



**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

RWR 411 -1/08/WS

Wrocław, 4 listopada 2008 r.

Decyzja RWR nr 74 /08

I. 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 § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 lipca 2007 r. *w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów* (Dz. U. nr 134 poz. 939), po przeprowadzeniu postępowania wszczętego z urzędu przeciwko Rafin Sp. z o.o. – Sp. k. z siedzibą we Wrocławiu

– w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

uznaje się za **ograniczającą konkurencję i nakazuje zaniechanie stosowania praktyki, polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku udostępniania nowo budowanych zasobów mieszkaniowych na osiedlu „Złota Podkowa”, zlokalizowanym na terenie dzielnicy Krzyki we Wrocławiu, do instalowania sieci telekomunikacyjnej, w następstwie :**

- odmowy przedsiębiorcom telekomunikacyjnym Wojciechowi Wronie i Grzegorzowi Kałuży, prowadzącym działalność gospodarczą w formie „Fine Media” s.c. we Wrocławiu, udzielenia zgody na instalowanie na osiedlu „Złota Podkowa” urządzeń telekomunikacyjnych, przeprowadzania linii kablowych a w konsekwencji odmowy zgody na świadczenie usług telekomunikacyjnych,

co stanowi praktykę ograniczającą konkurencję z art. 9 ust. 2 pkt 5 powołanej wyżej ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 powołanej wyżej ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy i § 6 oraz § 7 powołanego wyżej rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 lipca 2007 r. *w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, po przeprowadzeniu postępowania wszczętego z urzędu przeciwko Rafin Sp. z o.o. – Sp. k. z siedzibą we Wrocławiu

– w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów :

nakłada się na Rafin Sp. z o.o. – Sp. k. z siedzibą we Wrocławiu karę pieniężną w wysokości 11 253,19 zł (słownie : jedenaście tysięcy dwieście pięćdziesiąt trzy złote i dziewiętnaście groszy) płatną do budżetu państwa.

III. Na podstawie art. 77 ust. 1 powołanej wyżej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 80 tej ustawy oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy i § 6 oraz § 7 powołanego wyżej rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 lipca 2007 r. *w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony*

Konkurencji i Konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania wszczętego z urzędu przeciwko Rafin Sp. z o.o. – Sp. k. z siedzibą we Wrocławiu postanawia się obciążyć Rafin Sp. z o.o. – Sp. k. z siedzibą we Wrocławiu kosztami przeprowadzonego postępowania antymonopolowego i zobowiązać ww. przedsiębiorcę do zwrotu na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwoty 72,20 PLN (słownie złotych: siedemdziesiąt dwa złote dwadzieścia groszy).

IV. Na podstawie art. 90 powołanej wyżej ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy i § 6 oraz § 7 powołanego wyżej rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 lipca 2007 r. *w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, po przeprowadzeniu postępowania wszczętego z urzędu przeciwko Rafin Sp. z o.o. – Sp. k. z siedzibą we Wrocławiu

– w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów :

nadaje się pkt. I. niniejszej Decyzji rygor natychmiastowej wykonalności.

Uzasadnienie

1. W dniu 13 marca 2007 r. wpłynął do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zwanego dalej „Prezesem Urzędu” lub „organem antymonopolowym” wniosek Wojciecha Wrony i Grzegorza Kałuży, prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą „Fine Media” s.c. Wojciech Wrona, Grzegorz Kałuża z siedzibą we Wrocławiu, zwanymi dalej łącznie również „Fine Media” lub „Przedsiębiorcy”, przeciwko Rafin Sp. z o.o. – Sp. k. z siedzibą we Wrocławiu zwanemu dalej „Rafin”.

1.1. Po sprecyzowaniu żądania oraz oznaczenia stron pismem z dnia 19 marca 2007 r. wnioskodawcy ostatecznie wnieśli, odwołując się do art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (tj. Dz. U. z 2005 r., nr 244, poz.2080 ze zm.), o uznanie, że Rafin Sp. z o.o. – Sp. k. z siedzibą we Wrocławiu oraz Telefonia Dialog S.A. z siedzibą we Wrocławiu, zwana dalej również „Dialog”, zawarli zakazane porozumienie ograniczające konkurencję na lokalnym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych na osiedlu „Złota Podkowa”, zlokalizowanym na terenie dzielnicy Krzyki we Wrocławiu, polegające na uniemożliwieniu innym – poza spółce Telefonia Dialog S.A. - przedsiębiorcom telekomunikacyjnym, w tym wnioskodawcom, prowadzących działalność gospodarczą w formie „Fine Media” s.c. Wojciech Wrona, Grzegorz Kałuża z siedzibą we Wrocławiu, świadczenia usług telekomunikacyjnych.

Ponadto Przedsiębiorcy, reprezentowani przez pełnomocnika będącego radcą prawnym, wnieśli o nakazanie zaniechania ww praktyk oraz przyznanie od uczestników na rzecz wnioskodawców kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego w tym postępowaniu.

1.2. W związku z powyższymi zarzutami, Prezes Urzędu postanowieniem nr 83/07 z dnia 18 kwietnia 2007 r., zmienionym postanowieniem nr 231/07, wszczął przeciwko :

- 1). Rafin Sp. z o.o. – Sp. k. z siedzibą we Wrocławiu oraz
- 2). Telefonii Dialog S.A. z siedzibą we Wrocławiu

postępowanie antymonopolowe prowadzone pod sygn. akt RWR 410-7/07/WS, pod zarzutem zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję na lokalnym rynku usług telefonii stacjonarnej w obrębie osiedla „Złota Podkowa”, zlokalizowanym na terenie dzielnicy Krzyki we Wrocławiu, polegającego na uniemożliwieniu innym – poza spółką Telefonia Dialog S.A. - przedsiębiorcom telekomunikacyjnym, w tym wnioskodawcom, świadczenia usług telekomunikacyjnych,

- co może stanowić naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 6 powołanej wyżej ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

1.3. Decyzją nr RWR 44/07 z dnia 10 grudnia 2007 r. Prezes Urzędu nie stwierdził stosowania przez Rafin Sp. z o.o. – Sp. k. i Telefonię Dialog S.A. zarzucanej im praktyki. Uzasadniając ww decyzję organ antymonopolowy stwierdził, iż brak możliwości świadczenia usług telefonii stacjonarnej w oparciu o własne sieci telekomunikacyjne na osiedlu „Złota Podkowa” przez Fine Media nie jest następstwem umowy zawartej pomiędzy Rafin Sp. z o.o. – Sp. k. i Telefonią Dialog S.A., a rezultatem indywidualnej decyzji Rafin. Organ antymonopolowy podkreślił, iż brak jest jakiegokolwiek dowodu, że doszło do uzgodnień pomiędzy uczestnikami, skierowanych przeciwko innym uczestnikom rynku. Wręcz przeciwnie – zebrany materiał dowodowy pozwalał, w ocenie organu antymonopolowego, na ustalenie, iż ograniczenie dostępu do rynku innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym w zakresie możliwości zakładania własnych sieci telekomunikacyjnych i następnie świadczenia usług telefonii stacjonarnej w oparciu o własne sieci operatorów – stanowiło suwerenną, indywidualną decyzję Rafin.

1.4. Po uprawomocnieniu się decyzji nr RWR 44/07 Wojciech Wrona i Grzegorz Kałuża pismem z dnia 31 grudnia 2007 r. zgłosili zawiadomienie o podejrzeniu stosowania przez Rafin praktyk ograniczających konkurencję, w szczególności zaś mogących stanowić naruszenie art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.), zwanej dalej również „ustawą o ochronie (...)”.

Uzasadniając żądanie Przedsiębiorcy podnieśli, iż świadczą usługi telekomunikacyjne, w tym zwłaszcza wysokiej jakości usługi transmisji danych i dostępu do Internetu. W sierpniu 2006 r. zwrócili się oni do uczestnika postępowania spółki Rafin Sp. z o.o. – Sp. k. z prośbą o umożliwienie im położenia infrastruktury telekomunikacyjnej w budowanych przez uczestnika budynkach na osiedlu „Złota Podkowa” przy ul. Zwycięskiej we Wrocławiu. Powołując się na art. 140 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. *Prawo telekomunikacyjne* (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 ze zm.), Przedsiębiorcy wnieśli o sprecyzowanie warunków korzystania z nieruchomości w celu umożliwienia położenia w budowanych mieszkaniach urządzeń telekomunikacyjnych i przeprowadzania linii kablowych, po podpisaniu stosownej umowy.

Ponadto równocześnie z pismem złożyli oni ofertę budowy sieci telekomunikacyjnej. Ponieważ Rafin Sp. z o.o. – Sp. k. nie odpowiedział w przewidzianym normą art. 140 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego terminie, Przedsiębiorcy pismem z dnia 7 listopada 2006 r. zawiadomili Rafin, iż po upływie kolejnych 3 dni podejmą działania prawne przewidziane art. 140 ust. 4 Prawa telekomunikacyjnego (tj. zwrócą się do Prezydenta Wrocławia o udzielenie zezwolenia na zakładanie i przeprowadzenie na nieruchomości uczestnika urządzeń łączności publicznej). Wobec ponownego braku reakcji Rafin, pismem z dnia 20 lutego 2007 r. Przedsiębiorcy zwrócili się o uzgodnienie *Warunków korzystania z nieruchomości przez operatora* w zakresie niezbędnym do świadczenia usług telekomunikacyjnych. W odpowiedzi Rafin pismem z dnia 26 lutego 2007 r.

oświadczył, iż wybrał już oferenta, który zapewni świadczenie usług telekomunikacyjnych, wobec tego odpadły powody do uwzględnienia wniosku Przedsiębiorców.

Fine Media w uzasadnieniu zawiadomienia podniósł, że norma art. 140 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego zobowiązuje właścicieli lub użytkowników wieczystych nieruchomości aby umożliwili operatorom oraz podmiotom, o których mowa w art. 4 pkt 1,2,4, 5 i 8 Prawa telekomunikacyjnego instalowanie na nieruchomości urządzeń telekomunikacyjnych, przeprowadzanie linii kablowych pod, na albo nad nieruchomością oraz umieszczanie tabliczek informacyjnych o urządzeniach, a także ich eksploatację i konserwację, jeżeli nie uniemożliwia to racjonalnego korzystania z nieruchomości. W ocenie Przedsiębiorców przepis ten nie wprowadza wyłączności na instalowanie urządzeń telekomunikacyjnych i prowadzenie linii kablowych tylko dla jednego podmiotu. Zdaniem Przedsiębiorców z ust. 3 art. 140 Prawa telekomunikacyjnego wynika, że korzystać może z nieruchomości wielu operatorów z tym, że jeśli dzieje się to na wniosek właściciela nieruchomości, wówczas korzystanie jest nieodpłatne. W ocenie Fine Media rynek dla tego typu usług jest co do zasady otwarty, zaś art. 140 Prawa telekomunikacyjnego ma służyć rozwojowi telekomunikacji, przedsiębiorczości i konkurencji, powodując obniżkę cen usług i poprawę ich jakości. Kwestionowane działania Rafin jest w ocenie Przedsiębiorców działaniem wbrew interesom użytkowników lokali, których pozbawia się możliwości skorzystania z usług telekomunikacyjnych. Fine Media twierdził, iż istnieje zainteresowanie przyszłych mieszkańców Osiedla świadczonymi przez nich usługami, na dowód czego przywołał wykaz osób zainteresowanych jego ofertą wraz ze zgłoszeniami mailowymi. Zdaniem Przedsiębiorców odmowa udzielenia zgody na instalowanie na Osiedlu urządzeń telekomunikacyjnych, przeprowadzenia linii kablowych na nieruchomości, tj. odmowa zgody na świadczenie usług telekomunikacyjnych na nieruchomości uczestnika Rafin, uniemożliwia im wejście na rynek w zakresie dostawców internetu i telefonii. Przedsiębiorcy powołali się ponadto na decyzję Prezesa Urzędu z dnia 20 maja 2005 r. nr RLU-19/2005, zakazującą stosowania praktyk monopolistycznych przez spółdzielnię mieszkaniową w zakresie dostępu do lokalnego rynku usług telekomunikacyjnych. W ocenie zawiadamiających stan faktyczny obu spraw jest zbliżony, dlatego też poglądy prawne wyrażone w decyzji powyższej mogą mieć analogiczne zastosowanie.

W konsekwencji Przedsiębiorcy zawiadomili o możliwości nadużycia przez Rafin „pozycji dominującej na rynku dostępu do instalowania sieci telekomunikacyjnej w nowo budowanych zasobach mieszkaniowych na osiedlu „Złota Podkowa” zlokalizowanym we wrocławskiej dzielnicy Krzyki (Partynice) przy ul. Zwycięskiej”.

1.5. W związku z powyższymi zarzutami, Prezes Urzędu postanowieniem nr 6/08 z dnia 8 stycznia 2008 r., wszczął przeciwko Rafin Sp. z o.o. – Sp. k. z siedzibą we Wrocławiu postępowanie antymonopolowe pod zarzutem nadużywania pozycji dominującej na lokalnym rynku dostępu do instalowania sieci telekomunikacyjnej w nowo budowanych zasobach mieszkaniowych na osiedlu „Złota Podkowa”, zlokalizowanym na terenie dzielnicy Krzyki we Wrocławiu, polegającego na :

- odmowie przedsiębiorcom telekomunikacyjnym Wojciechowi Wronie i Grzegorzowi Kałuży prowadzącym działalność gospodarczą w formie „Fine Media” s.c. z siedzibą we Wrocławiu, udzielenia zgody na instalowanie na osiedlu „Złota Podkowa” urządzeń telekomunikacyjnych, przeprowadzania linii kablowych a w konsekwencji odmowy zgody na świadczenie usług telekomunikacyjnych, co może stanowić naruszenie art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o *ochronie konkurencji i konsumentów*.

Jednocześnie na podstawie art. 73 ust. 1 i 6 ustawy o ochronie (...), Prezes Urzędu zaliczył w poczet dowodów całość informacji zebranych w toku postępowania antymonopolowego prowadzonego pod sygn. akt RWR 410-7/07/WS.

