

ala

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

90-051 Łódź, Al. Piłsudskiego 8
 Tel. (0-42) 636-36-89, Tel/Fax (0-42) 636-07-12, Tel. Centrala (0-42) 636-72-11, wew. 259
 E-mail: lodz@uokik.gov.pl

Łódź, 20 grudnia 2000r.

RŁO/53S-2/99/AL/2110

DECYZJA nr RŁO 14/2000

Na podstawie:

- I. art. 104 kodeksu postępowania administracyjnego i art. 8, ust. 1 w związku z art. 5, ust. 1, pkt 6 ustawy z dnia 24 lutego 1990r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów (tj. Dz.U. z 1999r., Nr 52, poz. 547 z późn. zm.), w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, po rozpatrzeniu sprawy wszczętej na wniosek Gminy Pińczów, ul. 3-ego Maja 10, 28 - 400 Pińczów przeciwko Telekomunikacji Polskiej Spółce Akcyjnej w Warszawie, ul. Świętokrzyska 3, 00 - 950 Warszawa nakazuje się Telekomunikacji Polskiej Spółce Akcyjnej w Warszawie zaniechanie stosowania praktyki monopolistycznej polegającej na nadużyciu pozycji monopolistycznej na lokalnym rynku usług telekomunikacyjnych o charakterze powszechnym, terenu Gminy Pińczów, poprzez narzucenie Gminie Pińczów uciążliwego i przynoszącego Telekomunikacji Polskiej Spółce Akcyjnej w Warszawie nieuzasadnione korzyści warunku umownego polegającego na odmowie zwrotu Gminie Pińczów nakładów finansowych poniesionych przez nią na budowę sieci telefonicznej umożliwiającej podłączenie 256 stacji telefonicznych na terenie Miasta i Gminy Pińczów, która została przejęta nieodpłatnie na własność przez Telekomunikację Polską Spółkę Akcyjną w Warszawie.
- II. art. 104 kodeksu postępowania administracyjnego i art. 14, ust. 1 w związku z art.8, ust. 1 ustawy powołanej w pkt I, w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, nakłada się na Telekomunikację Polską Spółkę Akcyjną w Warszawie karę pieniężną w wysokości 50 000 zł (słownie: pięćdziesiąt tysięcy złotych) płatną do budżetu państwa,
- III. art. 104 kodeksu postępowania administracyjnego i art. 10, ust. 3 ustawy powołanej w pkt I w związku z art. 108 § 1 kodeksu postępowania administracyjnego, w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, odmawia się nadania decyzji w pkt I rygoru natychmiastowej wykonalności,
- IV. art. 21a, ust. 3 i 4 ustawy powołanej w pkt I w związku z art. 98 § 1 kodeksu postępowania cywilnego, w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, nakazuje się Telekomunikacji Polskiej Spółce Akcyjnej w Warszawie

uiszczenie na rzecz Gminy Pińczów kwoty 2000 zł (słownie: dwa tysiące złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania.

UZASADNIENIE

W dniu 18 listopada 1999r. do Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Łodzi, zwanej dalej organem antymonopolowym wpłynął wniosek Gminy Pińczów, zwanej dalej Gminą o wszczęcie administracyjnego postępowania antymonopolowego przeciwko Telekomunikacji Polskiej Spółce Akcyjnej, zwanej dalej TP S.A. (k 1 - 12). We wniosku Gmina wniosła o:

1. stwierdzenie stosowania przez TP S.A. praktyki monopolistycznej polegającej na narzuceniu Gminie uciążliwych warunków umów, przynoszących TP S.A. nieuzasadnione korzyści, co może stanowić naruszenie art. 5, ust. 1, pkt 6 ustawy z dnia 24 lutego 1990r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów (tj Dz.U. z 1999r., Nr 52, poz. 547 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą antymonopolową,
2. ustalenie kwoty 616.181, 16 zł jako nienależnej TP S.A.,
3. uznanie, że do wartości inwestycji wlicza się koszt obsługi kredytu zaciągniętego na jej realizację,
4. nadanie decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności.

W uzasadnieniu wniosku Gmina podała, że w celu zapewnienia mieszkańcom dostępu do sieci telefonicznej podjęła rozmowy z TP S.A., w efekcie których TP S.A. przedłożyła Gminie projekt umowy dotyczącej finansowania i realizacji inwestycji, który przewidywał, że wkład finansowy Gminy na realizację inwestycji telekomunikacyjnej nie zostanie zrefundowany przez TP S.A. po zakończeniu inwestycji. Gmina zgłosiła uwagi do przedstawionego projektu umowy w zakresie refundacji poniesionych przez nią kosztów, które jednak nie zostały przez TP S.A. uwzględnione. W konsekwencji Gminie postawiono ultimatum: albo realizować inwestycję na warunkach TP S.A., albo zrezygnować z dostępu mieszkańców Gminy do sieci telefonicznej. Jednak ze względu na potrzeby rozwoju regionu Gmina zawarła z TP S.A. w dniu 17 sierpnia 1998r. umowę nr UK/278/98 w sprawie realizacji zadania inwestycyjnego. W § 6, ust. 1, pkt b i w § 7 umowy stwierdza się, że inwestor bezpośredni, czyli Gmina wyłoży wkład finansowy, który nie będzie podlegał refundacji ze strony TP S.A., a po zakończeniu inwestycji przedmiot umowy zostanie nieodpłatnie przeniesiony na własność TP S.A. W ocenie Gminy TP S.A. narzuciła jej w ten sposób uciążliwe warunki umowy, które przynoszą TP S.A. nieuzasadnione korzyści w wysokości 616.181, 16 zł. Zdaniem Gminy jest to kwota nienależna, którą TP S.A. powinna jej zwrócić. Gmina stwierdziła także, iż w celu sfinansowania przedmiotowego zadania inwestycyjnego zaciągnęła kredyt w Banku Inicjatyw Społeczno - Ekonomicznych S.A. w Warszawie na kwotę 282.231, 34 zł, a TP S.A. odmówiła wliczenia do wartości inwestycji kosztów obsługi tegoż kredytu, które wynoszą 12.945 zł.

Ustosunkowując się do wniosku o wszczęcie postępowania administracyjnego (k 15 - 21) TP S.A. stwierdziła, że nie znajduje uzasadnienia twierdzenie, iż TP S.A. stosowała wobec Gminy praktykę monopolistyczną polegającą na nadużyciu pozycji dominującej na rynku poprzez narzucanie uciążliwych warunków w umowie zawartej w dniu 17 sierpnia 1998r., które przynosiłyby TP S.A. nieuzasadnione korzyści. W ocenie TP S.A. nie zostały spełnione przesłanki praktyki monopolistycznej z art. 5, ust. 1, pkt 6 ustawy antymonopolowej oraz w wyniku zawartej umowy nie doszło do naruszenia zasady ekwiwalentności świadczeń. TP S.A. twierdzi, że przejęcie na własność wybudowanej sieci telekomunikacyjnej nie może być uznane

za uciążliwy warunek umowy, gdyż jest ono zgodne z treścią art. 49 kodeksu cywilnego. W myśl tego przepisu urządzenia te stały się częścią składową zakładu z chwilą ich połączenia z zakładem w sposób trwały. TP S.A. twierdzi, że oceniając zawartą z Gminą umowę należy także wziąć pod uwagę warunki w jakich została ona zawarta, a mianowicie niski wskaźnik liczby telefonów przypadających na 100 mieszkańców i wciąż niezaspokojony popyt na usługi telekomunikacyjne, które w zderzeniu z wysokimi wymaganiami stawianymi TP S.A. jako narodowemu operatorowi i możliwościami finansowo - inwestycyjnymi TP S.A. czyni niemożliwym intensywną telefonizację kraju kosztem tylko i wyłącznie TP S.A. Dlatego właśnie TP S.A. zdecydowała się na tworzenie form współpracy z gminami i mieszkańcami gmin, które możliwe byłyby do zaakceptowania tak przez te podmioty jak i TP S.A. TP S.A. stwierdziła także, iż telefonizacja regionów słabo zurbanizowanych pociąga za sobą szereg kosztów bez perspektyw na zyski w przyszłości. TP S.A. podała, że w pierwszej połowie lat 90 - tych podjęła ogromny wysiłek inwestycyjny (według stanu na k. 1995r. Spółka zaciągnęła kredyty ~~zajęła środki~~ ^{zajęła środki}), co było zresztą przyczyną spadku jej zyskowności (~~zajęła środki~~ ^{zajęła środki}). W 60% zainwestowane środki pochodziły od TP S.A., a Spółka jako narodowy operator była zobowiązana do rozbudowy sieci telefonicznej nawet wbrew kalkulacjom ekonomicznym, ponieważ realizowała program, którego celem było zapewnienie dostępu do telefonu jak najszerszemu gronu konsumentów.

