



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA w ŁODZI**
ul. Piotrkowska 120
90-006 Łódź
tel. (42) 636 36 89, fax (42) 636 07 12
e-mail: lodz@uokik.gov.pl

RŁO-411- 7()12/TD

Łódź, dnia 16 lipca 2014 r.

DECYZJA Nr RŁO 14/2014

- I.** Na podstawie art. 11 ust. 1 i 2 w związku z art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy, po przeprowadzeniu wszczętego z urzędu postępowania antymonopolowego, w związku z podejrzeniem stosowania przez Miejski Zakład Gospodarki Komunalnej Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim praktyki ograniczającej konkurencję,

– działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję działanie Miejskiego Zakładu Gospodarki Komunalnej Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim polegające na nadużywaniu przez tego przedsiębiorcę pozycji dominującej na lokalnym rynku najmu infrastruktury wysokościowej dla nadawców programów radiofonicznych o zasięgu odbioru na obszarze Piotrkowa Trybunalskiego oraz całości gmin sąsiednich, poprzez narzucanie cen nieuczciwych, w tym nadmiernie wygórowanych i **stwierdza się zaniechanie jej stosowania z dniem 21 maja 2013 r.**

- II.** Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy, po przeprowadzeniu wszczętego z urzędu postępowania antymonopolowego, w związku z podejrzeniem stosowania przez Miejski Zakład Gospodarki Komunalnej Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim praktyki ograniczającej konkurencję,

– działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

nakłada się na Miejski Zakład Gospodarki Komunalnej Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim **karę pieniężną**, płatną do budżetu państwa, w wysokości **7.899,00 zł** (siedem tysięcy osiemset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych) z tytułu naruszenia zakazu, o jakim mowa w art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zakresie opisanym w pkt I sentencji niniejszej decyzji.

III. Na podstawie art. 77 ust. 1 w związku z art. 80 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, ze zm.) oraz art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 267) w związku z art. 83 powołanej na wstępie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy,

– **działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:**

postanawia się obciążyć Miejski Zakład Gospodarki Komunalnej Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim **kosztami niniejszego** postępowania w sprawie stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, w kwocie 52,80 zł (słownie: pięćdziesiąt dwa złote 80/100) oraz **zobowiązuje się** Miejski Zakład Gospodarki Komunalnej Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim do ich zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie 7 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Uzasadnienie

W związku z zawiadomieniem o podejrzeniu stosowania przez Miejski Zakład Gospodarki Komunalnej Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim – zwany dalej: „MZGK” – praktyk ograniczających konkurencję, polegających na znacznym podwyższeniu stawki wynagrodzenia za udostępnienie terenu i infrastruktury (komin) dla urządzeń radiowych przeznaczonych do rozpowszechniania programów radiofonicznych przedsiębiorcy Radio Pasma Piotrków Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim – zwanego dalej: „Radiem Pasma” – nadającego program radiowy pn. Radio Strefa FM, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – zwany dalej: „Prezesem Urzędu” – przeprowadził postępowanie wyjaśniające w tej sprawie.

Z informacji i materiałów zgromadzonych w toku postępowania wyjaśniającego wynika, że w lipcu 2011 r. MZGK zmienił dotychczas obowiązującą stawkę najmu z tytułu zainstalowania urządzeń Radia Pasma, zwiększając ją z poziomu (*tajemnica przedsiębiorcy*) zł netto do (*tajemnica przedsiębiorcy*) zł netto. Z poczynionych ustaleń wynika, że obowiązująca po podwyżce nowa stawka czynszu została ukształtowana w sposób jednostronny przez MZGK i narzucona Radiu Pasma. Inny nadawca radiofoniczny (Warszawska Prowincja Redemptorystów z siedzibą w Warszawie nadająca program radiowy pn. Radio Maryja – zwana dalej: „Radiem Maryja”) korzystający również z infrastruktury MZGK obciążony został opłatą na poziomie kilkukrotnie niższym.

Prezes Urzędu uznał, że ustalone okoliczności sprawy uzasadniają podejrzenie, że MZGK mógł dokonać naruszenia zakazu określonego w art. 9 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, ze zmianami) – zwanej dalej: „ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów” – polegającego na nadużywaniu przez MZGK pozycji dominującej na lokalnym rynku wynajmu infrastruktury wysokościowej dla nadawców programów radiofonicznych o zasięgu odbioru na obszarze Piotrkowa Trybunalskiego oraz całości gmin sąsiednich, poprzez narzucanie cen nieuczciwych, w tym nadmiernie wygórowanych. W związku z powyższym, postanowieniem Nr 1/411-7/12 z dnia 3 grudnia 2012 r. Prezes Urzędu wszczął z urzędu postępowanie antymonopolowe w sprawie jak wyżej, o czym zawiadomił MZGK (dowód: karty Nr 1-3).

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego MZGK w piśmie z dnia 31 grudnia 2012 r. (sygn. MZGK/R/05003/12, dowód: karty Nr 4-13) zakwestionował w całości postawiony zarzut nadużywania pozycji dominującej, wskazał ponadto, iż jego zdaniem nie jest przedsiębiorcą dominującym na lokalnym rynku wynajmu infrastruktury wysokościowej. Według MZGK na terenie miasta Piotrkowa Trybunalskiego występuje szereg firm, które posiadają kominy, wieże, maszty, tj. infrastrukturę wysokościową, z której mógłby korzystać nadawca Radio Pasma. Istnienie innych obiektów na lokalnym rynku wynajmu infrastruktury pod instalację urządzeń radiofonicznych oraz telekomunikacyjnych w Piotrkowie Trybunalskim i przyległych gminach przesądza, że pozycja MZGK nie jest dominującą w rozumieniu przepisu art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Istnieją bowiem na rynku lokalnym inni przedsiębiorcy dysponujący obiektami, które mogą być wykorzystane do instalacji anten, co umożliwi zachowanie na rynku skutecznej konkurencji. Każdy przedsiębiorca ma prawo wyboru kontrahenta, z którym chce zawrzeć umowę. Podwyższenie ceny najmu przez MZGK było przedmiotem negocjacji, zakończonej zawarciem – na zasadzie równości stron – umowy cywilnoprawnej ze zmienioną wysokością czynszu.

W związku z powyższym MZGK wniósł o wystąpienie do podmiotów dysponujących infrastrukturą wysokościową na terenie miasta Piotrkowa Trybunalskiego i gmin przyległych w celu uzyskania informacji o możliwości wykorzystania ww. obiektów celem zainstalowania urządzeń radiofonicznych i telekomunikacyjnych oraz o wysokości miesięcznego czynszu dzierżawnego lub najmu. MZGK wymienił w związku z tym następujące obiekty:

- komin Huty Szkła „Feniks” przy ul. Topolowej 1 w Piotrkowie Trybunalskim,
- komin przy ul. 1 Maja (była Huta „Hortensja”) w Piotrkowie Trybunalskim,
- komin ciepłowni Piotrkowskiej Fabryki Mebli przy ul. Sulejowskiej 47 w Piotrkowie Trybunalskim,
- dachy budynków wysokościowych spółdzielni mieszkaniowych na terenie miasta,
- maszt przy ul. Narutowicza w Piotrkowie Trybunalskim,
- maszt antenowy znajdujący się w Gminie Sulejów, w miejscowości Koło,
- wieża telewizyjna w Gminie Grabica, w miejscowości Majków,
- wieża ciśnień przy ul. Słowackiego w Piotrkowie Trybunalskim.

MZGK zarzucił Prezesowi Urzędu, iż w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego nie określił konkretnie rynku właściwego, tj. granic geograficznych tego rynku. W związku z tym, iż na rynku przyjętym jako właściwy w sprawie przez Prezesa Urzędu istnieje tylko jeden podmiot będący nadawcą radiowym (tj. Radio Pasma), MZGK wniósł o rozszerzenie rynku właściwego w wymiarze geograficznym na obszar co najmniej kilku powiatów województwa łódzkiego, tj. powiatu piotrkowskiego, łódzkiego, bełchatowskiego i tomaszowskiego. Zdaniem MZGK powyższe jest konieczne, bowiem ograniczenie rynku właściwego jedynie do miasta Piotrkowa Trybunalskiego nie pozwoli na właściwe określenie rynku właściwego i ustalenie cen za udostępnienie obiektów dla lokalnych nadawców radiowych. MZGK podkreślił, iż prawidłowe zdefiniowanie rynku właściwego przesądza często o wszczęciu i wynikach postępowania antymonopolowego. Rynek ten wyznacza bowiem płaszczyznę współzawodnictwa przedsiębiorców w zakresie danego towaru na określonym terytorium geograficznym. Rynek właściwy jest kategorią prawną, jednak musi on być wyznaczony w kategoriach ekonomicznych i przy pomocy metodologii i instrumentów ekonomicznych. Podstawową dyrektywą prawidłowości wyznaczania rynku właściwego jest przeprowadzenie pełnej analizy ekonomicznej przynajmniej dwóch podstawowych wymiarów (produktowego i geograficznego) rynku właściwego oraz wszystkich narzędzi pomiarów kryteriów

„właściwości”.

Ponadto, MZGK wniósł o wystąpienie do lokalnych nadawców radiowych (tj. Agencji Radiowo-Telewizyjnej Fama Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach – zwanej dalej: „Agencją Fama” – oraz Radia Eska z siedzibą w Bełchatowie – zwanego dalej: „Radiem Eska”) celem zasięgnięcia informacji o wysokości opłaty miesięcznej za umieszczenie przez te podmioty anten radiowych na obiektach w Tomaszowie Mazowieckim i Bełchatowie. Powyższy wniosek MZGK uzasadnił faktem, iż w sąsiednich (w stosunku do Piotrkowa Trybunalskiego) powiatach istnieją lokalni nadawcy radiowi, którzy korzystają z infrastruktury radiowej na terenie tych powiatów. Ustalenie wysokości opłat ponoszonych przez tych nadawców jest niezbędne do stwierdzenia przez Prezesa Urzędu, czy faktycznie opłaty z tytułu najmu infrastruktury ponoszone w związku z działalnością nadawczą Radia Pasma są opłatami nadmiernie wygórowanymi. MZGK stwierdził, iż z informacji posiadanych przez niego wynika, iż Agencja Fama za umieszczenie anteny na obiekcie w Tomaszowie Mazowieckim ponosi miesięczną opłatę w wysokości (*tajemnica przedsiębiorcy*) zł, co wskazuje, iż opłata pobierana przez MZGK nie jest opłatą nadmiernie wygórowaną. MZGK nie wskazał jednak, czy ww. kwota jest wartością netto, czy brutto (zawierającą podatek o towarów i usług VAT).

MZGK wniósł również o wystąpienie do przedsiębiorcy Polskie Sieci Nadawcze Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – zwanej dalej: „Polskimi Sieciami Nadawczymi” – z wezwaniem do udzielenia informacji o wysokości opłat za korzystanie z dysponowanych przez ten podmiot obiektów wykorzystywanych do nadawania programów radiowych. W tym kontekście MZGK wskazał, iż podmiot ten posiada według jego informacji obiekty w Sieradzu, Wieruszowie i Łodzi. Z obiektu w Łodzi (EC-4) korzystają zdaniem MZGK następujący nadawcy: Radio Maryja, Chilli ZET, Radio Eska Łódź, PR Program 2, Radio ZET, RMF FM, Radio TOK FM, Radio Niepokalanów, PR Łódź, Radio Plus Łódź, PR Program 3, PR Czwórka oraz PR Program 1. Ustalenie ww. okoliczności jest zdaniem MZGK niezbędne do oceny, czy cena żądana przez MZGK jest ceną nadmiernie wygórowaną.

MZGK wniósł poza tym o włączenie w poczet dowodów w postępowaniu antymonopolowym materiałów i dokumentów zgromadzonych przez Prezesa Urzędu w trakcie postępowania wyjaśniającego, celem przeprowadzenia dowodu z tych dokumentów na okoliczność nieposiadania przez MZGK pozycji dominującej na rynku wynajmu infrastruktury wysokościowej oraz niestosowania przez MZGK cen nieuczciwych, w tym nadmiernie wygórowanych.

MZGK podniósł, że w roku 2011 podwyższył stawki czynszu za wynajęcie części powierzchni płaszcza komina wszystkim najemcom. Wysokości stawek czynszu kształtują się w przedziale od (*tajemnica przedsiębiorcy*)zł netto do (*tajemnica przedsiębiorcy*) zł netto, przy czym stawka czynszu w kwocie (*tajemnica przedsiębiorcy*) zł netto dotyczy Radia Maryja, który to podmiot nie prowadzi działalności nastawionej na osiągnięcie zysku. Stawki czynszu pozostałych operatorów będących przedsiębiorcami wynoszą od (*tajemnica przedsiębiorcy*) zł netto do (*tajemnica przedsiębiorcy*) zł netto, a zatem stawka czynszu ustalona za wynajem powierzchni pod instalacje urządzeń wykorzystywanych do nadawania programu Radia Pasma w kwocie (*tajemnica przedsiębiorcy*) zł netto mieści się w tym przedziale i jest nadal jedną z najniższych. Nie można – zdaniem MZGK – stwierdzić, iż jest ona wygórowana w stosunku do innych przedsiębiorców. MZGK podkreśla przy tym, iż wysokość opłaty za korzystanie z komina przez Radio Maryja nie może być punktem odniesienia do wysokości opłat uiszczanych w związku z ww. działalnością Radia Pasma. MZGK wskazał w tym kontekście następujące okoliczności:

- Radio Maryja posiada mniejszą ilość anten (3 sztuki – dwie na poziomie 95 m npt. i jedną na poziomie 1,8 m npt.), tj. korzysta z mniejszej powierzchni obiektu; Radio Pasma korzysta zaś z 6 sztuk anten (pierwsza na poziomie 40 m, cztery na poziomie 93 m, jedna pomiarowa – 117 m),
- Radio Maryja nie jest radiem komercyjnym, w przeciwieństwie do Radia Pasma,
- Radio Maryja ponosi opłaty za umieszczenie anten na terenie całej Polski, a nie tylko na terenie Piotrkowa Trybunalskiego.

Zdaniem MZGK zróżnicowanie opłat w stosunku do Radia Maryja i Radia Pasma jest uzasadnione ww. okolicznościami. Nadto, MZGK poinformował, iż Radio Maryja od dnia 1 stycznia 2013 r. będzie uiszczać na rzecz MZGK opłatę z tytułu zawartej umowy w wysokości *(tajemnica przedsiębiorcy)* zł netto.

MZGK poinformował, że wysokość czynszu w kwocie *(tajemnica przedsiębiorcy)* zł netto uiszczana w przeszłości w związku z korzystaniem z infrastruktury MZGK przy rozpowszechnianiu programu Radia Pasma nie odzwierciedlała cen rynkowych na lokalnym rynku wynajmu infrastruktury wysokościowej. Według informacji MZGK Prezes Radia Pasma (prowadzący również działalność gospodarczą pod nazwą ELTOM Tomasz Stachaczyk) był członkiem Rady Nadzorczej MZGK i jako członek organu kontrolnego spółki miał – zdaniem MZGK – wpływ na powyższe. Według MZGK okoliczność ta winna być wzięta pod uwagę przy ocenie zebranego materiału dowodowego w zakresie związanym z wysokością czynszu ustalonego w wysokości *(tajemnica przedsiębiorcy)* zł netto. Dopiero po zmianie składu osobowego Zarządu MZGK podniesiono wysokość czynszu, celem dostosowania do wysokości czynszu płaconego przez pozostałych kontrahentów MZGK.

Postanowieniem Nr 2/411-7/12 z dnia 15 stycznia 2013 r. oraz Postanowieniem Nr 4/411-7/12 z dnia 9 kwietnia 2013 r. Prezes Urzędu zaliczył w poczet dowodów w niniejszym postępowaniu antymonopolowym dokumenty uzyskane w postępowaniu wyjaśniającym prowadzonym pod sygn. RŁO-400-30/11/TD, o czym zawiadomił MZGK (dowód: karty Nr 14-16, 373-374).

Postanowieniem Nr 3/411-7/12 z dnia 15 stycznia 2013 r. Prezes Urzędu ograniczył MZGK z urzędu prawo do wglądu do materiału dowodowego w prowadzonym postępowaniu antymonopolowym, zawiadamiając o powyższym MZGK (dowód: karty Nr 278-280).