1.6. W odpowiedzi na stawiane zarzuty, Rafin, działający przez pełnomocnika będącego adwokatem, pismem z dnia 28 stycznia 2008 r. wniósł o wydanie decyzji o niestwierdzeniu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję w oparciu o trzy zasadnicze powody :

- bezprzedmiotowości postępowania „w związku z prawnymi możliwościami ochrony konkurencji na rynku telekomunikacyjnym na osiedlu „Złota Podkowa”, w trybie przepisów ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne”,
- brak tożsamości rynków, na których działają Rafin oraz Fine Media s.c., „a tym samym brak możliwości przypisania Rafin (...) nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym, na którym spółka ta konkurowałaby ze spółką Fine Media s.c.”,
- „niemożności przypisania działaniom Rafin (...), polegającym na niewybraniu oferty Fine Media s.c., charakteru działań zmierzających do zakłócenia konkurencji na rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych na Osiedlu „Złota Podkowa”, w sytuacji, gdy decyzja spółki w tym zakresie oparta była na obiektywnych kryteriach wyboru spośród ofert kilku przedsiębiorców oraz na możliwościach nowo budowanych zasobów mieszkaniowych”.

Rafin stwierdził, odwołując się do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 7 grudnia 2005 r. sygn. akt III SZP 3/05, iż w takim zakresie, w jakim przedmiotem regulacji Prawa Telekomunikacyjnego jest problematyka prawna ochrony konkurencji, przepisy Prawa Telekomunikacyjnego mają charakter regulacji ustawowej szczególnej (lex specialis) względem ogólnych zasad dotyczących problematyki ochrony konkurencji i konsumentów (lex generalia). W ocenie Rafin „środki ochrony konkurencji, wynikające z ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo Telekomunikacyjne, winny mieć pierwszeństwo zastosowania przed regulacjami ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Pierwszeństwo stosowania procedur przewidzianych w ustawie z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo Telekomunikacyjne, jest bezwzględne i wyklucza w rozpatrywanym przypadku możliwość regulacji z u.o.k.i.k.” Rafin wskazał, iż Fine Media nie wykorzystał procedur uzyskania dostępu do nieruchomości celem świadczenia usług telekomunikacyjnych, jakie daje mu Prawo Telekomunikacyjne, stąd stosowanie przepisów o ochronie konkurencji jest w sprawie bezprzedmiotowe.

Ponadto Rafin podniósł, iż jest on przedsiębiorcą działającym na rynku deweloperskim, zajmując się budową i sprzedażą mieszkań, zaś Fine Media jest operatorem telekomunikacyjnym, świadczącym usługi telekomunikacyjne, które należą do działalności reglamentowanej (konieczne do jej prowadzenia jest uzyskanie wpisu do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych). Zatem obaj przedsiębiorcy działają na różnych rynkach produktowych, wobec czego nie można rozpatrywać – w ocenie Rafin – jej działań, w kontekście naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie (...).

Wreszcie Rafin oświadczył, iż wybierając oferty dwóch innych operatorów (Telekomunikacji Polskiej S.A. oraz Dialog S.A.) i nie wybierając oferty Fine Media nie kierował się zamiarem ograniczenia konkurencji na rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych na osiedlu „Złota Podkowa”, a jedynie obiektywnymi kryteriami, opisanymi w dokumencie „Porównanie oferty budowy infrastruktury technicznej i dostarczania usług telekomunikacyjnych i dostępu do Internetu dla mieszkańców osiedla Złota Podkowa” (złożonego w sprawie nr RWR 410-7/07/WS). Ponadto w ocenie Rafin

istotne znaczenie miał fakt, iż w nowo budowanych budynkach, występują techniczne i funkcjonalne ograniczenia w zakresie możliwości instalacji okablowania przez każdego operatora, który chciałby świadczyć usługi telekomunikacyjne na osiedlu.

2. Przeprowadzone przez organ antymonopolowy postępowanie dowodowe pozwoliło na ustalenie następującego stanu faktycznego:

2.1. Rafin Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością – Spółka komandytowa jest spółką komandytową wpisaną przez Sąd Rejonowy dla Wrocławia-Fabrycznej we Wrocławiu, VI Wydział Gospodarczy, do Krajowego Rejestru Sądowego pod nr KRS 0000218305. Jej zasadniczym przedmiotem działania jest działalność deweloperska. Spółka realizuje, bądź jest w trakcie procesu projektowania inwestycji osiedli domów wielorodzinnych w zabudowie szeregowej, jednorodzinnej, a także obiektów handlowo – usługowych. Działalność deweloperską spółka prowadzi na terenie województwa dolnośląskiego, zaś jej siedzibą jest Wrocław.

Dowód – pismo uczestnika k. 71, akty notarialne k. 72-85, odpis z KRS k. 86-89 akt postępowania RWR 410-7/07/WS; odpis z KRS k.18 – 23 i k. 60 – 63 akt głównych;

Zawiadamiający Wojciech Wrona i Grzegorz Kałuża prowadzą działalność gospodarczą w postaci spółki cywilnej pod nazwą „Fine Media” s.c. Wojciech Wrona, Grzegorz Kałuża z siedzibą w Wrocławiu przy ul. Zagrzebskiej 3. Począwszy od dnia 24 kwietnia 2003 r. dokonali oni – na podstawie ustawy z dnia 21 lipca 2000 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 73, poz. 852), zgłoszenia do Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty nr DOO WKT-76/03-1489 działalności telekomunikacyjnej nie wymagającej w tej dacie zezwolenia, wykonywanej w sieci publicznej, w zakresie świadczenia usług dostępu do sieci Internet przy wykorzystaniu eksploatowanej sieci transmisji danych oraz łączy stałych dzierżawionych od innych operatorów oraz w zakresie eksploatacji sieci transmisji danych przeznaczonej do świadczenia usług krajowych. Rozpoczęcie działalności gospodarczej wnioskodawcy określili na dzień 24 maja 2003 r.

Po wejściu w życie nowego Prawa telekomunikacyjnego powyższa spółka została w dniu 2 maja 2005 r. wpisana do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych pod numerem 3 959. Wpis dokonany został po wejściu w życie ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 ze zm.), z urzędu przez Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty (obecnie UKE), na podstawie art. 224 ust.1 tej ustawy. Zgodnie z powołanym przepisem przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, który w dniu wejścia w życie ustawy posiada zezwolenie telekomunikacyjne lub zgłoszenie działalności telekomunikacyjnej, w rozumieniu przepisów dotychczasowych, Prezes URTiP wpisuje z urzędu do rejestru oraz wydaje zaświadczenie w terminie 8 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy.

Rejestr przedsiębiorców telekomunikacyjnych prowadzi na podstawie art. 10 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Zgodnie z art. 10 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego, działalność telekomunikacyjna będąca działalnością gospodarczą jest działalnością regulowaną i podlega wpisowi do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Definicję legalną tej działalności zawiera art. 1 ust. 1 pkt 1 ww ustawy stanowiąc, iż za działalność telekomunikacyjną uznawać należy działalność polegającą na świadczeniu usług telekomunikacyjnych, dostarczaniu sieci telekomunikacyjnych lub udogodnień towarzyszących. Powołane pojęcia posiadają swoje definicje legalne w ustawie Prawo Telekomunikacyjne. Zgodnie z ww ustawą określenia te oznaczają :

- usługa telekomunikacyjna - usługę polegającą głównie na przekazywaniu sygnałów w sieci telekomunikacyjnej; nie stanowi tej usługi usługa poczty elektronicznej (art. 2 pkt 48);
- sieć telekomunikacyjna - systemy transmisyjne oraz urządzenia komutacyjne lub przekierowujące, a także inne zasoby, które umożliwiają nadawanie, odbiór lub transmisję sygnałów za pomocą przewodów, fal radiowych, optycznych lub innych środków wykorzystujących energię elektromagnetyczną, niezależnie od ich rodzaju (art. 2 pkt 35);
- udogodnienia towarzyszące - dodatkowe możliwości funkcjonalne lub usługowe związane z siecią telekomunikacyjną, umożliwiające lub wspierające świadczenie w nich usług telekomunikacyjnych lub związane z usługą telekomunikacyjną, umożliwiające lub wspierające świadczenie tej usługi, w szczególności systemy dostępu warunkowego i elektroniczne przewodniki po programach (art. 2 pkt 44);

Przedsiębiorcy Wojciech Wrona i Grzegorz Kałuża wpisani w formie spółki cywilnej do rejestru prowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej są zatem przedsiębiorcą telekomunikacyjnym. Zgodnie z definicją tego pojęcia zawartą w art. 2 pkt 27 ustawy Prawo Telekomunikacyjne, określenie przedsiębiorca telekomunikacyjny oznacza przedsiębiorcę lub inny podmiot uprawniony do wykonywania działalności gospodarczej na podstawie odrębnych przepisów, który wykonuje działalność gospodarczą polegającą na dostarczaniu sieci telekomunikacyjnych, udogodnień towarzyszących lub świadczeniu usług telekomunikacyjnych. Ostatecznie, po dokonaniu zmian wpisów do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, Przedsiębiorcy posiadają uprawnienia do dostarczania sieci telekomunikacyjnej (sieć transmisji danych) oraz świadczenia usług telekomunikacyjnych (usługi dzierżawy łączy telekomunikacyjnych, usługi transmisji danych, usługi zapewnienia dostępu do sieci Internet świadczone zarówno we własnej sieci telekomunikacyjnej jak również z wykorzystaniem sieci telekomunikacyjnej innego operatora, usługi tranzytu połączeń telefonicznych). Zasadniczym, faktycznym przedmiotem ich działalności jest usługa transmisji danych i dostępu do Internetu głównie na terenie Wrocławia i gmin przyległych.

Dowód – wniosek k. 2, pismo Przedsiębiorców k. 44, zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej k. 6-9, zaświadczenia Prezesa UKE o wpisie do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych k. 10-13, zaświadczenie Prezesa URTiP k. 14, umowa spółki cywilnej k. 131-132 akt RWR 410-7/07/WS; zaświadczenia k. 7-10, k. 13-17 akt głównych ;

2.2. Rafin prowadzi, jako deweloper, inwestycję pn. osiedle „Złota Podkowa”, w postaci budowy 16 budynków wielorodzinnych 3 i 4 kondygnacyjnych, zlokalizowaną w południowo-zachodniej części wrocławskiej dzielnicy Krzyki, przy ul. Zwycięskiej, objęty działkami oznaczonymi geodezyjnie jako dz. Nr 5/32, 5/33, 5/34, 5/36, 5/37, 5/40, 5/53 AM 10, Obręb Partynice. Docelowo osiedle ma liczyć 936 mieszkań i ok. 2500 osób. Osiedle powstaje w czterech etapach :

a) I etap – 5 budynków (ozn. A,B, C, D, E), z czego budynek A – 70 mieszkań, budynek B – 34 mieszkania, budynek C – 64 mieszkania, budynek D – 36 mieszkań, budynek E – 37 mieszkań – łącznie 241 mieszkań; etap ten został zakończony w pierwszym kwartale 2008 r.,

b) II etap – 4 budynki (G, HI i J), z czego budynek G – 84 mieszkania, budynki HI – 103 mieszkania, budynek J – 100 mieszkań – łącznie 287 mieszkań; budynki w trakcie budowy stanu surowego, planowany termin zakończenia prac : listopad - grudzień 2008 r.,

c) III etap – 4 budynki (K, L, M, N), z czego budynek K – 52 mieszkania, budynek L – 66 mieszkań, budynek M – 52 mieszkania, budynek N – 66 mieszkań – łącznie 236 mieszkań; inwestycja na etapie prac projektowych,

d) IV etap – 3 budynki (O, P, Q), z czego budynek O – 66 mieszkań, budynek P – 40 mieszkań, budynek Q – 66 mieszkań – łącznie 172 mieszkań; termin realizacji uzależniony od zakończenia prac projektowych i uzyskania pozwolenia na budowę. Planowanym terminem oddania do użytku całego osiedla jest koniec 2010 r.

Dowód – kopia strony internetowej Rafin zawierająca ofertę zakupu mieszkań na osiedlu „Złota Podkowa” k. 21-23, pismo uczestnika k. 71 akt RWR 410-7/07/WS, pismo Rafin k. 42 akt głównych, projekty wykonawcze budynków stanowiące załącznik do akt głównych;

W dniu 20 marca 2006 r. Rafin zawarł z Telekomunikacją Polską S.A. umowę nr 83/03/596/1 w przedmiocie realizacji przez TP S.A. robót ziemnych m.in. na wchodzącej w skład osiedla „Złota Podkowa” działce nr 5/57 i 5/51 (działka 5/51 została po zawarciu umowy podzielona na działki nr 5/53 i 5/52), w postaci budowy liniowych urządzeń telekomunikacyjnych (ułożenie kabla teletechnicznego ziemnego, kanalizacji teletechnicznej, studzienek teletechnicznych, montaż kabli w rurkach budynku, montaż skrzynek w budynku). Na działce tej zlokalizowane są budynki I etapu inwestycji, tj. budynki oznaczone jako A,B, C, D, E oraz budynek G wchodzący w skład II etapu inwestycji. TP S.A. zamontowała swoje skrzynki jedynie w dwóch budynkach I etapu, tj. budynku B i D. W budynkach tych sieć telekomunikacyjną położył wcześniej Rafin, zaś TP S.A. korzysta z tej sieci. Przedmiotowa umowa z Telekomunikacją Polską S.A. została podpisana w początkowym okresie realizacji inwestycji budowy osiedla „Złota Podkowa”, na etapie budowy pierwszego budynku. Umowa z Telekomunikacją Polską S.A. została podpisana przy zastosowaniu „wzorca umowy” standardowo stosowanego w T.P. S.A, zaś przedsiębiorca telekomunikacyjny nie przedstawił szczegółowo wyspecyfikowanej oferty świadczenia usług. TP S.A. świadczy standardowe usługi TV, dostępu do Internetu oraz usługi telefoniczne w oparciu o standardową sieć analogową. W dacie podpisania umowy Rafin nie otrzymał ofert podpisania umowy w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych na nowo powstającym osiedlu od innych przedsiębiorców.