Uzasadniając twierdzenie o nienaruszeniu zasady ekwiwalentności świadczeń TP S.A. stwierdziła, że w wyniku zawartej umowy Gmina osiąga korzyści płynące z telefonizacji, ponieważ jest faktem powszechnie znanym, że dostępność do połączeń telefonicznych wpływa na rozwój przedsiębiorczości lokalnej oraz przyciąga inwestorów zewnętrznych, a ponadto w ten sposób Gmina zaspokoiła potrzeby swoich mieszkańców. TP S.A. natomiast w wyniku zawartej umowy jako operator narodowy realizowała swoje obowiązki, a przy tym jako przedsiębiorca zaspokajała swoje potrzeby ekonomiczne.

TP S.A. powołała się także na art. 6 ustawy antymonopolowej stwierdzając, że nawet jeśli jej działalność zostałaby uznana za praktykę monopolistyczną, to powinna być ona usprawiedliwiona na gruncie tego przepisu. W tej kwestii TP S.A. powołała się na wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 15.03.1995r. sygn. akt XVII Amr 66/94.

W piśmie z dnia 12 stycznia 2000r. (k 102 - 109) TP S.A. stwierdziła, że inwestycja na terenie Gminy Pińczów nie byłaby do dnia dzisiejszego wykonana, gdyby nie udział samej Gminy, gdyż telefonizacja Gminy nie była w ogóle przewidziana w planach inwestycyjnych TP S.A. na ten właśnie okres. Gdyby natomiast TP S.A. kierowała się tylko i wyłącznie własnymi kalkulacjami ekonomicznymi, jest również bardzo prawdopodobne, że telefonizacja rozpoczęłaby się znacznie później, tzn. wtedy kiedy TP S.A. posiadałaby wystarczającą ilość własnych środków, aby móc zrealizować kosztowną inwestycję na terenie Gminy Pińczów, gdzie z uwagi na niewielką ilość przedsiębiorców i małą zagęszczenie koszt podłączenia jednego abonenta jest kilkakrotnie wyższy w porównaniu z rejonami zurbanizowanymi. Jednocześnie TP S.A. poinformowała, że zgodnie ze swoim planem inwestycyjnym na rok 1996 z własnych środków zbudowała światłowód w relacji Jędrzejów - Pińczów - Wiślica - Busko Zdrój oraz wybudowała centralę JRSU wraz z zasilaniem i teletransmisją w miejscowościach Młodzawy i Kozuby. Budowa tej centrali miała umożliwić w przyszłości rozwiązanie problemu braku telefonów we wsiach pińczowskich. Z tego względu, że realizacja tych zadań była bardzo kosztowna wybudowanie sieci abonenckiej zostało przełożone na dalszą przyszłość - jako kolejny etap sukcesywnego telefonizowania tych terenów. Organ antymonopolowy zwrócił się do TP S.A. z zapytaniem (k 334 - 335) jakie jest ekonomiczne uzasadnienie rozdzielania w czasie budowy centrali wraz z zasilaniem i teletransmisją i budowy sieci abonenckiej oraz kiedy TP S.A. planowała wybudować sieć abonencką na terenie wsi Młodzawy i Kozuby. W odpowiedzi (k 339 - 340) TP S.A. stwierdziła, że nie istnieje ekonomiczne uzasadnienie rozdzielania budowy centrali wraz z zasilaniem i teletransmisją od budowy sieci abonenckiej, a przeciwnie te dwa elementy są ściśle

ze sobą powiązane i decyzja co do budowy sieci naturalnie wpływa na decyzję co do budowy i pojemności centrali. Natomiast odpowiadając na pytanie organu antymonopolowego kiedy TP S.A. planowała wybudować sieć abonencką na terenie wsi Młodzawy i Kozuby TP S.A. stwierdziła (k 34)), że wobec podjęcia się przez Gminę i Grupę Wnioskodawców wybudowania sieci, podejmowanie planów o budowie w przyszłości sieci telefonicznej ze środków TP S.A. stało się bezprzedmiotowe. Jak już wcześniej zostało to zaznaczone telefonizacja tej Gminy nie była przewidziana w planach TP S.A., które były podstawą podjęcia inwestycji.

Powołując się na art. 6 ustawy antymonopolowej w piśmie z dnia 12 stycznia 2000r. (k 102 - 109) TP S.A. stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie zostały łącznie spełnione dwie przesłanki normy art. 6: niezbędność działań do prowadzenia działalności gospodarczej ze względów techniczno - organizacyjnych lub ekonomicznych i brak istotnego ograniczenia konkurencji. W ocenie TP S.A. stosowana przez nią praktyka monopolistyczna wobec Gminy powinna zostać usprawiedliwiona ze względu na spełnienie kryterium „niezbędności”, z uwagi na zrealizowanie określonych intencji stron: „społeczna potrzeba telefonizacji terenów wiejskich oraz gotowość partycypowania w kosztach inwestycji, z drugiej strony intencja TP S.A. rozszerzania zasięgu sieci telefonicznej oraz zgoda na określone warunki przeprowadzania inwestycji. Uzasadniając takie rozumienie przesłanki „niezbędności” praktyki monopolistycznej TP S.A. powołała się na wyrok Sądu Antymonopolowego, w którym Sąd stwierdził, że podlega zalegalizowaniu w świetle art. 6 ustawy praktyka monopolistyczna Telekomunikacji Polskiej S.A. polegająca na pobieraniu od kontrahentów nie przewidzianych w cenniku opłat z tytułu wykonywania abonamentu telefonicznego, zaliczanych następnie w późniejszym okresie na poczet opłat telefonicznych, jeżeli pozwala to przyspieszyć rozwój telekomunikacji kraju i w lepszym stopniu zaspokoić w tym zakresie potrzeby społeczne”. Ponadto TP S.A. stwierdziła, że podejmując się realizacji umów o wspólne inwestowanie w lokalne sieci telekomunikacyjne strony, tj. gminy i TP S.A. zachowywały się racjonalnie dostrzegając, iż w technicznym i ekonomicznym rachunku racjonalności zdecydowanie przeważają korzyści. W ocenie TP S.A. straty finansowe budżetu Gminy nie mogą bowiem przeważać nad korzyściami odnoszonymi przez nią samą i jej mieszkańców. Zdaniem TP S.A. nie ulega bowiem najmniejszej wątpliwości, że podejmowanie i realizacja inwestycji w lokalne sieci telekomunikacyjne finansowanych ze środków publicznych Gminy przyniosło korzyści przede wszystkim konsumentom usług telekomunikacyjnych, którymi są mieszkańcy Gminy. Stworzenie dostępu do linii telefonii stacjonarnej dawało tym mieszkańcom m.in. szansę prowadzenia działalności gospodarczej. TP S.A. stwierdziła także, że wspólna inwestycja Gminy i TP S.A. była niezbędna w opisanych warunkach społeczno - gospodarczych. Większości obywateli nie stać bowiem na całkowite pokrycie kosztów swego przyszłego dostępu do sieci telefonicznej. Konieczne więc stało się znalezienie środków publicznych - krajowych. Pozostając zatem w świadomości co do możliwości skorzystania z tych środków, pod naciskiem samej zainteresowanej (Gminy) TP S.A. podjęła uchwałę Nr 45/94 i 56/94, w wyniku czego mogło dojść do podpisania umowy z Gminą.

Uzasadniając natomiast przesłankę braku istotnego ograniczenia konkurencji TP S.A. stwierdziła, że rozważając tę przesłankę należy mieć na uwadze, iż zarzucane jej praktyki monopolistyczne powinny być zalegalizowane także dlatego, że spełniają przesłankę takiego stosowania, które jest najmniej uciążliwe dla innych uczestników rynku. Zdaniem TP S.A. aby temu twierdzeniu zaprzeczyć trzeba byłoby udowodnić, że możliwe były i są inne sposoby zwiększenia dostępności usług telefonii stacjonarnej, którymi mogła i może posługiwać się TP S.A. TP S.A. twierdzi, że jedynym „lepszym” sposobem jest zakładanie sieci telefonicznych przez konkurencję i gdyby taka konkurencja istniała gminy i prywatni inwestorzy albo w ogóle nie musiałyby inwestować wspólnie z operatorami telekomunikacyjnymi, albo skutecznie negocjować z nimi warunki dla nich najkorzystniejsze. TP S.A. nie ponosi co do zasady odpowiedzialności za to, że udzielono niewiele koncesji na działalność w dziedzinie

