

PREZES
URZĘDU OCHRONY KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA URZĘDU OCHRONY KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
W LUBLINIE

20-074 Lublin, ul. Spokojna 9a
Tel. (0-81) 532-35-31, 532-54-48, Tel/Fax (0-81) 532-08-26
E-mail: lublin@uokik.gov.pl

Lublin, dnia 13 grudnia 2002 roku

RLU – 50S-10/144/02/MW

DECYZJA RLU - 24/02/MW

Stosownie do treści art. 28 ust. 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. nr 122 poz. 1319 z późn. zm.) oraz § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. nr18 poz. 172) , po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego na wniosek Gminy Mełgiew, działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów :

na podstawie art. 11 ust.1 wymienionej na wstępie ustawy – nie stwierdza się stosowania przez „Netia Telcom”. S.A. w Warszawie. praktyk ograniczających konkurencję , o których mowa w art. 8 ust. 1 i 2 pkt 6 , polegających na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku usług telekomunikacyjnych o charakterze powszechnym na terenie Gminy Mełgiew, poprzez narzucanie Gminie Mełgiew uciążliwego, przynoszącego „Netia Telcom” S.A. nieuzasadnione korzyści warunku umownego polegającego na braku ekwiwalentności umowy telefonizacji gminy oraz bezpłatnym przejęciu przez „N” wybudowanej kosztem Gminy sieci telefonicznej .

UZASADNIENIE

Do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wpłynął wniosek Gminy Mełgiew(zwanej dalej „ Gminą”) o wszczęcie postępowania antymonopolowego przeciwko „Netia Telcom” S.A. w Warszawie (zwanej dalej Netią) i o stwierdzenie stosowania praktyk na podstawie art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym z dnia 1 kwietnia 1990 r. jak również o zakazanie ich stosowania . Wnioskodawca żądał ponadto we wniosku określenia warunków zaniechania stosowania praktyk monopolistycznych przez „Netia Telcom” .S.A. , poprzez nakazanie rozliczenia się z inwestycji przekazanych nieodpłatnie przez Gminę Mełgiew i zwrot Gminie kwoty 665 660, 94 zł , jak również nakazanie Netia Telcom uiszczenia odsetek

z tytułu utraty możliwości korzystania ze środków finansowych i zrekompensowania pożytków jakie wynikają z prowadzenia działalności gospodarczej z majątku sfinansowanego przez gminę.

W uzasadnieniu wnioskodawca podał , że Gmina Mełgiew na podstawie umowy zawartej z Lubelskim Telekom Sp. z o.o. w Świdniku z dnia 16 września 1994 r. oraz umów z dnia 22 lipca 1998 r. oraz z dnia 2 czerwca 1999r . prowadzi inwestycje telekomunikacyjne na terenie Gminy . W oparciu o w/w umowy „Netia Telcom” zobowiązała Gminę do poniesienia nakładów finansowych na budowę sieci telekomunikacyjnej oraz zobowiązała do nieodpłatnego przekazania na jej rzecz wszystkich wykonanych instalacji .

W opinii Gminy „Netia Telcom” stosuje praktyki monopolistyczne, ponieważ jednostronnie narzuciła Gminie powyższe warunki umowy. Tym sposobem „Netia Telcom” wykorzystwała swoją przewagę kontraktową , gdyż Gmina nie podpisałaby uciążliwej dla niej umowy w szczególności dotyczącej nieodpłatnego przekazania Netia Telcom inwestycji , które częściowo sfinansowała gmina . W wyniku tych umów Gmina przekazała dotychczas Netia Telcom instalację telefoniczną na obszarze m. K , P. , na którą poniosła nakłady w wysokości 94 954, 96 zł oraz poniosła nakłady na instalację telefoniczną na obszarze wsi N. , K. i M. w kwocie 570 705, 98 zł .

Na spotkaniu Netia Telcom z Zarządem Gminy M., „Netia Telcom” zobowiązała się do zwrotu Gminie przekazanych jej świadczeń po rozliczeniu nakładów Netia Telcom. na budowę sieci , jednakże jak dotychczas nie wywiązała się ze swoich zobowiązań . W opinii Gminy, „Netia Telcom” uzyskała w ten sposób nieuzasadnione korzyści .

Organ antymonopolowy wszczął postępowanie administracyjne w dniu 22 lipca 2002 r. o stosowanie przez „Netia Telcom” S.A. w Warszawie (będącego następcą prawnym Lubelskiego Netia Telcom. Sp.z o.o. w Świdniku), praktyk polegających na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku usług telekomunikacyjnych określonych w art.8 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów .

W odpowiedzi na wszczęcie postępowania „Netia Telcom” S. A. wniosła o niestwierdzenie stosowania praktyki ograniczającej konkurencję .

W wyjaśnieniach złożonych w toku postępowania „N” podniosła następujące kwestie :

1. W opinii Netia Telcom do zagadnień proceduralnych niniejszego postępowania będą miały zastosowanie przepisy aktualnie obowiązującej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (...). Dlatego żądanie Netia Telcom odpowiada treści art. 11 ust. 1 w/w ustawy . Natomiast stwierdzenie istnienia lub nieistnienia ewentualnych naruszeń powinno być rozpatrywane w oparciu o przepisy obowiązujące w momencie , gdy badane zdarzenia miały miejsce. Z racji , że przedmiotowe umowy były zawierane i zasadniczo wykonywane pod rządami poprzedniej regulacji ustawowej tj. ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym

i ochronie interesów konsumentów z 1990 r. przesłanki materialne z tej ustawy mają zastosowanie do niniejszego postępowania .

