących jej podwykonawców i samodzielnie dokonuje ich wyboru spośród ofert rynkowych w oparciu o kryteria ekonomiczne. Jednocześnie, już od marca 2011 r, a zatem w trakcie negocjacji umów z podwykonawcami i na długo przed ich zawarciem, Spółka dysponowała informacją od autora projektu inwestycji przy ul. Szwai - architekta Marka Schaba, przekazaną w ramach nadzoru autorskiego, że ze względu na liczne instalacje (wod-kan, elektryczna, teleinformatyczna, domofonowa, c.o.) wykonywane w bardzo małych mieszkaniach, wprowadzony został limit ilości operatorów sieci teleinformatycznej.

Spółka Marti Solanes przedłożyła powyższą informację z dnia 12 marca 2011 r., w której architekt Marek Schab, jako autor projektu, w ramach nadzoru autorskiego oświadczył, że na etapie realizacji inwestycji przy ul. Szwai w Krakowie wprowadza się limit maksymalnie dwóch operatorów sieci teleinformatycznej. Dodał również, że dopuszcza się możliwość zastosowania okablowania nad-tynkowego przez innego operatora po zakończeniu inwestycji po uzgodnieniu ze wspólnotą mieszkaniową.

Spółka Marti Solanes wyjaśniła dalej, że z uwagi na powyższe ograniczenia techniczne co do wykonywania sieci teleinformatycznych przez operatorów telekomunikacyjnych (na etapie przed ukończeniem inwestycji) i umowy zawarte wcześniej z dwoma podwykonawcami, nie odpowiedziała na pismo T-MONT z wezwaniem do zawarcia stosownej umowy w zakresie udostępnienia inwestycji na cele instalacji sieci teleinformatycznej i nie podjęła działań zmierzających do negocjacji jej warunków, z uwagi na brak - z przyczyn technicznych - możliwości realizacji zobowiązań, co pozbawiałoby takie działanie logicznego uzasadnienia i mogłoby narazić na zarzut prowadzenia negocjacji w złej wierze.

Niezależnie od powyższego, zezwolenie na prowadzenie przez T-MONT prac na obiekcie (zawarcie przez Spółkę umowy w tym zakresie) wbrew stanowisku autora projektu (dysponującymi uprawnieniami do korzystania z nadzoru autorskiego) — wobec jego jasnego stanowiska wyrażonego w piśmie z 12 marca 2011 r — powodowałoby także naruszenie autorskich praw majątkowych (art 18 ust 3 Prawa budowlanego, w związku z art 60 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych) i odpowiedzialność odszkodowawczą Spółki.

W ocenie Marti Solanes brak podpisania stosownej umowy na tym etapie inwestycji nie oznacza braku możliwości budowy przez T-MONT sieci teleinformatycznej na budynku przy

ul. Szwai po zakończeniu inwestycji. T-MONT ma bowiem możliwość korzystania z infrastruktury telekomunikacyjnej po zakończeniu inwestycji (wybudowaniu budynku) bez dokonywania inwestycji na obiekcie, poprzez żądanie udostępnienia infrastruktury przez operatorów, którzy nią już będą dysponować, np. UPC Polska sp z o. o.

Marti Solanes zauważyła, że na taką możliwość wskazała sama T-MONT w piśmie z 2.01.2012 r., wskazując na zamiar podjęcia dalszych kroków w tym zakresie. Spółka oświadczyła, że akceptuje okoliczność, iż po zakończeniu inwestycji, tj. w IV kw. 2012 r. na budowie realizować będą inwestycje, np. w postaci instalacji nadtynkowych lub radiowych, w zakresie sieci teleinformatycznych inni operatorzy telekomunikacyjni i nie zamierza ograniczać współpracy operatorów telekomunikacyjnych.

W toku postępowania organ antymonopolowy ustalił, co następuje:

Spółka Marti Solanes wykonuje działalność gospodarczą na podstawie wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego – Rejestru Przedsiębiorców pod nr 0000241170, a przedmiot jej działalności obejmuje między innymi kupno, sprzedaż, wynajem i zarządzanie nieruchomościami oraz wykonywanie robót ogólnobudowlanych związanych ze wznoszeniem budynków.