telekomunikacji, a tym bardziej za to, że tam gdzie zostały one udzielone nie stworzyły sytuacji konkurencyjnej. W kolejnym piśmie z dnia 18 lutego 2000r. (k 260 - 268) powołując się na art. 6 ustawy antymonopolowej TP S.A. podała następujące okoliczności usprawiedliwiające stosowaną przez nią praktykę monopolistyczną. TP S.A. stwierdziła, że Polska w latach 90 - tych posiadała słabo rozwiniętą sieć telekomunikacyjną na terenach wiejskich wymagającą dużych nakładów inwestycyjnych, którym sama TP S.A. nie była w stanie podołać. Z tego względu na poziomie legislacyjnym i rządowym zostały podjęte stosowne kroki takie jak powołanie w ustawie o łączności Pełnomocnika Rządu do Spraw Telekomunikacji na Wsi, opracowanie programu „Założenia Polityki Rozwoju Telekomunikacji na Wsi do roku 2000” w 1995r., czy wydanie Rozporządzenia przez Radę Ministrów z dnia 30 stycznia 1996r. w sprawie szczegółowych kierunków działań Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa oraz sposobów ich realizacji (Dz.U. Nr 16, poz. 82 z późn. zm.), które przewidywało pomoc finansową ze strony Agencji właśnie w zakresie telefonizacji na wsi (§ 4 rozporządzenia). W kontekście powyższego TP S.A. stwierdziła, że zakładając, iż podjęłaby decyzję o realizacji wszystkich koniecznych inwestycji sieciowych samodzielnie, to i tak, nie tylko nie byłaby w stanie wyłożyć na ten cel wystarczających środków własnych, ale także nie miałaby szans na otrzymanie takiej ilości komercyjnych kredytów bankowych, oraz że przynajmniej w krótkiej i średniej perspektywie czasowej naraziłoby to bowiem Spółkę na zbyt duże ryzyko gospodarcze. Z ekonomicznego punktu widzenia kredyty na inwestowanie w lokalne sieci telekomunikacyjne w takiej skali były więc „przy uwzględnieniu interesu podmiotu stosującego praktykę” bardzo ryzykowne.

W piśmie z dnia 18 lutego 2000r. TP S.A. stwierdziła także, że analizując sytuację rynkową telefonizacji gmin wiejskich w latach 1995 - 1998 należy stwierdzić, iż przedmiotowa inwestycja była dla TP S.A. nieopłacalna. Tego typu inwestycja bowiem nie rokuje nadziei na przyszłe zyski, ponieważ ilość linii telefonicznych zaabonowanych przez rolników jest bardzo często niewielka, a koszty konserwacji sieci przekraczają wpływy z usług nawet po okresie refundowania kosztów inwestycji. Organ antymonopolowy pismami z dnia 28.03.2000r. (k 334 - 335), z dnia 16.05.2000r. (k 345) i z dnia 10.07.2000r. (k 397) wzywał TP S.A. do doręczenia analizy efektywności inwestycji zrealizowanej na podstawie umowy nr UK/278/98 z 17 sierpnia 1998r. W przedmiotowej analizie opłacalność inwestycji została określona za pomocą metody wartości zaktualizowanej netto NPV i metody wewnętrznej stopy zwrotu IRR. Z wyliczeń TP S.A. wynika, że wskaźnik NPV dla przedmiotowej inwestycji wynosi -406 tys. zł, a wskaźnik IRR -6%, natomiast okres zwrotu nakładów 10 lat (k 438).

W dniu 26.06.2000r. (k 385) Gmina złożyła wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność opłacalności inwestycji będącej przedmiotem niniejszego postępowania i wysokości udziału finansowego TP S.A. w inwestycji na poziomie zapewniającym ekwiwalentność świadczeń Gminy i TP S.A. W dniu 31 lipca 2000r. organ antymonopolowy postanowieniem nr RŁO/53S-2/99/AL/1234 (k 418 - 419) dopuścił dowód z opinii biegłego - mgr Radosława Pastusiaka, specjalisty z zakresu finansów przedsiębiorstw pracownika Wydziału Ekonomiczno - Socjologicznego (Katedra Finansów i Bankowości) Uniwersytetu Łódzkiego na okoliczność opłacalności przedmiotowej inwestycji poprzez udzielenie odpowiedzi na następujące pytania:

1. Jaki czas zwrotu nakładów inwestycyjnych osiąga się przeciętnie przy inwestycjach w sieci telekomunikacyjne.
2. Czy czas zwrotu nakładów inwestycyjnych osiągany przeciętnie przy inwestycjach w sieci telekomunikacyjne na „terenach wiejskich” jest inny niż określony w pkt 1. Jeżeli tak, to jaki czas zwrotu jest osiągany przy tego typu inwestycjach.
3. Jaki jest czas zwrotu nakładów inwestycyjnych osiągany przy inwestycji polegającej na budowie telefonicznej sieci rozdzielczej dla C.A. Młodzawy Duże i Kozuby po odliczeniu nakładów w postaci regulaminowej jednorazowej opłaty z tytułu uzyskania dostępu do sieci telekomunikacyjnej 256 przyłączonych abonentów i nakładów w formie dotacji z budżetu

państwa w wysokości 90 000 zł. Łączna wartość nakładów inwestycyjnych wynosiła 935 556, 16 zł. Inwestycję oddano do użytku w dniu 30.12.1998r. - część sieci telekomunikacyjnej umożliwiająca podłączenie 223 abonentów i w dniu 17.08.1999r. część sieci telekomunikacyjnej umożliwiająca podłączenie 33 abonentów.

4. Jaka jest opłacalność inwestycji kapitałowej TP S.A. w wysokości określonej w pkt 3 w przedsięwzięcie określone w pkt 3 przy zastosowaniu do oceny następujących metod decyzyjnych:
 - 4.1. metoda wartości zaktualizowanej netto (NPV) przez porównanie zaktualizowanej wartości przychodów z dokonanymi nakładami,
 - 4.2. metoda wewnętrznej stopy zwrotu z inwestycji (IRR) przy założeniu przyjętego przez TP S.A. 10 letniego okresu zwrotu nakładów.
5. Czy w/w inwestycja kapitałowa TP S.A. w w/w przedsięwzięcie ma uzasadnienie ekonomiczne i jest opłacalna dla Spółki.
6. W jaki sposób inwestycja będąca przedmiotem niniejszego postępowania wpływa na wartość spółki Telekomunikacja Polska S.A.

Biegły w swojej opinii z dnia 31 sierpnia 2000r. (k 448 - 466) stwierdził, że przedmiotowa inwestycja jest opłacalna dla TP S.A., okres jej zwrotu wynosi 6 lat kalendarzowych, wartość bieżąca netto (NPV) wynosi 1 043 834, 98 zł, a wartość wewnętrznej stopy zwrotu w analizowanym przedsięwzięciu (IRR) wynosi 18, 16%. Takie wartości wskaźników opłacalności inwestycji wskazują, iż przedmiotowa inwestycja, którą TP S.A. przejęła na własność nieodpłatnie jest bardzo rentowna, zwiększa wartość TP S.A. i pozwoliła jej uniknąć ryzyka inwestycyjnego. Wartość TP S.A. w wyniku przejęcia tej inwestycji wzrosła minimalnie: o 1 043 834, 98 zł, a maksymalnie: 3 000 000 - 4 000 000 zł. Ustosunkowując się do powyższej opinii biegłego Gmina w piśmie z dnia 18.09.2000r. (k 477) w pełni ją zaakceptowała. Natomiast TP S.A. w piśmie z dnia 19.09.2000r. (k 478) stwierdziła, że opinia biegłego została oparta na błędnych założeniach, a w konsekwencji wnioski w niej zawarte są chybione. W ocenie TP S.A. opinia ta, ze względu na jej wadliwość nie może stanowić dowodu w sprawie. Jako uzasadnienie zarzutów pod adresem opinii biegłego TP S.A. załączyła analizę sporządzoną przez dr Andrzeja Rutkowskiego - Adiunkta na Wydziale Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, specjalisty w zakresie finansów przedsiębiorstw. TP S.A. złożyła także wniosek dowodowy o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań dr Andrzeja Rutkowskiego na okoliczności zawarte w załączonej analizie, jak również na okoliczności wynikające z opracowania p. Radosława Pastusiaka. W piśmie z dnia 15 listopada 2000r. (k 528 - 531) TP S.A. ponownie wniosła o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka dr Andrzeja Rutkowskiego na okoliczność błędnych założeń, błędnej metodologii i błędów rachunkowych jakie znalazły się w opinii biegłego Pastusiaka oraz o wezwanie na rozprawę biegłego Pastusiaka w celu wyjaśnienia przez niego opinii złożonej na piśmie, a w szczególności ustosunkowania się do zarzutów wskazanych w analizie dr Rutkowskiego, który w ocenie TP S.A. posiada wiadomości specjalne w problematyce, która była przedmiotem wypowiedzi biegłego Pastusiaka. W przedmiotowym piśmie TP S.A. sformułowała także szereg zarzutów pod adresem opinii biegłego Pastusiaka.

Organ antymonopolowy ustalił co następuje:

I. Rynek relewantny

Praktyki monopolistyczne ujawniają się na rynku. Dlatego by ocenić czy doszło do naruszenia ustawy antymonopolowej konieczne jest wyznaczenie rynku, na którym funkcjonują

strony postępowania antymonopolowego oraz ustalenie ich pozycji na tym rynku. Zastosowanie ustawy antymonopolowej wymaga ustalenia rynku relewantnego jako właściwego w danej sprawie.

W niniejszej sprawie organ antymonopolowy wyznaczył następujący rynek relewantny: lokalny rynek usług telekomunikacyjnych o charakterze powszechnym terenu Gminy Pińczów.