Dowód – umowa nr 83/03/596/1 k. 112, pismo uczestnika Rafin k. 204, k. 221 akt RWR 410-7/07/WS; pismo Rafin k. 75 i k. 77 akt głównych;

W drugiej połowie 2006 r. z ofertą świadczenia usług telekomunikacyjnych na osiedlu „Złota Podkowa” zwrócił się Dialog, który zaoferował wybudowanie nowoczesnej sieci telekomunikacyjnej tzw. nowej generacji (Next Generation Networks) przy wykorzystaniu technologii dostępowej MetroEthernet. Na bazie tej technologii miały być świadczone głównie usługi telefonii oraz dostępu do Internetu. Ponadto Dialog zaoferował dodatkowo usługi telewizji cyfrowej, z wykorzystaniem wspólnej infrastruktury sieciowej. W szczególności Dialog zaproponował m.in. usługi „Triple Play” w postaci :

- interaktywnej telewizji (IPTV),
- telefonii nowej generacji (VoIP),
- szybkiego dostępu do Internetu i zasobów sieci osiedlowej,

Ponadto oferta Dialogu zmierzała do :

- odkupienia sieci wewnątrzbudynkowej w jednym z budynków (budynek B),
- udostępnienia przez Rafin Dialogowi wybudowanej przez Rafin sieci wewnątrzbudynkowej w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych (budynek D),
- wybudowania przez Dialog sieci wewnątrzbudynkowej w pozostałych budynkach.

Dowód – pismo Dialogu k. 197,198 akt RWR 410-7/07/WS;

2.3. **Telefonia Dialog S.A.** jest spółką akcyjną, wpisaną przez Sąd Rejonowy dla Wrocławia-Fabrycznej we Wrocławiu, VI Wydział Gospodarczy, do Krajowego Rejestru Sądowego pod nr KRS 0000003850. Jej zasadniczym przedmiotem działania jest przede wszystkim świadczenie szeroko pojętych usług telekomunikacyjnych, telekomunikacyjnych także instalowanie i eksploatacja sieci telekomunikacyjnych. Siedzibą Spółki jest Wrocław. Dialog, podobnie jak Przedsiębiorcy, jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, wpisanym do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych pod numerem 55. Spółka, na podstawie wpisu do ww rejestru, posiada uprawnienia do :

a) dostarczania sieci telekomunikacyjnej, w skład której usługi wchodzi :

- stacjonarna publiczna sieć telefoniczna,
- ruchoma publiczna sieć telefoniczna nieposiadająca własnej infrastruktury radiowej,
- sieć transmisji danych,

b) świadczenia usług telekomunikacyjnych, w skład której usługi wchodzi:

- publicznie dostępna usługa telefoniczna świadczona w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej/międzystrefowa usługa telefoniczna świadczona z wykorzystaniem sieci innego operatora,
- usługa rozprowadzania lub rozpowszechniania programów radiofonicznych lub telewizyjnych,
- usługa dzierżawy łączy telekomunikacyjnych,
- usługa transmisji danych,
- usługa zapewnienia dostępu do sieci Internet,
- usługi telekomunikacyjne świadczone zgodnie z przeznaczeniem stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej,
- usługi telekomunikacyjne świadczone zgodnie z przeznaczeniem ruchomej sieci telefonicznej/typu MVNO.

Telefonia Dialog S.A. prowadzi działalność telekomunikacyjną na terenie całego kraju na bazie własnej infrastruktury (na obszarze dawnych województw : wrocławskiego, wałbrzyskiego, legnickiego, jeleniogórskiego, elbląskiego, zielonogórskiego, bielskiego, łódzkiego i warszawskiego) oraz na bazie infrastruktury innych operatorów (np. usługa prefix 1011,WLR).

Dowód – pismo Dialog k. 135, statut k. 154-173, odpis z KRS k. 174, zaświadczenie o wpisie do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych k. 177-178 akt RWR 410-7/07/WS;

2.4. Pismem z dnia 14 sierpnia 2006 r. Przedsiębiorcy zwrócili się do Rafin z prośbą o umożliwienie im położenia infrastruktury telekomunikacyjnej w budynkach na osiedlu „Złota Podkowa”. Jednocześnie złożono ofertę świadczenia usług dostępu do Internetu i usług telefonicznych. W zakresie dostępu do Internetu zaoferowano m.in. stały, nielimitowany dostęp do Internetu z prędkością 2048kbps (EIR = 2048kbps – 2 Mbit/sec), 4 konta poczty elektronicznej, konto WWW umożliwiające stworzenie własnej, prywatnej strony WWW oraz jej publikację w domenie Przedsiębiorców, dostęp do lokalnego Huba Direct Connect oraz dostęp do sieci lokalnej z prędkością 100 Mbps.

W zakresie dostępu do usług telefonicznych zaoferowano :

- doskonałą jakość wszelkich rodzajów połączeń – lokalnych, międzymiastowych, międzynarodowych,
- tanie połączenia telefoniczne – np. większość krajów europejskich i amerykańskich poniżej 0,10 zł za minutę połączenia,
- darmowe rozmowy w ramach sieci,
- dostęp do szczegółowego wykazu połączeń za pośrednictwem panelu,
- darmowy dostęp do wielu usług dodatkowych m.in. poczty głosowej, przekierowania połączeń, blokady określonych kierunków, prezentacji numeru itp.

Dowód – pismo Przedsiębiorców k. 24, oferta k. 25 akt RWR 411-1/08/WS;

W przedmiotowym piśmie z dnia 14 sierpnia 2006 r. Przedsiębiorcy podali jako podstawę swojego wystąpienia art. 140 Prawa telekomunikacyjnego, akcentując zwłaszcza jego ust. 2 i 4. Zgodnie z przepisem art. 140 ust. 1 powołanej ustawy, właściciel lub użytkownik wieczysty nieruchomości jest obowiązany umożliwić m.in. operatorom, instalowanie na nieruchomości urządzeń telekomunikacyjnych, przeprowadzanie linii kablowych pod, na albo nad nieruchomością oraz umieszczanie tabliczek informacyjnych o urządzeniach, a także ich eksploatację i konserwację, jeżeli nie uniemożliwia to racjonalnego korzystania z nieruchomości. Ustęp 2 powołanego przepisu stanowi, iż warunki korzystania z nieruchomości przez operatora ustala się w umowie, która powinna być zawarta w terminie 30 dni od dnia wystąpienia przez operatora o jej zawarcie. Zgodnie z ust. 4 jeżeli strony nie zawrą umowy w terminie, stosuje się przepisy art. 124 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2000 r. Nr 46, poz. 543,).

Przepis art. 124 ust. 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami stanowi iż :

Starosta, wykonujący zadanie z zakresu administracji rządowej, może ograniczyć, w drodze decyzji, sposób korzystania z nieruchomości przez udzielenie zezwolenia na zakładanie i przeprowadzenie na nieruchomości ciągów drenażowych, przewodów i urządzeń służących do przesyłania płynów, pary, gazów i energii elektrycznej oraz urządzeń łączności publicznej i sygnalizacji, a także innych podziemnych, naziemnych lub nadziemnych obiektów i urządzeń niezbędnych do korzystania z tych przewodów i urządzeń, jeżeli właściciel lub użytkownik wieczysty nieruchomości nie wyraża na to zgody. Ograniczenie to następuje zgodnie z planem miejscowym, a w przypadku braku planu, zgodnie z decyzją o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego.

2.5. Wobec braku odpowiedzi dewelopera, Przedsiębiorcy kolejnym pismem z dnia 7 listopada 2006 r. wezwali go do podpisania z nimi w trybie art. 140 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego umowy o ustalenie warunków korzystania z nieruchomości, wyznaczając dodatkowy termin 3 dni do jej podpisania. W razie braku odpowiedzi zagrozili oni wszczęciem procedury, o której mowa w art. 140 ust. 4 Prawa telekomunikacyjnego. Kolejnym pismem z dnia 20 lutego 2007 r. Przedsiębiorcy przedłużyli ten termin o kolejne 5 dni.

Dowód – pisma Przedsiębiorców k. 26,27 akt RWR 410-7/07/WS;

Pismem z dnia 26 lutego 2007 r. uczestnik Rafin poinformował Fine Meda, iż potrzeby „w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych na terenie prowadzonej (...) inwestycji przy ul. Zwycięskiej we Wrocławiu zostały już w pełni zaspokojone przez innych operatorów. Rafin bowiem wybrał już oferenta, który zapewni świadczenie usług telekomunikacyjnych, w zakresie jakim proponuje firma Fine Media. W związku z powyższym odpadły powody, dla których Rafin w sposób pozytywny powinien ustosunkować się do (...) wniosku o sprecyzowanie warunków korzystania z nieruchomości w celu położenia na niej infrastruktury telekomunikacyjnej przez Fine Media. Ustalenie tych warunków z firmą Fine Media jest w chwili obecnej dla Rafin bezprzedmiotowe.” Odnosząc się do żądania Przedsiębiorców udzielenia im tzw. dostępu telekomunikacyjnego Rafin wyraził pogląd, iż to od dysponenta nieruchomości powinno zależeć, czy będzie on chciał udzielić dostępu do nieruchomości, czy też nie oraz ewentualnie, z usług którego operatora będzie chciał skorzystać. Zdaniem strony „trudnym do przyjęcia staje się założenie, aby operator mógł niejako „wymusić” na dysponencie nieruchomości, możliwość korzystania z niej po to, aby wbrew jego woli dostarczać mu usługę telekomunikacyjną”

Dowód – pismo Rafin k. 28-29 akt RWR 410-7/07/WS;

Pomimo stanowiska strony, kilkunastu posiadaczy lokali mieszkalnych na osiedlu „Złota Podkowa” zgłosiło Przedsiębiorcom chęć skorzystania z ich usług.

Dowód – zestawienie zgłoszeń k. 30, zgłoszenia k. 31-35, k. 232, k. 235 akt RWR 410-7/07/WS; zestawienie zgłoszeń k. 24 akt głównych;

2.6. Wobec stanowiska Rafin, Przedsiębiorcy pismem z dnia 14 marca 2007 r. zwrócili się do Prezydenta Wrocławia o wydanie decyzji w trybie przewidzianym w art. 124 ustawy o gospodarce nieruchomościami w zw. z art. 140 Prawa telekomunikacyjnego. Na skutek nie uzupełnienia w terminie braków formalnych wniosku, na podstawie art. 64 § 2 k.p.a. wniosek pozostawiono bez rozpoznania.

Dowód – pismo Przedsiębiorców k. 130, pismo do Prezydenta Wrocławia k. 133, pismo Prezydenta Wrocławia k. 269 akt RWR 410-7/07/WS;

Pismem z dnia 8 lutego 2007 r. ofertę świadczenia usług telekomunikacyjnych na osiedlu „Złota Podkowa” złożył także przedsiębiorca działający pod firmą „Internet Union Paweł Dobosz” z Wrocławia. Oferta obejmowała świadczenie usług dostawy Internetu (w ramach tej usługi oferowano budowę sieci komputerowej z oprzewodowaniem) oraz usługi telewizji w wersji podstawowej (1 do 13 programów) oraz rozszerzonej (od 1 do 24 kanałów, docelowo do 30 kanałów).

Dowód – oferta „Internet Union Paweł Dobosz” k. 109-111 akt RWR 410-7/07/WS;

2.7. Ostatecznie Rafin wybrał ofertę Dialogu, rozpoczynając z tym przedsiębiorcą negocjacje.

Dowód – projekty umów k. 94 – 100, k. 139-146, k. 147 – 153, pismo uczestnika Rafin k. 65- 67, 201-204 akt RWR 410-7/07/WS;

Wyboru oferty nie poprzedziła informacja dla ubiegających się o zawarcie umowy pozostałych przedsiębiorców, iż Rafin zamierza zawrzeć umowę jedynie z jednym oferentem (a nie ze wszystkimi). Ubiegający się o zawarcie umowy Przedsiębiorcy nie wiedzieli również, iż ich oferty będą porównywane, nie znali kryteriów wyboru ani oceny ofert. Ww informacje Rafin celowo utrzymywał przed nimi w tajemnicy, „aby uniknąć działań oferentów, polegających na przygotowywaniu ofert *pod kryteria*, które miały być oceniane najwyżej”.

Dowód – pismo Przedsiębiorców k. 91 – 93, pismo Rafin k. 107 akt głównych;

Wg oświadczenia Rafin złożonego w toku postępowania antymonopolowego, wybór oferty Dialog nastąpił w wyniku porównania ofert przy uwzględnieniu zasad analizy matematycznej, dokonanego przez pracownika działu marketingu. Opis zastosowanych kryteriów oceny oraz przypisane im wartości punktowe zawarte zostały w dokumencie pn. „*Porównanie ofert budowy infrastruktury technicznej i dostarczenia usług telekomunikacyjnych i dostępu do Internetu dla Mieszkańców osiedla Złota Podkowa*”, który został sporządzony dopiero w wyniku wszczęcia postępowania antymonopolowego w sprawie RWR 410-7/07/WS.

Dowód – „*Porównanie ofert budowy infrastruktury technicznej i dostarczenia usług telekomunikacyjnych i dostępu do Internetu dla Mieszkańców osiedla Złota Podkowa*” k. 206-213 akt RWR 410-7/07/WS; pismo Rafin k. 43-44 akt głównych;

Ww dokument zawiera informację, iż przy wyborze ofert kierowano się następującymi kryteriami :

- stabilność partnera,
- oferta cenowa,
- wachlarz oferowanych usług,
- czas potrzebny na instalację infrastruktury telekomunikacyjnej.