Odnosnie argumentacji Netia Telcom w zakresie żądania przez nią niestwierdzenia stosowania praktyki :

1. Wniosek Gminy Mełgiew jest całkowicie bezzasadny, ponieważ z okoliczności sprawy wynika, że nie spełnione zostały przesłanki , które muszą być spełnione kumulatywnie , aby zarzucana Netii Telcom praktyka miała miejsce . Po pierwsze, „Netia Telcom” nie ma pozycji dominującej na rynku. Pozycja dominująca oznacza pozycję przedsiębiorcy , polegającą na tym , że przedsiębiorca ten nie spotyka się z istotną konkurencją na rynku krajowym lub lokalnym . Tymczasem , w owym czasie , jak i aktualnie wiadomym jest – wg stanowiska Netia Telcom , że TP S.A. posiada w zakresie świadczeń telekomunikacyjnych monopolistyczną pozycję na rynku , a więc nie można stwierdzić , że „Netia Telcom” nie spotykała się i nie spotyka się z konkurencją na rynku .
2. Ponieważ „Netia Telcom” nie posiadała i nie posiada pozycji dominującej na rynku , nie mogła i nie może nadużywać tej pozycji , poprzez narzucanie warunków umowy. W opinii Netia Telcom wszystkie umowy z Gminą zawarte były na zasadzie negocjacji w oparciu o zasadę swobody umów .
3. W zakresie finansowania kosztów inwestycji, Gmina z uwagi na możliwe oszczędności z racji swojego usytuowania, była obowiązana dokonać wszelkich prac inwestycyjnych, natomiast „Netia Telcom” była odpowiedzialna za te elementy , które są związane z szeroko pojętą telekomunikacją a także, poprzez udział finansowy określony jako zryczałtowana zapłata za każdego abonenta podłączonego do wybudowanej sieci . Taki podział kosztów miał jako główny cel racjonalizację kosztów .
4. „Netia Telcom” zaprzecza jakoby przekazanie jej sieci i urządzeń telekomunikacyjnych przez Gminę miało charakter nieodpłatny , jakkolwiek potwierdza , że przedmiotowe umowy posługują się takimi pojęciami . Nie można mówić o nieodpłatności przekazania skoro „Netia Telcom” partycypowała finansowo w całości inwestycji w zakresie uzgodnionym w umowach.
5. „Netia Telcom” zaprzecza jakoby uzyskała w wyniku telefonizacji Gminy Mełgiew jakiegokolwiek nieuzasadnione korzyści .
6. Przystępując do podpisania umowy z Gminą w zakresie inwestycji telefonizacji gminy „Netia Telcom” nie opracowała wcześniej kalkulacji opłacalności inwestycji. W założeniu inwestycja miała doprowadzić do podłączenia 1000 abonentów (zobowiązanie Gminy) , natomiast faktycznie liczba abonentów przyłączonych do sieci Netia Telcom wynosi 700. Wyliczenie kosztów realizacji robót z przeliczeniem na jedną linię sporządzono dopiero po otrzymaniu dokumentacji powykonawczej .

7. Wynika z niej , że średni koszt przedmiotowej inwestycji wyliczony na jedną linię wyniósł ponad 1 660 PLN , nie licząc kosztu budowy centrali w Świdniku i RSU w Mełgwi oraz światłowodu w relacji Świdnik– Mełgiew. Koszt ten stanowił ponad 200 % kosztów 1 linii na obszarach miasta Świdnik. . Wynika to z faktu , że mała zwartość zabudowy oraz duże oddalenie abonenta (czyli całej miejscowości od centrali (RSU) bezpośrednio wpływają na wzrost kosztów inwestycji. Dodatkowo , dla przyłączenia abonenta oddalonego ponad 100 m od tzw. przyłącza konieczne jest zastosowanie innych , dużo droższych materiałów , głównie kabli .
8. „Netia Telcom” nie zgadza się z twierdzeniem , że zakres finansowy zobowiązań N. wynikający z umów 1998 i 1999 w odniesieniu do umowy z 1994 r. uległ zmniejszeniu . Zdaniem Netia Telcom – jest wręcz odwrotnie . Udział finansowy Netia Telcom zwiększył się , bowiem umowa z 1994 r. określała jakie czynności inwestycyjne każda ze stron jest zobowiązana wykonać , natomiast późniejsze umowy dodatkowo nakładały na „Netia Telcom” obowiązek wypłaty Gminie określonych w umowach kwot .
9. „Netia Telcom” wskazuje , że wartość finansowego udziału stron w kolejnych etapach inwestycji wyglądała następująco :
- etap budowy w oparciu o umowę z dnia 16.09. 1994 r. – przy wartości inwestycji 52 000 PLN udział finansowy Gminy wyniósł szacunkowo 5 % ,
 - etap inwestycji w oparciu o umowę 25.06.1996 i 21.10. 1996 r. – udział finansowy Gminy wyniósł około 30% całości kosztów robót wraz z kablami i dokumentacją ,
 - etap budowy sieci w oparciu o umowę z 1998 r.- wpłata Netia Telcom tytułem pozyskanych abonentów – 65 983,60 zł ,
 - etap budowy w oparciu o umowę z 1999 r. – wpłata Netia Telcom tytułem pozyskanych abonentów – kwota 197000,00 zł.