II. Charakterystyka stron

Wnioskodawcy - Gmina Pińczów jest posiadającą osobowość prawną wspólnotą samorządową mieszkańców gminy, która działa na podstawie ustawy z dnia 8 marca 1990r. o samorządzie gminnym (tj. Dz.U. z 1996r., Nr 13, poz. 74 z późn. zm.). Gmina jest podmiotem prawa publicznego. Wykonuje zadania publiczne w imieniu własnym i na własną odpowiedzialność. Do zadań gminy należą wszystkie sprawy publiczne o znaczeniu lokalnym, nie zastrzeżone ustawami na rzecz innych podmiotów w tym także tzw. zadania własne, których celem jest zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty. Otwarty katalog zadań własnych gminy został uregulowany w art. 7 ustawy o samorządzie gminnym.

TP S.A. - jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą w rozumieniu art. 2 § 1 ustawy z dnia 23 grudnia 1988r. o działalności gospodarczej (Dz.U. z 1988r., Nr 41, poz. 324 z późn. zm.) w zakresie usług telekomunikacyjnych o charakterze powszechnym. TP S.A. jest spółką publiczną notowaną na giełdzie. Jej akcjonariuszami są: Skarb Państwa i inwestorzy prywatni.

III. Uczestnicy rynku relewantnego.

TP S.A. jest jedynym operatorem działającym na lokalnym rynku usług telekomunikacyjnych o charakterze powszechnym terenu Gminy Pińczów. Oprócz niej nie działa faktycznie na tym rynku żaden inny operator. Z informacji w Państwowej Inspekcji Telekomunikacyjnej i Pocztowej (k 355) wynika, że Minister Łączności udzielił zezwolenia na zakładanie i używanie urządzeń i linii tworzących sieć telekomunikacyjną oraz koncesję na świadczenie za ich pomocą usług telekomunikacyjnych o charakterze powszechnym operatorowi - Telefony Brzeskie S.A. z siedzibą w Brzegu na teren byłego województwa kieleckiego, na którego obszarze znajduje się Gmina. Jednak do chwili obecnej ten operator nie rozpoczął działalności (k 523).

TP S.A. posiada więc na lokalnym rynku usług telekomunikacyjnych o charakterze powszechnym terenu Gminy Pińczów pozycję monopolistyczną w rozumieniu art. 2, pkt 6 ustawy antymonopolowej.

Gmina uczestniczy w przedmiotowym rynku jako abonent - odbiorca usług telekomunikacyjnych o charakterze powszechnym.

IV. Fakty.

W dniu 1 marca 1994r. Zarząd TP S.A. podjął uchwałę nr 45/94r. w sprawie trybu współpracy Telekomunikacji Polskiej S.A. z grupami Wnioskodawców reprezentowanymi przez gminy, miasta, miasta i gminy oraz związki gmin z wyłączeniem miast wojewódzkich (k 44 - 45), a w dniu 15 marca 1994r. uchwałę nr 56/94 w sprawie trybu współpracy

Telekomunikacji Polskiej S.A. z wnioskodawcami indywidualnymi oraz grupami wnioskodawców na terenie miast wojewódzkich (k 51 - 57), które zostały następnie zmienione uchwałami: nr 215/94 z dnia 21.11.1994r. (k 211 - 212) i nr 72/95 z dnia 27.04.1995r. (k 213). Uchwała nr 45/94 w pkt 1 stanowi, że grupy wnioskodawców nie posiadających osobowości prawnej, dla których brak jest możliwości wykonania usług wchodzących w zakres abonamentu telefonicznego mogą - poprzez współpracę z gminami, miastami, miastami i gminami oraz związkami gmin z wyłączeniem miast wojewódzkich - stwarzać te możliwości. W takich przypadkach stroną reprezentującą wnioskodawców w stosunkach z TP S.A. są gminy, miasta, miasta i gminy oraz związki gmin (pkt 2 uchwały). Integralną częścią uchwały jest załącznik określający zasady współpracy TP S.A. oraz grup wnioskodawców reprezentowanych przez gminy, miasta, miasta i gminy oraz związki gmin, zwanych dalej „Kontrahentami” w celu realizacji i finansowania inwestycji rozpoczynanych przy udziale środków własnych wnioskodawców dla zapewnienia im dostępu do sieci telekomunikacyjnej i usług wchodzących w zakres abonamentu. Załącznik do uchwały przewiduje dwa warianty tej współpracy. Pkt 2 załącznika - inwestycje finansowane w całości ze środków własnych Kontrahenta - w przypadku gdy średni koszt podłączenia jednego nowego abonenta, wyliczony w stosunku do wartości całej inwestycji jest niższy od aktualnej opłaty za uzyskanie dostępu do sieci wraz z podatkiem od towarów i usług (VAT) - zgodnie z Krajową Taryfą Telekomunikacyjną TP S.A. W takiej sytuacji Kontrahent gromadzi i przekazuje TP S.A. całość środków niezbędnych do realizacji zadania inwestycyjnego przez TP S.A. jako inwestora. Zgodnie z pkt 2.2.3. załącznika inwestycja powinna zostać zrealizowana na podstawie umowy zawartej pomiędzy TP S.A. i Kontrahentem, która między innymi powinna określać: tryb przeniesienia prawa własności zrealizowanej inwestycji na rzecz TP S.A. oraz sposób rozliczenia wniesionych wkładów wraz z kwotą podatku od towarów i usług (VAT) - w pierwszym wystawionym przez TP S.A. abonentowi rachunku telefonicznym.

Drugi wariant współpracy to inwestycje finansowane ze środków wspólnych Kontrahentów i TP S.A. (pkt 3 załącznika), który jest realizowany gdy średni koszt podłączenia jednego, nowego abonenta wyliczony w stosunku do wartości całej inwestycji przekracza wysokość aktualnej opłaty za uzyskanie dostępu do sieci wraz z podatkiem od towarów i usług (VAT) - zgodnie z Krajową Taryfą Telekomunikacyjną TP S.A. W takim przypadku realizacja zadania inwestycyjnego następuje ze środków wspólnych Kontrahenta i TP S.A., ewentualnie w całości ze środków Kontrahenta, z tym, że czas trwania inwestycji nie może być dłuższy niż 18 miesięcy, w szczególnych przypadkach o przedłużeniu tego terminu decyduje Zarząd TP S.A. W przypadku realizacji tego wariantu współpracy umowa o realizacji inwestycji powinna między innymi zawierać: określenie przez Kontrahenta dokładnej kwoty zebranych środków finansowych od osób prawnych i fizycznych, która podlegać będzie rekompensacie, określenie przez Kontrahenta wysokości i źródeł dotacji, tryb przeniesienia prawa własności zrealizowanej inwestycji na rzecz TP S.A., zobowiązanie TP S.A. do zawarcia indywidualnych umów z abonentami o korzystanie z abonamentu telefonicznego, teleksowego lub o wykonanie innych usług związanych z abonamentem wraz z terminem rozpoczęcia świadczenia tych usług przez TP S.A. oraz sposób rozliczeń indywidualnych wkładów.

Uchwała nr 56/94 regulująca tryb współpracy TP S.A. z wnioskodawcami indywidualnymi oraz grupami wnioskodawców na terenie miast wojewódzkich w celu stworzenia możliwości wykonania usług wchodzących w skład abonamentu telefonicznego przewiduje w załączniku zawierającym wytyczne w sprawie tej współpracy, że inwestycje są finansowane w całości ze środków własnych Kontrahenta. Załącznik przewiduje dwa warianty współpracy. Pkt 2 załącznika - inwestycje realizowane przez wnioskodawców indywidualnych będących osobami fizycznymi oraz grupy wnioskodawców z terenu miast wojewódzkich i pkt 3 - inwestycje realizowane na rzecz wnioskodawców indywidualnych lub grup wnioskodawców będących osobami prawnymi. W obu wypadkach umowa o realizacji

inwestycji powinna zawierać: tryb przeniesienia prawa własności zrealizowanej inwestycji na rzecz TP S.A. oraz sposób rozliczenia wniesionych wkładów w wystawianych przez TP S.A. rachunkach telefonicznych.