W ustawowym terminie MZGK wniósł zażalenie na ww. postanowienie o ograniczeniu prawa wglądu, zaskarżając je w całości (dowód: karty Nr 326-326g). Po przekazaniu zażalenia wraz z aktami niniejszego postępowania antymonopolowego do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Prezes Urzędu pismem z dnia 22 kwietnia 2013 r. odpowiedział na ww. zażalenie MZGK (dowód: karty Nr 391-394)

W piśmie z dnia 30 kwietnia 2013 r. (data doręczenia: 6 maja 2013 r.) MZGK poinformował o konkretnych działaniach już podjętych (lub które zamierza podjąć) i zmierzających do zapobieżenia zarzucanym naruszeniom ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz do wyeliminowania ich skutków. Przedsiębiorca wyraził przy tym stanowisko, że fakt złożenia zobowiązania do zaniechania stosowania na obecnym etapie postępowania, a nie zaraz po jego wszczęciu, wynika z tego, że nie identyfikował prawidłowo zarzutu będącego przedmiotem postępowania. Według MZGK, za wydaniem decyzji zobowiązującej przemawia również fakt, iż pozostawał on w przekonaniu o nieposiadaniu pozycji dominującej na rynku, gdyż na lokalnym terenie istnieje konkurencyjna infrastruktura możliwa do wykorzystania przez lokalnych nadawców radiowych. Dopiero po zapoznaniu się

z materiałem dowodowym w dniu 22 kwietnia 2013 r. uzyskał informację, że zmiana lokalizacji stacji nadawczej będzie wiązała się ze zmniejszeniem zasięgu użyteczności Radia Pasma. Ponadto, MZGK wskazał, iż w toku postępowania wyjaśniającego oraz w toku postępowania antymonopolowego do dnia 18 kwietnia 2013 r. nie był reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika. Wniosek o wydanie decyzji zobowiązującej MZGK uzupełnił i podtrzymał pismami z dnia 7 czerwca 2013 r. oraz 28 czerwca 2013 r. MZGK zobowiązał się do obniżenia stawki czynszu za wynajem powierzchni płaszcza komina pod instalacje Radia Pasma oraz do zwrotu najemcy kwoty w wysokości nadpłaconego czynszu ponad nową stawkę za okres od 1 kwietnia 2012 r. (dowód: karty Nr 413-418, 429-430, 437-438).

W piśmie procesowym z dnia 24 maja 2013 r., przekazanym Prezesowi Urzędu za pośrednictwem Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w związku ze sprawą z zażalenia na postanowienie Prezesa Urzędu Nr 3/411-7/12 z dnia 15 stycznia 2013 r., MZGK wskazał na okoliczność, iż czynności dowodowe Prezesa Urzędu prowadziły do zebrania materiału dowodowego dotyczącego podmiotów będących nadawcami radiowymi. W treści zawiadomienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego wskazano bowiem, iż podstawą jego wszczęcia jest podejrzenie nadużywania przez MZGK pozycji dominującej na rynku wynajmu infrastruktury wysokościowej dla nadawców programów radiofonicznych. Tymczasem MZGK zawarł umowę z osobą fizyczną Tomaszem Stachaczykiem prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą ELTOM Tomasz Stachaczyk w Piotrkowie Trybunalskim. Przedsiębiorca ten, według MZGK, prowadzi działalność w zakresie pośrednictwa w sprzedaży czasu i miejsca na cele reklamowe w radio i telewizji. Podmiot ten nie jest nadawcą radiowym. Koncesję na nadawanie programu radiowego posiada Radio Pasma, podmiot, z którym MZGK nie ma zawartej żadnej umowy. Radio Pasma, jako spółka prawa handlowego, jest podmiotem odrębnym w stosunku do ww. osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą, pomimo, iż osoba ta jest jedynym udziałowcem Radia Pasma. W związku z powyższym, MZGK wniósł o rozważenie prawidłowości wszczęcia postępowania antymonopolowego w przedmiotowej sprawie oraz prawidłowości postawionego MZGK zarzutu. (dowód: karta Nr 460-461)

Postanowieniem z dnia 27 lutego 2014 r. Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił zażalenie MZGK na Postanowienie Prezesa Urzędu Nr 3/411-7/12 z dnia 15 stycznia 2013 r. (dowód: karty Nr 482-483).

Pismem z dnia 14 maja 2014 r. Prezes Urzędu zawiadomił MZGK o zakończeniu zbierania materiału dowodowego w niniejszym postępowaniu antymonopolowym, informując jednocześnie o prawie do zapoznania się ze zgromadzonym materiałem dowodowym oraz do końcowego wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i przedstawionych zarzutów (dowód: karta Nr 492).

Korzystając z uprawnienia do zapoznania się i wypowiedzenia w sprawie zebranego materiału dowodowego, MZGK w piśmie z dnia 13 czerwca 2014 r. (dowód: karty Nr 495-504) podtrzymał w całości wniosek o wydanie w przedmiotowej sprawie decyzji zobowiązującej w trybie art. 12 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, podkreślając podniesione wcześniej argumenty. Ponadto, MZGK wskazał, iż okolicznością sprzyjającą wydaniu decyzji zobowiązującej jest również fakt, iż udział przychodów ze sprzedaży usług na rzecz Tomasz Stachaczyka jest niewielki w stosunku do przychodów w tytuły najmu płaszcza komina ogółem w 2013 r., tj. ok. 0,02% po uwzględnieniu zwrotu z tytułu faktur korygujących. W związku z dokonaniem ww. korekty, okres stosowania ceny najmu, która w ocenie Prezesa Urzędu była rażąco wygórowana, wynosił w ocenie MZGK tylko sześć miesięcy, był zatem krótszy, niż jeden

rok, co stanowi, że ewentualne naruszenie nie było długotrwałe. Zdaniem MZGK należy również wziąć pod uwagę okoliczność, iż Tomasz Stachaczyk uiszczał w okresie od 2001 do 2011 r. czynsz w wysokości od *(tajemnica przedsiębiorcy)* zł do *(tajemnica przedsiębiorcy)* zł netto, co było bardzo korzystne dla tego podmiotu i nie odzwierciedlało cen rynkowych.

MZGK zaznaczył, iż wniosku o wydanie decyzji w trybie art. 12 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie można traktować, jako przyznanie się do stosowania zarzucanej praktyki ograniczającej konkurencję. Przedsiębiorca w dalszym ciągu kwestionuje postawiony mu zarzut nadużywania pozycji dominującej, uzasadniając powyższe wskazywanymi już wcześniej okolicznościami. MZGK wskazał jednak, iż jego obecna sytuacja finansowa i ekonomiczna nie uzasadnia nałożenia na niego kary pieniężnej. Przedsiębiorca poinformował, iż w taryfie na rok 2014 obniżył dla odbiorców stawki opłat za ciepło (o 0,01%). Jednocześnie według MZGK warunki atmosferyczne, jakie miały miejsce podczas ostatniego okresu zimowego, spowodowały znaczny spadek przychodów (o ponad *(tajemnica przedsiębiorcy)*mln zł) ze sprzedaży ciepła w okresie styczeń-maj 2014 r., w porównaniu do tożsamego okresu w roku 2013. Ponadto, zgodnie z planem finansowym na 2014 r. MZGK zamierza przeznaczyć ok. *(tajemnica przedsiębiorcy)*mln zł na niezbędne remonty i inwestycje. Powyższe okoliczności znacząco wpływają na obecną sytuację finansową i ekonomiczną spółki i w ocenie MZGK powinny być wzięte pod uwagę przy wydawaniu decyzji administracyjnej.

Prezes Urzędu ustalił, co następuje:

MZGK jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością wpisaną do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod nr 0000000879. MZGK prowadzi działalność m.in. w zakresie wytwarzania, przesyłania i dystrybucji energii cieplnej w prowadzonych zakładach ciepłowniczych C-1 i C-2 (dowód: karty Nr 95-98 i 201).

MZGK jest użytkownikiem nieruchomości (gruntów, budynków, budowli, urządzeń sieciowych), w tym kominów, należących do Gminy Miasta Piotrków Trybunalski. MZGK wnosi na rzecz Gminy opłaty z tytułu dzierżawy ww. składników majątkowych. Dzierżawiony majątek wyceniony był w 2010 r. na kwotę *(tajemnica przedsiębiorcy)* mln zł, natomiast czynsz dzierżawny opiewał w 2012 r. na kwotę *(tajemnica przedsiębiorcy)* mln zł rocznie (w 2009 r. i 2010 r. odpowiednio *(tajemnica przedsiębiorcy)* mln zł i *(tajemnica przedsiębiorcy)*mln zł) (dowód: karty Nr 131-132, 165, 199-201).

MZGK wynajmuje powierzchnię płaszcza kominów użytkowanych w ramach prowadzonych zakładów ciepłowniczych pod instalacje radiowo-telekomunikacyjne (anteny nadawczo-odbiorcze, linie zasilające, stacje przekaźnikowe). Kontrahentami MZGK są w tym zakresie przedsiębiorcy prowadzący stacje radiofoniczne, sieci telefonii komórkowej oraz usługi dostępu do sieci internetowej (dowód: karty Nr 22-50).

Umowa dzierżawy infrastruktury na ww. cele łączy MZGK oraz m.in. przedsiębiorcę Tomasza Stachaczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ELTOM Agencja Reklamowa Tomasz Stachaczyk w Piotrkowie Trybunalskim – zwanego dalej: „Tomaszem Stachaczykiem”. Tomasz Stachaczyk jest jedynym udziałowcem spółki Radio Pasma, jest również prezesem zarządu Radia Pasma. Tomasz Stachaczyk świadczy usługi serwisu technicznego dla nadawcy radiofonicznego Radio Pasma. Pierwotnie właścicielem koncesji na nadawanie programu radiowego był Tomasz Stachaczyk. O kolejną koncesję (jako kontynuację dotychczasowej), po zmianach organizacyjnych, wystąpiło Radio Pasma. Jak wyjaśniło Radio Pasma, ze względu na fakt kontynuacji istniejącego już przedsięwzięcia, w niektórych

przypadkach – za zgodą wszystkich zainteresowanych stron – zamiast zawierać nowe umowy z dostawcami usług, w dniu 30 stycznia 2003 r. zawarto stosowne porozumienie pomiędzy Tomaszem Stachaczykiem a Radiem Pasma. Zgodnie z § 3 tego porozumienia Tomasz Stachaczyk obciąża Radio Pasma *opłatami za wynajem terenu w celu zainstalowania anten i nadajników na kominie Ciepłowni C2 przy ul. Rolniczej 75 w Piotrkowie Trybunalskim oraz kosztami zużytej energii elektrycznej służącej zasilaniu wymienionych urządzeń*, poprzez refakturowanie wymienionych kosztów (dowód: karty Nr 22, 87-94, 110-111, 331, 340-341).

Zestawienie stawek cen pobieranych od przedsiębiorców, których urządzenia nadawczo-odbiorcze zainstalowano na budowlach (kominy C-1 i C-2) będących w dyspozycji MZGK przedstawia poniższa tabela.

Tab. 1. Zestawienie stawek cen najmu infrastruktury wysokościowej MZGK.

Komin	Sektor działalności najemcy	Stawki z uwzględnieniem wzrostu cen w zł netto/m-c	
		2010 r.	2011 r.
1. (C-2)	telefonía komórkowa	<i>(tajemnica przedsiębiorcy)</i>	<i>(tajemnica przedsiębiorcy)</i>
2. (C-2)	telefonía komórkowa	<i>(tajemnica przedsiębiorcy)</i>	<i>(tajemnica przedsiębiorcy)</i>
3. (C-2)	telekomunikacja pozostała	<i>(tajemnica przedsiębiorcy)</i>	<i>(tajemnica przedsiębiorcy)</i>
4. (C-2) Radio Maryja	rozgłównia radiowa	<i>(tajemnica przedsiębiorcy)</i>	<i>(tajemnica przedsiębiorcy)</i>
5. (C-2) Radio Pasma	rozgłównia radiowa	<i>(tajemnica przedsiębiorcy)</i>	<i>(tajemnica przedsiębiorcy)</i>
6. (C-2)	telekomunikacja pozostała	<i>(tajemnica przedsiębiorcy)</i>	<i>(tajemnica przedsiębiorcy)</i>
7. (C-1)	telefonía komórkowa	<i>(tajemnica przedsiębiorcy)</i>	<i>(tajemnica przedsiębiorcy)</i>
8. (C-1)	telefonía komórkowa	<i>(tajemnica przedsiębiorcy)</i>	<i>(tajemnica przedsiębiorcy)</i>
SUMA		<i>(tajemnica przedsiębiorcy)</i>	<i>(tajemnica przedsiębiorcy)</i>

(Dowód: karta Nr 22)

W toku postępowania Prezes Urzędu zgromadził dane finansowe MZGK, w celu ustalenia kosztów działalności tego przedsiębiorcy. MZGK ponosi koszty dzierżawy majątku ciepłowniczego Gminy Piotrków Trybunalski (grunty, budynki, budowle – w tym kominy i sieci ciepłownicze, maszyny i urządzenia) w kwocie *(tajemnica przedsiębiorcy)* mln zł netto rocznie. Wartość dzierżawionego majątku wyceniono na kwotę *(tajemnica przedsiębiorcy)* mln zł. Porównanie udziału wartości kominów (C-1 i C-2) w wartości majątku dzierżawionego ogółem pozwoliło MZGK określić koszty dzierżawy powierzchni płaszcza kominów na kwotę *(tajemnica przedsiębiorcy)* zł rocznie, w tym komina C-1 – 2 tys. zł i komina C-2 – *(tajemnica przedsiębiorcy)* zł. Roczny przychód z wynajmu powierzchni płaszcza kominów na cele instalacji urządzeń telekomunikacyjnych i radiofonicznych wynosił w 2010 r. ponad *(tajemnica przedsiębiorcy)* zł, zaś w kolejnych latach *(tajemnica przedsiębiorcy)* zł (**komin C-1** – *(tajemnica przedsiębiorcy)* zł **oraz komin C-2** – *(tajemnica przedsiębiorcy)*). MZGK poinformował, iż w latach 2006-2011 poniósł koszty remontu komin C-2 w wysokości *(tajemnica przedsiębiorcy)* zł

średnio-rocznie (w cenach bieżących). Koszt dokończenia remontu komina w latach 2012-2013 wyniesie według planów MZGK ok. *(tajemnica przedsiębiorcy)* zł średniorocznie. Łączny średnioroczny koszt utrzymania obu kominów wynosi ok. *(tajemnica przedsiębiorcy)* zł (koszty remontu + koszty dzierżawy), (dowód: karty Nr 133-134).

MZGK notował w latach 2008-2010 dodatnie wyniki finansowe netto na poziomie odpowiednio: *(tajemnica przedsiębiorcy)* zł, *(tajemnica przedsiębiorcy)* zł oraz *(tajemnica przedsiębiorcy)* zł. i osiągał odpowiednio wskaźnik rentowności działalności gospodarczej na poziomie (zysk na działalności gospodarczej/suma przychodów): *(tajemnica przedsiębiorcy)* %, *(tajemnica przedsiębiorcy)* % oraz *(tajemnica przedsiębiorcy)* % (dowód: kart Nr 169 i 191).

Pismem z dnia 16 lutego 2011 r. MZGK przekazał Tomaszowi Stachaczykowi aneks nr 1/2011 do umowy najmu z dnia 2 kwietnia 2001 r. z informacją o podwyższeniu (z *związku ze znaczącym wzrostem kosztów utrzymania majątku ciepłowniczego – czynsz dzierżawny, podatek od nieruchomości, remonty*) czynszu najmu do kwoty *(tajemnica przedsiębiorcy)* zł netto miesięcznie od 1 marca 2011 r. Jednocześnie MZGK poinformował, iż w przypadku nie podpisania załączonego aneksu, będzie zmuszony do skorzystania z zapisu §10 pkt 2 umowy z dnia 2 kwietnia 2001 r. (dowód karta Nr 53), który przyznaje stronom prawo rozwiązania umowy najmu za 14-to dniowym okresem wypowiedzenia (dowód: karta Nr 88).

Z uwagi na brak odpowiedzi ze strony Tomasza Stachaczyka, w dniu 15 czerwca 2011 r. MZGK ponownie wysłał aneks, ze wskazaniem rozpoczęcia obowiązywania nowej stawki od 1 lipca 2011 r. (dowód: karta Nr 55).

W dniu 29 czerwca 2011 r. do MZGK wpłynęło pismo Tomasza Stachaczyka wraz z nie podpisanym aneksem, z sugestią pomyłki co do wskazania nowej wysokości czynszu dzierżawnego (dowód: karta Nr 56). W odpowiedzi, w piśmie z dnia 6 lipca 2011 r., MZGK potwierdził wysokość nowego czynszu oraz poinformował najemcę, że w przypadku odmowy podpisania aneksu zostanie wypowiedziana obowiązująca dotychczas umowa najmu. MZGK wskazał, iż w takim przypadku należy zdemontować do dnia 1 sierpnia 2011 r. wszystkie urządzenia zainstalowane na kominie oraz szafy (kontenera) w jego pobliżu. W tym też dniu miałyby być też odłączone zasilanie energetyczne do instalacji kontrahenta MZGK. MZGK zastrzegł jednocześnie, iż w przypadku nie zdemontowania instalacji urządzeń w tym terminie (przy niepodpisaniu aneksu), demontaż zostanie zlecony, a jego kosztami MZGK obciąży kontrahenta (dowód: karta Nr 57).