Dodatkowo „Netia Telcom” wskazała , że obciążenie finansowe Netia Telcom odnośnie w/w zadania inwestycyjnego nie ograniczały się do kwot i zadań wymienionych w umowach . Podłączenie nowych abonentów do sieci powoduje konieczność rozbudowy dotychczasowej pojemności sieci , budowy lub rozbudowy central i innych urządzeń. W przedmiotowej sprawie „Netia Telcom” poniosła dodatkowe koszty związane z budową i rozbudową obiektów dedykowanych do obsługi abonentów całej sieci. Decyzja o budowie centrali RSU O4 w M. była podjęta na podstawie deklaracji gminy o docelowym podłączeniu 1000 abonentów . Koszt budowy tego obiektu w całości sfinansowanego przez „Netia Telcom” wyniósł 300 486, 87 PLN. Podłączenie nowych abonentów wymagało zwiększenia pojemności centrali , do której byli podłączeni (Host Ś.) , zwiększenia

parametrów punktów styku z innymi operatorami , a tym samym opłat za te punkty.

- 10 Zakres obowiązków Netia Telcom z tytułu świadczenia usług telekomunikacyjnych abonentom Gminy Mełgiew nie ogranicza się tylko i wyłącznie do obowiązków bezpośrednio związanych ze świadczeniem takich usług tj. - obowiązkiem utrzymania infrastruktury telekomunikacyjnej, kosztów przesyłu sygnałów, rozliczeń międzyoperatorskich , druku i wysyłania rachunków. Dochodzą również obowiązki pośrednio związane ze świadczeniem tego typu usług , a mianowicie koszt pozyskiwania kapitału na rynku, obsługa prawna, marketing. „Netia Telcom” załączyła zestawienie danych obejmujące koszt utrzymania sieci w Gminie Mełgiew.
10. „Netia Telcom” podnosi , że zakres jej zobowiązań finansowych odnośnie inwestycji określonych umową z 1998 i 1999r. był w momencie zawierania umowy bardziej korzystny niż faktycznie , gdyż rzeczywisty koszt inwestycji z powodu niegospodarności gminy znacznie przekroczył koszty szacunkowe .

W związku z powyższym – zdaniem Netia Telcom , przedstawione Netia Telcom zarzuty są całkowicie bezpodstawne .

Organ antymonopolowy ustalił następujący stan faktyczny :

„Netia Telcom” .S.A. w Warszawie jest następcą prawnym Lubelskiego Telecom Sp z o.o. w Świdniku. (karta 45) tj. operatora prowadzącego działalność w oparciu o koncesję Ministra Łączności na świadczenie usług telekomunikacyjnych r. na obszarze miasta i gminy Świdnik, rozszerzoną następnie na teren Gminy Mełgiew–oraz dzielnicę Felin w Lublinie - karta 7 i 82-84 .

Gmina Mełgiew zakładając w planach rozwój sieci telekomunikacyjnej na terenie swojej gminy zwróciła się do Telekomunikacji Polskiej S.A. – operatora obsługującego 150 abonentów (na 7500 mieszkańców Gminy Mełgiew) o zwiększenie ilości telefonów na terenie Gminy . Telekomunikacja Polska S.A. pismem z dnia 31.08.1994 r. odpowiedziała , że nie planuje aktualnie działalności inwestycyjnej na w/w terenie - karta 67 .

W tej sytuacji Gmina zwróciła się do Lubelskiego Telecom. Sp. z o.o. o przeprowadzenie telefonizacji Gminy . Inwestycja traktowana przez strony jako całość realizowana była na podstawie umów dotyczących poszczególnych jej etapów podpisanych w latach 1994 – 1999. Umowy te w odmienny sposób rozkładały wzajemny ciężar zobowiązań finansowych i rzeczowych stron .

Ustalając wartości szacunkowe kolejnych etapów inwestycyjnych oraz udział finansowy stron organ antymonopolowy wzięł pod uwagę

dokumenty (umowy między stronami) lub przyjmował za ustalone dane podane w wyjaśnieniach Netia Telcom lub Gminy , o ile druga strona nie zaprzeczyła im wprost lub nie podała innych wartości. Realizację inwestycji rozpoczęła ramowa umowa z dnia 16 września 1994 r. , którą Gmina Melgiew zawarła z Lubelskim Telecom. Sp z o.o. (którego następcą prawnym jest „Netia Telcom” .S.A. w Warszawie). Była to umowa w sprawie wspólnego przedsięwzięcia inwestycyjnego w zakresie budowy i eksploatacji sieci telekomunikacyjnej na obszarze Gminy M..

Zgodnie z art.2 w/w umowy „N” przyjęła na siebie następujące zobowiązania:

- opracowanie harmonogramu działań realizacji inwestycji;
- zabezpieczenie środków finansowych umożliwiających realizację inwestycji w zakresie kosztów nie wchodzących w zobowiązania finansowe gminy ,
- analizę i ocenę techniczno ekonomiczną złożonych ofert na budowę sieci telekomunikacyjnej spółki i podpisanie kontraktu z dostawcami sprzętu telekomunikacyjnego i wykonawcami robót , obejmującymi również zakres zobowiązań realizacyjno – finansowych Gminy,
- nadzór inwestorski podczas realizacji budowy(obmiar robót , sprawdzanie kosztorysów i faktur powykonawczych , organizacja komisji odbioru robót , weryfikacja dokumentacji technicznej i wykonawczej , rozliczenie wykonawcy wraz z przejęciem od niego wykonanej sieci),
- operowanie wybudowaną siecią,
- ustalenie warunków i podpisanie porozumienia z Telekomunikacją Polską S.A. odnośnie włączenia sieci telekomunikacyjnej Spółki w tym sieci wybudowanej na terenie gminy M. do sieci ogólnopństwowej oraz warunków rozliczenia pomiędzy operatorami ,
- sfinansowanie i dostarczenie materiałów,
- dostarczenie centrali i zapewnienie dołączenia jej do sieci publicznej - karta 7-8 .