Oferta oceniana była w aspektach :

- **technologicznym**, w ramach którego oceniano zmienne : okablowanie (waga zmiennej – 0,1), deklarowana przepustowość maksymalna (MIR; waga zmiennej – 0,15), deklarowana przepustowość minimalna (CIR; waga zmiennej – 0,15), standard IEEE (waga zmiennej – 0,05), tryb transmisji dwukierunkowej (waga zmiennej – 0,05), wykorzystanie technologii Triple Play (waga zmiennej – 0,05), dostęp do multimedialnej wypożyczalni filmów (VoD; waga zmiennej – 0,05), zabezpieczenie serwera (waga zmiennej – 0,05), użyte kable przesyłowe (waga zmiennej – 0,1), zasięg sieci operatora (waga zmiennej – 0,1), możliwość rozwoju sieci (waga zmiennej – 0,15);

- **marketingowym**, w ramach którego oceniano zmienne : przynależność do klubu Złota Podkowa (waga zmiennej – 0,25), wartość marketingowa i PR dla firmy Rafin (waga zmiennej – 0,25), propozycje wspólnych działań marketingowych (waga zmiennej – 0,25), offset na wspólne działania promocyjne osiedla (waga zmiennej – 0,25);

- **koszty dla Klienta w zakresie usług telefonii i Internetu**, w ramach którego oceniano zmienne :

a) telefonia stacjonarna – wysokość abonamentu (netto; waga zmiennej – 0,25), średni koszt rozmowy międzynarodowej za minutę rozmowy (waga zmiennej – 0,15), średni koszt rozmowy międzymiastowej za minutę rozmowy (waga zmiennej – 0,15), średni koszt rozmowy lokalnej za minutę rozmowy (waga zmiennej – 0,15), cena połączeń

wewnątrzsiedlowych (waga zmiennej – 0,05), pakiet usług darmowych (waga zmiennej – 0,25),

b) dostęp do Internetu – wysokość abonamentu (netto; waga zmiennej – 0,25), udostępnienie klientom konta pocztowego (waga zmiennej – 0,15), koszt konta pocztowego (waga zmiennej – 0,15), udostępnienie klientom konta WWW (waga zmiennej – 0,15), koszt konta WWW, multimedialna wypożyczalnia filmów (VoD; waga zmiennej – 0,15);

- **przyszłościowym**, w ramach którego oceniano zmienną : potencjał rozwoju oferenta (waga zmiennej – 1); powyższa zmienna oceniona została w oparciu o wskaźnik zat. ocena potencjału, tj. niski (wąski zakres usług, wysoka specjalizacja, krótka obecność na rynku, firma regionalna), średni (dość wąski zakres usług, specjalizacja, dość krótka obecność na rynku, firma o zasięgu regionalnym), duży (szeroki zakres usług, długa obecność na rynku, zasięg ponadregionalny).

Dowód – „*Porównanie ofert budowy infrastruktury technicznej i dostarczenia usług telekomunikacyjnych i dostępu do Internetu dla Mieszkańców osiedla Złota Podkowa*” k. 206-213 akt RWR 410-7/07/WS;

Ostatecznie z „Tabeli wyniku oceny ofert” wynika, iż :

- a) oferta Dialog otrzymała ocenę (z wzgl. wagi) w wys. 2,2075, w tym : Technologie (0,65), Marketing (0,6), Oferta dla Klienta – telefonia (0,42), Oferta dla Klienta – Internet (0,2375), Aspekt przyszłościowy i rozwojowy (0,3);
- b) oferta Fine Media otrzymała ocenę (z wzgl. wagi) w wys. 1,788, w tym : Technologie (0,525), Marketing (0,05), Oferta dla Klienta – telefonia (0,45), Oferta dla Klienta – Internet (0,5625), Aspekt przyszłościowy i rozwojowy (0,2);
- c) oferta Internet Union otrzymała ocenę (z wzgl. wagi) w wys. 1,8, w tym : Technologie (0,4125), Marketing (0,05), Oferta dla Klienta – telefonia (0,6), Oferta dla Klienta – Internet (0,6375), Aspekt przyszłościowy i rozwojowy (0,1).

W ramach aspektu „marketing” Dialog uzyskał maksymalną ilość punktów, natomiast Fine Media minimalną ilość. Zwraca uwagę fakt, iż oferta Fine Media została oceniona wyżej niż oferta Dialog w aspekcie „Oferta dla Klienta”, co oznacza, iż była korzystniejsza dla nich cenowo.

2.8. Oceniając na wniosek organu antymonopolowego ww kryteria wyboru Przedsiębiorcy m.in. wskazali, iż w aspekcie „technologia” Rafin nie był w stanie rzetelnie ocenić, jakie faktycznie inwestycje realizuje Fine Media a ponadto przypisał im niżej punktowane „kable skrętkowe”, podczas gdy w rzeczywistości stosują oni kable światłowodowe (wyżej punktowane), zaś kable miedziane (skrętkowe) stosują oni wyłącznie w obrębie budynku, pomiędzy szafą dystrybucyjną a lokalami mieszkańców. Ponadto Przedsiębiorcy zakwestionowali obiektywizm oceny w aspekcie „marketing” jak również prawidłowość ustalenia wag wg aspektów wskazując, iż najistotniejszy aspekt w procedurze porównania ofert, czyli *oferta dla klienta końcowego w zakresie telefonii i Internetu* uzyskał wagę zaledwie 45%.

Dowód – zestawienie k. 78, pismo Przedsiębiorców k. 92 akt akt głównych;

W ocenie Rafin najatrakcyjniejszą ofertą była oferta Dialog, gdyż :

„ 1. zastosowana technologia światłowodowa – najnowocześniejsza wśród dostępnych na rynku, gwarantująca wysoką jakość dostarczanych usług oraz ich rozwój, bez

- konieczności rozbudowy infrastruktury (zapowiedź uruchomienia jeszcze w bieżącym roku telewizji interaktywnej i włączenie jej do pakietu usług na osiedlu),
2. nieco wyższe koszty usług dla Klientów zrównoważone wartościami dodatnimi – działania w zakresie Klubu Klienta, w tym oferta darmowych biletów dla Mieszkańców osiedla na imprezy kulturalne i sportowe organizowane oraz współorganizowane przez Dialog,
 3. deklaracja w dalszy rozwój usług teleinformatycznych, w tym na terenie osiedla Złota Podkowa – nadanie mu statusu „osiedla modelowego dla usług DIALOG”,
 4. zaoferowanie wspólnych działań marketingowych i public relations,
 5. posiada stabilną sytuację i ugruntowaną pozycję na rynku – jest znana i ma dobre konotacje wśród szerokiej opinii społecznej, co gwarantuje ciągłość umowy i pełne jej zrealizowanie wraz z opcją rozszerzenia zakresu.”

Dowód – wyniki oceny k. 211 akt RWR 410-7/07/WS;

2.9. W dniu 25 września 2007 r. Rafin i Dialog zawarli umowę nr UM/IU/000130/2007. Jej przedmiotem, zgodnie z § 1, było :

- udostępnienie Dialog przez Rafin nieruchomości, w celu zainstalowania urządzeń telekomunikacyjnych, przeprowadzania linii kablowych do nieruchomości, przeprowadzenia ich w budynkach, budowa Sieci Wewnętrznych (nomenklatura i pisownia zastosowana w Umowie) w udostępnionych szachtach teletechnicznych, dystrybucyjnych in.; zgodnie z pkt 5 „słowniczka pojęć” zawartego w umowie, pod pojęciem „nieruchomości” należy rozumieć grunt wraz z posadowionymi na nim budynkami, zlokalizowany przy ul. Zwycięskiej i Kawalerzystów we Wrocławiu, objęty działkami oznaczonymi geodezyjnie jako : dz. Nr 5/32, 5/33, 5/34, 5/36, 5/37, 5/40, 5/53 AM 10, Obręb Partynice, na których to działkach są lub będą zlokalizowane budynki oznaczone nr : A, B, C, D, E, G, H-I, J;
- ustalenie warunków korzystania przez Dialog z nieruchomości, w celu zapewnienia usług telekomunikacyjnych Rafin oraz mieszkańcom budynków osiedla, budowanego przez Rafin,
- sprzedaż na rzecz Dialog Sieci Wewnętrznych, znajdujących się w budynku, ozn. jako budynek B (budynek wzniesiony w ramach I-go etapu inwestycji); jednocześnie strony określiły, iż w zakresie tego budynku wchodzić będzie 36 przyłączy abonenckich,
- wybudowanie przez Dialog Sieci Wewnętrznych w pozostałych budynkach, które znajdują się w dacie zawarcia umowy na Osiedlu, lub powstaną w przyszłości,
- korzystanie przez Dialog z Sieci Wewnętrznych już wybudowanych przez Rafin w budynku D (budynek wzniesiony w ramach I-go etapu inwestycji).

Umowa zawarta została na lat 10. Nie zawiera zapisów, gwarantujących spółce Dialog w jakimkolwiek zakresie wyłączność na świadczenie usług telekomunikacyjnych na osiedlu „Złota Podkowa” we Wrocławiu.

Dowód – pismo Dialog k. 136, k. 204 – 205, umowa k. 244 – 250 akt RWR 410-7/07/WS; pismo Rafin k. 74-75 akt głównych;

2.10. Celem wszechstronnego wyjaśnienia sprawy organ antymonopolowy zwrócił się do projektantów instalacji telefonicznych na osiedlu „Złota Podkowa” m.in. z pytaniem :

- 1) czy zgodnie z projektami instalacji telefonicznej, istnieje techniczna możliwość położenia w objętych projektami budynkach instalacji telekomunikacyjnej więcej niż jednego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, jeżeli tak, to w stosunku do ilu przedsiębiorców telekomunikacyjnych takie techniczne możliwości istnieją,

2) czy istnieją jakieś techniczne lub funkcjonalne ograniczenia w możliwości położenia instalacji więcej aniżeli jednego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego w projektowanych przez Państwo budynkach.

Z uzyskanych informacji wynika, iż :

- Autorem projektów instalacji telefonicznych w mieszkaniach położonych w budynkach A, B, C, D, E (budynki I etapu) jest wrocławska firma ARCH-E. Do każdego z ww mieszkań zaprojektowany został trzyparowy przewód wprowadzony do prefabrykowanego bloku kablowego. W typowym bloku kablowym można prowadzić dużą ilość instalacji i brak jest przeszkód, aby ułożyć dodatkowe instalacje. W zaprojektowanych szachtach multimedialnych jest dodatkowe miejsce na położenie więcej linii telefonicznych aniżeli dwóch.

Dowód – pismo ARCH-E k. 94 i 140 akt głównych;

- Autorem projektów instalacji telefonicznych w budynkach G, HI, J (budynki II etapu) jest firma BB Studio ZREMB z Wrocławia. Projektant wykonał projekt według zaleceń TP S.A., tj. instalacja została tak zaprojektowana, aby mogła być eksploatowana przez dwóch niezależnych operatorów sieciowych. Nie oznacza to jednak , iż nie jest możliwe położenie instalacji dodatkowych operatorów. Decyzja w tej kwestii należy wyłącznie do inwestora (poprzez zlecenie tzw. projektu zamiennego)

Dowód – pismo BB Studio ZREMB k. 99 i k. 139 akt głównych;

- Autorem projektów instalacji telefonicznych w budynkach K, L, M, N (budynki III etapu) jest ORKA Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu. W ww budynkach nie ograniczono, w projektach instalacji, ilości operatorów telekomunikacyjnych, pozostawiając powyższe kwestie do rozwiązania na etapie projektu wykonawczego. Tym niemniej projektant oświadczył, iż „nie ma żadnych technicznych ograniczeń, które uniemożliwiałyby podłączenie do zaprojektowanych szachów większej ilości operatorów. Tym bardziej, że standardowym rozwiązaniem w tego rodzaju budynkach jest ułożenie w każdym szachcie wieloparowego kabla, do którego można podłączyć wielu różnych operatorów, w zależności od zapotrzebowania mieszkańców.”

Dowód – pismo ORKA Sp. z o.o. k. 100 i k. 102 akt głównych;

2.11. Przedsiębiorcy mają możliwość, co do zasady, świadczenia usług telefonii stacjonarnej (usługi telefoniczne i dostęp do Internetu) w obrębie osiedla „Złota Podkowa” w oparciu o art. 139 Prawa telekomunikacyjnego. Zgodnie z ust. 1 i 2 powołanego artykułu, *Operator publicznej sieci telekomunikacyjnej jest obowiązany umożliwić innym operatorom publicznym sieci telekomunikacyjnych oraz podmiotom, o których mowa w art. 4 (nie dotyczy Przedsiębiorców – uwaga własna), dostęp do budynków i infrastruktury telekomunikacyjnej, a w szczególności zakładanie, eksploatację, nadzór i konserwację urządzeń telekomunikacyjnych, jeżeli wykonanie tych czynności bez uzyskania dostępu do budynków i infrastruktury telekomunikacyjnej jest niemożliwe lub niecelowe z punktu widzenia planowania przestrzennego, zdrowia ludzkiego, ochrony środowiska lub bezpieczeństwa i porządku publicznego. Warunki zapewnienia dostępu, w zakresie, o którym mowa w ust. 1, operatorzy ustalają w umowie, która powinna być zawarta w terminie 30 dni od dnia wystąpienia o jej zawarcie. Zgodnie z art. 2 pkt 27 operatorem publicznym jest przedsiębiorca telekomunikacyjny, a*

więc przedsiębiorca lub inny podmiot uprawniony do wykonywania działalności gospodarczej na podstawie odrębnych przepisów, który wykonuje działalność gospodarczą polegającą na dostarczaniu sieci telekomunikacyjnych, udogodnień towarzyszących lub świadczeniu usług telekomunikacyjnych (Krasuski Andrzej, *Najnowsze wydanie: Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2007 Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis wydanie II, komentarz do art. 26). Operatorem publicznym jest więc Dialog oraz TP SA., a nie są Przedsiębiorcy, którzy są przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi w rozumieniu art. 2 pkt 27 ustawy Prawo Telekomunikacyjne. Podkreślenia wymaga jednak, iż hipotetyczna możliwość świadczenia usług przez Przedsiębiorców poprzez dostęp telekomunikacyjny, a więc poprzez sieci operatora publicznego, odnosi się wyłącznie do sieci Dialog, który posiada nowoczesne sieci telekomunikacyjne tzw. nowej generacji (Next Generation Networks) przy wykorzystaniu technologii dostępowej MetroEthernet (sieć światłowodowa). Na bazie tej technologii Dialog realizuje głównie usługi telefonii oraz dostępu do Internetu. Sieć TP S.A., zbudowana w starszej technologii i nie nadaje się do świadczenia usług przez Przedsiębiorców w trybie dostępu telekomunikacyjnego.