Marti Solanes aktualnie realizuje jedną inwestycję mieszkaniową w Krakowie przy ul. Szwai. W budynku tym planowane jest wybudowanie 122 lokali mieszkalnych. Planowany termin zakończenia tej inwestycji to IV kw. 2012 r.

Marti Solanes nigdy nie zarządzała i aktualnie nie zarządza żadnym z budynków, które uprzednio wybudowała. Nie będzie zarządzać także budynkiem przy ul. Szwai.

T-MONT jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym wpisanym do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych Prezesa UKE pod nr 227.

W dniu 19.08.2011 r. T-MONT złożyła Marti Solanes pocztą mailową ofertę wykonania sieci kablowej przy ww. budynku przy ul. Szwai. Mail został skierowany na adres: biuro@marti-solanes.com.pl i adresowany do p. Leszka Majcherczyka. Wobec braku odpowiedzi oferta ta została ponowiona, tradycyjną pocztą, pismem z dnia 2.01.2012 r. (oznaczonym datą 2.01.2011r.). Na pismo to Marti Solanes nie udzieliła odpowiedzi.

W owym czasie Spółka Marti Solanes dokonała już wyboru dwóch innych wykonawców sieci telekomunikacyjnej w budynku przy ul. Szwai. Przedłożyła dwie umowy datowane na dzień 3 stycznia 2012 r., zawarte z P.P.H.U. Artus w Krakowie i UPC Polska Sp. z o.o. w Warszawie¹.

Przedmiotem tych umów jest udostępnienie przez Marti Solanes budynku przy ul. Szwai oraz działek, na których jest posadowiony, w celu wykonania, przez ww. przedsiębiorców telekomunikacyjnych, sieci telekomunikacyjnej i urządzeń.

Na podstawie ustalonego stanu faktycznego organ antymonopolowy zważył, co następuje:

Art. 1 ust. 1 ustawy antymonopolowej ogranicza zastosowanie jej przepisów wyłącznie do podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Warunkiem koniecznym do uruchomienia procedur i zastosowania instrumentów określonych w ustawie jest zatem, aby działania przedsiębiorców – którym zarzucono naruszenie jej

¹ Znajdująca się w aktach sprawy umowa zawarta z P.P.H.U. Artus również posiada datę 3.01.2012 r., a nie 1 marca 1012 r., jak podaje Spółka Marti Solanes w odpowiedzi z dnia 5 lipca 2012 r.

przepisów – stanowiły potencjalne zagrożenie interesu publicznego, nie zaś jednostki lub grupy. Takie stanowisko konsekwentnie prezentuje SOKIK. W wyroku z dnia 27.06.2001r. (sygn. akt XVII Ama 92/00) Sąd stwierdził, że *„Interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien on być ustalony i konkretyzowany co do swych wymagań. Organ administracji – Prezes Urzędu winien być w toku postępowania i przy wydawaniu decyzji rzecznikiem tego interesu, albowiem wynika to z jego zadań w strukturze administracji publicznej – art. 7 k.p.a. Publiczny znaczy dotyczący ogółu, dotyczący ogółu a nie jednostki, czy też określonej grupy. A zatem podstawą do zastosowania przez Prezesa Urzędu przepisów ustawy antymonopolowej winno być uprzednie stwierdzenie, że został naruszony interes publicznoprawny, a nie interes prawny jednostki czy też grupy”*. Podobnie na temat interesu publicznego SOKIK wypowiedział w wielu innych wyrokach, np. z dnia 30.05.2001 r. (sygn. akt XVII Ama 80/00), z dnia 4.07.2001 r. (sygn. akt XVII Ama 108/00), z dnia 6.06.2001 r. (sygn. akt XVII Ama 78/00). Należy dodać także, iż Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 26.02.2004r. (sygn. akt III SK 2/04) stwierdził, że *„naruszenie indywidualnego interesu nie wyklucza dopuszczalności równoczesnego uznania, że dochodzi do naruszenia publicznego zbiorowego interesu, jeżeli indywidualne pogwałcenie przepisów ustawy mogłoby w jakikolwiek sposób prowadzić do ustanowienia lub utrwalenia monopolistycznych praktyk rynkowych, które wywołują skutki na terytorium RP”*.