Gmina M. natomiast zobowiązała się do współdziałania finansowego , wykonawczego i organizacyjnego realizacji inwestycji oraz do :

- zabezpieczenia wszelkich niezbędnych dla celów projektowych danych statystycznych , map , planów i innych dokumentów dotyczących infrastruktury,
- zapewnienia obsługi geodezyjnej całej inwestycji wraz z inwentaryzacją powykonawczą włącznie ,
- zapewnienia obsługi organizacyjno-prawnej ,
- wykonania wszystkich robót ziemnych związanych z realizacją inwestycji,
- ułożenia pod nadzorem technicznym spółki kanalizacji telefonicznej i kabli doziemnych – karta 8-9.

Na tym etapie inwestycji „Netia Telcom” działając jako inwestor wybudowała łącznie z centralą na własny koszt sieć w miejscowościach F.w , Kolonia F , J. i częściowo kolonia M. , M., T., K., P. łącznie z

położeniem światłowodu. Sieć ta wykorzystywała częściowo już istniejącą część infrastruktury telekomunikacyjnej miasta Świdnika. Telefonizacja na tych obszarach związana była z możliwością szybkiej i ekonomicznej realizacji podłączeń gospodarstw leżących w bliskim sąsiedztwie światłowodu.

Udział finansowy Gminy Mełgiew na tym etapie inwestycji wyniósł około 5 % wartości inwestycji określonej na kwotę 52 000 zł -karta 93.

Drugi etap telefonizacji gminy Mełgiew to budowa sieci na terenie miejscowości Mełgiew I i Mełgiew II. Zasady współpracy i finansowania inwestycji określała umowa z dnia 25.06. 1996 r. Przewidywano, że inwestycja obejmie budowę 280 linii i przyłączenie 170 abonentów. Oszacowano, że wartość kosztorysowa inwestycji wyniesie 335 000 zł. Udział finansowy ze środków budżetowych Gminy Mełgiew miał wynieść 75 000zł, kwotę 102 000 zł stanowiły wkłady przyszłych abonentów sieci wnoszonych w postaci opłaty instalacyjnej w wysokości 600 zł za linię, zaś „N” zobowiązała się do udziału finansowego w kwocie 75 000 zł. Pozostała kwota niezbędna do sfinansowania inwestycji tj. 83 000 zł miała być pokryta ze środków pochodzących z Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie. Zapis § 7 umowy stanowił, że Gmina po zakończeniu inwestycji przekaże Netia Telcom wszystkie wykonane instalacje, z czym wiąże się określony w § 8 obowiązek ponoszenia kosztów przez „Netia Telcom” jej eksploatacji i utrzymania. – karty 93, 99-100.

Ostatecznie wartość dotacji do tej inwestycji z ARiMR wyniosła 65629,00 zł –karta 93, co między innymi skutkowało zwiększeniem kosztów inwestycji i w wyniku czego inwestycja została wstrzymana.

Umowa z dnia 21.10.1996 r. określała warunki ukończenia inwestycji. Dotyczyło to gospodarstw w T., K I i P. – razem 66 gospodarstw oddalonych od trasy kabla światłowodowego. Obsługa inwestycyjna należała do Netia Telcom, zaś wkład Gminy wyniósł 30 000 zł co stanowiło 30 % całości kosztów robót wykonanych prac wraz z kablami i dokumentacją - karta 93.

W dniu 22.07. 1998 r. strony podpisały kolejną umowę – karta 48-51 ustalając zasady współpracy w zakresie realizacji inwestycji w roku 1998 r. na terenie Gminy Mełgiew.

Druga umowa z tej samej daty została zawarta w sprawie realizacji inwestycji telefonicznej w obszarze miejscowości K. – P..

Umowa o współpracy określała zakres obowiązków finansowych i organizacyjnych gminy :

- wykonanie projektu technicznego i realizacja inwestycji wg warunków określonych przez operatora,
- zorganizowanie wykonawstwa inwestycji,
- prowadzenie procesu inwestycyjnego i bieżące rozliczanie finansowe robót z wykonawcą,
- obsługa geodezyjna inwestycji,

-przekazanie nieodpłatnie na majątek Operatora wykonanej inwestycji dowodem Pt.

Do obowiązków Operatora w zakresie realizacji zadania inwestycyjnego miało należeć :

1. wydanie warunków technicznych niezbędnych do projektowania i budowy sieci telefonicznej,
2. udział w komisjach przetargowych na realizację dokumentacji , obsługę geodezyjną oraz wykonawstwo ,
3. nadzór nad prowadzonymi robotami,
4. udział w finansowaniu inwestycji na zasadach :
 - operator pokryje część kosztów inwestycji w wysokości 600 zł za każdego abonenta indywidualnego , przyłączonego do sieci telekomunikacyjnej;
 - operator pokryje część kosztów inwestycji w wysokości 1 600 zł powiększonej o wysokość opłaty przyłączeniowej netto , dla każdego abonenta biznesowego , przyłączonego do jego sieci telekomunikacyjnej lub zrealizowanego zgodnie z § 7 ust. 3 umowy (w przypadku doprowadzenia linii telefonicznej do nieruchomości nie zamieszkałej przez abonenta – przyp .UOKiK) ,
 - operator pokryje część kosztów inwestycji w wysokości 1600 zł za każdego abonenta biznesowego , przyłączonego do jego sieci telekomunikacyjnej , będącego wcześniej abonentem Telekomunikacji Polskiej S.A.
 - operator pokryje całość kosztów zwiększonej przez niego rezerwy wolnych linii telefonicznych , ponad przewidziane normami .