Wobec powyższego pismem z dnia 20 lipca 2011 r. Tomasz Stachaczyk przekazał podpisany aneks, jednak z zastrzeżeniem, iż będzie podejmował kroki w celu doprowadzenia do stwierdzenia nieważności jego zapisów w zakresie ustalenia nowej wysokości czynszu. Zdaniem Tomasza Stachaczyka skala podwyżki czynszu (ze *(tajemnica przedsiębiorcy)* zł netto do *(tajemnica przedsiębiorcy)* zł netto) jest przejawem narzucania rażąco wygórowanej ceny w warunkach silnej dominacji MZGK na lokalnym rynku wynajmu infrastruktury wysokościowej na cele radiofoniczne (dowód: karta Nr 58).

Nie zgadzając się z wyrażonymi zastrzeżeniami, MZGK 1 sierpnia 2011 r. po raz kolejny przesłał do podpisania aneks, w którego treści naniesiono zmianę w postaci wskazania daty zawarcia jako 1 sierpnia 2011 r. MZGK stwierdził, iż zgłoszone zastrzeżenia do podpisanego aneksu skutkują odmową przyjęcia propozycji zmiany zawartej umowy najmu i w związku z tym umożliwia podpisanie aneksu (bez zastrzeżeń) z datą 1 sierpnia 2011 r. MZGK stwierdził, iż zastrzeżenia złożone przez Tomasza Stachaczyka, co do zaproponowanych zmian są nieuzasadnione i traktować je należy jako odmowę zawarcia umowy na nowych warunkach.

MZGK może wyrazić zgodę na kontynuowanie umowy jedynie na warunkach określonych aneksem, bowiem tylko takie warunki mają uzasadnienie ekonomiczne i rynkowe, a także nie stawiają najemcy w uprzywilejowanych warunkach w stosunku do innych najemców. MZGK poinformował, iż w razie nie wyrażenia zgody na zmianę umowy zaproponowaną w aneksie z dnia 1 sierpnia 2011 r., nastąpi jej automatyczne wypowiedzenie z zachowaniem 14-dniowego okresu wypowiedzenia, liczonego od dnia doręczenia pisma MZGK (dowód: karta Nr 59).

Pismem z dnia 1 sierpnia 2011 r. Tomasz Stachaczyk przekazał ponownie podpisany aneks, wskazując: „*Ponieważ chcę dalej korzystać z miejskiego mienia i jestem zmuszony do korzystania z Waszej uprzejmości, podpisuję dokument tak, jak sobie Państwo życzą*” (dowód: karta Nr 60).

Według informacji Radia Pasma, w fazie negocjacji obustronnych z MZGK ustalona wstępnie kwota nowej stawki miała wynosić (*tajemnica przedsiębiorcy*) zł netto, jednak ostatecznie została ona podwyższona do kwoty (*tajemnica przedsiębiorcy*) zł netto (dowód: karta Nr 234).

Pismem z dnia 14 lutego 2012 r. Tomasz Stachaczyk ponownie zwrócił się do MZGK z propozycją renegotjacji warunków wynajmu infrastruktury, wskazując jako punkt wyjścia kwotę (*tajemnica przedsiębiorcy*) zł/m-c netto (dowód: karta Nr 247).

Pismem z dnia 13 lutego 2012 r. MZGK poinformował Tomasza Stachaczyka o podwyższeniu – od 1 marca 2012 r. – ceny najmu o wskaźnik wzrosty cen towarów i usług konsumpcyjnych do kwoty (*tajemnica przedsiębiorcy*) zł/m-c netto (dowód: karta Nr 263).

Wzrost stawki czynszu za wynajem powierzchni dla instalacji nadawczych stanowi w skali rocznej znaczne podwyższenie udziału opłat z tego tytułu w wartości kosztów ogółem Radia Pasma. Przy założeniu utrzymania w 2012 r. wskaźnika kosztów na poziomie średniej z lat 2009-2010, udział ww. kosztów wynajmu w kosztach ogółem wzrasta po podwyżce z poziomu 0,4 % do 8,3 %. Sumaryczna roczna wartość kosztów wynajmu po podwyżce (*tajemnica przedsiębiorcy*) zł) znacznie wpływa na poziom zysku netto nadawcy (przed podwyżką za rok 2010 – (*tajemnica przedsiębiorcy*) zł) (dowód: karta nr 105).

MZGK przekazał zestawienie informacji o wartości usług zleconych przez MZGK Tomaszowi Stachaczykowi w zakresie udostępnienia czasu antenowego dla celów reklamowych i informacyjnych w ramach programu nadawanego przez Radio Pasma. Zgodnie z tymi informacjami w okresie od 2002 r. do 2010 r. MZGK zlecał usługi udostępniania czasu antenowego na kwoty od (*tajemnica przedsiębiorcy*) zł netto do ponad (*tajemnica przedsiębiorcy*) zł netto rocznie (średniorocznie dla ww. okresu (*tajemnica przedsiębiorcy*) zł netto). Powyższe związane było z zobowiązaniem umownym obowiązującym od 1998 r., w ramach którego za udostępnienie powierzchni płaszcza komina najemca zobowiązany był do odpłatnego udostępniania MZGK czasu antenowego dla potrzeb audycji informacyjnych i przekazywania komunikatów. Zlecenia dotyczące udostępnienia czasu antenowego przestały być kierowane w 2011 r. (dowód: karty Nr 132 i 135).

Radio Pasma wskazało okoliczności, które jego zdaniem świadczą o tym, iż MZGK posiada pozycję monopolisty na lokalnym rynku dostępu do infrastruktury wysokościowej z przeznaczeniem na wynajem pod instalacje urządzeń nadawczych w radiofonii. Komin MZGK jest jedynym obiektem o wysokości zapewniającej nadawanie programu o parametrach zapewniających realizację przedsięwzięcia pod względem technicznym i tym samym ekonomicznym. W Piotrkowie Trybunalskim, ani w jego pobliżu nie ma aktualnie obiektów nadających się do wykorzystania na opisywany cel, a jedyny obiekt alternatywny (komin

ciepłowni C-1) należy również do MZGK. Radio Pasma wskazało przy tym, iż zgodnie z posiadaną wiedzą, do celów radiofonii i telewizji należy wykorzystywać obiekty umożliwiające zawieszenie anten nadawczych na wysokości od 80 m npt. (dowód: karty Nr 58, 103, 106).

W związku z powyższym, rezygnacja z obecnej lokalizacji oznacza konieczność budowy własnego masztu antenowego. Jest to przedsięwzięcie realne, jednak czasochłonne (kilkanaście miesięcy) i kosztowne – (ok. 220 tys. zł, co stanowiło ok. 45% rocznych kosztów ogółem Radia Pasma przed podwyżką oraz ok. 42% z uwzględnieniem nowej wysokości czynszu) (dowód: karty Nr 105, 107-109).

Natomiast w opinii MZGK w Piotrkowie Trybunalskim lub okolicach istnieje, co najmniej 8 innych budowli, które mogą być wykorzystane do instalacji urządzeń nadawczych wykorzystywanych przez Radio Pasma (m.in. obiekty w Kole w Gminie Sulejów oraz w Majkowie w Gminie Grabica – obiekt będący w posiadaniu EmiTel¹). Ustosunkowując się do powyższego Radio Pasma poinformowało, iż siedem z ww. obiektów nie nadaje się do wykorzystania ze względu na niewystarczającą wysokość (40-65 m. npt) oraz w dwóch przypadkach dodatkowo występują trudności z przesyłem sygnału do anteny nadawczej. Obecna wysokość zawieszenia anten nadawczych Radia Pasma wynosi 92 m npt. Obniżenie poziomu zawieszenia anten (o 30-50 m) obniżyłoby znacznie zasięg odbioru programu nadawcy. Jeden ze wskazanych przez MZGK obiektów pomimo porównywalnej wysokości (komin Huty Szkła Feniks 2 Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim – zwanej dalej: „Hutą Szkła” – , ok. 70 m) nie może być – zdaniem Radia Pasma – brany pod uwagę ze względu na „brak dopuszczenia przez dozór techniczny”. Sformułowanie „brak dopuszczenia przez dozór techniczny” dotyczy – jak wskazało Radio Pasma – spodziewanej, a nie formalnie istniejącej sytuacji. Według jego najlepszej wiedzy nie ma również możliwości pełnej rekompensaty utraty zasięgu (związanej z mniejszą wysokością komina Huty Szkła) innymi czynnikami (np. zwiększeniem mocy nadajnika). Radio Pasma poinformowało również, iż alternatywą dla umiejscowienia instalacji nadawczych nie jest również (brana wcześniej pod uwagę) infrastruktura elektrowni wiatrowych, ponieważ obracające się łopaty wiatraków powodują „falowanie” siły sygnału radiowego (dowód: karty Nr 21, 129, 268).

Prezes Urzędu zwrócił się do Huty Szkła o ustosunkowanie się do informacji przedstawionych przez zawiadamiającego. Huta Szkła wskazała, iż dysponuje kompleksem budowli (silosów), których wysokość do krawędzi górnej zadaszenia wynosi po 37,5 m npt. Obiekty te są wykorzystywane obecnie m.in. pod najem na rzecz przedsiębiorców telekomunikacyjnych (telefonii komórkowej, bezprzewodowy dostęp do sieci Internet). Aktualne opłaty miesięczne za najem powierzchni pod instalacje urządzeń ww. przedsiębiorców wynoszą ok. (*tajemnica przedsiębiorcy*) zł netto (za prawo zainstalowania jednego masztu z oprzyrządowaniem). Ponadto Huta Szkła poinformowała, że posiada odrębny obiekt wysokościowy – komin o wysokości 70 m npt., nie stanowiący obecnie przedmiotu najmu oraz stwierdziła, iż wszystkie budynki i budowle będące w jej dyspozycji (w tym ww. komin) są w należytym stanie technicznym, odpowiadającym zakresowi prowadzonej działalności. Posiadają one pozytywny wynik kontroli okresowej dokonanej przez uprawnioną osobę. Jednocześnie podkreśliła, iż nie jest w stanie określić, czy stan techniczny komina pozwala na instalacje urządzeń nadawczo-odbiorczych w telekomunikacji lub radiofonii ponieważ nie ma potrzeby ani obowiązku uzyskiwać takich opinii. Instalacja urządzeń telekomunikacyjnych na zadaszeniu silosów, o których mowa wyżej, poprzedzona była uzyskaniem stosownych pozwoleń od właściwych organów nadzoru budowlanego, jednak obowiązek uzyskania takich pozwoleń

¹ http://emi.emitel.pl/EMITEL/przeglad_obiektow_najem.aspx

leżał (zgodnie z zawartymi umowami) po stronie najemców. Zgodnie z oświadczeniem złożonym przez Hutę Szkła nie otrzymała ona na piśmie oferty lub zapytania w sprawie możliwości wynajmu posiadanego komina na cele telekomunikacyjne lub radiofoniczne. Tym niemniej, około 1,5 roku temu zgłosił się osobiście kontrahent z zapytaniem o możliwość instalacji urządzeń omawianego typu. Kontrahent uzyskał wtedy informację, iż do jego obowiązku będzie należało – w przypadku zawarcia umowy – pozyskanie niezbędnych pozwoleń. Nie spisano przy tym jednak żadnych wstępnych porozumień, nie negocjowano ani nie sugerowano potencjalnych cen najmu. Żadnych kontaktów w tym zakresie ponadto nie było (dowód: karty Nr 216-217, 256-257).

W dniu 24 września 2012 r. do Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Łodzi wpłynęło pismo Radio Pasma z informacją, iż Clean Word Energy Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – zwana dalej: „Spółką Energy” – nowy właściciel infrastruktury wysokościowej (komin) przy ul. Topolowej 1 w Piotrkowie Trybunalskim, nie widzi możliwości zainstalowania anteny nadawczej Radia Pasma na terenie swojej posesji, ze względu na trwający proces inwestycyjny oraz planowany remont. Powyższe informacje zweryfikowano w korespondencji bezpośredniej ze Spółką Energy. Spółka Energy poinformowała w piśmie z dnia 21 października 2012 r. skierowanym do Prezesa Urzędu, iż w okresie dysponowania nieruchomością przy ul. Topolowej 1 w Piotrkowie Trybunalskim (na której znajduje się komin), otrzymała zapytanie (oznaczone datą 10 września 2012 r.) o możliwość zainstalowania anteny nadawczej od przedsiębiorcy Radio Pasma. Spółka Energy potwierdziła, iż z uwagi na trwający proces inwestycyjny na terenie zakładu, planowany remont komina oraz planowane wykorzystanie komina do własnych potrzeb nie widzi możliwości świadczenia usług wynajmu części powierzchni płaszcza komina (dowód: karty Nr 275-277).

Do oceny możliwości wykorzystania do celów nadawczych Radia Pasma pozostałych siedmiu wskazanych i zidentyfikowanych przez MZGK lokalizacji posłużyły między innymi informacje uzyskane od Prezesa Komunikacji Elektronicznej. Jak wynika z tych informacji, zmiana lokalizacji stacji nadawczej Radia Pasma na każdą z tych lokalizacji, z zachowaniem obecnej mocy promieniowanej ERP równej 0,5 kW, wiązałaby się ze utratą zasięgu powierzchniowego w stopniu od 9 % w przypadku obiektu w Majkowie do 67 % w przypadku wieży ciśnień w Piotrkowie Trybunalskim przy ul. Słowackiego (przy uśrednieniu dla wszystkich obiektów – o ok. 40 %). Z punktu widzenia technicznego, istnieje teoretyczna możliwość, aby utratę zasięgu użytecznego dla analizowanych lokalizacji zrekompensować poprzez zwiększenie mocy promieniowania anten nadawczych. Dla lokalizacji w obrębie Piotrkowa Trybunalskiego wymagane byłoby zwiększenie mocy od 150 % (dla komina Huty Hortensja przy ul. 1 Maja 21) do 1500 % (dla wieży ciśnień przy ul. Słowackiego). W przypadku wskazanych lokalizacji poza Piotrkowem Trybunalskim należałoby zwiększyć moc promieniowania anten nadawczych o 500 % w przypadku lokalizacji w Kole oraz o 100 % w przypadku lokalizacji w Majkowie. Ewentualna lokalizacja stacji nadawczej na obiektach w Kole i Majkowie wiązałaby się również z istotnym przesunięciem (o 6-7 km) obszaru nadawania (na zachód w przypadku Koła i na wschód w przypadku Majkowa) Ewentualna lokalizacja stacji nadawczej na obiekcie w Majkowie związana byłaby ponadto istotnie z koniecznością wytłumienia promieniowania anten nadawczych (i tym samym zmniejszenia zasięgu) w kierunku północ, północny-wschód, północny zachód) (dowód: karty Nr 348-357).

Ustosunkowując się do powyższych informacji, Radio Pasma wskazało na czynniki, które jego zdaniem poważnie utrudniłyby (lub nawet uniemożliwiły) w praktyce zastosowanie wyższych mocy promieniowania nadajnika radiowego umieszczonego na znacznie niższych

objektach. Przede wszystkim Radio Pasma podkreśliło, iż w przeszłości wystąpiło o podwyższenie maksymalnej mocy promieniowania nadajnika z poziomu 0,1 kW do 0,5 kW, a pozytywna decyzja Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji wydana została po kilku latach od złożenia wniosku. Zdaniem Radia Pasma funkcjonowanie nadajników radiofonicznych o mocach nadawania powyżej 1 kW na terenach silnie zurbanizowanych (zwłaszcza instalowanych na niskich obiektach) może podlegać ograniczeniom ze względu na ochronę radiacyjną ludności. (dowód: karta Nr 370).

Radio Pasma wskazało, w odniesieniu do możliwości wykorzystania wskazanych przez MZGK obiektów do celów nadawczych, na dodatkowe okoliczności. Spośród przedstawionych przez MZGK lokalizacji, w przypadku instalacji anten nadawczych na obiektach w Kole (Gmina Sulejów) oraz Majkowie (Gmina Grabica), wymagane byłoby zastosowanie szczególnych rozwiązań dotyczących przesyłu sygnału ze studia do miejsca nadawania (nadajnika). Radio Pasma wymieniło cztery podstawowe kanały przesyłu sygnału do anteny nadawczej (dowód: karty Nr 330-331):

- a) drogą kablową – rozwiązanie niezawodne technicznie, trudne do wdrożenia ze względów logistycznych),
- b) radiolinia standardowa z bezpośrednią widzialnością anten kierunkowych (zasięg 4-5 km) – rozwiązanie łatwe logistycznie i dostępne kosztowo,
- c) radiolinia na większą odległość bez „widzialności wzajemnej” anten ze stacjami pośrednimi – rozwiązanie drogie w przygotowaniu i eksploatacji, wymagające korzystania z usług obcych (najmu obiektów pod instalację stacji pośrednich lub operatorskich w zakresie przesyłu sygnału),
- d) transmisja internetowa – rozwiązanie tanie, lecz zawodne uniemożliwiające prowadzenie audycji z udziałem słuchaczy ze względu na opóźnienie sygnału.