Obowiązujący w okresie od 1 czerwca 1994r. do dnia 30 listopada 1998r. Regulamin wykonywania usług telekomunikacyjnych o charakterze powszechnym przez Telekomunikację Polską S.A. - uchwała Nr 99/94 Zarządu TP S.A. z dnia 10 maja 1994r. (k 112 - 145) przewidywał w § 14, pkt 3, iż w przypadku braku możliwości wykonania usługi z powodu braku sieci telefonicznej na obszarze, na którym znajduje się wskazane we wniosku miejsce zainstalowania stacji telefonicznej lub z powodu wyłączenia tego obszaru z planów zabudowy siecią telefoniczną z przyczyn określonych w odrębnych przepisach albo z powodu niemożności przyłączenia stacji telefonicznej do istniejącej sieci ze względu na warunki techniczne, wnioskodawca lub grupa wnioskodawców z danego obszaru może uzgodnić z TP S.A. zasady i warunki, a następnie zawrzeć umowę na mocy, której zostaną stworzone możliwości oraz podane zasady rozliczeń zgodnie z § 46. Przepis § 46 przewidywał następujące zasady rozliczeń:

pkt 1 - rozliczenie TP S.A. z abonentami, którzy wnieśli wkład własny w stworzenie możliwości technicznych realizacji usług na podstawie umów (porozumień), o których mowa w § 14, ust. 3 następuje przez odstąpienie TP S.A. od pobierania należnych jej opłat za wszystkie zrealizowane usługi,

pkt 2 - wkład odpowiadający opłacie jednorazowej z tytułu uzyskania dostępu do sieci telekomunikacyjnej bądź opłaty za przeniesienie stacji telefonicznej rekompensowany jest przez odstąpienie od tej opłaty,

pkt 3 - wartość wkładu niższa od wysokości opłaty jednorazowej z tytułu dostępu do sieci telekomunikacyjnej bądź opłaty za przeniesienie stacji telefonicznej rekompensowana jest przez zmniejszenie tej opłaty o wartość wkładu,

pkt 4 - wartość wkładu przewyższająca wysokość opłaty jednorazowej z tytułu dostępu do sieci telekomunikacyjnej bądź opłaty za przeniesienie stacji telefonicznej rekompensowana jest przez odstąpienie od pobierania tej opłaty. W ramach nie zrekompensowanej części wniesionego wkładu abonent ma prawo do bezpłatnego korzystania z dowolnej liczby jednostek taryfikacyjnych oraz pozostałych świadczonych usług rozliczanych miesięcznie w okresie nie dłuższym niż 4 lata od dnia zawarcia odrębnej umowy o korzystanie z abonamentu telefonicznego, teleksowego lub o wykonanie innych usług związanych z abonamentem,

pkt 5 - po upływie 4 - letniego okresu TP S.A. zwraca abonentowi nie rozliczoną kwotę wkładu własnego. Należność może być zwrócona gotówką w kasie właściwej jednostki organizacyjnej TP S.A. lub na życzenie abonenta w miesiącach rozliczeniowych za usługi świadczone przez TP S.A. według cen obowiązujących w dniu wystawienia każdej faktury VAT.

W dniu 17 sierpnia 1998r. Gmina i TP S.A. zawarły umowę nr UK/278/98 (k 3 - 5) w sprawie realizacji zadania inwestycyjnego umożliwiającego stworzenie warunków włączenia do sieci telekomunikacyjnej TP S.A. 278 stacji telefonicznych na terenie Gminy Pińczów oraz zasad rozliczeń między stronami poniesionych nakładów inwestycyjnych. Podstawą zawarcia tej umowy była uchwała nr 56/94 Zarządu TP S.A. oraz § 14 Regulaminu wykonywania usług telekomunikacyjnych o charakterze powszechnym przez Telekomunikację Polską S.A. - uchwała nr 99/94 Zarządu TP S.A. z dnia 10 maja 1995r. Zgodnie z § 1 umowy jej przedmiotem jest realizacja zadania inwestycyjnego pn. „Budowa sieci telefonicznej na terenie Miasta i Gminy Pińczów, 278 stacji telefonicznych do sieci TP S.A. Koszt inwestycji ustalony na podstawie kosztorysu wynosił 920 940 zł razem z podatkiem VAT. § 3 umowy stanowi, że koszt inwestycji zostanie poniesiony przez:

a/ osoby fizyczne - przyszłych abonentów w wysokości 347 500 zł,

b/ Gminę w wysokości 573 440 zł.

Na podstawie umowy Gmina jako inwestor bezpośredni została zobowiązana do wykonania zadania inwestycyjnego w terminie do dnia 30.11.1998r. (§ 2, pkt 3 umowy). Zgodnie z § 7 umowy po zakończeniu budowy i dokonaniu odbioru technicznego i ostatecznego rozliczenia przedmiot umowy przekazany zostanie przez Gminę na własność TP S.A. Podstawę przeniesienia prawa własności stanowić będzie umowa o przeniesieniu własności i dowód księgowy PT. Na podstawie § 6, pkt 1, lit. a umowy TP S.A. zobowiązała się do zrefundowania kwoty 347 500 zł plus podatek VAT osobom wnoszącym wkład finansowy w budowę sieci - przyszłym abonentom w formie:

- odstąpienia od pobierania od abonenta opłaty jednorazowej z tytułu uzyskania dostępu do sieci telekomunikacyjnej, bądź opłaty za przeniesienie stacji telefonicznej,
- odstąpienie od pobierania opłat za świadczone usługi telekomunikacyjne do wyczerpania kwoty stanowiącej różnicę pomiędzy wniesionym przez abonenta wkładem finansowym a wysokością opłaty jednorazowej za dostęp do sieci telekomunikacyjnej lub przeniesienia stacji telefonicznej.

Zgodnie z § 6, pkt 2 zasady refundacji zostaną określone w odrębnej umowie o korzystanie z abonamentu telefonicznego, do zawarcia której TP S.A. zobowiązuje się w terminie 7 dni od dnia końcowego rozliczenia i przeniesienia prawa własności. § 6, pkt 1, lit. b umowy stanowi, że wkład finansowy w wysokości 573 44 zł stanowiący udział Gminy wsparty ewentualnymi dotacjami Wojewody i Agencji nie będzie podlegał refundacji ze strony TP S.A.

W dniu 28 listopada 1998r. strony zawarły aneks nr 1/98 do umowy (k 498). Na mocy aneksu strony dopuściły możliwość częściowego rozliczenia inwestycji i włączenia abonentów do sieci TP S.A. przy zachowaniu określonych warunków (§ 1 aneksu) oraz postanowiły, że refundacja kwot nadpłat ponad opłatę instalacyjną nastąpi w momencie rozliczenia całości zadania. Do czasu rozliczenia włączeni w tym trybie abonenci będą regulować bieżące rachunki za usługi telekomunikacyjne (§ 2 aneksu).

W dniu 19 października 1998r. Gmina na mocy umowy nr 1998 - 0073 zaciągnęła w Banku Inicjatyw Społeczno - Ekonomicznych S.A. w Warszawie kredyt inwestycyjny w wysokości 300 000 zł (k 8 - 11), którego koszt obsługi wyniósł 12 945 zł. Gmina otrzymała także dla sfinansowania przedmiotowej inwestycji dotację bezzwrotną z Urzędu Wojewódzkiego w Kielcach w wysokości 90 000 zł.

W dniu 30 grudnia 1998r. Gmina i TP S.A. zawarły umowę nr 643/Z/UK/98 (k 24 - 25) na mocy, której strony dokonały przeniesienia praw własności na rzecz TP S.A. do sieci telefonicznej umożliwiającej przyłączenie 223 stacji telefonicznych do sieci telekomunikacyjnej TP S.A. dla grupy wnioskodawców z następujących miejscowości z terenu Gminy: Kozuby, Aleksandrów, Byczów, Zagorzyce, Zawarża, Sadek, Orkanów, Młodzawy Duże i Młodzawy Małe. Na okoliczność przeniesienia własności sieci telefonicznej strony sporządziły także dowód PT w dniu 30 grudnia 1998r. nr 8/98 (k 229). W dniu 17 sierpnia 1999r. Gmina i TP S.A. zawarły umowę nr 90/Z/UK/99 (k 26 - 27) na mocy, której dokonano przeniesienia na rzecz TP S.A. praw własności do sieci telefonicznej umożliwiającej włączenie do sieci telekomunikacyjnej TP S.A. 33 stacji telefonicznych dla abonentów z terenu Miasta i Gminy Pińczów (§ 1). Zgodnie z § 4 umowy wartość wykonanego i przekazanego przedmiotu umowy wynosi 245 537, 02 zł, z czego kwota 40 625 zł stanowi sumę, którą TP S.A. zrefunduje przyszłym abonentom, a kwota 204 912 zł stanowi udział finansowy Gminy i nie podlega refundacji (§ 5). Na dowód fizycznego przejęcia sieci przez TP S.A. strony sporządziły dowód PT - 92/99 (k 499). Zgodnie z kartą rozliczenia zadania inwestycyjnego pn. „Budowa sieci telefonicznej na terenie Miasta i Gminy Pińczów zrealizowanego na podstawie umowy nr UK/278/98 (k 23) wartość sieci telefonicznej przejętej na własność TP S.A. wyniosła 935 556, 16 zł. Sieć ta umożliwiła podłączenie 256 stacji telefonicznych. Źródłami finansowania inwestycji były:

- środki przyszłych abonentów podlegające refundacji: 319 375 zł,
- środki Gminy nie podlegające refundacji, w tym:

- środki własne Gminy: 526 181, 16 zł,
- dotacja Wojewody Kieleckiego: 90 000 zł.