Zapis § 9 i 10 stanowił , że Gmina po zakończeniu inwestycji przekaże nieodpłatnie na rzecz operatora wszystkie wykonane instalacje , które Operator przejmie na własność i od tego momentu ponosił będzie wszelkie koszty związane z jej utrzymaniem w sprawności technicznej oraz będzie świadczył pełny zakres usług , wynikający z przyznanego mu zezwolenia .

Umowa z dnia 22.07.1998 r.- karta 4-6 dotyczyła realizacji inwestycji telefonicznej w obszarze miejscowości K. – P. o wartości szacunkowej 140 000,00 zł. Strony ustaliły , że zakres zobowiązań finansowych operatora dotyczący tej inwestycji będzie taki, jak określony w umowie o współpracy z tej samej daty na podstawie ilości abonentów z którymi do dnia 30 dni od daty odbioru końcowego kolejnego etapu inwestycyjnego dokonanego przez Operatora zawarta zostanie umowa .

Pozostałą część kosztów inwestycji pokryje Gmina ze środków własnych, w tym wszystkich kosztów robót dodatkowych .

Powtórzono w § 6 zapis umowy o współpracy, że po zakończeniu inwestycji Gmina przekaże nieodpłatnie na rzecz Operatora wszystkie wykonane instalacje. Na tym etapie planowano podłączyć 62 abonentów. Ostateczny koszt inwestycji w miejscowościach K. i P. wyniósł 178 438 , 26 zł – karta 66, z czego z budżetu gminy wydatkowano kwotę 94.954, 96 zł – karta 66 , „Netia Telcom” tytułem pozyskanych abonentów

zapłaciła Gminie w latach 1997 – 1998 kwotę 65 983, 60 zł – karta 78 . Sieć telekomunikacyjna w zakresie objętym inwestycją została przekazana na rzecz Netia Telcom .

Kolejny etap inwestycji regulowały dwie umowy : umowa z dnia 02.06.1999 r. dotyczyła zasad współpracy w budowie sieci telefonicznych na terenie Gminy Mełgiew w latach 1999-2000 r. – karta 52-55 ,oraz druga z tej samej daty precyzująca zakres inwestycji o wartości szacunkowej 610 000,00 zł do miejscowości K., Nowy K. i M. – karta 11-13. Umowa o współpracy ustanawiała podobny zakres zobowiązań operatora jak w poprzedniej umowie , z tym , że w § 5 precyzowała :

- operator pokryje część kosztów inwestycji w wysokości 1000 zł na każdego abonenta indywidualnego , przyłączonego do jego sieci telekomunikacyjnej ;
- operator pokryje część kosztów inwestycyjnych w wysokości 2500 zł , powiększonej o wysokość opłaty przyłączeniowej netto za każdego abonenta biznesowego , przyłączonego do jego sieci telekomunikacyjnej, lub zrealizowanego na podstawie § 7ust. 3 umowy (tj.w przypadku podłączenia sieci do nieruchomości nie zamieszkałej przez abonenta – przyp. UOKiK) ;
- operator pokryje część kosztów inwestycji w wysokości 2500 zł na każdego abonenta biznesowego , przyłączonego do sieci telekomunikacyjnej Operatora , będącego wcześniej abonentem Telekomunikacji Polskiej S.A. ;
- operator pokryje całość kosztów zwiększonej przez niego rezerwy wolnych linii telefonicznych , ponad przewidzianymi normami .

Zakres zobowiązań finansowych Gminy była taki sam jak w poprzedniej umowie .

Druga umowa precyzując zakres terytorialny inwestycji określiła zaplanowaną ilość przyłączy telefonicznych na 321 w tym 83 abonentów biznesowych .

Koszt inwestycji w zakresie telefonizacji miejscowości K . Nowy K. i M. wyniósł 898 143, 14 zł , z czego z budżetu gminy wydatkowano wg wyjaśnień Gminy kwotę 604 269, 79 zł – karta 66 lub 570 705, 98 – karta 2. „Netia Telcom” z tytułu pozyskanych abonentów przekazała gminie w latach 2000 – 2001 r. kwotę 197 000 zł –karta-78.

Wszystkie te umowy stanowią całość zobowiązań stron . Zadanie inwestycyjne w dniu wszczęcia postępowania nie zostało zakończone (do podłączenia pozostała pewna ilość abonentów) wobec tego rozliczenia pomiędzy stronami nie są ostateczne .

Ponadto organ antymonopolowy ustalił , że Gmina Mełgiew podjęła w 1998 r. decyzję o partycypacji finansowej w inwestycji telefonizacji pewnego obszaru Gminy przez Telekomunikację Polską S.A. w postaci dofinansowania Gminy do każdego abonenta w wysokości 2000 zł – Uchwała RG w M. z dnia26.02.1998 r.- karta 70.