Dowód – pismo Przedsiębiorców k. 72 akt głównych;

2.12. Powyższa możliwość uzyskania tzw. dostępu telekomunikacyjnego (pojęcie zdefiniowane w art. 2 pkt 6 Prawa telekomunikacyjnego) jest mniej korzystna dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych aniżeli możliwość świadczenia usług w oparciu o własne sieci telekomunikacyjne, głównie z uwagi na :

- długotrwałość procedury uzyskania tego dostępu (często, wobec braku współdziałania operatora publicznego, konieczna jest interwencja Prezesa UKE dokonywana w trybie art. 27 Prawa telekomunikacyjnego - *Art. 27. 1. Prezes UKE może, na pisemny wniosek każdej ze stron negocjacji o zawarcie umowy o dostępie telekomunikacyjnym albo z urzędu, w drodze postanowienia, określić termin zakończenia negocjacji o zawarcie tej umowy, nie dłuższy niż 90 dni, licząc od dnia wystąpienia z wnioskiem o zawarcie umowy o dostępie telekomunikacyjny. 2. W przypadku niepodjęcia negocjacji, odmowy dostępu telekomunikacyjnego przez podmiot do tego obowiązany lub niezawarcia umowy w terminie, o którym mowa w ust. 1, każda ze stron może zwrócić się do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji w sprawie rozstrzygnięcia kwestii spornych lub określenia warunków współpracy. 3. Wniosek, o którym mowa w ust. 2, powinien zawierać projekt umowy o dostępie telekomunikacyjnym, zawierający stanowiska stron w zakresie określonym ustawą, z zaznaczeniem tych części umowy, co do których strony nie doszły do porozumienia. 4. Strony są obowiązane do przedłożenia Prezesowi UKE, na jego żądanie, w terminie 14 dni, swoich stanowisk wobec rozbieżności oraz dokumentów niezbędnych do rozpatrzenia wniosku.);*

- konieczność uiszczania opłaty za dostęp do sieci (opłata wnoszona na rzecz właściciela sieci). Różnica pomiędzy kosztem świadczenia usługi telekomunikacyjnej w oparciu o własną i obcą sieć, sprowadza się do różnicy pomiędzy kosztem wybudowania i utrzymania pętli lokalnej (którego nie ponosi operator świadczący usługi na bazie obcej sieci) a kosztem opłaty za dostęp do sieci innego operatora (którą należy wnosić na rzecz właściciela sieci). Różnica ta jest na korzyść usługi opartej o własną sieć. Przykładowa informacja o wysokości różnicy w kosztach świadczenia usługi telefonii stacjonarnej na własnej sieci Fine Media i cudzej infrastrukturze, tj. infrastrukturze Telefonii Dialog S.A., została, na wniosek Fine Media, postanowieniem Prezesa Urzędu nr 59/2008 z dnia 28 lutego 2008 r. uznana za „tajemnicę przedsiębiorstwa” w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U.z 2003 r. Nr153, poz. 1503 ze zm.) i w konsekwencji Prezes Urzędu ograniczył stronie

postępowania, tj. Raffin prawo wglądu do ww informacji. Informacja o wysokości różnicy w kosztach świadczenia usługi telefonii stacjonarnej na własnej sieci Fine Media i cudzej infrastrukturze, tj. infrastrukturze Dialog stanowi załącznik nr 1 do niniejszej Decyzji;

- zależność od operatora, z sieci którego się korzysta. Wprowadza to niestabilność w świadczeniu usług, dodatkowy czynnik ryzyka. Zarówno klient końcowy jak i operator alternatywny nie ma pewności co do zachowania kosztu w przyszłości,
- oferta cenowa dla odbiorców końcowych, w tym głównie dla konsumentów, jest droższa, aniżeli oferta usług, świadczonych w oparciu o własną sieć, na skutek konieczności doliczenia opłaty za dostęp do sieci,
- w przypadku chęci utrzymania cen dla konsumentów przez przedsiębiorcę, następuje zmniejszenie jego zysku a w konsekwencji ograniczenie środków na inwestycje i zmniejszenie konkurencyjności,
- operator, którego sieć służy do świadczenia usług innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym poprzez tzw. dostęp telekomunikacyjny, może dużo wcześniej niż inni operatorzy zaproponować klientom swoje usługi, przez co uzyskuje uprzywilejowaną pozycję w stosunku do nich.

Dowód – pismo Przedsiębiorców k. 232, pismo Dialog – zał. Nr 1 do akt RWR 410-7/07/WS; pismo Przedsiębiorców k. 5 i k. 114 – 115 akt głównych; załącznik nr 1 do akt głównych, zawierający dane objęte tajemnicą przedsiębiorstwa;

2.13. Organ antymonopolowy zwrócił się pismem z dnia 29 maja 2008 r. do Telefonii Dialog S.A. z pytaniem, czy Przedsiębiorcy, mogą uzyskać dostęp telekomunikacyjny do świadczenia usług na osiedlu „Złota Podkowa” we Wrocławiu za pomocą sieci Telefonii Dialog SA – jeżeli tak, to na jakich warunkach i w jakim terminie od złożenie ew. wniosku. Pismem z dnia 23 czerwca 2008 r. Dialog poinformował, iż Przedsiębiorcy nie zwracali się dotąd do niego o uzyskanie dostępu telekomunikacyjnego. W przypadku, gdyby taki wniosek wpłynął, Dialog rozpocząłby komercyjne negocjacje zmierzające do zawarcia umowy o dostęp telekomunikacyjny. Dialog podkreślił, iż :

- nie sposób jednoznacznie określić dla takiego wniosku warunków umowy oraz terminu jej zawarcia, bowiem jej zawarcie jest wynikiem negocjacji stron,

- Dialog w razie wpłynięcia takiego wniosku „musi (...) zweryfikować swoje możliwości techniczne dla zawarcia ewentualnej umowy o dostęp telekomunikacyjny oraz zasadność wniosku”,

- każdy taki wniosek jest rozpatrywany indywidualnie, zaś termin do zawarcia umowy o dostęp telekomunikacyjny w wyniku jego złożenia „jest uzależniony od przebiegu negocjacji stron”.

Dowód – pismo Telefonii Dialog S.A. k. akt głównych;

3. Mając na uwadze zebrany materiał dowodowy, Prezes Urzędu zważył, co następuje :

3.1. Określenie zarzutów

Rafin Sp. z o.o. – Sp. k. z siedzibą we Wrocławiu postawiony został zarzut stosowania :

- praktyki ograniczającej konkurencję, polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku dostępu do instalowania sieci telekomunikacyjnej w nowo budowanych zasobach mieszkaniowych na osiedlu „Złota Podkowa”, zlokalizowanym na terenie dzielnicy Krzyki we Wrocławiu, w następstwie :

- odmowy przedsiębiorcom telekomunikacyjnym Wojciechowi Wronie i Grzegorzowi Kałuży prowadzącym działalność gospodarczą w formie „Fine Media” s.c. z siedzibą we Wrocławiu, udzielenia zgody na instalowanie na osiedlu „Złota Podkowa” urządzeń telekomunikacyjnych, przeprowadzania linii kablowych a w konsekwencji odmowy zgody na świadczenie usług telekomunikacyjnych,

tj. praktyki mogącej stanowić naruszenie art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

3.2. Określenie relacji między przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów a przepisami Prawa telekomunikacyjnego

Oceniając zachowanie Rafin na gruncie art. 9 ustawy o ochronie (...) należy w pierwszej kolejności odnieść się do zarzutu tej Spółki, sformułowanego w odwołaniu do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 7 grudnia 2005 r. sygn. akt III SZP 3/05, iż w takim zakresie, w jakim przedmiotem regulacji Prawa Telekomunikacyjnego jest problematyka prawna ochrony konkurencji, przepisy Prawa Telekomunikacyjnego mają charakter regulacji ustawowej szczególnej (*lex specialis*) względem ogólnych zasad dotyczących problematyki ochrony konkurencji i konsumentów (*lex generalia*). Chodzi zwłaszcza o kolizję z przepisami, ustanawiającymi odrębną procedurę uzyskiwania prawnej możliwości instalowania przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych na nieruchomościach osób trzecich swoich urządzeń telekomunikacyjnych, tj. art. 140 Prawa telekomunikacyjnego i pozostającego z nim w związku art. 124 ustawy o gospodarce nieruchomościami. Gdyby zatem przyjąć ten punkt widzenia na wzajemne relacje obu ustaw, to pierwszeństwo stosowania miałyby ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo Telekomunikacyjne, zaś stosowanie ustawy o ochronie (...) byłoby wyłączone.

Powyższe wynika z faktu, iż Prawo Telekomunikacyjne w art. 140 ustaliło szczególny tryb postępowania w przypadkach podejmowania przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych starań o zainstalowanie na nieruchomości urządzeń telekomunikacyjnych. Zgodnie z powołanymi przepisami właściciel lub użytkownik wieczysty nieruchomości jest obowiązany umożliwić operatorom (przedsiębiorcom telekomunikacyjnym), instalowanie na nieruchomości urządzeń telekomunikacyjnych, przeprowadzanie linii kablowych pod, na albo nad nieruchomością oraz umieszczanie tabliczek informacyjnych o urządzeniach, a także ich eksploatację i konserwację, jeżeli nie uniemożliwia to racjonalnego korzystania z nieruchomości. Warunki korzystania z nieruchomości przez operatora ustala się w umowie, która powinna być zawarta w terminie 30 dni od dnia wystąpienia przez operatora o jej zawarcie. Korzystanie z nieruchomości jest odpłatne, chyba że linia lub urządzenia telekomunikacyjne służą zapewnianiu telekomunikacji właścicielowi lub użytkownikowi nieruchomości, na ich wniosek.

Jeżeli strony nie zawrą umowy w terminie, stosuje się – na podstawie powołanego wyżej art. 140 Prawa telekomunikacyjnego - przepisy art. 124 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2000 r. Nr 46, poz. 543,). Powyższy przepis ustala, iż starosta, wykonujący zadanie z zakresu administracji rządowej, może ograniczyć, w drodze decyzji, sposób korzystania z nieruchomości przez udzielenie zezwolenia na zakładanie i przeprowadzenie na nieruchomości ciągów drenażowych,

przewodów i urządzeń służących do przesyłania płynów, pary, gazów i energii elektrycznej oraz urządzeń łączności publicznej i sygnalizacji, a także innych podziemnych, naziemnych lub nadziemnych obiektów i urządzeń niezbędnych do korzystania z tych przewodów i urządzeń, jeżeli właściciel lub użytkownik wieczysty nieruchomości nie wyraża na to zgody. Ograniczenie to następuje zgodnie z planem miejscowym, a w przypadku braku planu, zgodnie z decyzją o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego. Zezwolenie może być udzielone z urzędu albo na wniosek organu wykonawczego jednostki samorządu terytorialnego, innej osoby lub jednostki organizacyjnej. Udzielenie zezwolenia powinno być poprzedzone rokowaniami z właścicielem lub użytkownikiem wieczystym nieruchomości o uzyskanie zgody na wykonanie ww prac (art. 124 ust. 3). Rokowania przeprowadza osoba lub jednostka organizacyjna zamierzająca wystąpić z wnioskiem o zezwolenie. Do wniosku należy dołączyć dokumenty z przeprowadzonych rokowań. Prezes UKE może występować w postępowaniu spornym na prawach strony.

Wypada ponownie wskazać, iż Przedsiębiorcy usiłowali skorzystać z tej drogi zainstalowania na nieruchomości urządzeń telekomunikacyjnych, jednakże bez skutku (na skutek braków formalnych wniosku został on zwrócony – vide : pkt. 2.6. niniejszej Decyzji).

Problematyka relacji między przepisami prawa antymonopolowego, tj. ustawy o ochronie (...), a przepisami tzw. ustaw regulacyjnych, do których zalicza się Prawo telekomunikacyjne, należy do jednego z najtrudniejszych współcześnie zagadnień szeroko rozumianego prawa konkurencji (J. Baehr, A. Stawicki: Prawo energetyczne jako *lex specialis* w stosunku do przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (w:) red. C. Banasiński: Prawo konkurencji - stan obecny oraz przewidywane kierunki zmian, Warszawa 2006, str. 137). W okresie poprzedzającym uchwalenie ustawy z dnia 21 lipca 2000 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 73, poz. 852), zastosowanie przepisów prawa antymonopolowego do działalności operatorów telekomunikacyjnych nie budziło żadnych wątpliwości (np. wyroki Sądu Antymonopolowego z dnia 20 maja 1998 r. XVII Ama 4/98; z dnia 31 grudnia 1997 r. XVII Ama 45/97; z dnia 5 lutego 1997 r. XVII Ama 70/96 i in.). Na tle poprzednio obowiązującego Prawa telekomunikacyjnego z 2000 r. zasadniczo również pogląd ten został podtrzymany pomimo, iż w przeciwieństwie do obowiązującej obecnie ustawy - Prawo telekomunikacyjne z 2004 r., ustawa - Prawo telekomunikacyjne z 2000 r. nie zawierała przepisu, który w sposób generalny określałby relacje między przepisami ustawy a przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Regulacja wzajemnych relacji miała charakter szczątkowy.

Odnotować należy jednak pojawiające się w orzecznictwie poglądy, zgodnie z którymi przepisy Prawa telekomunikacyjnego stanowią w całości *lex specialis* w stosunku do przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, skutkiem czego zastosowanie przepisów tej ostatniej ustawy jest wyłączone w sprawach dotyczących dostępu do sieci telekomunikacyjnej (uchwała Sądu Najwyższego z 7 grudnia 2005 r. III SZP 3/2005 OSNP 2006/7-8 poz. 124; wyrok SOKiK z 31 sierpnia 2006 r. sygn. akt XVII AmA 76/05).