Obecnie, Radio Pasma korzysta z rozwiązania wskazanego w pkt a), tj. z linii kablowej (dł. ok. 3,6 km). Korzystanie z ww. linii kablowej związane jest z dzierżawą od Telekomunikacji Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie części kanalizacji kablowej, a miesięczny koszt dzierżawy wynosi obecnie (*tajemnica przedsiębiorcy*) zł. Lokalizacja nadajników w miejscowościach Majków lub Koło wymaga w opinii Radia Pasma korzystania z kanału opisanego w pkt c) powyżej, co obecnie wiązałoby się z koniecznością ponoszenia comiesięcznych opłat za usługi operatorskie w szacowanej wysokości od 2 tys. do 3 tys. zł. (dowód: karty Nr 331, 342-347, 372).

W przedmiotowej sprawie Radio Pasma przekazało informację, iż po zapytaniach ofertowych skierowanym do Polskich Sieci Nadawczych oraz EmiTel uzyskało informację, iż podmioty te nie dysponują obiektami nadającymi się do wykonywania usługi zapewniającej realizację potrzeb Radia Pasma. EmiTel zaoferował jedynie świadczenie usług operatorskich w zakresie emisji programu radiowego przy pomocy anteny o maksymalnej mocy promieniowania 0,1 kW zainstalowanej na obiekcie zlokalizowanym na Górze Kamieńsk (dowód: karty Nr 233-235).

Jak ustalono (w trakcie rozmowy w Delegaturze Urzędu Komunikacji Elektronicznej w Łodzi z Naczelnikiem Wydziału Kontroli Radiowej i Zwalczania Zakłóceń, dowód: karty Nr 136-137), rozpoczęcie działalności w zakresie rozpowszechniania programu radiofonicznego w systemie analogowym wymaga uzyskania koncesji na nadawanie programu radiofonicznego, decyzji o rezerwacji częstotliwości oraz pozwolenia radiowego na używanie urządzenia radiowego w służbie radiodifuzyjnej. Koncesje radiofoniczne udzielane są na wniosek przedsiębiorcy przez Krajową Radę Radiofonii i Telewizji. Obowiązek koncesyjny i rezerwacji

częstotliwości dotyczy nadawcy programu radiofonicznego. Obowiązek uzyskania pozwolenia radiowego dotyczy operatora urządzenia radiowego (anten nadawczych). Nie zawsze nadawcy radiowi są jednocześnie operatorami nadawczych urządzeń radiowych (przypadki zlecenia usług emisji zewnętrznym wyspecjalizowanym podmiotom). Ustalono, że nadawca Radio Pasma jest jednocześnie operatorem urządzeń nadawczych, które służą do emisji programu radiofonicznego tego podmiotu. Głównym czynnikiem wpływającym na zasięg nadawania jest wysokość zawieszenia anten nadawczych nad poziom terenu, przy czym istotna jest nie tylko wysokość masztu, ale również umiejscowienia masztu na przewyższeniach terenu (np. lokalne wzniesienia). Zasięg można również do pewnego stopnia korygować mocą nadajników. Zachowanie – za pomocą zwiększenia mocy nadajnika – niezmiennego zasięgu przy obniżonej wysokości zawieszenia anteny ma jednak swoje poważne ograniczenia. Przede wszystkim obniżenie wysokości zawieszenia nadajnika może powodować wzrost ryzyka zakłóceń odbioru programu ze względu na występowanie przeszkód terenowych (budynków, wzniesień lub obniżen terenu). Po drugie, zamiar korekcyjnego zwiększenia mocy w takiej sytuacji może spotkać się z ograniczeniami ze strony Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (w ramach zmiany warunków pozwolenia radiowego) ze względów związanych z przeciwdziałaniem zakłóceniom lub ze względu na bezpośrednią bliskość osiedli. Zwykle moc nadajników dla radiofonii instalowanych w budynkach lub w bezpośrednim sąsiedztwie osiedli nie przekracza 0,5 kW. W odniesieniu do Radia Pasma maksymalną moc promieniowania dla nadajnika przewidziano na poziomie 0,5 kW (500 W).

Prezes Urzędu ustalił, że jeśli z punktu widzenia nadawcy programu radiofonicznego istnieje potrzeba zmiany warunków nadawania (np. w związku z potrzebą znalezienia nowej lokalizacji, zmiany parametrów nadajnika lub zwiększenia zasięgu), może on wystąpić o tymczasowe pozwolenie radiowe, bez potrzeby zmiany dotychczasowej koncesji oraz rezerwacji częstotliwości. Taka procedura pozwala nadawcy lub operatorowi na sprawdzenie zasięgu i warunków pracy nadajnika przy innych parametrach, lokalizacji i wysokości zawieszenia anten. Wydanie pozwolenia radiowego dla urządzeń służących do rozpowszechniania programów radiofonicznych podlega obecnie opłacie skarbowej w wysokości 82,00 zł.

Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 8 lutego 2005 r. w sprawie rocznych opłat za prawo do dysponowania częstotliwością (Dz. U. Nr 24, poz. 196) określa w załączniku Nr 4 wysokości obowiązkowych opłat wnoszonych na rachunek Urzędu Komunikacji Elektronicznej przez nadawców. W przypadku radiofonii wysokość tych opłat uzależniona jest od zakresu długości fal, wysokości zawieszenia anteny i mocy jej promieniowania. Wysokość opłaty za prawo do dysponowania jedną częstotliwością przez jedną stację radiofoniczną w zakresie fal ultrakrótkich UKF FM dla przedziału wysokości (od powyżej 50 m do 100 m włącznie) oraz mocy (od powyżej 0,1 kW do 1 kW włącznie) charakterystycznych dla Radia Pasma (92 m oraz 0,5 kW) wynosi obecnie 5.250,00 zł. W przypadku potrzeby obniżenia wysokości zawieszenia anteny oraz rekompensującego zwiększenia mocy powyżej 1 kW, opłata wzrosłaby do wartości 8.000,00 zł.

Zasięg praktyczny (terminologia nadawcy) odbioru programów nadawanych przez Radio Pasma, umożliwiającą odbiór bez zauważalnych zakłóceń, wyznacza obszar w promieniu ok. 20 km wokół stacji nadawczej obejmując ok. 132,5 tys. osób. Według koncesji Radio Pasma obejmuje zasięgiem nadawania następujące gminy: Będków, Czarnocin, Grabica, Mniszków, Moszczenica, Piotrków Trybunalski, Rozprza, Sulejów, Tuszyn, Wola Krzysztoporska, Wolborz (dowód: karta Nr 106).

Na podstawie danych publikowanych przez Krajową Radę Radiofonii i Telewizji („*Informacja o podstawowych problemach radiofonii i telewizji w 2010 r.*”, zestawienie graficzne zasięgów, s. 177-178²) oraz informacji i dokumentów przekazanych przez ankietowanych nadawców (por. s. 17 niniejszej decyzji) można wysnuć wniosek, iż zasięg nadawania niezależnych nadawców lokalnych posiadających jedną stację nadawczą (w tym. m.in. Radio Pasma) jest zbliżony do następującej charakterystyki: obejmuje miasto oraz przyległe gminy w całości oraz częściowo niektóre gminy dalsze). Bardziej zróżnicowane zasięgi charakteryzują niezależnych nadawców lokalnych posiadających więcej, niż jedną stację nadawczą (zwaną dalej nadawcami regionalnymi). Zwykle ich stacje nadawcze skoncentrowane są w określonym regionie obejmującym zasięgiem łącznym generalnie znaczną część województwa (lub sąsiadujące części graniczących ze sobą województw). Wyjątkiem jest nadawca programów Radia FAMA, który nie koncentruje się w jednym regionie (Kielce, Tomaszów Maz., Wołomin, Słupsk). Nadawcy regionalni częściej dysponują stacjami o zasięgu znacznie większym (2-3 razy) od stacji posiadanych przez określonych wyżej nadawców lokalnych. Jednocześnie często uzupełniają zasięg ze stacji o małym zasięgu obejmującym dane miasto oraz ewentualnie części przylegających gmin (dowód: karty Nr 130, 138, 146, 161, 219-220, 225, 227, 236, 258-260).

Przedstawione przez Radio Pasma informacje wskazują, iż na rynku lokalnym wyznaczonym przez granice byłego województwa piotrkowskiego udział Radia Pasma w czasie słuchania wyniósł średnio w okresie maj-sierpień 2011 r. ok. 8,5 % (dane z badania Radio Track – KBR wykonywanego przez MillwardBrown SMG/KRC), jednak z uwzględnieniem również stacji ogólnopolskich i sieciowych. W strukturze reklamowanych przedsiębiorców Radia Pasma dominują przedsiębiorcy lokalni (*(tajemnica przedsiębiorcy) %*) i regionalni (*(tajemnica przedsiębiorcy) %*). W strukturze przychodów z reklamy dominują (*(tajemnica przedsiębiorcy) %*) zlecenia uzyskiwane za pośrednictwem przedsiębiorcy Tomasza Stachaczyka (reklamodawcy lokalni). Zlecenia uzyskiwane za pośrednictwem ogólnopolskich agencji reklamowych generują ok. *(tajemnica przedsiębiorcy) %* przychodów z reklamy. W pozostałym zakresie (ok. *(tajemnica przedsiębiorcy) %* przychodów) Radio Pasma uzyskuje zlecenia bezpośrednio od reklamodawców. Podobna struktura przychodów z reklam występuje u innych badanych nadawców lokalnych w kraju, gdzie udział reklamodawców lokalnych i regionalnych w przychodach waha się w przedziale pomiędzy 75 % a 90 % (dowód: karty Nr 106, 268, 284-289, 301, 304, 306).

Radio TOP Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach – zwane dalej: „Radiem TOP” – jako nadawcę programu radiowego z nadajnika w Tomaszowie Mazowieckim należy uznać za jednego z bliższych konkurentów Radia Pasma na lokalnym rynku reklamy radiowej, ze względu na następujące okoliczności: zbliżony profil obu programów, bliskość geograficzna stacji nadawczych, zbliżona wielkość zasięgu. Radio TOP należy do sieci radiowej FAMA, jednak o niezbyt rozbudowanej strukturze – 4 stacje nadawcze w różnych punktach na terenie całego kraju – Kielce, Słupsk, Wołomin, Tomaszów Mazowiecki (dowód: karty Nr 130, 266-267 oraz „*Informacja o podstawowych problemach radiofonii i telewizji w 2010 r.*”, zestawienie graficzne zasięgów, s. 177).

Radio TOP wskazało, iż w okresie 2010-2012 zanotowało zwiększenie średnio o *(tajemnica przedsiębiorcy) %* wielkości rabatu od stawek cennikowych (a więc obniżenie cen faktycznie uzyskiwanych), pozostających, co do zasady, na niezmiennym poziomie. Wynegocjowana wysokość ceny spotu zależy od wielu czynników, m.in.: długości kampanii

² http://www.krrit.gov.pl/Data/Files/_public/Portals/0/sprawozdania/spr2011/informacja_2011_2.pdf

reklamowej, długości spotu, dni i godzin emisji, branży, jakiej dotyczy reklama, jakości estetycznej spotu, pozycji rynkowej zlecającego reklamę, długości okresu współpracy z reklamodawcą i in. Radio TOP oceniło swoją pozycję na lokalnym rynku reklamy radiowej jako „słabą” oraz „niedominującą”. Zasięg swojego oddziaływania w tym względzie ograniczyło do obszaru powiatu tomaszowskiego, przy czym wskazało, iż obszar ten penetrowany jest przez rozgłośnie radiowe nadające z Łodzi i Piotrkowa Trybunalskiego. Rozgłośnie te w ocenie Radia TOP pozyskują z terenu powiatu tomaszowskiego znaczące ilości zleceń reklamowych. W ocenie Radia TOP Radio Pasma dysponuje silną pozycją na rynku reklamy radiowej również na terenie powiatu tomaszowskiego, a świadczyć o tym może – w Radia TOP – fakt, iż Radio Pasma wygrywa ostatnio większość przetargów na działania reklamowo-promocyjne ogłaszane przez Miasto Tomaszów Mazowiecki oraz Starostwo Powiatowe z Tomaszowa Mazowieckiego. Zdaniem Radia TOP Radio Pasma ma wpływ na kształtowanie się poziomu cen na lokalnym rynku reklamy radiowej w powiecie tomaszowskim i stanowi silną lokalną konkurencję. W opinii Radia TOP Radio Pasma jest w stanie wywierać silną presję konkurencyjną na obszarze powiatu tomaszowskiego, ponieważ związane z tym koszty jest w stanie równoważyć wyższymi cenami uzyskiwanymi od reklamodawców z innych obszarów województwa łódzkiego (w szczególności powiatu piotrkowskiego) (dowód: karty Nr 266-267).

Radio Pasma wskazało, iż broniąc się przed skutkami wzrostu kosztów wynajmu infrastruktury może podejmować próby stosownego kształtowania faktycznych stawek cen za usługi reklamowe. Podkreśliło jednak, że wzrost stawek cen jest prawdopodobny wyłącznie w stosunku do reklamodawców lokalnych (zwłaszcza drobnych lokalnych klientów). Nadawca nie ma natomiast możliwości kształtowania cen stawek usług reklamowych uzyskiwanych od ogólnopolskich agencji reklamowych. Przewiduje zatem, iż poziom cen realnie uzyskiwanych wzrośnie dla drobnych klientów lokalnych, natomiast spadnie (przede wszystkim w związku z przewidywanym spadkiem słuchalności Radia Pasma) dla podmiotów z rynku krajowego. Radio Pasma wskazało ponadto, iż w związku ze wzrostem kosztów wynajmu infrastruktury MZGK, planuje zredukować koszty płac poprzez redukcję liczby etatów (o co najmniej 1), co niesie ze sobą jednak ryzyko obniżenia jakości merytorycznej programu i tym samym spadku słuchalności. Jednocześnie obserwuje „stały spadek wielkości środków obrotowych, co może być w znacznej części skutkiem wprowadzonej przez MZGK podwyżki” (dowód: karta Nr 269).

W toku postępowania Prezes Urzędu zebrał również informacje dotyczące wysokości czynszów najmu infrastruktury wysokościowej na potrzeby instalacji urządzeń nadawczo-odbiorczych na cele telekomunikacyjne i radiofoniczne (por. Tab. 2). Ankietami objęto 21 przedsiębiorców (w tym 18 nadawców radiowych oraz 3 przedsiębiorców z branży elektrociepłowni). Większość z ankietowanych przedsiębiorców prowadzących działalność rozgłośni radiowych (14 przypadków) zostało wybranych zgodnie z następującą metodologią:

- wyodrębniono miasta o liczbie mieszkańców porównywalnej z liczbą mieszkańców Piotrkowa Trybunalskiego – powyżej 60 tys. i poniżej 100 tys.,
- z tak wyłonionej grupy wyróżniono miasta, gdzie mieści się siedziba lub stacja nadawcza rozgłośni o charakterze lokalnym, nie związanych z sieciami radiowymi; w ten sposób wyłoniono 14 nadawców o lokalnym (nieznaczna część województwa) lub regionalnym zasięgu (znaczna część województwa lub części województw sąsiadujących, stacje nadawcze skoncentrowane w jednym regionie); nadawcy ci przekazali m.in. informacje o koszcie najmu infrastruktury, strukturze przychodów z reklamy, zasięgu nadawania (pokrycie ludnościowe), informacje finansowe (przychody, koszty operacyjne),

- jako kontrolną i uzupełniającą potraktowano grupę 6 nadawców radiofonicznych lokalnych lub regionalnych należących do sieci radiowych (nieskoncentrowanych w jednym regionie); w tym przypadku zgromadzono informacje o wysokości miesięcznych kosztów najmu infrastruktury wysokościowej.

Z dalszych analiz wykluczono (jako nieporównywalnych) nadawców, którzy nie ponoszą bezpośrednich kosztów wynajmu infrastruktury wysokościowej (tj. tych, którzy posiadają własną infrastrukturę lub rozliczają wynajem w trybie barteru). Informacje ankietowe Prezes Urzędu uzupełnił o dane z publikacji Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji „*Informacja o podstawowych problemach radiofonii i telewizji w 2010 r.*” (m.in. do oceny zasięgu niektórych stacji). W skład utworzonej w powyższy sposób grupy nadawców weszły następujące podmioty: Radio Pasma, Radio Gniezno – Ewa Błachowiak, Muzyczne Radio Sp. z o.o. w Jeleniej Górze, Radio SUD w Kępnie, Radio Park Sp. z o.o. w Kędzierzynie-Koźlu, Konińskie Media Sp. z o.o. – Radio Konin, Radio ELKA Sp. z o.o. w Lesznie, Radio Vanessa Sp. z o.o. w Raciborzu, Radio Leliwa Sp. z o.o. w Tarnobrzegu, Radio 5 w Suwałkach, Radio ESKA S.A. w Warszawie, Radio TOP Sp. z o.o. w Kielcach, Agencja Radiowo-Telewizyjna FAMA Sp. z o.o. w Kielcach, Radio TAK S.A. w Krakowie (sieć RMF FM MAXXX), Radio PLUS Kielce.