Organ antymonopolowy zważył co następuje:

Art. 5, ust. 1, pkt 6 ustawy antymonopolowej za praktyki monopolistyczne uznaje nadużywanie pozycji dominującej na rynku polegające na narzucaniu uciążliwych warunków umów, przynoszących przedsiębiorcy narzucającemu te warunki nieuzasadnione korzyści. Z praktyką uregulowaną w tym przepisie mamy do czynienia w razie kumulatywnego spełnienia trzech przesłanek:

1. uciążliwy charakter warunków umowy,
 2. narzucenie tych warunków kontrahentowi przez przedsiębiorcę o pozycji dominującej na rynku,
 3. osiągnięcie nieuzasadnionych korzyści przez przedsiębiorcę o pozycji dominującej na rynku.
- W/w przepis zakazuje nadużywania pozycji dominującej na rynku, jednak stosując wnioskowanie a minori ad maius należy stwierdzić, że przepis ten zakazuje także nadużywania pozycji monopolistycznej na rynku. Skoro bowiem zakazuje się nadużywania pozycji dominującej to tym bardziej jest zakazane nadużywanie silniejszej pozycji monopolistycznej.

Ad 1. Uciążliwy charakter warunków umowy.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem antymonopolowym za uciążliwy warunek umowy należy uznać każdy warunek oznaczający dla jednej ze stron umowy ciężar większy od powszechnie przyjętych w stosunkach danego rodzaju. Ustalenia te powinny być dokonane według kryteriów obiektywnych. W szczególności należy rozważyć czy w hipotetycznej sytuacji istnienia wolnej konkurencji i tym samym swobody kształtowania przez obie strony treści umowy, podmiot gospodarczy byłby w stanie wynegocjować kwestionowane postanowienie umowy (patrz: St. Gronowski, ustawa Antymonopolowa Komentarz, C.H. Beck Warszawa 1996r., str. 135 pkt 60).

Bezspornym faktem w niniejszej sprawie jest to, że z chwilą przyłączenia sieci telefonicznej wybudowanej na podstawie umowy nr UK/278/98 do sieci telekomunikacyjnej TP S.A. stała się ona własnością TP S.A. Zgodnie z art. 49 kodeksu cywilnego urządzenia służące do doprowadzania lub odprowadzania wody, pary, gazu, prądu elektrycznego oraz inne urządzenia podobne nie należą do części składowych gruntu lub budynku, jeżeli wchodzą w skład przedsiębiorstwa lub zakładu. Taki skutek prawny w postaci przeniesienia własności sieci telefonicznej był celem TP S.A. i Gminy przy zawieraniu umowy nr UK/278/98 co zostało wyrażone w § 7 umowy i zawarciu dwóch umów przenoszących własność sieci telefonicznej.

Pod kątem uciążliwego warunku umownego należy przeanalizować § 6, pkt 1, lit. b umowy nr UK/278/98, który stanowi, że wkład finansowy wniesiony przez Gminę na pokrycie kosztów realizacji sieci telefonicznej nie zostanie zrefundowany przez TP S.A. Taki zapis oznacza, że Gmina dokonała na rzecz TP S.A. nieodpłatnego przysporzenia majątkowego. Gmina sfinansowała majątek trwały TP S.A., za pomocą którego ten operator prowadzi działalność gospodarczą i może osiągać zyski. Gmina natomiast w zamian za dokonane przysporzenie majątkowe nie otrzymała żadnego świadczenia. Świadczenie takie w postaci dostępu do usług wchodzących w skład abonamentu telefonicznego otrzymali tylko poszczególni mieszkańcy Gminy - przyszli abonenci. W praktyce przedmiotowy zapis umowny doprowadził do sytuacji, w której Gmina poniosła pewne koszty i w zamian nie otrzymała korzyści, natomiast TP S.A. nie ponosząc kosztów odniosła wymierną korzyść majątkową w postaci powiększenia swoich środków trwałych, co z kolei stworzyło jej możliwość

rozszerzenia swojej działalności gospodarczej, która co wykazała opinia biegłego jest dla TP S.A. opłacalna.

W ocenie organu antymonopolowego analizowany warunek umowny jest warunkiem uciążliwym. TP S.A. nie mogłaby go wynegocjować, gdyby nie brak konkurencji na lokalnym rynku usług telekomunikacyjnych o charakterze powszechnym terenu Gminy Pińczów. Na potwierdzenie tej tezy można przytoczyć stan faktyczny opisany w wyroku Sądu Antymonopolowego z dnia 22 kwietnia 1998r., sygn. akt XVII Ama 77/97 utrzymanym w mocy wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 26 maja 2000r., sygn. akt I CKN 731/98, gdzie w sytuacji istnienia konkurencji na rynku usług telekomunikacyjnych o charakterze powszechnym, terenu Gmin: Sokoły, Kobylin Borzymy i Kulesze Kościelne zainteresowane gminy odrzuciły ofertę TP S.A. przewidującą finansowy udział gmin w inwestycji i zdecydowały się na wybór korzystniejszej oferty konkurenta - „Szeptel” S.A. w Szepietowie.

Analizując kwestionowany warunek umowny pod kątem kryteriów obiektywnych należy stwierdzić, że jest on uciążliwy także z tego względu, że koszty wybudowania sieci telefonicznej służącej do świadczenia usług telekomunikacyjnych o charakterze powszechnym powinny być normalnym elementem kosztów działalności TP S.A. W wyroku z dnia 11 marca 1997r., sygn. akt XVII Ama 71/97 Sąd Antymonopolowy stwierdził, że w normalnych warunkach obrotu gospodarczego przedsiębiorca nie finansuje drugiemu przedsiębiorcy, w sposób bezpośredni, środków trwałych, za których pośrednictwem obdarowany prowadzi działalność gospodarczą uzyskując tym samym określone korzyści finansowe.

Organ antymonopolowy uznał, że przesłanka uciążliwego charakteru warunków umowy została spełniona.

Ad. 2 Narzucenie tych warunków przez podmiot dominujący kontrahentowi.

Narzucenie uciążliwych warunków umowy musi mieć charakter przymusowy. TP S.A. jako monopolista na lokalnym rynku usług telekomunikacyjnych o charakterze powszechnym terenu Gminy Pińczów posiada wobec Gminy taką siłę rynkową (przewagę kontraktową), że narzuciła jej uciążliwe warunki umowy, których ta nie zaakceptowałaby gdyby miała możliwość wyboru. Kryterium sprawdzającym czy warunki danej umowy zostały kontrahentowi narzucone, czy też wynegocjowane w ramach realizacji zasady swobody umów określonej w art. 353¹ kc jest racjonalność zachowania kontrahenta oceniana według hipotetycznego założenia istnienia konkurencji na rynku. Zakładając, że podmioty uczestniczące w obrocie działają racjonalnie należy stwierdzić, że TP S.A. nie byłaby w stanie wynegocjować treści umowy z Gminą, która zawiera uciążliwe dla niej warunki. Ze względu na swoją pozycję monopolistyczną TP S.A. jako jedyny operator na rynku usług telekomunikacyjnych o charakterze powszechnym terenu Gminy Pińczów jest w stanie narzucić swoim odbiorcom warunki umowy dla nich niekorzystne, których nie zaakceptowałyby mając możliwość wyboru operatora.

O tym, że umowa nr UK/278/98 została zawarta przez Gminę w sytuacji przymusu, a nie jak to twierdziła w toku całego postępowania antymonopolowego TP S.A. z poszanowaniem zasady swobody umów świadczą następujące okoliczności. Treść tej umowy jest identyczna z wzorcem umowy uregulowanym w opisanych wcześniej uchwałach Zarządu TP S.A. nr 45 i 56 z 1994r. Obie uchwały przewidują, że TP S.A. nie refunduje gminom środków finansowych wniesionych dla zrealizowania inwestycji telekomunikacyjnych na podstawie takich umów. Negocjacje (rokowania) w sprawie zawarcia umowy nr UK/278/98 TP S.A. i Gmina prowadziły w czerwcu 1998r. W ich trakcie TP S.A. zaproponowała Gminie projekt umowy odpowiadający treścią wzorcowi umowy uregulowanemu w w/w uchwałach. Gmina w piśmie z dnia 16.06.1998r. (k 37) przesłała TP S.A. swoje uwagi do projektu, w

których zakwestionowała, że umowa nie przewiduje sposobu refundacji środków finansowych wniesionych przez Gminę na realizację zadania inwestycyjnego. W piśmie doręczonym organowi antymonopolowemu w dniu 17.12.1999r. Gmina stwierdziła, że TP S.A. nie uwzględniła powyższych uwag dot. refundacji kosztów Gminy, a w trakcie prowadzonych rozmów stanowisko TP S.A. zawierało się w stwierdzeniu „albo przyjmujecie nasze warunki, albo rezygnujecie z możliwości korzystania z naszych usług”. Te okoliczności jednoznacznie wskazują, że treść przedmiotowej umowy została Gminie narzucona, a nie dobrowolnie wynegocjowana w ramach realizacji zasady swobody umów.

Organ antymonopolowy uznał, że przesłanka narzucenia tych warunków przez podmiot dominujący kontrahentowi została spełniona.

Ad. 3 Osiągnięcie nieuzasadnionych korzyści.