Powyższe poglądy nie utrwaliły się w orzecznictwie. Prezes Urzędu reprezentuje pogląd, zawarty w wyroku Sądu Najwyższego z 19 października 2006 r., sygn. akt III SK 15/06, zgodnie z którym *wzajemny stosunek między postanowieniami Prawa telekomunikacyjnego a przepisami uokik należy ustalić na podstawie art. 3 uokik. Zgodnie z art. 3 pkt 1 uokik przepisów ustawy nie stosuje się do ograniczeń konkurencji dopuszczonych na podstawie odrębnych ustaw. Z powyższego przepisu wynika ogólna zasada, zgodnie z którą przepisy uokik znajdują zastosowanie do wszystkich rynków, w*

tym do rynku telekomunikacyjnego, chyba że ustawa szczególna wyłącza w sposób generalny zastosowanie przepisów uokik lub nakazuje zachowania, które z punktu widzenia przepisów uokik należałoby uznać za praktyki ograniczające konkurencję. W braku wyraźnych uregulowań w przepisach ustawowych, stosowanie przepisów uokik nie jest wyłączone, jeżeli przepisy innej ustawy normują zachowania przedsiębiorców lub ustanawiają określone procedury dla rozpoznawania sporów. W myśl art. 3 przepisy ustawy nie znajdują zastosowania tylko do ograniczeń konkurencji przewidzianych w innych ustawach, co oznacza, że Prezes UOKiK nie może uznać za praktykę ograniczającą konkurencję, zachowania, które jest nakazane przez przepisy Prawa telekomunikacyjnego. Sąd Najwyższy podziela w pełni pogląd, zgodnie z którym przepisy prawa antymonopolowego znajdują zastosowanie do działalności przedsiębiorstw objętych regulacją we wszystkich tych przypadkach, w których przepisy regulacyjne pozostawiają im margines swobody działania (decyzja Komisji Europejskiej w sprawie Deutsche Telekom, Dz. Urz. UE L 2003.263.9). Zastosowanie reguł konkurencji zostaje wyłączone tylko wówczas, gdy skutek interwencji państwa reprezentowanego przez regulatora rynkowego przedsiębiorstwa działające na określonym rynku nie mają żadnej innej możliwości zachowania się, poza sposobem narzuconym im przez regulatora. Przedstawione powyżej stanowisko w przedmiocie relacji między przepisami prawa telekomunikacyjnego a prawem ochrony konkurencji potwierdza treść aktualnie obowiązującej ustawy Prawo telekomunikacyjne z 2004 r. Zgodnie z art. 1 ust. 3 tej ustawy „przepisy ustawy nie naruszają przepisów ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów”. Z treści tego przepisu doktryna jednogłośnie wywodzi zasadę (...) **dopuszczalności równoległego stosowania przepisów obu ustaw do tego samego stanu faktycznego** (S. Piątek: Prawo telekomunikacyjne - komentarz, Warszawa 2005, str. 22; A. Krasucki: Prawo telekomunikacyjne - komentarz, Warszawa 2005, str. 22).

Reasumując, brak jest w ocenie organu antymonopolowego prawnych przeszkód do oceny stanu faktycznego sprawy z punktu widzenia przepisów ustawy o ochronie (...).

3.3. Naruszenie interesu publicznego.

Wobec przesądzenia zagadnienia wstępnego opisanego w pkt. 3.2. niniejszej Decyzji w kierunku stosowania ustawy o ochronie (...) do oceny stanu faktycznego, rozważenia w dalszej kolejności wymaga, czy w sprawie niniejszej naruszony został interes publicznoprawny. Zgodnie z opisanym w art. 1 ust. 1 celem ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, „ustawa określa 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 interesu ogólnospołecznego. Powyższe przesądza o wyłączeniu możliwości podejmowania przez organ antymonopolowy działań w celu ochrony interesów indywidualnych. Taką interpretację potwierdza orzecznictwo Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (d. Sądu Antymonopolowego). W wyroku z dnia 28.05.2001 (sygn. akt XVII Ama 82/00) sąd stwierdził, że „postępowanie antymonopolowe nie może dotyczyć spraw jednostkowych”. Podobnie w uzasadnieniu do wyroku z dnia 4.07.2001 (sygn. akt XVII Ama 108/00) Sąd Antymonopolowy zajął stanowisko, że: „interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien być on ustalony i konkretyzowany. Organ administracji - Prezes Urzędu winien być w toku i przy wydawaniu decyzji rzecznikiem tego interesu, albowiem wynika to z jego zadań w strukturze administracji publicznej - art. 7 k.p.a. Takie stanowisko wyraził również Sąd Najwyższy, który w uzasadnieniu wyroku z dnia 29.05.2001 r. (sygn. I CKN 1217/98) stwierdził, że „ustawa

antymonopolowa ma charakter publicznoprawny, zatem jej celem jest słuzenie interesom publicznym. Ingeruje, gdy w wyniku pewnych ogólnych zjawisk zagrożona jest sama instytucja konkurencji. Nie odnosi się do ochrony roszczeń indywidualnych (...)”.

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*”.

Należy zatem stwierdzić, że nie każde naruszenie prawa w stosunkach cywilno-prawnych kwalifikuje sprawę do postępowania w trybie ww. ustawy. Zawsze decyduje o tym naruszenie przez przedsiębiorcę, w następstwie stosowania praktyk ograniczających konkurencję, interesu publicznoprawnego. Ochrona wolnej konkurencji dokonuje się bowiem w interesie publicznym - a więc co do zasady - nie w interesie stron stosunków umownych. Odmienne niż to ma miejsce w postępowaniu cywilnym ukierunkowanym na ochronę praw podmiotowych stron, postępowanie w trybie ustawy o ochronie (...) ma za swój przedmiot ochronę interesu publicznoprawnego, a więc ma to miejsce wtedy, gdy skutkami działań sprzecznych z ustawą dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku, bądź gdy wywołują one inne niekorzystne zjawiska na rynku wymagające ingerencji ze strony organów działających w trybie tej ustawy.

W niniejszej sprawie postępowanie dotyczy nadużycia pozycji dominującej na lokalnym rynku dostępu do instalowania sieci telekomunikacyjnej w nowo budowanych zasobach mieszkaniowych na osiedlu „Złota Podkowa”. Powyższe działanie może naruszać interesy uczestników tego rynku zarówno po stronie podażowej rynku tj. przedsiębiorców telekomunikacyjnych, jak również uczestników rynku po jego stronie popytowej (odbiorców usług). Nadużycie pozycji dominującej może mieć bowiem skutek społeczny, dotyczący interesów wszystkich kontrahentów (klientów) danego przedsiębiorcy oraz jego konkurentów, wobec czego do prowadzonej przed Prezesem Urzędu, sprawy mają zastosowanie przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Wobec powyższego niniejsze postępowanie antymonopolowe niewątpliwie toczy się w interesie publicznym a nie w indywidualnym. Zamknięcie rynku lokalnego dla innych, aniżeli TP S.A. czy Telefonii Dialog S.A. przedsiębiorców telekomunikacyjnych, co do zasady, może potencjalnie uderzać w konkurencję, eliminując ją lub znacznie ograniczając. W interesie publicznym leży bowiem 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.**

3.4. Rynek właściwy

Ponieważ zachowania przedsiębiorców odbywają się w strukturze rynkowej, istotne znaczenie ma określenie rynku właściwego w niniejszej sprawie.

Art. 4 pkt 9 ww. ustawy rynek właściwy definiuje jako rynek towarów, które ze względu na swe przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich

nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na rodzaj oraz właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Zgodnie z ukształtowanymi poglądami doktryny i orzecznictwem, rynek właściwy wyznacza rynek w ujęciu produktowym (towar) i rynek w ujęciu geograficznym (terytorium).

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 wyznaczony 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 przeznaczenie i parametry użytkowe. 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 (...) są również usługi (art. 4 pkt 7 ustawy).

W sprawie niniejszej przedmiotem postępowania była ocena dopuszczalności odmowy przez Rafin udostępnienia nowo budowanych zasobów mieszkaniowych na osiedlu „Złota Podkowa” we Wrocławiu do instalowania sieci telekomunikacyjnej przez Przedsiębiorców. Dostęp taki jest niezbędny Przedsiębiorcom, jeżeli chcą oni świadczyć usługi telekomunikacyjne z zachowaniem ich konkurencyjności w stosunku do operatorów publicznych (Dialog, TP S.A.). Podkreślić bowiem należy, iż z punktu widzenia Przedsiębiorców dla świadczenia usług telekomunikacyjnych w ww zasobach w oparciu o własne sieci nie stanowi bliskiego substytutu możliwość ich świadczenia w inny, aniżeli w oparciu o własne sieci, sposób. W szczególności alternatywy nie stanowi świadczenie tych usług za pomocą sieci operatora publicznego, tj. Dialog, na podstawie art. 139 Prawa telekomunikacyjnego poprzez tzw. dostęp telekomunikacyjny. Powyższe ograniczenie 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 lub też zmniejszenie zysku i in. (co zostało szczegółowo opisane w pkt. 2.12. niniejszej Decyzji). W konsekwencji, sprawa dotyczy w istocie uzyskania możliwości położenia przez Przedsiębiorców odrębnej od operatorów publicznych sieci telekomunikacyjnej celem następnie świadczenia usług telefonicznych oraz dostępu do Internetu. Możliwość położenia (budowy) tej sieci jest ściśle związana z uzyskaniem zgody właściciela nieruchomości, tj. developera (Rafin).

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

Rynkiem właściwym w ujęciu geograficznym jest obszar, na którym warunki konkurencji są podobne lub dostatecznie jednolite. W rozpatrywanej sprawie zakres rynku właściwego w ujęciu geograficznym wyznaczony jest granicami (obrębem) nowobudowanego osiedla „Złota Podkowa”, zlokalizowanego w południowo-zachodniej części wrocławskiej dzielnicy Krzyki, przy ul. Zwycięskiej, objętego działkami oznaczonymi geodezyjnie jako dz. Nr 5/32, 5/33, 5/34, 5/36, 5/37, 5/40, 5/53 AM 10, Obręb Partynice (jak to już wskazano w pkt 2.2. niniejszej Decyzji, docelowo osiedle ma

liczyć 936 mieszkań i ok. 2500 osób), gdyż możliwość instalowania infrastruktury telekomunikacyjnej uzależniona jest od zgody Rafin, jako właściciela działek i budynków. Powyższe uprawnienie wynika z normy art. 140 k.c., zgodnie z którym *w granicach określonych przez ustawy i zasady współżycia społecznego właściciel może, z wyłączeniem innych osób, korzystać z rzeczy zgodnie ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem swego prawa, w szczególności może pobierać pożytki i inne dochody z rzeczy. W tych samych granicach może rozporządzać rzeczą.* Z powyższego uprawnienia wynika m.in., iż żaden przedsiębiorca, w tym przedsiębiorca telekomunikacyjny, nie może prowadzić działalności gospodarczej, a w jej ramach również tworzyć infrastruktury technicznej mającej ją ułatwić, bez zgody Rafin. Podkreślenia wymaga, iż Rafin w istocie ustala reguły prowadzenia tej działalności na Osiedlu, zawierając w tym zakresie stosowne umowy.

Podkreślenia ponadto wymaga, iż na tym terenie doszło również do konkurencyjnej rywalizacji przedsiębiorców telekomunikacyjnych (m.in. Przedsiębiorców i Dialog) i jednocześnie jest to obszar ograniczony zasobami mieszkaniowymi dewelopera (Rafin). Jak to wskazano w pkt 2.12. niniejszej Decyzji, dostawa usług telefonii stacjonarnej własną siecią jest zdecydowanie bardziej opłacalna, aniżeli świadczenie takich usług w oparciu o dostęp telekomunikacyjny (korzystanie z sieci publicznego operatora sieci telekomunikacyjnej w trybie art. 139 Prawa telekomunikacyjnego), z uwagi głównie na konieczność ponoszenia dodatkowych kosztów w postaci opłaty za dostęp do sieci (opłata wnoszona na rzecz właściciela sieci), wpływających następnie na podwyższenie cen dla konsumentów. Wobec tego nie może stanowić alternatywy zarówno dla Przedsiębiorców jak i dla potencjalnych ich klientów – mieszkańców osiedla „Złota Podkowa” – świadczenie usług z pominięciem infrastruktury telekomunikacyjnej, która zostałaby zainstalowana przez Przedsiębiorców na ww osiedlu, albowiem usługa świadczona przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego posiadającego własną sieć jest bardziej rentowna od usługi świadczonej w oparciu o instytucję dostępu telekomunikacyjnego.

A zatem rynkiem właściwym w ujęciu geograficznym jest lokalny rynek ograniczony do terenu osiedla „Złota Podkowa” we Wrocławiu. Wypada dodać, iż rynek właściwy w ujęciu geograficznym ograniczony do osiedla mieszkaniowego (lub kilku osiedli) nie budził kontrowersji w dotychczasowym orzecznictwie Prezesa Urzędu oraz orzecznictwie sądowym (np. decyzja Prezesa z 20 maja 2005 r. Nr RLU 19/2005; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 29 maja 2007 r. sygn. akt VI ACa 1359/06; wyrok SOKiK z dnia 14 grudnia 2007 r. sygn. akt XVII AmA 130/07).

Ostatecznie rynkiem właściwym w niniejszej sprawie jest lokalny rynek udostępniania nowo budowanych zasobów mieszkaniowych na osiedlu „Złota Podkowa”, zlokalizowanym na terenie dzielnicy Krzyki we Wrocławiu, do instalowania sieci telekomunikacyjnej.

3.5. Pozycja dominująca

Zgodnie z art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie (...) przez pozycję dominującą rozumie się pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów; domniemywa się, że

przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40 %.