Tab. 2. Zestawienie danych dotyczących stacji nadawczych uzyskanych od ankietowych nadawców radiofonicznych.

Nadawca	Typ nadawcy 1-lokalny 2-regionalny 3-sięciowy	Cena najmu zł/m-c netto	Zasięg danej stacji w tys. osób	Wskaźnik kosztów najmu do kosztów ogółem***	Wskaźnik rentowności sprzedaży
1	1	225,00	124	0,012	0,137
1	1	500,00	43		
2	2	1.000,00	120	brak danych	0,191
3	1	1.170,00	113	0,027	0,041
3	1	400,00	80		
4	2	2.500,00	743	brak danych	0,012
4	2	441,00	9		
5	1	41,00	144	0,001	<0
6	1	593,00	85	0,038	0,074
7	1	1.257,00	83	0,038	0,060
8	1	1.147,00	83	0,014	0,165
9	2	300,00	8	brak danych	<0
9	2	200,00	80		
9	2	100,00	28		
9	2	250,00	14		
9	2	200,00	21		
10	1	(tajemnica przedsiębiorcy)	132	0,004* 0,083**	0,139
11	3	1.900,00 ¹	122	brak danych	brak danych
11	3	2.200,00 ²	445	brak danych	brak danych
12	3	2.268,00	478	brak danych	brak danych
13	3	1.875,00	320	brak danych	brak danych
14	3	2.926,00	230	brak danych	brak danych

Nadawca	Typ nadawcy 1-lokalny 2-regionalny 3-sieciowy	Cena najmu zł/m-c netto	Zasięg danej stacji w tys. osób	Wskaźnik kosztów najmu do kosztów ogółem***	Wskaźnik rentowności sprzedaży
15	3	2.600,00	850	brak danych	brak danych

* - przed podwyżką do kwoty (*tajemnica przedsiębiorcy*) zł/m-c netto

** - po uwzględnieniu podwyżki do kwoty (*tajemnica przedsiębiorcy*) zł/m-c netto przy pozostałych danych finansowych z 2010 r.

*** - do obliczenia wskaźnika kosztów najmu wzięto pod uwagę jedynie tych nadawców, których wszystkie stacje nadawcze zainstalowane są na wynajmowanej infrastrukturze wysokościowej.

- 1) na kwotę 1.900,00 zł składa się czynsz 1.500,00 zł za wynajęcie powierzchni komina oraz 400,00 zł za wynajęcie (od innego wynajmującego) powierzchni kontenera technicznego posadowionego w pobliżu komina,
- 2) kwota 2.200,00 zł wynika z odjęcia od nominalnej kwoty czynszu w wysokości 2.700,00 zł kwoty 500,00 zł umownego zobowiązania wynajmującego do comiesięcznego wykupu u najemcy czasu antenowego,

Źródło: opracowanie własne na podstawie materiałów postępowania oraz „*Informacji o podstawowych problemach radiofonii i telewizji w 2010 r.*”, KRRiT (szacunki zasięgu dla Radio PLUS, Radio TAK, Radio ESKA).

(Dowód: karty Nr 121-125, 130, 138-163, 210-215, 218-232, 236-245, 248-255, 258-262, 266-267, 282, 288-292, 294, 299-303, 306-313, 316)

Odrębnie porównano dane dotyczące cen usług operatorskich związanych z emisją sygnału radiofonicznego oraz z dzierżawą obiektu nadawczego łącznie z antenami nadawczymi. Wśród jedenastu przypadków stacji nadawczych należących do czterech nadawców (tj. Radio Bon Ton Sp. z o.o., Radio ESKA S.A., Radio Centrum - Centrum Kultury i Sztuki w Kaliszu, Radio TOP Sp. z o.o.) wykorzystujących usługi emisji zewnętrznego podmiotu (EmiTel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie lub INFO-TV-FM Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu), stawki cen usług wynosiły średnio dla lat 2009-2011 nieco ponad 9.500,00 zł netto za miesiąc i wahały się w przedziale od (*tajemnica przedsiębiorcy*) zł/m-c do (*tajemnica przedsiębiorcy*) zł/m-c, przy czym wyższe stawki dotyczyły zwykle lokalizacji nadajnika na terenie większej aglomeracji miejskiej (Gdańsk, Warszawa, Wrocław) i na obiekcie zapewniającym znaczny obszar zasięgu (istotnie większy od zasięgu nadawania programu Radia Pasma). Wysokość ujawnionej stawki ceny usługi dla ustalonego przypadku korzystania z usługi dzierżawy obiektu nadawczego oraz anten nadawczych (tj. (*tajemnica przedsiębiorcy*) zł/mc netto) była porównywalna ze średnią wysokością stawek za usługę emisji (dowód: karty Nr 124-125, 148, 227-228, 267, 283-284, 291, 305, 316).

W toku postępowania Tomasz Stachaczyk poinformował (po konsultacji z przedsiębiorcą zajmującym się świadczeniem usług eksploatacji i konserwacji anten nadawczych), iż nadawcy radiowi zwykle ponoszą koszty najmu infrastruktury w na poziomie od 600,00 do 2.000,00 zł netto, przy czym najczęściej są to kwoty ok. 1.000,00 zł netto (wyjątek stanowi Warszawa, gdzie wysokość czynszu jest znacznie wyższa) (dowód: karta Nr 128).

Pismem z dnia 30 kwietnia 2013 r. (data doręczenia: 6 maja 2013 r.) MZGK poinformował o konkretnych działaniach już podjętych (lub które zamierza podjąć) i zmierzających do zapobieżenia zarzucanym naruszeniom ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz wyeliminowania ich skutków. Przedsiębiorca zobowiązał się do zaniechania zarzucanej praktyki oraz usunięcia jej skutków poprzez (dowód: karty 415-416):

- a) wyrażenie zgody na zaproponowaną przez najemcę w piśmie doręczonym MZGK dnia 1 marca 2012 r. kwotę miesięcznego czynszu w wysokości 2300 zł/mc netto.

b) zwrot najemcy kwoty w wysokości nadpłaconego czynszu za okres od 1 kwietnia 2012 r.

Propozycja nowych warunków umowy została przedstawiona najemcy w piśmie MZGK z dnia 25 kwietnia 2013 r., tj. przed złożeniem wniosku o wydanie decyzji zobowiązującej (dowód: karta Nr 415, 419).

Pismem z dnia 6 czerwca 2013 r. Tomasz Stachaczyk poinformował Prezesa Urzędu o zawarciu ostatecznego porozumienia z MZGK. (dowód: karta Nr 428)

Jednocześnie, pismem z dnia 7 czerwca 2013 r. MZGK przedstawił dowody na prowadzenie negocjacji (w drodze korespondencyjnej wymiany pism) z najemcą. Przedmiotem negocjacji była wysokość stawki czynszu oraz okres obowiązywania (wstecz) nowej stawki. MZGK przedstawił jednocześnie – w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu – pismo doręczone dnia 1 marca 2012 r., w którym zawarto ze strony najemcy propozycję ustalenia stawki czynszu w wysokości (*tajemnica przedsiębiorcy*) zł/mc. (dowód: karty Nr 429-436)

Pismem z dnia 28 czerwca 2013 r. MZGK potwierdził zawarcie porozumienia z najemcą oraz przekazał dowód na powyższe porozumienie w postaci kopii aneksu do umowy podpisanego w dniu 21 maja 2013 r., w którym ustalono kwotę czynszu w wysokości (*tajemnica przedsiębiorcy*) zł/mc netto z mocą obowiązującą od dnia 1 stycznia 2012 r. MZGK przedstawił również dowody na wystawienie stosownych siedemnastu faktur korygujących i dokonanie przelewu na łączną kwotę (*tajemnica przedsiębiorcy*) zł. Jednocześnie ponownie wniósł o wydanie decyzji zobowiązującej. (dowód: karty Nr 437-457)

MZGK osiągnął w 2013 r. przychód z działalności gospodarczej w kwocie (*tajemnica przedsiębiorcy*) zł, w tym ze świadczenia usług najmu powierzchni płaszcza kominów na cele montażu urządzeń nadawczych w radiofonii – (*tajemnica przedsiębiorcy*) zł (dowód: karty Nr 486-491). Kwota (*tajemnica przedsiębiorcy*) jest wynikiem uwzględniającym odjęcie od sumy przychodów MZGK uzyskanych z najmu powierzchni płaszcza kominów na cele montażu urządzeń nadawczych w radiofonii kwoty (*tajemnica przedsiębiorcy*) zł tytułem korekty faktur wystawionych najemcy Tomaszowi Stachaczykowi za rok 2012 oraz pięć miesięcy roku 2013.

Prezes Urzędu zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz.331, ze zm.) – zwanej dalej: „ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów” – w przedmiotowej sprawie niezbędne jest ustalenie, czy doszło do naruszenia interesu publicznoprawnego, a następnie uprawdopodobnienie naruszenia przesłanek praktyki ograniczającej konkurencję zarzucanej MZGK, a wynikającej z art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 tej ustawy.

Naruszenie interesu publicznoprawnego

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów należy do dziedziny prawa publicznego. Jako taka chroni interes ogólnospołeczny. W świetle art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów „ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów.” W czasie postępowania i przy wydawaniu decyzji Prezes Urzędu jest tym samym rzecznikiem interesu publicznego. W rozstrzyganych przez Prezesa Urzędu postępowaniach zasadnym jest zatem ustalenie, czy nastąpiło naruszenie interesu publicznoprawnego.

Interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. Publicznoprawny charakter ustawy oznacza, że nie wszystkie zachowania przedsiębiorców i ich związków, nawet formalnie podlegające literze prawa, uzasadniają uruchomienie przewidzianych przez nią instrumentów. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego (wyrok z dnia 29 maja 2001 r., sygn. akt I CKN 1217/98; por. też wyrok z dnia 27 sierpnia 2003 r., sygn. akt I CKN 523/01) publicznoprawny charakter ustawy antymonopolowej powoduje, iż znajduje ona zastosowanie wówczas, gdy jest zagrożony lub naruszony interes publiczny, polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego. Rynek taki funkcjonować może prawidłowo, gdy zapewniona jest możliwość powstania i rozwoju konkurencji. Za zagrożenie lub naruszenie konkurencji w takim rozumieniu należy uznać, zdaniem Sądu, jedynie takie działania, które dotyczą sfery interesów szerszego kręgu uczestników rynku gospodarczego. Ponieważ do podmiotów funkcjonujących na rynku należą nie tylko przedsiębiorcy ale i konsumenci, naruszenie tego interesu może mieć miejsce, gdy skutkami działań sprzecznych z ustawą o ochronie konkurencji konsumentów dotknięta jest sfera interesów szerokiego kręgu konsumentów. Z kolei w wyroku z dnia 12 września 2003 r. (sygn. akt I CKN 504/2001) Sąd Najwyższy zauważył jednak, że nie jest wykluczone podjęcie postępowania antymonopolowego nawet w przypadku, gdy postępowanie przedsiębiorcy kwalifikowane jako nadużycie pozycji dominującej dotknęło jednego odbiorcy „*Celem ustawy antymonopolowej jest m.in. zapewnienie ochrony konsumentów, co zostało wyrażone w jej art. 1 ust. 1. Użycie liczby mnogiej nie oznacza jednak braku możliwości prowadzenia postępowania w sytuacji, gdy zagrożone są interesy jednego odbiorcy energii elektrycznej. Przedmiotem rozpoznawanej sprawy jest bowiem jeden z przejawów niedozwolonej praktyki monopolistycznej, za jaką co do zasady uznać należy przerzucanie całości kosztów przyłączenia do sieci elektrycznej na odbiorcę. Praktyka taka była szeroko stosowana. Nie ma żadnych powodów, by uznać, że tego rodzaju postępowanie wszczynać można w wypadku zagrożenia interesów wielu odbiorców (pomijając już trudności z rozgraniczeniem progu ilościowego), a nie jest to możliwe w sytuacji, gdy pokrzywdzonym jest tylko jeden konsument. Orzeczenie wydane w tego rodzaju sprawie ma wymiar znacznie szerszy, pełni także funkcję prewencyjną, służy bowiem ochronie także nieograniczonej liczby kolejnych potencjalnych konsumentów.*” Inna linia orzecznictwa utożsamia interes publiczny z wywołaniem lub możliwością wywołania na rynku niekorzystnych skutków. Jak zauważa Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 29 czerwca 2007 r. (sygn. VI ACa 1222/06), już „... samo stworzenie możliwości podjęcia niedozwolonych działań stanowi praktykę sprzeczną z zasadami ochrony konkurencji i konsumentów.”. W innym wyroku Sąd Najwyższy stwierdził „(...) również w sytuacji, gdy okoliczności pojedynczego przypadku wskazują na zagrożenie dla funkcjonowania rynku praktykami niepożądanymi (szkodliwymi) ze względu na interesy konsumentów (interes publiczny), spełnione zostają przesłanki prawne uzasadniające wszczęcie postępowania (...)” (wyrok z dnia 26 lutego 2004 r., III SK 1/04).

Wymienione w art. 1 ust. 1 cele ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zostały określone jako równorzędne co sprawia, że praktyki ograniczające konkurencję obejmują nie tylko te, które godzą w konkurencję, ale również te, które – podejmowane przez przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą – nie godząc wprost w konkurencję, naruszają interesy uczestników rynku. Praktyki ograniczające konkurencję można zatem podzielić na praktyki antykonkurencyjne, wywierające bezpośredni wpływ na stan lub rozwój konkurencji oraz praktyki eksploatacyjne, których istotą jest uzyskanie korzyści kosztem innych podmiotów, w tym nieprowadzących działalności gospodarczej. W przypadku praktyk eksploatacyjnych bezpośrednim celem lub skutkiem działań przedsiębiorców jest naruszenie przede wszystkim

innych niż konkurencyjne interesów uczestników rynku poprzez wykorzystanie przez przedsiębiorców istniejącej nad kontrahentami przewagi.

Zachowanie przedsiębiorców należy oceniać z punktu widzenia celów ustawodawstwa antymonopolowego, a mianowicie, gdy może ono wywołać skutki w postaci wpływu na ilość, jakość, cenę towarów lub zakres wyboru dostępny konsumentom lub innym nabywcom (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 października 2008 roku, sygn. akt III SK 2/08). Ochrona konkurencji, jako mechanizmu funkcjonowania gospodarki, dokonywana jest nie tylko ze względu na interes innych przedsiębiorców, którzy wskutek stosowania praktyk antykonkurencyjnych pozbawieni są możliwości skutecznego konkurowania na rynku. Praktyki ograniczające konkurencję godzą w ostatecznym wymiarze w interes odbiorców, a tym samym w dobrobyt konsumenta, poprzez pozbawienie odbiorców końcowych korzyści wynikających z konkurencji takich jak: większy wybór, lepsza jakość, niższe ceny oraz większa innowacyjność produktów i usług oferowanych na rynku (Decyzja Prezesa UOKiK z 2 listopada 2010 roku Nr RPZ 26/2010; Decyzja Prezesa UOKiK z 15 czerwca 2011 roku Nr RPZ 7/2011; Decyzja Prezesa UOKiK z 25 lipca 2011 roku Nr DOK 6/2011).

Dla stwierdzenia naruszenia interesu publicznego wystarczające jest dowolne nadużycie siły rynkowej dominanta w relacjach ze słabszymi uczestnikami rynku, albowiem już sam fakt nadużycia posiadanej na rynku pozycji dominującej może naruszać interes publiczny. Dla oceny kwestii naruszenia interesu publicznoprawnego istotne jest także to, iż praktyki eksploatacyjne urzeczywistniają się poprzez stosunki umowne. W okolicznościach przedmiotowej sprawy, nadużycie pozycji dominującej poprzez narzucenie cen nieuczciwych, w tym nadmiernie wygórowanych, ma przede wszystkim charakter praktyki eksploatacyjnej. Można wskazać jednak również jej wymiar antykonkurencyjny. Zgodnie z informacjami przekazanymi przez Radio Pasma oraz Radio TOP, praktyka MZGK wpływa w sposób pośredni na uczestników innych rynków, np. lokalny lub regionalny rynek reklamy radiowej. Z uwagi na fakt, iż obecnie Radio Pasma jest jedynym komercyjnym lokalnym nadawcą radiofonicznym w Piotrkowie Trybunalskim, działania MZGK mogą wpływać w pewnym zakresie na ceny reklamy radiowej oraz strukturę kosztów przedsiębiorców zlecających reklamę radiową. Z drugiej strony, siła Radia Pasma na rynku reklamy radiowej w jego wymiarze regionalnym i zdolność do kształtowania ceny reklamy w tym wymiarze jest ograniczona przez obecność choćby Radia TOP dysponującego stacją nadawczą w stosunkowo bliskim geograficznie Tomaszowie Mazowieckim. Pogorszenie struktury kosztów i rentowności działalności Radia Pasma na skutek podwyższenia stawki czynszu o stwierdzonej skali może wpłynąć na osłabienie pozycji Radia Pasma wobec Radia TOP w zakresie, w jakim oba podmioty pozostają w relacji konkurencji.