Nieuzasadnione korzyści są wynikiem uciążliwych warunków umowy. Nieuzasadnione korzyści powinny być osiągnięte kosztem kontrahenta i pozostawać w normalnym związku przyczynowym z narzuceniami kontrahentowi uciążliwymi warunkami umowy (wyrok Sądu Antymonopolowego z 24 stycznia 1991r., sygn. akt Amr 2/90). Jak to zostało udowodnione wcześniej uciążliwy warunek umowy w postaci nieodpłatnego sfinansowania przez Gminę części majątku trwałego TP S.A. pozwolił jej osiągnąć nieuzasadnione korzyści. TP S.A. otrzymała możliwość zwiększenia ruchu telefonicznego, a tym samym zapewniła sobie większe zyski z prowadzonej działalności gospodarczej. Kryterium nieuzasadnionych korzyści jest także naruszenie zasady ekwiwalentności świadczeń. W ocenie organu antymonopolowego umowa nr UK/278/98 narusza zasadę ekwiwalentności, ponieważ TP S.A. uzyskała możliwość prowadzenia dochodowej działalności gospodarczej, co wykazała opinia biegłego, natomiast Gmina poniosła wydatki finansowe, które nie zostały jej w żaden sposób zrekomensowane.

W ocenie organu antymonopolowego zostały spełnione wszystkie przesłanki praktyki monopolistycznej określonej w art. 5, ust. 1, pkt 6 ustawy antymonopolowej. Zaniechanie praktyki monopolistycznej zakazanej w pkt I sentencji powinno nastąpić w drodze zawarcia przez TP S.A. i Gminę umowy regulującej zgodnie z zasadą ekwiwalentności świadczeń wysokość, termin i sposób rozliczenia kwoty pochodzącej ze środków finansowych Gminy przeznaczonych na budowę przedmiotowej sieci telefonicznej stanowiącej własność TP S.A.

W toku postępowania antymonopolowego TP S.A. wielokrotnie powoływała się na art. 6 ustawy antymonopolowej, który stanowi, że zakazuje się stosowania praktyk określonych w art. 4 i art. 5, chyba że są one niezbędne ze względów techniczno - organizacyjnych lub ekonomicznych do prowadzenia działalności gospodarczej i nie powodują istotnego ograniczenia konkurencji; ciężar udokumentowania tych okoliczności spoczywa na podmiocie, który się na nie powołuje. Organ antymonopolowy odrzuca przedstawioną przez TP S.A. argumentację uzasadniającą przesłanki zastosowania w/w przepisu. Przede wszystkim TP S.A. uzasadniając przesłankę „niezbędności” stosowania praktyki monopolistycznej ze względów techniczno - organizacyjnych lub ekonomicznych do prowadzenia działalności gospodarczej, błędnie w niniejszym stanie faktycznym powołuje się na utrwaloną w orzecznictwie antymonopolowym rozszerzającą wykładnię tej przesłanki, która nakazuje oceniać przy stosowaniu art. 6 korzyści społeczne i korzyści konsumentów jakie powstają w wyniku stosowanej praktyki monopolistycznej. W wyroku z 25 stycznia 1995r. sygn. akt XVII Amr 51/94, na który powołuje się TP S.A. Sąd usprawiedliwił stosowaną przez TP S.A. praktykę monopolistyczną polegającą na pobieraniu od kontrahentów nie przewidzianych w cenniku opłat z tytułu wykonywania abonamentu telefonicznego, zaliczanych następnie w późniejszym

okresie na poczet opłat telefonicznych, jeżeli pozwala to przyspieszyć rozwój telekomunikacji kraju i w lepszym stopniu zaspokoić w tym zakresie potrzeby społeczne. W tym wyroku Sąd Antymonopolowy jednoznacznie stwierdził, że stosowanie praktyki monopolistycznej może być usprawiedliwione na gruncie art. 6 tylko w wypadku zrealizowania zasady ekwiwalentności świadczeń. W niniejszej sprawie TP S.A. błędnie powołała się na ten wyrok, bowiem Gmina nie otrzymała od TP S.A. żadnego ekwiwalentu za sfinansowanie części kosztu budowy sieci telefonicznej. Stąd trudno uznać, że w przedmiotowym stanie faktycznym została spełniona przesłanka „niezbędności” praktyki monopolistycznej stosowanej wobec Gminy. Trudno także uznać, że narzucony przez TP S.A. sposób finansowania przedmiotowej inwestycji był najmniej uciążliwy dla stron i to ma spełnić przesłankę nie powodowania istotnego ograniczenia konkurencji. Stosowana przez TP S.A. praktyka monopolistyczna ma charakter eksploatacyjny a nie antykonkurencyjny.

Organ antymonopolowy odrzuca także twierdzenie TP S.A., iż do przedmiotowej inwestycji należy zaliczyć wybudowane w 1996r. z własnych środków TP S.A. światłowodów w relacji Jędrzejów - Pińczów - Wiślica - Busko Zdrój oraz centralę JRSU wraz zasilaniem i teletransmisją w miejscowościach Młodzawy i Kozuby, co miało umożliwić w przyszłości rozwiązanie problemu braku telefonów we wsiach pińczowskich. Fakt ten nie może w ogóle podlegać ocenie w niniejszym postępowaniu. Ta inwestycja była wewnętrzną sprawą TP S.A., podjętą na podstawie własnych planów inwestycyjnych, zgodnie z zasadą samodzielnego działania każdego przedsiębiorcy.

Organ antymonopolowy nie neguje twierdzenia, że inwestycje w sieci telekomunikacyjne na obszarach wiejskich są nieopłacalne. Nie neguje także potrzeby opracowywania na szczeblu rządowym odpowiednich programów wspomagających rozwój sieci telekomunikacyjnych na wsi. Przedmiotem niniejszego postępowania jest sieć telekomunikacyjna na terenie Gminy Pińczów. Przeprowadzone postępowanie dowodowe, a w szczególności opinia biegłego jednoznacznie wskazuje, że przedmiotowa inwestycja jest dla TP S.A. bardzo opłacalna. Organ antymonopolowy odrzucił zarzuty TP S.A. pod adresem opinii biegłego sformułowane w analizie opinii biegłego sporządzonej na zlecenie TP S.A. przez dr Andrzeja Rutkowskiego - Adiunkta na Wydziale Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, specjalisty w zakresie finansów przedsiębiorstw. Z tych samych względów organ antymonopolowy nie dopuścił dowodu na okoliczności zawarte w przedmiotowej analizie, co do przeprowadzenia którego wniosek złożyła TP S.A. Organ antymonopolowy uznał, że powtarzanie treści zawartych w doręczonej analizie sprzeciwia się zasadzie szybkości postępowania administracyjnego wyrażonej w art. 12 kpa. W ocenie organu antymonopolowego zarzuty przedstawione w analizie nie mogą być brane pod uwagę, ponieważ zostały sformułowane na błędnych podstawach świadczących o całkowitej nieznajomości przez autora stanu faktycznego sprawy. Dlatego też organ antymonopolowy poprzestał na opinii biegłego, która w sposób wyczerpujący realizuje tezę dowodową z postanowienia dowodowego o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego. Założenia w niej przyjęte są zgodne ze stanem faktycznym ustalonym w postępowaniu oraz biegły zastosował najbardziej wiarygodne wskaźniki oceny opłacalności inwestycji wypracowane przez nauki ekonomiczne. W ocenie organu antymonopolowego opinia biegłego jest spójna logicznie i przekonująca. Z tego też względu organ antymonopolowy uznał za zbędne uwzględnienie wniosku dowodowego TP S.A. o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań autora w/w analizy na okoliczności wynikające z opinii biegłego. Organ antymonopolowy nie uwzględnił wniosku TP S.A. o wezwanie na rozprawę biegłego Pastusiaka w celu wyjaśnienia przez niego opinii złożonej na piśmie z następujących przyczyn. Przepis art. 286 kpc, który w postępowaniu administracyjnym stosuje się odpowiednio, wprawdzie dopuszcza możliwość ustnego wyjaśnienia opinii złożonej na piśmie, ale nie jest to obowiązek organu prowadzącego postępowanie („sąd może zażądać ustnego wyjaśnienia opinii złożonej na piśmie.....”). Takie stanowisko przyjmują także komentatorzy kodeksu postępowania cywilnego (patrz KPC