Z kolei w wyroku z dnia 5 czerwca 2008 r. (sygn. akt III SK 40/07) Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że *„ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów chroni istnienie mechanizmu konkurencji, jako optymalnego sposobu podziału dóbr w społecznej gospodarce rynkowej, zatem każde działanie wymierzone w ten mechanizm, godzi w interes publiczny”*.

Abstrahując od okoliczności faktycznych niniejszej sprawy, przyjąć można, że zachowania Spółki Marti Salanes mogą naruszać interes publiczny i godzić w mechanizm konkurencji. Potencjalnie mogą one wywierać skutki na rynek świadczenia usług telekomunikacyjnych oraz na konsumentów, którymi są osoby nabywające mieszkania od Marti Salanes.

Spółka Marti Salanes Development jako strona postępowania antymonopolowego.

Zgodnie z art. 88 ust. 1 ustawy antymonopolowej stroną postępowania jest każdy, wobec kogo zostało wszczęte postępowanie w sprawie praktyk ograniczających konkurencję. Zakazy przewidziane w tej ustawie odnoszą się wyłącznie do działań podejmowanych przez przedsiębiorców lub ich związki.

Stosownie do treści art. 4 pkt 1 ustawy antymonopolowej pod pojęciem przedsiębiorcy rozumie się m. in. przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej.

Spółka Marti Salanes wpisana została do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, a zatem posiada przymiot przedsiębiorcy i może być stroną postępowania antymonopolowego.

Rynek właściwy i pozycja rynkowa Spółki Marti Solanes.

Art. 9 ust. 1 ustawy antymonopolowej wprowadza bezwzględny zakaz nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym.

Zgodnie z art. 4 pkt 9 ustawy antymonopolowej przez „rynek właściwy” rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze

względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.

Przez pozycję dominującą – zgodnie z treścią art. 4 pkt 10 ww. ustawy – 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 %.

Deweloper realizujący inwestycję mieszkaniową, jakim jest Spółka Marti Solanes, może udostępniać teren tej inwestycji innym przedsiębiorcom, którzy występując o zgodę dewelopera, będą na terenie ograniczonym zasięgiem tej inwestycji prowadzić działalność gospodarczą polegającą na świadczeniu usług telekomunikacyjnych przyszłym mieszkańcom.

Wszczynając postępowanie antymonopolowe, organ antymonopolowy przyjął, że Marti Solanes posiada pozycję dominującą na lokalnym rynku udostępniania nieruchomości przy ul. Szwai w Krakowie, w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych. Uznano bowiem, że każdy przedsiębiorca zamierzający świadczyć usługi telekomunikacyjne na rzecz mieszkańców tego budynku, może przystąpić do budowy sieci telekomunikacyjnej dopiero po uzyskaniu zgody Spółki Marti Solanes.

W ocenie organu antymonopolowego, pomimo że usługi telekomunikacyjne na rzecz mieszkańców budynku przy ul. Szwai- jak podnosi strona - mogą być świadczone w przyszłości także w oparciu o zgodę przyszłej wspólnoty mieszkaniowej tego budynku i przy wykorzystaniu urządzeń telekomunikacyjnych działających już tam dwóch innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych (P.P.H.U. Artus w Krakowie i UPC Polska w Warszawie), którzy w dniu 3.01.2012 r. zawarli z deweloperem odpowiednie umowy, to jednak na etapie realizacji tej inwestycji mieszkaniowej Spółka Marti Solanes jest tym podmiotem, od którego zgody uzależniona jest budowa urządzeń telekomunikacyjnych przez operatora.

Analiza przepisów obowiązujących na rynku usług telekomunikacyjnych, w szczególności ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (Dz. U. Nr 106, poz. 675) - dalej: „ustawa o wspieraniu” prowadzi do wniosku iż w takich, jak ten, wypadkach, istnieją dwie grupy podmiotów zobowiązanych do udostępnienia swojej własności operatorom telekomunikacyjnym. Z jednej strony są nimi właściciele, użytkownicy lub zarządcy nieruchomości. Z drugiej są to właściciele istniejącej już kanalizacji kablowej usytuowanej na terenie nieruchomości.