Na określonym wyżej rynku właściwym tj. lokalnym rynku dostępu do instalowania sieci telekomunikacyjnej w nowo budowanych zasobach mieszkaniowych na osiedlu „Złota Podkowa”, Rafin jest właścicielem zarówno działek gruntu jak i posadowionych na nich budynków. Z racji przysługującego Rafin prawa własności nieruchomości, jest on jedynym podmiotem mogącym udzielić zgody na instalowanie sieci telekomunikacyjnych w nowo budowanych zasobach mieszkaniowych na osiedlu „Złota Podkowa”. W związku z tym należy stwierdzić, iż na wyżej opisanym rynku posiada on 100 % udziału, nie spotykając się z jakąkolwiek konkurencją, a zatem posiada on kwalifikowaną pozycję dominującą (pozycję monopolistyczną).

3.6. Status przedsiębiorcy

Przedmiotem postępowania są praktyki dotyczące nadużywania pozycji dominującej przez przedsiębiorcę (art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie...). Definicja legalna pojęcia „przedsiębiorca” zawarta jest w art. 4 ustawy o ochronie (...). 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 o swobodzie działalności gospodarczej. Jak wynika z odpisu KRS Rafin, jest on przedsiębiorcą wedle przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. - O swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 173, poz. 1807 z póź. zm.), a zatem uznać go należy również za przedsiębiorcę w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie (...).

3.7. Zarzut naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie (...)

3.7.1. Przesłanki zastosowania art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie (...) - wprowadzenie

Istota praktyki ograniczającej konkurencję, zakazanej art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie (...), 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 (...) za ograniczającą konkurencję, przedsiębiorca musi spełnić dwie przesłanki :

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

Jak wykazano wyżej w pkt. 3.5. Rafin posiada pozycję dominującą na lokalnym rynku udostępniania nowo budowanych zasobów mieszkaniowych na osiedlu „Złota Podkowa” do instalowania sieci telekomunikacyjnej **Tym samym spełniona została pierwsza z przesłanek niezbędnych do stwierdzenia praktyki z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie (...).**

3.7.2. Przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji

Do stwierdzenia praktyki zakazanej art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie (...) konieczne jest spełnienie drugiej przesłanki - nadużywanie 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 organizacyjnie połączonych ze sobą, na które może on wpływać ze względu na posiadaną pozycję na rynku pierwszym. Praktyka wymieniona w art. 9 ust.2 pkt 5 ustawy o ochronie (...) 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 nadużycia pozycji dominującej przez Rafin sprowadza się do odmowy Przedsiębiorcom udzielenia zgody na instalowanie na osiedlu „Złota Podkowa” urządzeń telekomunikacyjnych, przeprowadzania linii kablowych a w konsekwencji odmowy zgody na świadczenie usług telekomunikacyjnych w oparciu o te urządzenia. Powyższa odmowa, dokonana na lokalnym rynku dostępu do instalowania sieci telekomunikacyjnej w nowo budowanych zasobach mieszkaniowych na osiedlu „Złota Podkowa”, przeciwdziała ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na powiązanim z tym rynkiem rynku usług telefonii stacjonarnej, na którym działają przedsiębiorcy telekomunikacyjni.

Zauważyć należy, iż zasadniczymi usługami oferowanymi przez Przedsiębiorców, chcących wejść na teren Osiedla Złota Podkowa i Dialogu, świadczącego tam usługi na podstawie umowy nr UM/IU/000130/2007, są usługi telekomunikacyjne w postaci usług telefonicznych oraz usług dostępu do Internetu. Usługi te należą do rynku usług telefonii stacjonarnej. Dla określenia tego rynku wypada skorzystać z dorobku orzeczniczego oraz doktrynalnego Komisji Wspólnot Europejskich (vide : *Dokument Roboczy Komisji o Nowych, Proponowanych Zasadach Regulacyjnych w Zakresie Sieci i Usług Komunikacji Elektronicznej. Projekt Wytocznych na temat analizy rynku oraz określenia znaczącej pozycji na rynku w rozumieniu Artykułu 14 proponowanej Dyrektywy o wspólnych zasadach regulowania sieci i usług komunikacji elektronicznej – COM /2001/175, final*). Komisja w sprawie nr IV/M.1430 – Vodafone/Airtouch oraz sprawie nr IV/M.1669 - Deutsche Teleksom/One2One dokonała, z punktu widzenia popytu, podziału rynku usług telekomunikacyjnych na usługi przenośne oraz usługi telefonii stacjonarnej. Do pierwszego rynku (tj. rynku usług przenośnych) Komisja zaliczyła usługi telekomunikacji przenośnej (komórkowe), do drugiego rynku zaś – pozostałe usługi telekomunikacyjne, w tym jako zasadnicze – usługi telefoniczne oraz usługi dostępu do Internetu.

Wskazać należy, iż z formalnego punktu widzenia uczestnikami tego rynku po stronie podażowej mogą być jedynie podmioty wpisane do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Jak to już wskazano w pkt. 2.1. niniejszej decyzji, powyższy rejestr prowadzi, na podstawie art. 10 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Zgodnie zaś z art. 10 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego, działalność telekomunikacyjna będąca działalnością gospodarczą jest działalnością regulowaną i podlega wpisowi do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

Pomimo powyższych wymogów formalnych, które spełniają Przedsiębiorcy oraz Dialog, a których nie spełnia Rafin, występuje w niniejszej sprawie współzależność obu rynków, tj. rynku udostępniania nowo budowanych zasobów mieszkaniowych do instalowania sieci telekomunikacyjnej oraz rynku usług telefonii stacjonarnej (usługi telekomunikacyjne w postaci usług telefonicznych oraz usług dostępu do Internetu).

Rafin, poprzez fakt udzielania zgody na świadczenie usług telefonii stacjonarnej w oparciu o własne sieci przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, wpływa jednocześnie na

konkurencję na tym rynku. Skutkiem odmowy zgody na instalowanie sieci i urządzeń telekomunikacyjnych jest bowiem faktyczne uniemożliwienie Przedsiębiorcom prowadzenia działalności gospodarczej na osiedlu „Złota Podkowa”, gdyż dostęp do terenu osiedla jest im niezbędny do zainstalowania urządzeń telekomunikacyjnych, przeprowadzania linii kablowych a w konsekwencji uzyskania technicznych możliwości świadczenia usług telekomunikacyjnych na tym osiedlu. Podkreślenia wymaga, iż alternatywy dla świadczenia usług telekomunikacyjnych w oparciu o własną sieć Przedsiębiorców nie stanowi dla nich świadczenie tych usług za pomocą sieci operatora publicznego, tj. Dialog, na podstawie art. 139 Prawa telekomunikacyjnego poprzez tzw. dostęp telekomunikacyjny, który jest z punktu widzenia zarówno Przedsiębiorców jak i konsumentów rozwiązaniem zdecydowanie gorszym (jak opisano to w pkt. 2.12. niniejszej Decyzji - 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 lub też zmniejszenie zysku i in.). W konsekwencji Rafin swoją odmową udzielenia zgody na instalowanie na osiedlu „Złota Podkowa” urządzeń telekomunikacyjnych i przeprowadzania linii kablowych wyeliminował potencjalną możliwość powstania konkurencji na rynku usług telefonii stacjonarnej na tym osiedlu. Wskazać należy przy tym, iż Rafin wyeliminował możliwość powstania efektywnej konkurencji na rynku usług telefonii stacjonarnej na osiedlu. *Przesłanka eliminacji konkurencji doprecyzowana została m.in. przez ETS w wyroku w sprawie Microsoft (sprawa T-201/04, Microsoft przeciwko Komisji). Wskazano w nim, iż nie wymaga ona wyeliminowania wszelkiej konkurencji (...). Przesłankę tę można uznać za spełnioną także w razie wystąpienia ryzyka wykluczenia wszelkiej efektywnej konkurencji (effective competition). Brak konkurencji „efektywnej” – tym samym występowanie tylko konkurencji „nieefektywnej” – oznacza zatem stan spełniający omawianą przesłankę (nie jest więc konieczna eliminacja wszelkiej konkurencji na danym rynku - zob. Konrad Kohutek, Małgorzata Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz, W-wa 2008, s. 392). W sprawie niniejszej wyeliminowana została zatem wszelka efektywna konkurencja. Na powyższą konstatację nie ma wpływu potencjalna możliwość świadczenia na ww osiedlu usług telekomunikacyjnych przez Przedsiębiorców w oparciu o dostęp telekomunikacyjny, gdyż gorsze warunki ich świadczenia, aniżeli w oparciu o własne sieci powoduje, że taka konkurencja byłaby nieefektywna.*

Podkreślenia wymagają również antykonsumenckie skutki tej praktyki – albowiem konsumenci pozbawieni zostali możliwości wyboru spośród ofert Dialogu i Przedsiębiorców, ubiegających się o świadczenie usług telefonii stacjonarnej na osiedlu. Wskazać należy, iż deklarowana przez Przedsiębiorców jakość techniczna tych usług była porównywalna z ofertą Dialog, zaś ceny niższe.

Analizując omawianą przesłankę praktyki z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie (...) należy podkreślić, iż rynek usług stacjonarnych powinien być co do zasady w pełni konkurencyjny. Tymczasem ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, że Rafin całkowicie wyeliminował Przedsiębiorców z tego rynku na terenie osiedla „Złota Podkowa”. Zebrany materiał dowodowy potwierdza fakt odmowy Przedsiębiorcom udzielenia zgody na instalowanie na osiedlu „Złota Podkowa” urządzeń telekomunikacyjnych, przeprowadzania linii kablowych a w konsekwencji odmowy zgody na świadczenie w oparciu o nie usług telekomunikacyjnych. Powyższe działanie nie daje się usprawiedliwić i przeciwdziała ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź ochrony konkurencji co najmniej z następujących powodów :

Po pierwsze – istnieją warunki techniczne umożliwiające zainstalowanie urządzeń telekomunikacyjnych i poprowadzenia linii kablowych kolejnych przedsiębiorców telekomunikacyjnych na osiedlu. Wbrew stanowisku Rafin, zgodnie z którym byłoby to niemożliwe, lub co najmniej „bardzo uciążliwe”, pisma projektantów instalacji telefonicznych na osiedlu „Złota Podkowa” wskazują na taką możliwość (vide k. 94, 99, 100 i 102). Należy podkreślić, iż brak jest przeszkód do położenia dodatkowych instalacji zarówno w szachtach teletechnicznych jak i poza nimi oraz w samych mieszkaniach. Należy również podnieść, iż w korespondencji z Przedsiębiorcami Rafin nie podnosił braku technicznych możliwości świadczenia usług przez kolejnego operatora, lecz akcentował brak potrzeb – według własnej oceny – świadczenia usług telekomunikacyjnych przez kolejnego operatora. Charakterystyczne jest pismo Rafin do Przedsiębiorców z dnia 26 lutego 2007 r., w którym Rafin poinformował ich, że potrzeby „w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych na terenie prowadzonej (...) inwestycji przy ul. Zwycięskiej we Wrocławiu zostały już w pełni zaspokojone przez innych operatorów”. Argumentacja o rzekomych problemach technicznych w ułożeniu na osiedlu sieci Przedsiębiorców pojawiła się dopiero na etapie postępowania przed Prezesem Urzędu, który to fakt dodatkowo poddaje w wątpliwość jej obiektywizm.

Po drugie – obowiązek udostępnienia nieruchomości operatorom (przedsiębiorcom telekomunikacyjnym), celem instalowania na nieruchomości urządzeń telekomunikacyjnych, przeprowadzania linii kablowych pod, na albo nad nieruchomością oraz umieszczania tabliczek informacyjnych o urządzeniach, a także ich eksploatacji i konserwacji, jeżeli nie uniemożliwia to racjonalnego korzystania z nieruchomości wynika z art. 140 Prawa telekomunikacyjnego. Jest to zatem obowiązek prawny właściciela lub użytkownika wieczystego nieruchomości, w tym wypadku Rafin. Godzi się wskazać, iż developer nie udowodnił, aby ewentualne udzielenie zgody Przedsiębiorcom na zainstalowanie urządzeń telekomunikacyjnych lub linii kablowych miało mu „uniemożliwić racjonalne korzystanie z nieruchomości”, a więc nie wykazał zaistnienia przesłanki wyłączającej prawny obowiązek zawarcia stosownej umowy z operatorem (przedsiębiorcą telekomunikacyjnym), ograniczając się do gołosłownego w istocie stwierdzenia, że będzie to kolidowało z „możliwościami technicznymi nowo budowanych zasobów mieszkaniowych” (pismo Rafin k. 38).

Po trzecie – brak jest uzasadnienia dla zamknięcia rynku dla innych operatorów (przedsiębiorców telekomunikacyjnych), w tym Przedsiębiorców, w oparciu o argumentację, iż „decyzja spółki (...) oparta była na obiektywnych kryteriach wyboru spośród ofert kilku przedsiębiorców” (pismo Rafin k. 38 akt głównych). Przynajmniej przed wszystkim brak jest technicznych powodów zamknięcia rynku, skoro możliwym jest poprowadzenie zarówno w samych mieszkaniach jak i w szachtach telekomunikacyjnych linii kablowych innych jeszcze, aniżeli Dialog, operatorów. Zatem już okoliczność, że Rafin ograniczył wybór jedynie do Dialogu (oferta TP S.A. została zaakceptowana wcześniej) narusza reguły konkurencji. Niezależnie jednak od powyższej konstatacji należy wskazać na daleki od obiektywizmu tryb wyboru operatora. Przynajmniej przed wszystkim oferenci nie wiedzieli nie tylko o fakcie swojego konkursu ofert, ale również nie wiedzieli, iż zostanie wybrana jedna oferta (a nie np. wszystkie). Nie były znane kryteria oceny ofert, ani też nie sporządzono na etapie ich wyboru żadnego dokumentu. Część kryteriów sprawia wrażenie, jakby została sporządzona jedynie dla uzasadnienia wyboru konkretnego oferenta, np. ocena ofert w aspekcie **marketingowym**, w ramach którego oceniano zmienne: przynależność do klubu Złota Podkowa, wartość marketingowa i PR dla firmy Rafin, propozycje wspólnych działań marketingowych oraz offset na wspólne działania promocyjne osiedla, czy też ocena w aspekcie **przyszłościowym**, w ramach

którego oceniano zmienną : potencjał rozwoju oferenta, która oceniona została w oparciu o wskaźnik zat. ocena potencjału, tj. niski (wąski zakres usług, wysoka specjalizacja, krótka obecność na rynku, firma regionalna), średni (dość wąski zakres usług, specjalizacja, dość krótka obecność na rynku, firma o zasięgu regionalnym), duży (szeroki zakres usług, długa obecność na rynku, zasięg ponadregionalny). Powyższe parametry oceny ofert uznać należy za arbitralne, nieobiektywne i pozostawione praktycznie swobodnej ocenie Rafin, a zatem brak jest możliwości uznania, aby Rafin wybierając operatora (przedsiębiorcę telekomunikacyjnego) posłużył się procedurami i kryteriami wyboru o charakterze obiektywnym.