Organ antymonopolowy zważył co następuje:

Stan faktyczny w przedmiotowej sprawie zamyka się w latach 1994 – 1999 (daty podpisania pierwszej i ostatniej umowy objętej żądaniem wniosku). W okresie tym obowiązywała ustawa z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów. Na mocy ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2000 r. Nr 122 poz. 1319 z późn. zm.) ustawa o przeciwdziałaniu (...) z dniem 1 kwietnia 2001 r. straciła moc obowiązującą . Według treści art. 113 nowej ustawy postępowania wszczęte na podstawie przepisów ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu (...) prowadzi się na podstawie przepisów ustawy o ochronie konkurencji (...). Tym bardziej więc , brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych , by postępowanie administracyjne wszczęte pod rządami nowej ustawy o ochronie konkurencji (...) prowadzić wg przepisów ustawy o przeciwdziałaniu (...) , tak w zakresie przepisów proceduralnych jak i zastosowania przesłanek materialnoprawnych .

Dlatego organ antymonopolowy nie podziela w tym zakresie stanowiska Gminy Mełgiew, która we wniosku o wszczęcie postępowania żądała stwierdzenia stosowania przez „Netia Telcom”.S.A. praktyki monopolistycznej z art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy o przeciwdziałaniu (...) , jak również stanowiska Netia Telcom , która twierdzi , że przesłanki materialnoprawne ustawy z 1990 r. mają zastosowanie do niniejszego postępowania .

Dlatego organ antymonopolowy wszczął , na podstawie upoważnienia Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów postępowanie administracyjne przeciwko „Netia Telcom” S.A. w W. na podstawie art. 8 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów , rozpatrując sprawę , zgodnie z żądaniem wnioskodawcy pod kątem naruszenia art. 8 ust. 1 i art. 8 ust. 2 pkt. 6 ustawy o ochronie (...) , który jest odpowiednikiem wskazanego przez Gminę art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy z 1990 r. .

Przedmiotem niniejszego postępowania , zgodnie z podniesionymi we wniosku zarzutami , było ustalenie , czy „Netia Telcom” wykorzystując swoją pozycję dominującą na lokalnym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych dopuściła się stosowania praktyki monopolistycznej, określonej w art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy. Dla stwierdzenia stosowania w/w praktyki konieczne jest stwierdzenie istnienia trzech przesłanek warunkujących to naruszenie :

1. stwierdzenie pozycji dominującej przedsiębiorcy na rynku relewantnym;
2. narzucenie drugiej stronie warunków umowy mających charakter uciążliwy,
3. uzyskiwanie nieuzasadnionych korzyści przez przedsiębiorcę .

Ad. 1 Rynkiem w przedmiotowej sprawie jest lokalny rynek usług telekomunikacyjnych, w tym budowa i rozbudowa sieci telekomunikacyjnej, terytorialnie ograniczony do terenu Gminy Mełgiew.

Organ antymonopolowy nie podziela stanowiska Netia Telcom, która ujmuje rynek w znaczeniu przestrzennym jako terytorium całego kraju.

Definiując rynek w ujęciu przestrzennym jako ogół stosunków wymiany oraz stosunków równoległych, zachodzących pomiędzy jego podmiotami usytuowanymi na danym obszarze¹ stwierdzić należy, że jak wynika z okoliczności sprawy rynkiem relewantnym w ujęciu przestrzennym jest obszar Gminy Mełgiew.

W 1994 r. gdy rozpoczęła się inwestycja telefonizacji Gminy Mełgiew jedynym konkurentem Netia Telcom na tym obszarze Telekomunikacja Polska S.A. obsługiwała na terenie Gminy 150 abonentów, przy czym odmówiła Gminie podjęcia się realizacji przedmiotowej inwestycji – karta 67. W tej sytuacji w 1994 r. „N” była na rynku jedynym kontrahentem, który mógł podjąć się przedmiotowej inwestycji.

W konsekwencji pozycję Netia Telcom na w/w rynku kształtuje brak konkurencji w zakresie wynikającym z przedmiotowych umów inwestycyjnych. „Netia Telcom” posiadała więc pozycję dominującą w rozumieniu art. 4 pkt. 9 ustawy o ochronie konkurencji. W stosunku do Gminy miała niewątpliwie przewagę kontraktową będąc jedynym przedsiębiorcą oferującym dane usługi na rynku.

Uwagi powyższe dotyczą sytuacji na przedmiotowym rynku w 1994 r. Jak wynika bowiem z analizy materiału dowodowego w 1998 r. Telekomunikacja Polska S.A. podjęła się telefonizacji części obszarów gminy – wsi J., J. i J.

Konsekwencją powyższego jest konieczność uwzględnienia przez organ antymonopolowy faktu pojawienia się w 1998 r. konkurencji na tak wyznaczonym rynku.

W ocenie organu antymonopolowego pojawienie się w 1998 r. Telekomunikacji Polskiej S.A. na obszarze gminy Mełgiew nie miało wpływu na zmianę pozycji Netia Telcom w rokowaniach z Gminą. Pojawienie się konkurencji na rynku zawsze wpływa na osłabienie siły przetargowej przedsiębiorcy działającego dotychczas w warunkach braku tej konkurencji. Można więc hipotetycznie założyć, że fakt pojawienia się konkurencji mógł wpłynąć na osłabienie siły rynkowej N., a więc i jej stanowiska negocjacyjnego. Udowodnienie tej hipotezy skutkowało by koniecznością wyodrębnienia rynku w ujęciu czasowym w przedmiotowej sprawie. Jednakże analiza materiału dowodowego nie potwierdza tego założenia. Jak wynika z okoliczności sprawy, umowy określające zasady współpracy pomiędzy gminą a Netia Telcom zostały już podpisane a inwestycja dawno rozpoczęta. Przeciwno tej tezie przemawia również analiza treści ostatniej umowy podpisana w 1999 r., która nie wskazuje by pozycja przetargowa Netia Telcom w stosunku do innych umów podpisanych wcześniej osłabła.