I tak, stosownie do art. 33 ust. 1 ustawy o wspieraniu „**Właściciel, użytkownik wieczysty nieruchomości lub zarządca nieruchomości** są obowiązani umożliwić operatorom, podmiotom, o których mowa w art.4, pkt 1,2,4,5 i 8 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne, oraz jednostkom samorządu terytorialnego wykonującym działalność, o której mowa w art. 3 ust. 1, umieszczenie na nieruchomości obiektów i urządzeń infrastruktury telekomunikacyjnej, w szczególności instalowanie urządzeń telekomunikacyjnych, przeprowadzanie linii kablowych pod nieruchomością, na niej lub nad nią, umieszczanie tabliczek informacyjnych o urządzeniach, a także ich eksploatację i konserwację, jeżeli nie uniemożliwia to racjonalnego korzystania z nieruchomości, w szczególności nie prowadzi do istotnego zmniejszenia wartości nieruchomości”. Stosownie do art. 33, ust. 3 ustawy „Warunki korzystania z nieruchomości ustala się w umowie, która jest zawierana na piśmie w terminie 30 dni od dnia wystąpienia przez operatora z wnioskiem o jej zawarcie”.

Stosownie natomiast do art. 30 ustawy:

- ust.2. **Właściciel istniejącej kanalizacji kablowej usytuowanej na nieruchomości lub w budynku** jest obowiązany udostępnić tę kanalizację przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu, który nie ma możliwości korzystania z innej istniejącej kanalizacji kablowej, w celu zapewnienia telekomunikacji.
- ust.3. Jeżeli nie ma możliwości doprowadzenia kolejnego kabla telekomunikacyjnego do budynku lub umieszczenia tego kabla w istniejącej kanalizacji kablowej, właściciel kabla telekomunikacyjnego doprowadzonego do tego budynku lub rozprowadzonego w tym budynku jest obowiązany udostępnić przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu całość lub część tego kabla, w tym w szczególności włókno światłowodowe.
- ust.4. Warunki dostępu, o którym mowa w ust. 1-3, określa umowa zawarta między przedsiębiorcą telekomunikacyjnym a odpowiednio właścicielem, użytkownikiem wieczystym lub zarządcą nieruchomości, właścicielem istniejącej kanalizacji kablowej lub właścicielem kabla doprowadzonego do budynku lub rozprowadzonego w budynku.
- ust.5. Do dostępu, o którym mowa w ust. 1-3, stosuje się odpowiednio przepisy art. 19-24, z tym że termin zawarcia umowy dostępu wynosi 30 dni od dnia wystąpienia przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego z wnioskiem o jej zawarcie.

W świetle powyższych regulacji, przedsiębiorca telekomunikacyjny, którego celem jest świadczenie usług telekomunikacyjnych na terenie kolejnej nieruchomości mieszkaniowej, przysługują ustawowe roszczenia tak wobec przedsiębiorcy, który realizuje tę inwestycję, jak i podmiotów, które posiadają już na jej terenie własne urządzenia telekomunikacyjne.

W niniejszym wypadku Spółka T-MONT zdecydowała się na wybudowanie własnych urządzeń i o zgodę zwróciła się do dewelopera - Spółki Marti Solanes, która w tym momencie posiadała władzę rynkową umożliwiającą zapobieganie konkurencji na rynku usług telekomunikacyjnych.

Ostatecznie zatem Spółka Marti Solanes, w niniejszym postępowaniu, prowadzonym na etapie poprzedzającym zakończenie inwestycji, posiada pozycję dominującą na lokalnym rynku udostępniania nieruchomości przy ul. Szwai w Krakowie, w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych.

Ocena zachowań Spółka Marti Solanes pod kątem naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy antymonopolowej stanowi, iż zakazany nadużyciem pozycji dominującej na rynku właściwym jest działanie przedsiębiorcy polegające na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Powyższa praktyka ma przede wszystkim charakter antykonkurencyjny, a dobrem chronionym na podstawie ww. przepisu jest konkurencja jako taka. Istotą tej praktyki jest takie zachowanie dominanta, które zapobiega ukształtowaniu się na rynku sytuacji pozwalającej na wejście na ten rynek nowych podmiotów lub umożliwiającej ekonomicznie uzasadnione funkcjonowanie i rozwój pozostałych uczestników rynku.