Po czwarte – jak to już wskazano w pkt. 3.3. niniejszej Decyzji, orzecznictwo formułuje **zasadę dopuszczalności równoległego stosowania przepisów ustawy o ochronie (...) oraz Prawa telekomunikacyjnego do tego samego stanu faktycznego**. Oznacza to nietrafność zarzutu Rafin, zgodnie z którym stosowanie ustawy o ochronie (...) jest wyłączone w niniejszej sprawie.

Po piąte – organ antymonopolowy uznaje, iż świadczenie usług telekomunikacyjnych przez Przedsiębiorców w oparciu o art. 139 Prawa telekomunikacyjnego jest dla nich rozwiązaniem mniej korzystnym, aniżeli możliwość świadczenia usług w oparciu o własne sieci telekomunikacyjne, 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,
- zmniejszenie zysku przedsiębiorcy w przypadku chęci utrzymania poziomu cen dla konsumentów, a w konsekwencji ograniczenie środków na inwestycje i zmniejszenie konkurencyjności,
- możliwość wcześniejszego zaproponowania swoich usług klientom przez operatora, udostępniającego swoją sieć do świadczenia usług telekomunikacyjnych w ramach tzw. dostępu telekomunikacyjnego (vide : pkt 2.12. niniejszej Decyzji).

Potwierdzeniem części tych okoliczności jest pismo Dialog z dnia 23 czerwca 2008 r. W powyższym piśmie – jak powołano to już w pkt 2.13. niniejszej Decyzji - Dialog stwierdził, iż nie sposób jednoznacznie określić warunków przyszłej umowy oraz terminu jej zawarcia, zaś Dialog „musi (...) zweryfikować swoje możliwości techniczne dla zawarcia ewentualnej umowy o dostęp telekomunikacyjny oraz zasadność wniosku”. Ponadto Dialog stwierdził, iż termin do zawarcia umowy o dostęp telekomunikacyjny w wyniku jego złożenia „jest uzależniony od przebiegu negocjacji stron”. Dodać należy, iż z dotychczasowej praktyki organu antymonopolowego wynika, iż takie negocjacje kończą się długotrwałymi sporami.

Zatem rację mają Przedsiębiorcy, iż procedury uzyskania tą drogą dostępu telekomunikacyjnego mogą być długotrwałe i doprowadzić do zależności od Dialogu. W konsekwencji należy stwierdzić, iż możliwość świadczenia usług telekomunikacyjnych przez Przedsiębiorców w oparciu o własne sieci jest dla nich rozwiązaniem zdecydowanie najkorzystniejszym, jeżeli ta możliwość, jak w niniejszej sprawie, istnieje.

Reasumując, wbrew istnieniu prawnego obowiązku udostępnienia nieruchomości operatorom (przedsiębiorcom telekomunikacyjnym), celem instalowania na nieruchomości urządzeń telekomunikacyjnych, przeprowadzania linii kablowych pod, na albo nad nieruchomością oraz umieszczania tabliczek informacyjnych o urządzeniach, a także ich eksploatacji i konserwacji, Rafin odmówił Przedsiębiorcom zgody na powyższe

czynności. Jednocześnie Rafin nie udowodnił, iż ewentualna zgoda na powyższe instalacje uniemożliwiłaby racjonalne korzystanie z nieruchomości. Wobec tego należy uznać, iż powyższe zachowanie developera przeciwdziało ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na rynku współzależnym, za jaki w sprawie uznać należy rynek usług telefonii stacjonarnej. Ewentualne świadczenie usług w oparciu o tzw. dostęp telekomunikacyjny jest rozwiązaniem zdecydowanie gorszym przede wszystkim dla Przedsiębiorców, ale również konsumentów, którzy nie mogą otrzymać alternatywnej, porównywalnej cenowo oferty, względnie mogliby ją uzyskać za cenę zmniejszenia marży zysku Przedsiębiorców, co z kolei stawiałoby ich w sytuacji mniej konkurencyjnej w stosunku do Dialogu.

Tym samym uznać należy, iż w sprawie została spełniona druga przesłanka art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie (...), sprowadzająca się do nadużywania pozycji dominującej przez Rafin, w skutek czego doszło do ograniczenia konkurencji na lokalnym rynku świadczenia usług telefonii stacjonarnej na osiedlu „Złota Podkowa” we Wrocławiu.

Wobec spełnienia obu przesłanek zastosowania ww przepisu, Prezes Urzędu w pkt I. niniejszej Decyzji uznał za ograniczającą konkurencję i nakazał zaniechanie stosowania praktyki, polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku dostępu do instalowania sieci telekomunikacyjnej w nowo budowanych zasobach mieszkaniowych na osiedlu „Złota Podkowa”, zlokalizowanym na terenie dzielnicy Krzyki we Wrocławiu, w następstwie :

- odmowy przedsiębiorcom telekomunikacyjnym Wojciechowi Wronie i Grzegorzowi Kałuży, prowadzącym działalność gospodarczą w formie „Fine Media” s.c. z siedzibą we Wrocławiu, udzielenia zgody na instalowanie na osiedlu „Złota Podkowa” urządzeń telekomunikacyjnych, przeprowadzania linii kablowych a w konsekwencji odmowy zgody na świadczenie usług telekomunikacyjnych.

3.8. Kara pieniężna

Zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie (...) 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. w 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...).

Kara pieniężna jest płatna z dochodu po opodatkowaniu lub innej formy nadwyżki dochodów nad wydatkami zmniejszonej o podatki (art. 112 ust. 1 ustawy o ochronie...). Nakładanie kar w trybie art. 106 ustawy o ochronie (...) odbywa się w trybie uznania administracyjnego (fakultatywnie), co oznacza, że zarówno o fakcie jej nałożenia jak i o jej wysokości decyduje w konkretnej sprawie Prezes Urzędu. Kara pieniężna przewidziana w art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie (...) jest zatem sankcją nakładaną na przedsiębiorcę za stosowanie m.in. praktyk naruszających normę art. 9 ustawy o ochronie (...).

Ma ona 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 znaczną dolegliwość zarówno dla Przedsiębiorców jak i pośrednio dla konsumentów, którzy na

skutek braku konkurencji nie mogą skorzystać z jej potencjalnych dobroczynnych skutków w postaci chociażby niższej ceny czy też wyższej jakości usług. Prezes Urzędu uwzględnił fakt, iż zarzucone Rafin działanie prowadzi do zupełnego wyeliminowania z rynku jednego z uczestników. Prezes Urzędu wziął pod uwagę również fakt, iż ww. Spółka prowadzi działalność na stosunkowo dużą skalę. Duży przedsiębiorca, posiadając powinien odpowiednią wiedzę prawniczą i ekonomiczną, która umożliwia mu łatwiejsze rozpoznanie, czy jego zachowanie stanowi naruszenie prawa konkurencji, mogące powodować określone skutki na rynku.

Powyższe okoliczności, w szczególności antykonkurencyjny i pośrednio antykonsumencki charakter praktyki legły u podstaw nałożenia – co do zasady - kary pieniężnej na Rafin.

Odnosnie wysokości kary Prezes Urzędu nałożył ją w granicach przewidzianych art. 106 ust. 1 ustawy o ochronie (...). Nałożona kara w wysokości 11 253,19 PLN stanowi 1,6 % przychodu Spółki, a tym samym 16 % podstawy jej ustalenia, opisanej w art. 106 ust. 1 ustawy o ochronie (...). Jako okoliczność łagodzącą przy ustalaniu wysokości kary Prezes Urzędu w niniejszej sprawie uznał fakt, iż Przedsiębiorca naruszył przepisy ustawy o ochronie (...) po raz pierwszy. Z kolei za okoliczność obciążającą organ antymonopolowy uznał znaczną dolegliwość dla konsumentów, pozbawionych możliwości wyboru ofert większej liczby operatorów oraz fakt zupełnego wyeliminowania z rynku usług telefonii stacjonarnej na osiedlu „Złota Podkowa” jednego z graczy (Przedsiębiorcy). Powyższą okoliczność Prezes wziął pod uwagę ze względu na treść art. 111 ustawy o ochronie (...), zgodnie z którym przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa w art. 106-108, należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności uprzedniego naruszenia przepisów ustawy.

Zdaniem Prezesa Urzędu wymierzona kara pieniężna jest adekwatna do stopnia zawinienia przez Rafin, zaś jej wysokość na tyle dolegliwa dla niego, iż skutecznie zapobiegnie naruszeniom ustawy przez ten podmiot w przyszłości. Spełnia ona również rolę prewencyjną, zniechęcającą do naruszania prawa przez przedsiębiorcę jak również innych przedsiębiorców.

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy o ochronie (...) **karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji, na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie prowadzone w NBP O/O Warszawa o numerze 51-10101010-0078782231000000.**

Z powyższych względów, Prezes Urzędu orzekł, jak w pkt. II. sentencji niniejszej Decyzji.

3.8. Koszty postępowania

Stosownie do art. 77 ust. 1 ustawy o ochronie (...), jeżeli w wyniku postępowania organ antymonopolowy stwierdził naruszenie przepisów ww. ustawy, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, jest obowiązany ponieść koszty postępowania. Zgodnie z art. 80 ustawy antymonopolowej, organ antymonopolowy rozstrzyga o kosztach, w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie.

W punkcie I niniejszej decyzji organ antymonopolowy w wyniku przeprowadzonego przeciwko Rafin postępowania antymonopolowego stwierdził naruszenie przez ww. przedsiębiorcę art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie (...) uznając zasadność postawionych przedsiębiorcy zarzutów. Spełniona została zatem przesłanka wynikająca z art. 77 ust. 1 ustawy antymonopolowej pozwalająca na obciążenie Rafin kosztami przeprowadzonego

postępowania, którymi są dla organu antymonopolowego wydatki w kwocie 72,20 PLN związane z prowadzoną w toku tego postępowania korespondencją.

W związku z tym postanowiono obciążyć Rafin kosztami postępowania antymonopolowego w wysokości 72,20 PLN (słownie złotych: siedemdziesiąt dwa złote dwadzieścia groszy).

Wobec powyższego orzeczono jak w punkcie III sentencji decyzji.

Koszty niniejszego postępowania przedsiębiorca obowiązany jest wpłacić w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się niniejszej decyzji na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie w NBP O/O Warszawa o numerze 51-10101010-0078782231000000.

3.9. Rygor natychmiastowej wykonalności.

Zgodnie z art. 90 ustawy o ochronie (...) Prezes Urzędu może nadać rygor natychmiastowej wykonalności decyzji w całości lub w części, jeżeli wymaga tego ochrona konkurencji lub ważny interes konsumentów. Wykorzystanie tej instytucji winno być traktowane jako wyjątek może ono bowiem wywołać nieodwracalne bądź trudno odwracalne skutki dla przedsiębiorcy będącego adresatem decyzji. „Przyjmując więc za punkt wyjścia powyższą interpretację uzasadnione jest uznanie, że klauzula natychmiastowej wykonalności dopuszczalna jest w szczególności wówczas, gdy niewykonanie niezwłocznie decyzji może spowodować nieodwracalne lub trudno odwracalne negatywne skutki dla konkurencji lub interesów konsumentów, lub natychmiastowe wykonanie decyzji jest niezbędne do ochrony interesów chronionych ustawą *o ochronie konkurencji i konsumentów*” (Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów - komentarz, E. Modzelewska-Wąchał, Warszawa 2002, s. 302-303).

Zdaniem Prezesa Urzędu, sytuacja Przedsiębiorców nie mogących od wielu miesięcy rozpocząć świadczenia usług telefonii stacjonarnej na osiedlu „Złota Podkowa” upoważnia do nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności. Przyjęcie odmiennego poglądu mogłoby prowadzić do sytuacji, kiedy w toku trwającego wiele miesięcy postępowania międzyinstancyjnego Rafin, stosując nadal nielegalne praktyki monopolistyczne, może spowodować zamknięcie lub znaczne utrudnienie nawet potencjalnej możliwości świadczenia w przyszłości usług telefonii stacjonarnej przez Przedsiębiorców na lokalnym rynku. Należy pamiętać, iż inwestycja na osiedlu „Złota Podkowa” rozwija się dynamicznie, cały czas zasiedlane są nowe mieszkania, zaś możliwość oferowania swoich usług (w podobnej do Przedsiębiorców technologii) posiada jedynie Dialog. Skutkować to może brakiem w przyszłości popytu na usługi Przedsiębiorców i zajęcie całego rynku właściwego przez tą firmę.

W tej sytuacji ochrona związana z naruszeniem ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* miałaby charakter czysto iluzoryczny.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w pkt IV Decyzji.

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.

Stosowanie do treści art. 81 ust.5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art.479³² § 1 k.p.c., stronie przysługuje prawo wniesienia zażalenia na zawarte w pkt III niniejszej decyzji rozstrzygnięcia o kosztach do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - w terminie tygodnia od dnia doręczenia decyzji, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura we Wrocławiu.

Z up. Prezesa Urzędu
Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Z-ca Dyrektora Delegatury we Wrocławiu
Elżbieta Kołodziej

Otrzymuje :

adw. Piotr Rojek
pełnomocnik Rafin Sp. z o.o. – Sp. k.
Kancelaria Adwokacka w Legnicy
adres do doręczeń :
ul. Gwarna 21
50-001 Wrocław