Tak więc do Netia Telcom, jako przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą na rynku w pełni odnoszą się zakazy określone w art. 8 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

¹ S.Gronowski Ustawa atymonopolowa Komentarz W. 1996 r. str. 6

Ad.2 Jednakże ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie penalizuje samego faktu posiadania lub też nie pozycji dominującej na rynku . Zakazane , zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy jest nadużywanie pozycji dominującej , w tym poprzez wykorzystywanie swojej siły rynkowej w celu narzucenia kontrahentowi uciążliwych warunków umowy- art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy . O tym , czy w konkretnym stanie faktycznym warunki umowy zostały stronie narzucone, czy też zostały dobrowolnie wynegocjowane w ramach zasady swobody umów , w granicach określonych w art. 353¹ k.c. decyduje ich ocena dokonana pod kątem zasady racjonalnego postępowania kontrahenta .

W ocenie organu antymonopolowego „Netia Telcom” nie narzuciła Gminie warunków umowy a silna pozycja przetargowa Netia Telcom w rozmowach z Gminą Mełgiew nie została nadużyta .

Ocena okoliczności sprawy oraz zapisów umowy dokonana pod kątem w/w kryterium pozwala stwierdzić, że umowy zawarte zostały zgodnie z zasadą swobody umów .

W opinii Prezesa UOKiK Gmina Mełgiew nie wynegocjowała by bardziej korzystnych warunków umowy , gdyby na rynku funkcjonował konkurent Netia Telcom. Dowodem na powyższe jest zaangażowanie finansowe gminy w realizację inwestycji przeprowadzanej w 1998 r. przez Telekomunikację Polską S.A. Gmina zobowiązała się , zgodnie z § Uchwały RG M.do dopłaty w kwocie 2000 zł do każdego nowego abonenta .

Za uciążliwy warunek umowy należy uznać każdy warunek oznaczające dla jednej ze stron umowy ciężar większy od powszechnie przyjętych w stosunkach danego rodzaju . Dla oceny istniejącego stanu faktycznego korzystne jest porównanie w tym przypadku warunków świadczenia danego typu usług w stosunku do innych kontrahentów Netti.

„Netia Telcom” jako operator lokalny uczestniczył w telefonizacji Gminy S. - Umowa 132/96 dnia 03.10. 1996 r. Zakres partycypacji finansowej stron umowy przedstawiał się następująco:

- 35 000,00 zł ze środków Gminy;
- 53 600, 00 zł ze środków przyszłych abonentów sieci telefonicznej wnoszących opłatę instalacyjną w wysokości po 800,00 od jednego abonenta ;
- 55 800,00 zł ze środków operatora .

§ 6 umowy stanowił , że wybudowana sieć przekazana zostanie na własność N. .

Analiza umowy wskazuje , że „Netia Telcom” w podobny sposób kształtowała zasady finansowania inwestycji telefonizacji terenów gminnych z innymi kontrahentami . Zakres finansowego i przedmiotowego udziału Netia Telcom w inwestycji uzależniony był od wysokości jednostkowych kosztów inwestycyjnych . Tam , gdzie jednostkowy koszt inwestycyjny był niski (Osiedle Felin w Lublinie – średni koszt na abonenta 480 zł- karta 93)

telefonizację przeprowadzono w całości z budżetu Netia Telcom . Wzrost kosztów jednostkowych inwestycji wymuszał konieczność zaangażowania środków osób prywatnych lub gminnych . Przykładowo

koszt ten przy telefonizacji przez „Netia Telcom” Gminy Mełgiew na etapie inwestycji określonej umową z 1994 r. wyniósł 846 zł – F. , 1 460 zł – J.cków, 1 970 zł – J.– – M. oraz 2 377 zł dla odcinka M.– Trzeszkowice – Krzesimów – Piotrówek . Wartość udziału finansowego Gminy Mełgiew przy realizacji tego etapu inwestycji wyniosła około 5 % wartości inwestycji. Kolejne etapy telefonizacji na terenie miejscowości Mełgiew I i II – przy średnich kosztach na abonenta (bez dotacji) w kwocie 1520 zł , określały udział finansowy gminy na kwotę 75 000,00 zł, przy założeniu udziału przyszłych abonentów , dotacji z Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w wysokości 20 % inwestycji oraz kwoty 75 000,00 ze środków Operatora .

Z drugiej strony, jak wynika z akt sprawy – karta 92, stanowisko Gminy G. odmawiające Netia Telcom w 1996 r. partycypacji w kosztach telefonizacji tej gminy , przy średniej cenie 1 linii 2500 ,00 zł doprowadziło w efekcie do zaniechania przez „Netia Telcom” inwestycji i ograniczenie jej do podłączenia zaledwie 120 abonentów (na etapie pilotażowym).

Wiadomym jest organowi antymonopolowemu , że metoda finansowania telefonizacji obszarów wiejskich , polegająca na współuczestnictwie gminy , operatora i przyszłych abonentów stosowana była i jest również przez innych operatorów , a przede wszystkim Telekomunikację Polską S.A. Konieczność zastosowania tego sposobu finansowania inwestycji wynika z przesłanek ekonomicznych, . Uwarunkowania telefonizacji gmin wiejskich (niska gęstość zaludnienia , rozproszona zabudowa) oznacza wysoki koszt przyłączenia jednego abonenta , którego operator nie jest w stanie pokryć opłatą taryfową . Zatem realia ekonomiczne telefonizacji gmin uzasadniają niewątpliwie konieczność uwzględnienia wkładów tak osób prywatnych jak i gminnych jako jedyną metodę zaspokojenia zbiorowych potrzeb społeczności lokalnych w zakresie dostępu do sieci telekomunikacyjnej .