Dla stwierdzenia stosowania tej praktyki, niezbędne jest spełnienie łącznie dwóch, wynikających z ww. przepisu przesłanek, a mianowicie:

- zajmowanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej na danym rynku właściwym,
- nadużywanie tej pozycji poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

W poprzedniej części wykazano, że Spółka Marti Solanes posiada pozycję dominującą na lokalnym rynku udostępniania nieruchomości przy ul. Szwai w Krakowie, w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych.

Jeżeli zaś chodzi o czynności przeciwdziałające ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, o których mowa w art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy, literatura i orzecznictwo udzielają następujących wskazówek:

- Praktyka z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy może wprawdzie „wywierać i zwykle wywiera negatywne skutki dla innych uczestników rynku, pozbawionych - przez dominanta rynkowego - możliwości uczestnictwa o obrocie w zakresie i na warunkach, jakie byłyby dla nich dostępne, gdyby praktyka ta nie była stosowana, (...) jednak skutki te (dla innych uczestników rynku - przyp. UOKiK) nie mieszczą się w hipotezie tego przepisu; zatem w celu udowodnienia tej praktyki wymagane jest przeprowadzenie dowodu jedynie co do skutków praktyki dla konkurencji”. Podkreśla się również, iż „przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji polegać może zarówno na działaniu lub zaniechaniu. Oba rodzaje zachowań w równym stopniu, w zależności od okoliczności, mogą wywierać negatywny wpływ na konkurencję. Obowiązek niestwarzania barier dla rozwoju konkurencji ciąży nie tylko na organach państwa, ale również na przedsiębiorcach dominujących na rynku, których pozycja rynkowa pozwala im na negatywne oddziaływanie na strukturę rynku i warunki funkcjonowania jego uczestników”²

- Praktyka zakazana na mocy art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy antymonopolowej została sformułowana w sposób bardzo ogólny. Przepis ten można uznać za zawierający swego rodzaju klauzulę ogólną, zakazującą stosowania przez dominanta praktyk godzących w stan aktualnej lub potencjalnej konkurencji. Określony w powoływanym przepisie zakaz nakłada na przedsiębiorców obowiązek takiego działania, by nie stwarzało to innym przedsiębiorcom barier ograniczających ich możliwość skutecznego konkurowania w warunkach gospodarki rynkowej. Przedmiotowa praktyka ma więc charakter antykonkurencyjny i dotyczy sytuacji, w której przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą na rynku negatywnie oddziałuje na stan konkurencji na rynku. (...). **Utrudnianie powstania bądź rozwoju konkurencji wskutek działań dominanta dotyczy przy tym zarówno konkurencji na rynku zdominowanym, jak i konkurencji na rynkach trzecich**³ (podr. UOKiK)

W niniejszej sprawie rynkiem trzecim, o którym mowa wyżej, jest rynek usług telekomunikacyjnych, na którym działa m.in. Spółka T-MONT.

Rozważając istotę praktyki zarzucanej Spółce Marti Solanes należy dostrzec, że sama odmowa kontraktowania przez dominanta z przedsiębiorcami, uniemożliwiająca lub utrudniająca im wejście na rynek trzeci, 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 również obejmuje swobodę w doborze kontrahentów* (Konrad Kohutek,

² Elżbieta Modzelewska -Wąchał, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów - Komentarz, Twigger Warszawa 2002 - str. 113 - 114.

³ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 11 grudnia 2000 r. (sygn. akt XVII Ama 45/00).

Małgorzata Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz, wyd. Lex, Warszawa 2008, strona 389 – 390).

W ocenie organu antymonopolowego, w niniejszej sprawie zachowania Spółki Marti Solanes nie wyczerpują przesłanek z art. 9 ust. 2 pkt.5 ustawy antymonopolowej i nie stanowiły nadużycia posiadanej pozycji dominującej na rynku właściwym poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na rynku usług telekomunikacyjnych.

Spółka Marti Solanes jest deweloperem-inwestorem, którego celem jest wybudowanie budynku i sprzedaż mieszkań, przy równoczesnym dopełnieniu obowiązków wynikających z przepisów budowlanych, w tym wyposażenie budynku mieszkalnego wielorodzinnego w instalację telekomunikacyjną, jak stanowi § 56 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. nr75 poz. 690 ze zm.),

Za istotną należy uznać argumentację Spółki Marti-Solanes odnoszącą się do niepodjęcia współpracy z T-MONT i niezawarcia umowy w sprawie udostępnienia nieruchomości przy ul. Szwai, tak w oparciu o potraktowaną jako spam ofertę wysłaną pocztą elektroniczną w sierpniu 2011 r, jak i w oparciu o ofertę T-MONT ze stycznia 2012 r (oznaczoną błędnie datą 2.01.2011 r) i doręczoną Spółce w dniu 5 stycznia 2012 r.