W tym stanie rzeczy Prezes Urzędu uznał, że w niniejsza sprawa ma charakter publiczno-prawny, co uzasadnia ocenę jej zachowania na rynku w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Naruszenie art. 9 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W przedmiotowym postępowaniu antymonopolowym Prezes Urzędu postawił MZGK zarzut nadużycia pozycji dominującej na lokalnym rynku wynajmu infrastruktury wysokościowej dla nadawców programów radiofonicznych o zasięgu odbioru na obszarze Piotrkowa Trybunalskiego oraz całości gmin sąsiednich, poprzez narzucanie cen nieuczciwych, w tym nadmiernie wygórowanych, co mogło naruszać art. 9 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Tym samym dla uprawdopodobnienia stosowania powyższej praktyki ograniczającej

konkurencję konieczne jest wykazanie kumulatywnego spełnienia trzech przesłanek:

1. Stosujący praktykę jest przedsiębiorcą, który posiada na rynku właściwym pozycję dominującą.
2. Przedsiębiorca ten narzuca określone warunki umów.
3. Warunki te mają charakter ceny nieuczciwej, w tym nadmiernie wygórowanej.

Ad 1.

Zgodnie z art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji konsumentów, pod pojęciem przedsiębiorcy należy rozumieć przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, a także: (a) osobę fizyczną, osobę prawną, oraz jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, (b) osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu, (c) osobę fizyczną, która posiada kontrolę, w rozumieniu pkt 4, nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziła działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, jeżeli podejmuje dalsze działania podlegające kontroli koncentracji, o której mowa w art. 13, (d) związek przedsiębiorców w rozumieniu pkt 2.

Przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447 ze zm.) – zwanej dalej: „ustawą o swobodzie działalności gospodarczej” – jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. Ponadto, zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej przedsiębiorca może podjąć działalność gospodarczą w dniu złożenia wniosku o wpis do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej albo po uzyskaniu wpisu do rejestru przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym. Przepis art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej definiuje działalność gospodarczą jako zarobkową działalność wytwórczą, budowlaną, handlową, usługową oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodową, wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły.

MZGK, stosownie do art. 1 § 2 w związku z art. 4 § 1 pkt 2 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz. U. Nr 94, poz. 1037, ze zm.) – zwanej dalej: „kodeksem spółek handlowych” – jest kapitałową spółką handlową, wpisaną do rejestru przedsiębiorców – Krajowego Rejestru Sądowego – pod numerem 0000000879. Zgodnie z art. 12 kodeksu spółek handlowych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością posiada osobowość prawną, uzyskaną z chwilą wpisu do rejestru przedsiębiorców. MZGK wykonuje we własnym imieniu działalność gospodarczą. W ramach tej działalności MZGK wynajmuje w celach zarobkowych powierzchnię płaszcza eksploatowanych kominów pod instalacje urządzeń telekomunikacyjnych i radiofonicznych.

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na rynku właściwym. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów definiuje rynek właściwy jako rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji (art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie

konkurencji i konsumentów). Natomiast zgodnie z art. 4 pkt 10 tej ustawy 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 %.

Zatem, aby wyznaczyć rynek właściwy, określoną działalność poddaje się analizie z punktu widzenia produktowego i geograficznego, a następnie określa się na tak określonym rynku pozycję danego przedsiębiorcy. W procedurze wyznaczania rynku właściwego w przedmiotowej sprawie – zarówno w jego wymiarze produktowym, jak i geograficznym – dominują istniejące uwarunkowania po stronie popytowej. Odbiorcami usług MZGK w zakresie wynajmu powierzchni obiektów wysokościowych są podmioty działające na rynkach rozłącznych, stąd wpływ, jaki może wywierać MZGK na te rynki, jest różny i niezależny.

Rynek właściwy w ujęciu produktowym w przedmiotowej sprawie należy wobec tego ustalić w kontekście charakteru i przedmiotu działalności przedsiębiorców będących najemcami obiektów wysokościowych. Przedsiębiorcy wykorzystujący instalowane na obiektach wysokościowych urządzenia nadawczo-odbiorcze prowadzą działalność na odrębnych rynkach produktowych, między innymi w zakresie telefonii komórkowej, usług dostępu do Internetu oraz działalności rozgłośni radiowych. Należy zatem przyjąć, iż działalność związana z usługami najmu powierzchni obiektów wysokościowych prowadzona jest przez MZGK również na kilku odrębnych rynkach właściwych, w zależności od tego, z jakim rynkiem jest powiązana relacją popytu.

Z rynkiem właściwym w przedmiotowej sprawie powiązany jest rynek działalności nadawców radiowych. Przyjęcie stosownej definicji rynku nadawców radiowych pozwoli również na określenie rynku właściwego w niniejszej sprawie.

Rynek nadawców radiowych może ulegać dalszej segmentacji, różnicuje go bowiem charakter nadawanych programów, zasięg nadawania (determinowany wysokością zawieszenia anten nadawczych nad dominującym poziomem terenu i długością fali), przynależność nadawcy do sieci radiowej czy status nadawcy (komercyjny, społeczny).

W ujęciu produktowym rynkiem, na którym działa w szczególności Radio Pasma, jest rynek nadawania programów radiowych o charakterze uniwersalnym przez nadawców radiowych nienależących do sieci radiowych.³ Przedmiotem konkurowania nadawców radiowych komercyjnych jest udział w czasie słuchalności, a pośrednio wykonywanie usług emisji reklamy radiowej.

W ujęciu geograficznym, wyróżnia się rynek nadawców konkurujących na rynku ogólnokrajowym (nadawcy ogólnopolscy, ponadregionalni oraz lokalni należący do sieci radiowych ogólnopolskich) oraz rynkach lokalnych (nadawcy lokalni należący do regionalnych sieci radiowych oraz niezależni, nienależący do sieci).⁴ Taki podział związany jest z parametrami koncesji i w związku z tym z faktycznym zasięgiem nadawania, różnicowaniem programów na poszczególnych obszarach oraz strukturą zleciodawców reklam radiowych ze względu na zakres geograficzny ich działalności (przedsiębiorcy lokalni, regionalni i ogólnokrajowi). O zasięgu nadawania (zdefiniowanym w koncesji) decyduje wiele czynników. Przede wszystkim

³ por. decyzje Prezesa Urzędu Nr DKK 42/07 z dnia 12 listopada 2007 r., Nr DOK 1/67 z dnia 3 stycznia 2007 r.

⁴ por. Raport z badania krajowego rynku nadawców radiowych, DAR-401-07/07/BK.

sam nadawca, który określa adresatów emitowanego programu. Nadawcy lokalni nie powiązani sieciowo, kierują swój program przede wszystkim do odbiorców określonego miasta (względnie aglomeracji) i przyległych obszarów. Osiągnięcie oczekiwanych korzyści ekonomicznych przez lokalnego nadawcę radiofonicznego możliwe jest, co do zasady, w sytuacji lokalizacji stacji nadawczej na obszarze ośrodka miejskiego (lub w jego wąskim obrzeżu) lub środkowej części aglomeracji. Zapewnia to objęcie zasięgiem nadawania obszaru o największej gęstości zaludnienia, co z kolei maksymalizuje liczbę potencjalnych odbiorców programu przy danych uwarunkowaniach technicznych nadawania. Dodatkowo, lokalizacja stacji nadawczej programu lokalnego w miejscu zbliżonym do centrum ośrodka miejskiego zapewnia symetrię zasięgu względem obszarów „ciążących” do danego ośrodka miejskiego. Nadawcy radiofoniczni, a w szczególności nadawcy lokalni podlegają jednak zewnętrznym ograniczeniom, wśród których za najistotniejsze należy wymienić dostęp do istniejącej infrastruktury wysokościowej, ale również dostęp do częstotliwości, a wreszcie ochrona przed zakłóceniami (administracyjne ograniczenie mocy emisji nadajników – selektywnie w określonych kierunkach lub wielokierunkowo ze względu na czynniki społeczne).

Biorąc pod uwagę powyższe, rynek geograficzny dla lokalnych nadawców radiowych wyznacza zasięg nieprzerwanej słuchalności programów o promieniu do ok. 25-30 km wokół stacji nadawczej zlokalizowanej w danym ośrodku miejskim obejmujący położone na tym obszarze gminy.

W szczególności, rynkiem dla działalności Radio Pasma jest lokalny rynek nadawania programów radiowych o charakterze uniwersalnym przez nadawców radiowych, nienależących do sieci radiowych obejmujący obszar gmin: Będków, Czarnocin, Grabica, Mniszków, Moszczenica, Piotrków Trybunalski, Rozprza, Sulejów, Tuszyn, Wola Krzysztoporska, Wolborz. Rynek ten jest rynkiem powiązaniem relacją popytu z rynkiem właściwym w przedmiotowej sprawie, na którym działa MZGK.

W związku z powyższym Prezes Urzędu uznał, iż rynkiem właściwym w przedmiotowej sprawie jest lokalny rynek wynajmu infrastruktury wysokościowej dla nadawców programów radiofonicznych o zasięgu odbioru na obszarze Piotrkowa Trybunalskiego oraz całości gmin sąsiednich.

Według MZGK rynek właściwy w przedmiotowej sprawie w wymiarze geograficznym powinien obejmować obszar co najmniej kilku powiatów województwa łódzkiego. Zdaniem MZGK tylko takie ujęcie zagwarantuje możliwość porównywania warunków prowadzenia działalności przez poszczególnych przedsiębiorców. Powyższe stanowisko MZGK uzasadnia faktem, iż ograniczenie rynku właściwego jedynie do miasta Piotrkowa Trybunalskiego nie pozwoli na należyte określenie rynku właściwego i ustalenie cen za udostępnienie obiektów dla lokalnych nadawców radiowych. Ustosunkowując się do powyższego Prezes Urzędu stwierdza, iż definiowanie rynku właściwego w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów – wbrew temu, co wydaje się sugerować MZGK – nie polega w ujęciu geograficznym na takim określeniu obszaru rynku, aby objął on lokalizację aktywności co najmniej kilku podmiotów prowadzących w sensie produktowym identyczny lub podobny zakres działalności gospodarczej. To zróżnicowanie istotnych warunków prowadzenia działalności i związane z tym właściwości produktów (w tym cenę, jakość), ich dostępność i substytucyjność na danym obszarze są wyznacznikami rynku właściwego w sensie geograficznym. Nie wyklucza to jednak możliwości wybierania punktów odniesienia dla oceny stanu faktycznego na danym rynku geograficznym w postaci okoliczności panujących na tożsamych rynkach produktowych, jednak rozłącznych geograficznie. Taką analizę Prezes Urzędu przeprowadził w niniejszym postępowaniu, badając

warunki prowadzenia działalności (koszty najmu infrastruktury, udział kosztów najmu w kosztach ogółem, zasięg, struktura przychodów z reklam, pojedyncza stacja nadawcza lub sieć regionalna/ponadregionalna) lokalnych nadawców radiofonicznych na rynkach właściwych rozłącznych geograficznie.

Prezes Urzędu ustalił (na podstawie informacji przekazanych przez MZGK, konfrontowanych ze stanowiskiem Radia Pasma i Urzędu Komunikacji Elektronicznej), że istnieje jedna potencjalna alternatywna lokalizacja zawieszenia anten nadawczych Radia Pasma, technicznie umożliwiającą utrzymanie zbliżonego zasięgu nadawania, tj. komin przy ul. Topolowej 1 w Piotrkowie Trybunalskim (będący obecnie w dyspozycji Spółki Energy poprzednio w dyspozycji Huty Szkła Feniks). Obiekt ten ma wysokość ok. 70-75 m npt. Z informacji uzyskanych od obecnego właściciela ww. obiektu wynika jednakże, iż nie widzi on możliwości wykorzystania w przewidywalnym czasie tego obiektu do instalacji urządzeń nadawczych dla radiofonii.

Analiza możliwości wykorzystania innych lokalizacji wskazanych przez MZGK wykazała, iż zmiana miejsca instalacji posiadanych urządzeń nadawczych oznaczałaby w większości przypadków znaczną utratę zasięgu nadawania. Utrata zasięgu musiałaby być rekompensowana znacznym zwiększeniem mocy promieniowania nadajnika (od 150 % do 1500 % dla lokalizacji w Piotrkowie Trybunalskim) do poziomów nietypowych dla urządzeń wykorzystywanych w radiofonii, instalowanych na stacjach nadawczych w bezpośrednim sąsiedztwie osiedli (zwłaszcza w gęstej zabudowie). Ewentualna lokalizacja stacji nadawczej poza Gminą Piotrków Trybunalski spowodowałaby istotne przesunięcie obszaru nadawania o 6-7 km. W przypadku lokalizacji w Majkowie – zgodnie z informacjami uzyskanymi od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej – po zwiększeniu mocy promieniowania nadajnika wystąpiłaby konieczność jednoczesnego korekcyjnego wytłumienia jego promieniowania (i tym samym zmniejszenia zasięgu) w kierunkach północ, północny-wschód, północny zachód. Dodatkowo, lokalizacja poza Gminą Piotrków Trybunalski wymagałaby ponoszenia znacznie (kilkakrotnie) wyższych kosztów przesyłu sygnału do anteny nadawczej.

Jednocześnie należy przyjąć, iż zastosowanie przez Radio Pasma innych od rozważanych wyżej rozwiązań pozwalających na rezygnację z usług MZGK bez zaprzestania nadawania, wiązałyby się w chwili obecnej z prawdopodobnym pogorszeniem jakości sygnału nadawczego (korzystanie z masztów elektrowni wiatrowych), istotnym ograniczeniem zasięgu lub istotnymi dodatkowymi barierami natury technicznej, finansowej i organizacyjnej (np. wybudowanie masztu na cele nadawcze).

W ocenie Prezesa Urzędu usługi operatorskie emisji lub dzierżawy obiektów łącznie z antenami nadawczymi nie stanowią w okolicznościach przedmiotowej sprawy substytucyjnych rozwiązań względem dzierżawy istniejących obiektów wysokościowych. Zgromadzone w toku postępowania informacje wskazują, iż ze względu na zakres i cenę tych usług (są średnio kilka do kilkunastokrotnie wyższe od ceny wynajmu powierzchni obiektu), kierowane są one co do zasady do nadawców sieciowych, co najmniej regionalnych, posiadających koncesję do nadawania z kilku/kilkunastu lokalizacji. Co do zasady bowiem jedynie takie uwarunkowania sprzyjają uzyskiwaniu przez nadawcę stosownych korzyści skali związanych z brakiem konieczności ponoszenia kosztów zakupu i utrzymania wielu zestawów nadawczo-odbiorczych, kosztów organizacji przesyłu sygnału do poszczególnych stacji nadawczych, kosztów organizacyjnych związanych z uzyskaniem dostępu do częstotliwości i pozwolenia radiowego.

W przedmiotowej sprawie Radio Pasma poinformowało, iż po zapytaniach ofertowych skierowanych do Polskich Sieci Nadawczych oraz EmiTel uzyskało informację, iż podmioty te nie dysponują obiektami nadającymi się do wykonywania usługi zapewniającej realizację potrzeb Radia Pasma. EmiTel zaoferował jedynie świadczenie usług operatorskich w zakresie emisji programu radiowego przy pomocy anteny o maksymalnej mocy promieniowania 0,1 kW (obecnie Radio Pasma dysponuje anteną o mocy 0,5 kW) zainstalowanej na obiekcie zlokalizowanym na Górze Kamieński, oddalonym od Piotrkowa Trybunalskiego o ok. 30 km. Rozwiązanie takie nie zapewniłoby zdaniem Radia Pasma pokrycia zasięgiem obecnego obszaru nadawania programu. W opinii Prezesa Urzędu, wobec ustalonych okoliczności faktycznych w sprawie, lokalizacja obiektu nadawczego w takiej odległości wymusiłaby znaczne zmiany w charakterze i treści programu, adresowanego dotąd przede wszystkim do mieszkańców Piotrkowa Trybunalskiego i okolic. Podobne uwarunkowania towarzyszyłyby przeniesieniu stacji nadawczej na obiekty Polskich Sieci Nadawczych zlokalizowanych w Sieradzu (obiekt odległy o blisko 70 km od Piotrkowa Trybunalskiego), Łodzi (odległość ok. 40 km) i Wieruszowie (odległość o ok. 100 km). Biorąc zatem pod uwagę powyższe okoliczności, jak również koszty związane z przesyłem sygnału do anteny nadawczej oraz znacznie wyższy poziom stawek cen usług świadczonych przez podmioty takie jak EmiTel oraz Polskie Sieci Nadawcze należy przyjąć, iż usługi tych podmiotów nie są i nie były w przedmiotowej sprawie substytucyjne wobec usług MZGK (nawet w warunkach stosowanej do maja 2013 r. ceny najmu).