W kontekście powyższego, zdaniem organu antymonopolowego warunki umowy telefonizacji Gminy Mełgiew określone umowami z 1994, 1996 r. , 1998 i 1999 r. nie były uciążliwe dla Gminy . Na każdej ze stron umowy ciążyły określone obowiązki rzeczowe- co miało na celu racjonalizację inwestycji – które przedstawiają konkretną wartość. Poza tym ustalenie udziałów stron w inwestycji tylko i wyłącznie na podstawie danych zawartych w umowie nie obrazuje rzeczywistego ich kosztu . Organ antymonopolowy podziela stanowisko Netia Telcom , że aby powstał i mógł funkcjonować fragment sieci lokalnej – w przedmiotowej sprawie na terenie Gminy Mełgiew, „Netia Telcom” musiała we własnym zakresie rozbudować i wybudować szereg urządzeń komunikacyjnych i infrastruktury wyższego rzędu (budowa centrali RSU 04 w Mełgwi .i, światłowodu, centrali w Świdniku) , które przynajmniej częściowo „pracują” na rzecz przedmiotowej inwestycji .

Prezes UOKiK podziela również stanowisko Netia Telcom , że umowy inwestycyjne z lat 1998 – 1999 nie były bardziej uciążliwe dla Gminy , niż umowa z lat 1994r i 1996 r. . Umowa z 1994 r. określała jakie czynności inwestycyjne każda ze stron jest zobowiązana wykonać ,

natomiast późniejsze umowy nakładały na „Netia Telcom” również obowiązek wypłaty Gminie określonych w umowach kwot .

Ad 3 W ocenie Prezesa UOKiK , „Netia Telcom” nie osiągnęła nieuzasadnionych korzyści kosztem Gminy Mełgiew. Przeniesienie na „Netia Telcom” własności sieci telekomunikacyjnej powinno być oceniane wg zasady ekwiwalentności świadczeń wyrażonej w art. 487 § 2 k.c. , która stanowi , że świadczenie jednej strony umowy ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej strony.

Organ antymonopolowy podziela stanowisko Netia Telcom , że przekazanie jej przedmiotowej sieci nie miało charakteru bezpłatnego , skoro „Netia Telcom” na podstawie zapisów umowy zaangażowała w związku z budową określone środki finansowe . Umowy o telefonizację gminy rozkładały prawa i obowiązki stron zgodnie z realiami ekonomicznymi , każda ze stron odniosła też w związku z realizacją umowy określone korzyści . Gmina zaś oprócz niewątpliwej korzyści podłączenia do sieci telekomunikacyjnej , stanowiącej wartość niewymierną , uzyskała korzyść w postaci corocznego wpływu z tytułu podatku od nieruchomości od Netia Telcom.

Na marginesie zaznaczyć należy , że celem działalności gospodarczej gmin w zakresie zaspokajania zbiorowych potrzeb wspólnoty nie jest „zarobek” lecz „pożytek publiczny”. Tak rozumieć należy treść art. 9 ustawy o samorządzie gminnym z dnia 8 marca 1990 r.(tekst jedn. Dz.U.2001 r. Nr 142 poz. 1591) określający sposób wykonywania zadań przez gminę w świetle art. 7 w/w ustawy . Innymi słowy uzasadnione jest kierowanie się przez gminę innymi niż zysk kryteriami przy wykonywaniu swoich uprawnień właścicielskich w kontekście prowadzonej polityki społeczno – gospodarczej .

Zgodnie z orzecznictwem antymonopolowym warunek umowy przewidujący nawet nieodpłatne przejęcie przez Operatora wybudowanej sieci nie jest automatycznie warunkiem uciążliwym². Z własnością sieci związane są zarówno korzyści jak i ciężary np. związane z utrzymaniem, konserwacją sieci , obciążeniami podatkowymi związanymi z przyjęciem sieci. Wartość przedmiotowej inwestycji określona została przez „Netia Telcom” na kwotę 2 858 977,09 zł - karta 78 , zaś nakłady N. z tytułu utrzymania sieci wyniosły w 1998 r. – kwotę 879 448,94 zł , w 1999 r. 1136 729,18 zł , w 2000 r. – kwotę 1 126 601,55 zł zaś w 2001 r. 925312,55 zł . Z powyższego wynika , że średni roczny koszt utrzymania tej sieci wynosi ponad 1/3 jej wartości początkowej .

Nie można zatem przyjąć, że w przedmiotowej sprawie spełnione zostały kumulatywnie przesłanki art. 8 ust. 2 pkt. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów .

Stosownie do treści art. 78 ust. 1 ustawy o ochronie (...) w związku z art. 479 28 § 2 k.p.c.- od decyzji niniejszej przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w W. – Sądu Antymonopolowego , w terminie

² Wyrok S.A. z dnia 30 maja 2001 r. – sygn. akt. XVII Ama 80/00;

Wyrok S.A.z dnia 22 kwietnia 2002 r. – sygn. akt. XVII Ama 41/01

dwutygodniowym od dnia jej doręczenia , za pośrednictwem
Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatura w Lublinie .

Z upoważnienia Prezesa Urzędu
Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Dyrektor Delegatury w Lublinie
Ewa Wiszniowska