Należy uwzględnić, że Spółka Marti-Solanes znacznie wcześniej, tj. od marca 2011 r. prowadziła negocjacje z dwoma innymi operatorami telekomunikacyjnymi (UPC Polska sp. z o. o. i P.P.H.U. Artus), z którymi zawarła umowy już w dniu 3.01.2012 r. Równocześnie, także w marcu 2011 r., dysponowała już oświadczeniem autora projektu inwestycji przy ul. Szwai, który w ramach nadzoru autorskiego, stwierdził, iż limit liczby operatorów sieci teleinformatycznej, ze względu na liczne inne instalacje, ograniczony został do dwóch.

W tej sytuacji przyjęć należy, że deweloper podjął, w odpowiednim czasie, gospodarczo uzasadnioną decyzję o podjęciu negocjacji tylko z dwoma przedsiębiorcami telekomunikacyjnym, zaś oferty T-MONT, tak z sierpnia 2011 r., jak i ze stycznia 2012 r. były spóźnione.

Odrzucenie lub brak reakcji na te oferty nie było także ze strony Marti-Solanes przejawem dyskryminowania T-MONT lecz naturalnym następstwem działań wcześniej podjętych i ograniczeń do tego czasu zaistniałych.

Uwzględnienia także wymaga i ta okoliczność, że Spółka Marti-Solanes realizuje inwestycje mieszkaniowe ze środków prywatnych i nie ciąży na niej obowiązek przeprowadzania przetargów w zakresie wykonawców poszczególnych instalacji realizowanych w budynku.

Aby spełnić ten obowiązek może dokonać wyboru wykonawcy instalacji telekomunikacyjnej samodzielnie wyłącznie w oparciu o racjonalne przesłanki podyktowane procesem inwestycyjnym.

Stosownie do treści art. 83 ustawy antymonopolowej do postępowania przed Prezesem UOKiK - w sprawach nieuregulowanych w tej ustawie, stosuje się przepisy k.p.a.

Zgodnie z art. 105 k.p.a., jeżeli postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania. W świetle stanowiska doktryny 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 jej 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 administracji. (vide: B. Adamiak, J. Borkowski, „Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz” C.H. BECK 1996, str. 462).

W przedmiotowej sprawie przesłanka umorzenia postępowania zaistniała dopiero po wszczęciu postępowania antymonopolowego. Wcześniej, tj. w toku postępowania wyjaśniającego Spółka Marti Solanes pomijała w swoich wyjaśnieniach fakt nie przyjęcia oferty T-MONT. Dopiero po wszczęciu postępowania antymonopolowego strona przedłożyła obszerne wyjaśnienie.

Organ antymonopolowy uznał te wyjaśnienia za dające podstawę do uwolnienia Spółki Marti Solanes od zarzutu nadużycia pozycji dominującej, w sposób określony w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego nr RKR-158/2012, z dnia 15 czerwca 2012 r.

Podstawą takiego rozstrzygnięcia jest brak po stronie Spółki Marti Solanes zachowań wymierzonych w ograniczenie rozwoju konkurencji na lokalnym rynku usług telekomunikacyjnych.

Mając na uwadze ustalenia postępowania antymonopolowego oraz fakt, że ustawa antymonopolowa nie zawiera przepisów, które należałoby zastosować w powyższych okolicznościach (w sprawie nie wystąpiły przesłanki, które nakazywałyby umorzenie postępowania w trybie art. 75 ustawy), orzeczono, jak sentencji niniejszej decyzji.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. 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 w Krakowie, 31-011 Kraków, Pl. Szczepański 5.

z up. Prezesa Urzędu
Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Leszek Piekarz
Dyrektor Delegatury

Otrzymują:

1. radca prawny Dorota Barta
Barta Świeczek Kancelaria Radców Prawnych Spółka Partnerska
ul. Feldmana 4/4, 31-130 Kraków

2. RKR a/a