W związku z powyższym Prezes Urzędu uznał, że MZGK posiada pozycję dominującą na rynku właściwym. Tym samym **Prezes Urzędu stwierdził, że pierwsza przesłanka art. 9 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów została spełniona.**

Ad 2.

Posiadanie przez przedsiębiorcę na rynku właściwym pozycji dominującej nie przesądza jeszcze, że dane zachowanie przedsiębiorcy można uznać za praktykę ograniczającą konkurencję. Istotną przesłanką ocenianej praktyki jest nadużywanie przez przedsiębiorcę posiadanej pozycji rynkowej, co może się objawiać między innymi poprzez narzucanie warunków zawieranych umów, które przynoszą mu nieuzasadnione korzyści. Do narzucania warunków umów dochodzi wówczas, gdy przedsiębiorca wykorzystując swoją przewagę ekonomiczną w warunkach niedostatecznej konkurencji na rynku, ogranicza swobodę kształtowania treści umów ze strony kontrahentów działających pod przymusem. Dzięki posiadanej sile rynkowej dominant może nie liczyć się z wolą innych uczestników rynku, którzy zmuszeni są zaakceptować ustalone przez niego warunki umowne, nawet jeśli nie gwarantują one ekwiwalentności świadczeń. Tym samym narzuca on kontrahentom takie warunki umów, które nie miałyby racji bytu w przypadku, gdyby na rynku istniała konkurencja i możliwość wyboru oferty spośród ofert konkurujących ze sobą podmiotów gospodarczych.

Nie ulega wątpliwości, w kontekście poczynionych ustaleń, iż ceny będące przedmiotem sporu, zostały przez MZGK narzucone. Nowe warunki cenowe zostały ukształtowane jednostronnie przez MZGK. O ich narzuceniu świadczy m.in. ustalony przebieg wymiany korespondencji pomiędzy przedsiębiorcami (w tym fakt kwestionowania przez Tomasza Stachaczyka zaproponowanych cen i podejmowane przez niego próby negocjacji). Jak wskazują zgromadzone materiały, kontrahent MZGK został postawiony przed wyborem przyjęcia nowych

warunków cenowych lub ich odrzucenia z perspektywą konieczności demontażu urządzeń nadawczych w ciągu kilku tygodni od terminu przedstawienia tych warunków.

MZGK wyraziło wątpliwość, co do prawidłowości wszczęcia przedmiotowego postępowania oraz postawionego zarzutu. Uzasadniając powyższe wątpliwości, MZGK wskazał, iż podstawą wszczęcia postępowania antymonopolowego było podejrzenie nadużywania przez MZGK pozycji dominującej na rynku wynajmu infrastruktury wysokościowej dla nadawców programów radiofonicznych. Tymczasem MZGK zawarł umowę z osobą fizyczną Tomaszem Stachaczykiem prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą ELTOM Tomasz Stachaczyk w Piotrkowie Trybunalskim, który to przedsiębiorca nie jest nadawcą radiowym. MZGK nie ma zawartej żadnej umowy z nadawcą Radio Pasma.

Ustosunkowując się do powyższego należy wskazać, co następuje. Jednostronnie ukształtowane przez MZGK nowe warunki wynajmu powierzchni płaszcza komina związane są z umową łączącą MZGK z Tomaszem Stachaczykiem, jednak skutki zmian tych warunków dotyczą bezpośrednio i wyłącznie Radio Pasma. Tomasz Stachaczyk, jako strona umowy z MZGK, działa na wyłączną rzecz Radio Pasma, a koszty umowy są bezpośrednio i w całości przenoszone na Radio Pasma. Kwestie te reguluje umowa zawarta pomiędzy Tomaszem Stachaczykiem a Radiem Pasma. Tomasz Stachaczyk oraz Radio Pasma tworzą grupę kapitałową w rozumieniu art. 4 pkt. 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Ponadto należy wskazać, iż wyłącznym dysponentem pozwolenia radiowego związanego z użytkowaniem urządzeń radiowych zainstalowanych na kominie MZGK oraz koncesji na nadawanie programu radiowego za pomocą tych urządzeń jest Radio Pasma. Nie ulega zatem wątpliwości, iż infrastruktura będąca w dyspozycji MZGK wynajmowana jest pod instalację urządzeń nadawców radiowych (w tym Radio Pasma), a więc na ich potrzeby. Sformułowanie „*rynek wynajmu infrastruktury wysokościowej dla nadawców*” użyte w treści postanowienia o wszczęciu przedmiotowego postępowania (oraz zawiadomieniu o wszczęciu) ma zatem szersze znaczenie, niż sformułowanie „*rynek wynajmu infrastruktury wysokościowej nadawcom*”.

W związku z powyższym Prezes Urzędu uznał, iż warunek umowy w postaci zmiany wysokości ceny za wynajem obiektu został przez MZGK narzucony Radiu Pasma. Tym samym **Prezes Urzędu stwierdził, że druga przesłanka art. 9 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów została spełniona.**

Ad 3.

Cena nieuczciwa to cena, która jest dyktowana przez podmiot dominujący i stosowana ze szkodą dla uczestników obrotu gospodarczego. Należy wskazać, że ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie zawiera wskazówek (przesłanek) pozwalających na ocenę ceny pod kątem nieuczciwości. Jako cenę nieuczciwą należy kwalifikować cenę narzuconą przez przedsiębiorcę o pozycji dominującej z racji posiadania siły rynkowej i spełniającą poniższe przesłanki:⁵

- ustaloną niezgodnie z zasadami jej ustalania określonymi przez stosowne dla danego rodzaju działalności przepisy prawa,
- pozostającą bez uzasadnionego związku z ekonomiczną wartością świadczenia,
- niewzględniającą różnic kosztów dotyczących różnych odbiorców,

⁵ M. Sieradzka, *Pozew grupowy jako instrument prywatnoprawnej ochrony interesów konsumentów z tytułu naruszenia reguł konkurencji*, LEX, 2012.

- naruszającą zasady ekwiwalentności świadczeń,
- uwzględniającą koszt, który nie został poniesiony w związku ze świadczeniem usługi na rzecz konkretnego kontrahenta (zob. decyzję Prezesa UOKiK z dnia 20 września 2010 r., RKR-15/2010).

Jak wynika bezpośrednio z przepisu art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ceną nieuczciwą narzuconą przez dominanta jest w szczególności cena nadmiernie wygórowana.

W dotychczasowym orzecznictwie antymonopolowym jak i w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wskazywane były różne metody oceny czy pobierane ceny spełniają kryteria cen nadmiernie wygórowanych. Analizie podlegały przykładowo koszty produkcji, wysokość ustalonej przez przedsiębiorcę marży zysku, oraz porównywanie z cenami pobieranymi przez konkurentów na innych podobnych rynkach. Przykładowo cena nadmiernie wygórowana jest to cena, która różni się nadmiernie od opłat pobieranych przez konkurentów działających w podobnych warunkach na innych rynkach (np. wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 26.02.1993r. sygn. XVII Amr 35/92 „Wokanda” z 1993r. Nr 7, czy też wyrok z dnia 07.10.1998r. sygn. XVII Ama 45/98).

Natomiast Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 14 lutego 1978r. Nr 22/76 w sprawie United Brands Company i United Brands Continental BV v. uznał, iż w przypadku, gdy przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą osiągał zyski znacznie przekraczające zyski uzyskiwane na innych rynkach lub przez konkurentów, a jednocześnie narzucał wyższe ceny, należało przyjąć, że cena nie miała związku z wartością ekonomiczną produktu, była więc ceną nadmiernie wygórowaną (Elżbieta Modzelewska-Wąchal. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. Wyd. Twigger. Warszawa 2002 r.).

Doktryna i praktyka sądowa są zgodne co do tego, iż przy definiowaniu ceny nadmiernie wygórowanej, w celu wyeliminowania błędów w ocenie, należy posługiwać się dwojakiego rodzaju kryteriami (wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 14 czerwca 2005 r. sygn. akt VI ACa 93/05). Pierwsze z nich dotyczą analizy kosztowej działalności gospodarczej przedsiębiorcy. Wyróżnia się tu m.in. kryteria odnoszące się do kosztów własnych przedsiębiorcy, wielkości zysku w cenie jednostkowej, czy też rentowności rozumianej jako stosunek zysku do kosztów własnych. Drugie kryteria dotyczą natomiast porównania cen występujących na rynku właściwym z cenami potencjalnych konkurentów przedsiębiorcy na innych rynkach czy też dynamikę wzrostu cen. Jeżeli w wyniku zastosowania ww. kryteriów okaże się, że badana cena istotnie narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń kontrahentów, gdyż jest rażąco zawyżona w stosunku do wartości świadczenia oferowanego przez przedsiębiorcę dominującego, to należy przyjąć, iż mamy do czynienia z ceną nadmiernie wygórowaną w rozumieniu art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W ocenie charakteru tych cen (tj. czy są nieuczciwe, w tym nadmiernie wygórowane, czy też nie) zastosowano dwutorowe podejście: kosztowe i porównawcze.

W ujęciu kosztowym przeprowadzono porównanie kosztów i rentowności działalności MZGK ogółem oraz w zakresie wynajmowania powierzchni płaszcza posiadanych kominów. Ogólna działalność gospodarcza MZGK charakteryzowała się wzrastającą, dodatnią rentownością. W latach 2009-2010 była na poziomie zbliżonym do średniej zyskowności

przedsiębiorstw ciepłowniczych w Polsce.⁶ Porównanie wartości przychodów uzyskiwanych rocznie przez MZGK z wynajmu powierzchni płaszcza kominów na cele instalacji urządzeń telekomunikacyjnych i radiofonicznych (ponad *(tajemnica przedsiębiorcy)* zł w 2010 r. oraz *(tajemnica przedsiębiorcy)* zł w kolejnych latach) oraz średniorocznych kosztów utrzymania obu kominów (ok. *(tajemnica przedsiębiorcy)* zł) pozwala stwierdzić, iż działalność MZGK w zakresie wynajmu powierzchni płaszcza kominów odznacza się znacznym poziomem rentowności. Wobec powyższego należy przyjąć, iż narzucanie przez MZGK swoim kontrahentom w umowach wynajmu infrastruktury cen znacznie odbiegających *in plus* od cen na innych porównywalnych rynkach, nie miałoby uzasadnienia w postaci szczególnie wysokich kosztów utrzymania tej infrastruktury. Należy jednocześnie zwrócić uwagę, iż koszty utrzymania kominów, co do zasady, wchodzi w skład kosztów podstawowej działalności MZGK, jakim jest wytwarzanie, dystrybucja i sprzedaż energii ciepłej.

Niezależnie od powyższego Prezes Urzędu dokonał porównania wysokości cen pobieranych przez dysponentów infrastruktury wysokościowej w podobnych warunkach na innych rynkach geograficznych. Wyniki analizy przedstawiono w postaci graficznej na Rys. 1 obrazującym dane o wysokości cen wynajmu infrastruktury w zależności od zasięgu nadajnika dla stacji nadawczych wymienionych w Tab. 2.

Jak wynika z wykresu zaprezentowanego powyżej na Rys. 1, cena wynajmu infrastruktury wysokościowej MZGK dla urządzeń nadawczych Radia Pasma kształtuje się na poziomie znacznie wyższym w porównaniu do stacji innych nadawców lokalnych i regionalnych o podobnym zasięgu (poniżej 200 tys. osób). Poziom ten sięgał blisko trzykrotności ceny maksymalnej zanotowanej w tej grupie nadawców. Cena narzucona przez MZGK jest również znacznie wyższa niż ceny za wynajem infrastruktury płacone przez badanych nadawców należących do ogólnopolskich lub ponadregionalnych sieci radiowych, i to niezależnie od zasięgu stacji nadawczej, który to czynnik wydaje się mieć istotny wpływ na koszt wynajmu infrastruktury, zwłaszcza w przypadku stacji należących do sieci radiowych.

Rys. 1. Porównanie cen wynajmu infrastruktury wysokościowej dla celów nadawców radiofonicznych w ujęciu cena-zasięg dla stacji nadawczych wymienionych w Tab. 2.

(tajemnica przedsiębiorcy)

Źródło: opracowanie własne, na podstawie danych ankietowych zgromadzonych w Tab. 2

Analiza przeprowadzona dla tych z badanych nadawców lokalnych i regionalnych (oprócz Radia Pasma), których wszystkie stacje nadawcze zlokalizowane są na wynajmowanej infrastrukturze podmiotów trzecich wskazuje (por. dane zawarte w Tab. 2), iż wartości wskaźnika kosztów wynajmu infrastruktury do kosztów działalności ogółem danego nadawcy zawierały się w przedziale od 0,1% do 3,8% osiągając średnio poziom 2,2%. Dla porównania, analogiczny wskaźnik dla Radia Pasma osiągnął poziom po podwyżce czynszu (przy założeniu niezmienności pozostałych danych finansowych) 8,3%, a więc blisko czterokrotnie wyższy niż średnio dla pozostałych porównywanych nadawców.

⁶ „Energetyka ciepła w liczbach – 2010”, URE, sierpień 2010, s. 16., http://www.ure.gov.pl/portals/pl/424/4256/Raport_Prezesa_URE__Energetyka_Ciepna_w_Liczbach__2010.html

Uzyskane w toku postępowania informacje wskazują, iż bezpośrednim prawdopodobnym skutkiem zmiany wysokości ceny najmu infrastruktury MZGK byłby (w przypadku dalszego korzystania przez Radio Pasma z usług MZGK) wzrost kosztów operacyjnych ogółem przedsiębiorcy Radio Pasma (prognozowany na poziomie o ok. 9 %) i pogorszenie płynności finansowej przedsiębiorstwa (spadek wartości środków obrotowych). Reakcją na powyższe (zgodnie z opinią Radia Pasma, a także oceną pozycji rynkowej Radia Pasma przedstawioną przez Radio TOP) byłoby najprawdopodobniej podwyższenie (w jakimś stopniu) stawek cen usług reklamy radiowej świadczonych przez Radio Pasma dla reklamodawców lokalnych z obszarów, na których nadawca ten nie ma bezpośrednich konkurentów. Praktyka MZGK wpłynęłaby zatem najprawdopodobniej również na pogorszenie warunków konkurencji na innych rynkach, powiązanych z rynkiem wynajmu infrastruktury wysokościowej na cele nadawców radiowych.

W ocenie charakteru ceny narzuconej przez MZGK należy również wziąć pod uwagę skalę podwyżki stawki czynszu za wynajem płaszcza powierzchni komina na rzecz Radia Pasma, zwłaszcza w porównaniu z sytuacją innych najemców. Poziomy podwyżek stawek cen najmu, które dotknęły najemców (różnych branż poza nadawcami radiowymi) kominów MZGK, mieściły się w przedziale od 2,6 % do 74 %. Poziomy podwyżek dla nadawców radiowych były nieporównywalnie wyższe: 376 % i 2389 % odpowiednio dla Radia Maryja oraz Radia Pasma. Skalę podwyżki o kilkaset procent można tłumaczyć faktem, iż stawki nominalne płacone przez tych nadawców do 2011 r. były na niskich poziomach (*tajemnica przedsiębiorcy*) zł netto miesięcznie), nawet w porównaniu ze średnimi stawkami płaconymi przez innych nadawców lokalnych i regionalnych w podobnych ośrodkach miejskich w kraju. Nie znaleziono jednak okoliczności, które mogłyby być ze względów ekonomicznych uzasadnieniem skali podwyżki stawki narzuconej Radiu Pasma. W tym kontekście należy wskazać na treść wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 22 stycznia 2003 r. (sygn. XVII Ama 12/02), w którym sąd stwierdził między innymi, iż dobry obyczaj nakazuje oparcie ceny o przejrzyste kryteria jej kalkulacji. W sprawie tej sąd stwierdził również, iż podniesienie stawek czynszowych „aż o 166 %” w stosunku do poprzednio obowiązujących jawi się jako arbitralne i nieuzasadnione narzucenie kontrahentom nieuczciwych, rażąco wygórowanych i nieekwiwalentnych cen za oferowane świadczenie (wynajem powierzchni lokali użytkowych), tym bardziej, gdy ceny takie są znacząco wyższe, niż na innych porównywalnych rynkach. Trudno również dopatrzeć się uzasadnienia dla skali rozbieżności pomiędzy wysokością stawki płaconej przez Radio Maryja i Radio Pasma, nawet uwzględniając fakt, iż nadawca programu Radia Maryja ma status nadawcy społecznego, niekomercyjnego (zakaz emisji reklam i innych audycji płatnych). Obu nadawców nie można uznać za bezpośrednich konkurentów (różny status, inny charakter i struktura programu), jednak charakter prowadzonej przez nich działalności jest podobny. Nie stwierdzono przy tym na tyle istotnych różnic związanych z technicznymi aspektami instalacji urządzeń na powierzchni płaszcza komina, które uzasadniałyby takie zróżnicowanie cen (porównywalna wysokość zawieszenia anten nadawczych, przy czym Radio Maryja dysponuje dwoma dipolami na danej wysokości, a Radio Pasma czterema dipolami na danej wysokości oraz pionową anteną pomiarową zamontowaną na najwyższej galerii). Należy zważyć, iż istniejące różnice w tym względzie nie powodowały zróżnicowania cen przed ich podwyżką w 2011 r.