Komentarz Tom I pod redakcją K. Piaseckiego, str. 884, wyd. C.H. Beck, Warszawa 1996. Ponadto w postępowaniu sądowym biegły składa ustne wyjaśnienia na rozprawie, która jest zasadniczym sposobem prowadzenia procesu cywilnego. Niniejsze postępowanie jest natomiast postępowaniem administracyjnym, w którym rozprawa jest przeprowadzana wyjątkowo, tylko w sytuacjach przewidzianych enumeratywnie w art. 89 kpa. Przepis § 2, art. 89 kpa stanowi wprawdzie, że organ powinien przeprowadzić rozprawę, gdy jest to potrzebne dla wyjaśnienia sprawy przy udziale świadków lub biegłych albo w drodze oględzin. W ocenie organu antymonopolowego nie ma potrzeby wyjaśnienia sprawy na rozprawie z udziałem stron i biegłego, bowiem sprawa na podstawie zebranego materiału dowodowego została wszechstronnie wyjaśniona. Strony miały możliwość ustosunkowania się do opinii na piśmie. Została im ona doręczona (k 468, 469, 470, 476). Zarzuty TP S.A. sformułowane pod adresem opinii biegłego w piśmie z dnia 15.11.2000r. (k 528 - 531) nie mogą być uwzględnione. W w/w piśmie TP S.A. stwierdziła, że biegły błędnie przyjął w opinii zaniżone koszty działalności operacyjnej TP S.A. w pierwotnej, nie skorygowanej wersji oceny efektywności zadania inwestycyjnego obejmującego budowę całej infrastruktury telekomunikacyjnej. Faktyczne koszty działalności operacyjnej dla przedmiotowego zadania inwestycyjnego są wyższe i wynoszą w 1999r. - 104 600 zł i w 2000r. - 108 200 zł. Organ antymonopolowy odrzuca to twierdzenie, bowiem jest to tylko oświadczenie pełnomocnika nie poparte żadnym materiałem źródłowym. Natomiast koszty operacyjne przyjęte przez biegłego to koszty wskazane w analizie efektywności przedmiotowej inwestycji sporządzonej przez TP S.A. i podpisanej przez osobę upoważnioną do tego przez Dyrektora Rejonu TP S.A. w Pińczowie (k 343). W ocenie organu antymonopolowego tylko takie dane mogą być wiarygodnym materiałem dowodowym mającym wpływ na rozstrzygnięcie. W omawianym piśmie TP S.A. zarzuca, iż opinia zawiera rażące błędy m.in. poprzez przyjęcie stawki podatku dochodowego w 1999r. w wysokości 30%. Na str. 15 opinii biegły podaje stawki podatku dochodowego w latach 2000 - 2004. Rok 1999 w ogóle nie został przez biegłego uwzględniony. Trudno także uznać za zarzut pod adresem opinii brak uzasadnienia wielkości okresu zwrotu dla inwestycji podejmowanych na terenach wiejskich, bowiem ta kwestia nie została ujęta w tezie dowodowej postanowienia o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego.

Zdaniem organu antymonopolowego nie znajduje uzasadnienia żądanie Gminy ustalenia kwoty 616 181, 16 zł jako nienależnej TP S.A. Kwota nienależna jest jedną z sankcji za stosowanie praktyk monopolistycznych przewidzianą w art. 8, ust. 3 ustawy antymonopolowej. Zgodnie z tym przepisem Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów może ją ustalić w decyzji zakazującej stosowania praktyk monopolistycznych w wyniku których nastąpiło podwyższenie cen. Stan faktyczny ustalony w niniejszej sprawie nie dał podstaw do postawienia TP S.A. zarzutu stosowania praktyki monopolistycznej, w wyniku której doszło do podwyższenia cen. W tej sytuacji żądanie Gminy co do ustalenia kwoty nienależnej nie może być uwzględnione.

Wykroczeniem poza zakres ustawowych kompetencji organu antymonopolowego byłoby uwzględnienie żądania Gminy uznania, że do wartości inwestycji wlicza się koszt kredytu zaciągniętego przez Gminę na jej realizację. Zgodnie z art. 8, ust. 1 ustawy antymonopolowej w razie stwierdzenia praktyk monopolistycznych wymienionych w art. 4, art. 5, art. 7 Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wydaje jedynie decyzję nakazującą zaniechanie tych praktyk oraz może określić warunki tego zaniechania.

W punkcie II sentencji organ antymonopolowy nałożył na TP S.A. karę pieniężną. Ustawa antymonopolowa przewiduje możliwość nałożenia kary pieniężnej w przypadku stosowania praktyki monopolistycznej, przy czym warunkiem koniecznym jej zastosowania jest nakazanie zaniechania stosowania stwierdzonej praktyki monopolistycznej. Wymierzona kara

ma spełnić funkcję represyjną i prewencyjną. Nakładając karę pieniężną organ antymonopolowy wziął pod uwagę skutki nadużycia przez TP S.A. pozycji monopolistycznej na rynku polegające na zaistnieniu sytuacji gdzie wspólnota samorządowa gmina - podmiot prawa publicznego zostaje zmuszona do sfinansowania bez ekwiwalentu majątku przedsiębiorcy jednego z najbogatszych w Polsce, który jest spółką giełdową w trakcie prywatyzacji oraz fakt, że stosowanie przez TP S.A. przedmiotowej praktyki monopolistycznej nie jest przypadkiem odosobnionym. Opisane w uzasadnieniu decyzji uchwały Zarządu TP S.A. świadczą, że TP S.A. powszechnie stosuje takie praktyki przy powiększaniu zakresu świadczonych usług telekomunikacyjnych. Ustalając wysokość kary organ antymonopolowy wziął pod uwagę nieuzasadnione korzyści jakie TP S.A. osiągnęła w związku ze stosowaniem zakazanej praktyki monopolistycznej oraz wielkość wkładu finansowego Gminy Pińczów w przedmiotową inwestycję. Kara w wysokości 50 000 zł jest znikomym ułamkiem przychodu TP S.A. w rozumieniu art. 2, pkt 10 ustawy antymonopolowej, który wyniósł ^{kapitału przedsiębiorcy} 1 zł (k 521), jednak w stosunku do nieuzasadnionych korzyści jakie TP S.A. osiągnęła w wyniku stosowania praktyki monopolistycznej wysokość nałożonej kary jest jak najbardziej adekwatna. Organ antymonopolowy uważa, iż o skuteczności zastosowanych sankcji nie decyduje stopień ich surowości, ale sama ich istota - podkreślenie nagannego charakteru stosowanej praktyki monopolistycznej.

Karę należy wpłacić, z dochodu po opodatkowaniu lub z innej formy nadwyżki przychodów nad wydatkami, zmniejszonej o podatki (art. 14, ust. 3 ustawy antymonopolowej), na rachunek Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie NBP O/O Warszawa nr 10101010 - 7878 - 223 - 1.

W pkt III sentencji organ antymonopolowy nie nadał decyzji rygorowi natychmiastowej wykonalności. Kodeks postępowania administracyjnego i ustawa antymonopolowa nie przewidują możliwości zgłaszania przez stronę postępowania wniosku o nadanie decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności. Jednak organ antymonopolowy mając na względzie art. 7 i art. 77 § 1 kpa dokonał oceny stanu faktycznego niniejszej sprawy pod kątem spełnienia przesłanek nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności z art. 108 § 1 kpa. Zgodnie z przepisem art. 108 § 1 kpa decyzji, od której służy odwołanie, może być nadany rygor natychmiastowej wykonalności, gdy jest to niezbędne ze względu na ochronę zdrowia lub życia ludzkiego albo dla zabezpieczenia gospodarstwa narodowego przed ciężkimi stratami bądź też ze względu na inny interes społeczny lub wyjątkowo ważny interes strony. W tym ostatnim przypadku organ administracji państwowej może w drodze postanowienia zażądać stosownego zabezpieczenia. W ocenie organu antymonopolowego w tym stanie faktycznym nie została spełniona żadna z przesłanek nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności z w/w przepisu.

W pkt IV sentencji organ antymonopolowy nakazał TP S.A. zwrot na rzecz Gminy kosztów postępowania w kwocie 2000 zł, na podstawie art. 98 § 1 kpc, który stanowi, że strona przegrywająca sprawę obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony (koszty procesu). Zgodnie z art. 21a, ust. 4 ustawy antymonopolowej przepis ten ma odpowiednie zastosowanie w postępowaniu przed Urzędem Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Gmina złożyła w postępowaniu wnioski o przyznanie jej kosztów postępowania w kwocie 2000 zł w piśmie z dnia 10.11.2000r. (k 526).

Mając na uwadze powyższe orzeka się jak w sentencji.

Od decyzji niniejszej służy odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Antymonopolowego za pośrednictwem niniejszej Delegatury w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia decyzji.

Na postanowienie rozstrzygające o kosztach postępowania (pkt IV decyzji) służy zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Antymonopolowego za pośrednictwem niniejszej Delegatury w terminie siedmiu dni od dnia doręczenia postanowienia.

Z upoważnienia
Prezesa Urzędu Ochrony
Konkurencji i Konsumentów

Iwona Bielska

Dyrektor Delegatury w Łodzi

Otrzymują:

Gmina Pińczów
ul. 3 Maja 10
28 - 400 Pińczów

Adw. Henryk Romańczuk
Adw. Krzysztof Wierzbowski
Apl. adw. Małgorzata Modzelewska de Raad
Pełnomocnicy Telekomunikacji Polskiej S.A.

K. Wierzbowski, D. Szubielska
i Wspólnicy - spółka komandytowa
ul. Nowogrodzka 68
02 - 014 Warszawa