W związku z powyższym należy przyjąć, iż cena narzucona przez MZGK osiąga poziom znacznie wyższy od poziomu cen płaconych przez porównywalnych okolicznościach na rynkach podobnych. Wobec braku okoliczności o charakterze ekonomicznym po stronie MZGK (np. związanych z istotnym wzrostem kosztów utrzymania komina) uzasadniających poziom

narzuconej ceny i skalę jej podwyżki, należy przyjąć, iż cena narzucona przez MZGK ma charakter ceny nadmiernie wygórowanej.

Tym samym **Prezes Urzędu stwierdził, że trzecia przesłanka art. 9 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów została spełniona.**

Stwierdzenie zaniechania stosowania praktyki

Dyspozycja art. 11 ust. 1 i 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, iż nie wydaje się decyzji o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazującej zaniechanie jej stosowania, jeżeli przedsiębiorca zaprzestał stosowania praktyki. W takim przypadku Prezes Urzędu wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdza zaniechanie jej stosowania.

Taka sytuacja ma miejsce w niniejszej sprawie. Prezes Urzędu stwierdził bowiem, że MZGK zaprzestał stosowania zarzucanej praktyki. MZGK przedstawiło dowody na przeprowadzenie negocjacji ze swoim kontrahentem, w trakcie których ustalono za obustronną aprobatą wysokość stawki czynszu za wynajem powierzchni na (*tajemnica przedsiębiorcy*) zł/miesiąc netto z mocą obowiązywania od 1 stycznia 2012 r. Powyższe znalazło wyraz w treści aneksu do umowy obowiązującej strony, datowanego dniem 21 maja 2013 r.

MZGK przedstawił dowody na wystawienie faktur korygujących za miesiące pomiędzy styczniem 2012 r. a majem 2013 r., na kwotę łączną (*tajemnica przedsiębiorcy*) zł, będącą sumą wniesionych przez najemcę nadpłat ponad ustaloną kwotę (*tajemnica przedsiębiorcy*) zł/miesiąc netto.

W świetle poczynionych ustaleń co do charakterystyki rynków wynajmu infrastruktury wysokościowej dla nadawców programów radiofonicznych, należy stwierdzić, iż ustalona nowa kwota czynszu nie odbiega nadmiernie od wysokości czynszu na rynkach porównywalnych. Powyższe uprawnia stwierdzenie, iż MZGK zaprzestał stosowania zarzucanej praktyki nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym, polegającej na narzucaniu cen nieuczciwych, w tym nadmiernie wygórowanych. Należy przyjąć, iż stosowanie praktyki zakończyło się z dniem podpisania wymienionego wyżej aneksu, tj. w dniu 21 maja 2013 r.

W toku niniejszego postępowania MZGK wystąpił z wnioskiem o zakończenie niniejszego postępowania poprzez wydanie przez Prezesa Urzędu decyzji w trybie art. 12 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Udokumentował jednocześnie fakt zaniechania zarzucanej praktyki.

Do wydania decyzji na podstawie art. 12 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów niezbędne jest łączne spełnienie dwóch przesłanek: uprawdopodobnienia, że przedsiębiorca stosuje praktykę ograniczającą konkurencję oraz złożenia przez przedsiębiorcę zobowiązania do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zapobieżenia tym naruszeniom. Łączne spełnienie ww. przesłanek nie rodzi jednak po stronie Prezesa Urzędu obowiązku wydania decyzji na podstawie art. 12 stawy. Ustawa nie określa przy tym żadnych kryteriów, którymi Prezes Urzędu powinien się kierować, rozważając, czy taką decyzję wydać. Propozycje złożone przez przedsiębiorcę nie wiążą zatem Prezesa Urzędu, powinien się jednak do nich

ustosunkować w uzasadnieniu decyzji, jeśli odmawia zastosowania art. 28 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.⁷

W okolicznościach przedmiotowej sprawy przedstawione przez MZGK informacje i dokumenty dostarczają przesłanek do stwierdzenia zaniechania stosowania zarzucanej praktyki, jak również świadczą o wyeliminowaniu zaistniałych negatywnych skutków praktyki. Trudno zatem przyjąć, aby dyspozycja decyzji Prezesa Urzędu polegała na zobowiązaniu MZGK do wykonania określonych zobowiązań odnoszących się do samej praktyki lub jej skutków w sytuacji, gdy zobowiązania te zostały wykonane przed wydaniem tejże decyzji. Należy zwrócić ponadto uwagę, iż MZGK wystąpił z wnioskiem o wydanie decyzji zobowiązującej na zaawansowanym etapie postępowania antymonopolowego, a ustalenia poczynione w jego toku w ocenie Prezesa Urzędu pozwalają na stwierdzenie (a nie tylko na uprawdopodobnienie), że praktyka faktycznie istniała.

Wobec spełnienia przesłanek koniecznych do stwierdzenia praktyki ograniczającej konkurencję określonej w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz przesłanek wydania decyzji o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdzającej zaniechanie jej stosowania, wskazanych w art. 11 tej ustawy **Prezes Urzędu orzekł jak w pkt I sentencji niniejszej decyzji.**

Uzasadnienie nałożenia kary pieniężnej

Zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes Urzędu może nałożyć w decyzji na przedsiębiorcę, 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 w art. 9 ustawy. Z treści powyższego przepisu wynika, iż ww. kara ma charakter fakultatywny, a zatem do Prezesa Urzędu zależy – w ramach uznania administracyjnego – uznanie w decyzji zasadności nałożenia kary pieniężnej wraz z określeniem jej wysokości. Wprawdzie ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, nie zawiera katalogu przesłanek, od których uzależniona jest decyzja o nałożeniu kary, jednakże art. 111 wskazuje, że ustalając wysokość kary Prezes Urzędu winien wziąć pod uwagę w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy. Ustalając wysokość kary pieniężnej w decyzjach stwierdzających naruszenie zakazów określonych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, należy zatem uwzględnić wagę tego naruszenia, rozmiar skutków stosowanej praktyki ograniczającej konkurencję, bądź praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, jak również zaistniałe okoliczności obciążające i łagodzące. Przywołany wyżej przepis określa podstawę i górną granicę ustalenia kary dla MZGK, który w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary osiągnął przychód w wysokości (*tajemnica przedsiębiorcy*) zł. W związku z powyższym maksymalna łączna kara nałożona na MZGK może wynieść (*tajemnica przedsiębiorcy*) zł.

Nakładając karę pieniężną, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu wziął pod uwagę konieczność ustalenia, czy określone w tym przepisie naruszenie dokonane było co najmniej nieumyślnie. Konieczność brania pod uwagę tej przesłanki w przypadku stosowania kar pieniężnych wynika bezpośrednio z art. 106 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Dopuszczenie się naruszenia

⁷ Por. A. Stawicki, E. Stawicki (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, LEX Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 647.

przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów może nastąpić zarówno umyślnie, jak też i nieumyślnie. Kara pieniężna może zostać nałożona także w przypadku, gdy przedsiębiorca „choćby nieumyślnie” dopuścił się określonego czynu. Oznacza to, że kara może być nałożona także w przypadku, gdy po stronie przedsiębiorcy nie będzie występować wina, rozumiana jako świadomość bezprawności zachowania. Nakładając karę pieniężną, Prezes Urzędu wziął pod uwagę całokształt okoliczności sprawy, które wskazywać mogą na umyślny charakter naruszenia przez MZGK zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję. W zgromadzonym materiale dowodowym istnieją przesłanki do stwierdzenia, iż MZGK miał świadomość, iż jego działania związane z narzuceniem kontrahentowi zmiany ceny najmu w omawianej skali są kwestionowane przez jego kontrahenta, jako naruszające przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (por. korespondencja kontrahenta MZGK z dnia 20 lipca 2011 r.). Na zasadność przyjęcia umyślności działania MZGK wskazuje jednak przede wszystkim skala podwyższenia ceny najmu oraz kolejna podwyżka w 2012 r.

Zgodnie z art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów tej ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy. Wysokość nałożonej kary powinna spełniać funkcję prewencyjną, tj. zapobiegać w przyszłości naruszeniom przepisów ustawy antymonopolowej, a także represyjną, tzn. stanowić reperkusję za jej naruszenie. W zależności od stopnia naruszenia przepisów ustawy, ustala się funkcję prewencyjną lub represyjną za wiodącą.

W punkcie I sentencji niniejszej decyzji Prezes Urzędu uznał za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów praktykę MZGK polegającą na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku wynajmu infrastruktury wysokościowej dla nadawców programów radiofonicznych o zasięgu odbioru na obszarze Piotrkowa Trybunalskiego oraz całości gmin sąsiednich, poprzez narzucanie nadmiernie wygórowanych cen. Ustalając wymiar kary pieniężnej Prezes Urzędu w pierwszej kolejności dokonał oceny natury stwierdzonego w niniejszej decyzji naruszenia, która determinuje wysokość kwoty bazowej kary będącej odsetkiem uzyskanych przez MZGK w 2013 r. przychodów. Wskazać przy tym należy, iż w kwestii natury naruszenia Prezes Urzędu wyróżnia naruszenia bardzo poważne (do których należy zaliczyć przede wszystkim szczególnie szkodliwe horyzontalne ograniczenia konkurencji, w tym porozumienia cenowe, zmony przetargowe, podział rynku, kolektywne bojkoty, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do eliminacji konkurencji na rynku), naruszenia poważne (do których należy zaliczyć przede wszystkim porozumienia horyzontalne nie zaliczane do najpoważniejszych naruszeń, porozumienia pionowe wpływające na cenę lub warunki oferowania produktu, przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do istotnego ograniczenia konkurencji lub dotkliwej eksploatacji kontrahentów lub konsumentów), naruszenia mniej poważne niż wyżej wymienione (naruszenia pozostałe, do których należą m.in. porozumienia wertykalne nie dotyczące ceny lub możliwości odsprzedaży towaru, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej o mniejszej wadze).

Prezes Urzędu zaliczył przedmiotową praktykę do poważnych naruszeń prawa antymonopolowego. Ważąc wysokość nałożonej kary pieniężnej Prezes Urzędu uwzględnił nie tylko charakter praktyki, ale również potencjalne skutki, jakie może wywołać tego typu praktyka dla uczestników rynku.

Ustalając wymiar kary pieniężnej Prezes Urzędu wziął pod uwagę, że stosowana przez

MZGK praktyka niosła ze sobą jedynie potencjalny wpływ na rynki powiązane z rynkiem właściwym w sprawie. Radio Pasma nie ma bezpośrednich konkurentów w postaci nadawców lokalnych kierujących program radiowy w szczególności do mieszkańców Piotrkowa Trybunalskiego i przylegających okolic. Zwiększone koszty działalności nadawczej mogły zatem powodować skutki w postaci podwyższenia cen nadawanej przez Radio Pasma lokalnej reklamy radiowej (przy braku wpływu na ceny na ogólnopolskim rynku reklamy radiowej). Rozmiary tych skutków byłyby prawdopodobnie jednak istotnie ograniczone. Z informacji uzyskanych od Radia Pasma wynika, iż nadawca ten nie byłby w stanie zrównoważyć wzrostu kosztów odpowiednim wzrostem cen usług reklamowych, planował bowiem obniżenie funduszu płac (poprzez redukcję liczby zatrudnionych). Z drugiej strony wykazano, iż w niniejszej sprawie doszło do dotkliwej eksploatacji kontrahenta przez dominanta rynkowego.

Kierując się naturą przedmiotowego naruszenia Prezes Urzędu ustalił kwotę wyjściową kary w wysokości (*tajemnica przedsiębiorcy*) % przychodów uzyskanych przez MZGK w 2013 r., co odpowiada kwocie w wysokości 78.996,35 zł.

Kolejno Prezes Urzędu ocenił wpływ czynników związanych ze specyfiką rynku i działalnością MZGK na wagę naruszenia. W tym kontekście należy przede wszystkim zwrócić uwagę na fakt, iż praktyka odniosła rzeczywiste skutki na rynku, a to ze względu na faktyczne wprowadzenie w życie warunku zmieniającego cenę najmu. Skutki te nie miały jednak charakteru nieodwracalnego.

W przedmiotowej sprawie za najistotniejszy czynnik wpływający na zasadność korekty wysokości kwoty bazowej kary Prezes Urzędu uznał strukturę przychodów MZGK. Udział przychodów MZGK z działalności na rynku właściwym (w kwocie (*tajemnica przedsiębiorcy*) zł) w wartości przychodów ogółem z działalności gospodarczej przedsiębiorcy wyniósł jedynie ok. 0,03 %. Należało również wziąć pod uwagę cofnięcie negatywnych skutków praktyki na skutek zrekompensowania szkód kontrahenta.

Powyższe ustalenia, w ocenie Prezesa Urzędu, dają podstawę do zmniejszenia kwoty bazowej kary o 80 %, do kwoty 15.799,27 zł.

Ustalając wymiar kary pieniężnej Prezes Urzędu wziął pod uwagę fakt, iż praktyka miała długotrwały charakter (ponad 1 rok). Jednakże wobec faktu zrekompensowania kontrahentowi MZGK szkód związanych z praktyką, należy przyjąć, iż w przedmiotowej sprawie doszło do zniwelowania negatywnych skutków praktyki związanych z jej długotrwałością. Wobec powyższego Prezes Urzędu uznał za stosowne pozostawienie wymiaru kary na dotychczasowym poziomie 15.799,27 zł.

W celu ostatecznego ustalenia wymiaru kary pieniężnej, Prezes Urzędu dokonał również zbadania oraz usystematyzowania okoliczności obciążających lub łagodzących jej wysokość.

W aspekcie okoliczności łagodzących należy wskazać na aktywną współpracę MZGK z Prezesem Urzędu w toku postępowania, jak również zaniechanie zarzucanej praktyki oraz wyeliminowanie zaistniałych skutków tej praktyki (rekompensata szkód).

Okoliczność obciążającą stanowi umyślność kwestionowanego naruszenia.

Podsumowując należy wskazać, iż kumulacja okoliczności łagodzących i obciążających powoduje obniżenie kwoty bazowej kary o 50 %, tj. do kwoty 7.899,463 zł.

W ocenie Prezesa Urzędu wymierzona kara w wysokości (po zaokrągleniu do pełnych złotych) 7.899,00 zł stanowiąca ok. (*tajemnica przedsiębiorcy*) % ubiegłorocznego przychodu

MZGK i ok. (*tajemnica przedsiębiorcy*) % maksymalnego wymiaru kary przewidzianego w art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jest adekwatna do stopnia naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w okolicznościach przedmiotowej sprawy.

Prezes Urzędu, kierując się potrzebą zdecydowanego przeciwdziałania stosowaniu praktyk ograniczających konkurencję na rynku uznał, że orzeczona kara spełni funkcję represyjną, stanowiąc dolegliwość dla MZGK oraz funkcję prewencyjną i edukacyjną, tak aby zapobiec w przyszłości naruszeniom przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W związku z powyższym Prezes Urzędu orzekł jak w punkcie II sentencji niniejszej decyzji.

Zgodnie z art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu rozstrzyga o kosztach w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie. W myśl art. 77 ust. 1 tej ustawy, jeżeli postępowanie zostało wszczęte z urzędu i w jego wyniku organ antymonopolowy stwierdził naruszenie przepisów tejże ustawy, przedsiębiorca lub związek przedsiębiorców, który dopuścił się tego naruszenia, zobowiązany jest ponieść koszty postępowania. Zgodnie z art. 263 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. kodeks postępowania administracyjnego – (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 267). – zwanej dalej: „k.p.a.” – w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów do kosztów postępowania zalicza się koszty podróży i inne należności świadków i biegłych oraz stron w przypadkach przewidzianych w art. 56 k.p.a., a także koszty spowodowane oględzinami na miejscu, jak również koszty doręczenia stronom pism urzędowych.

Niniejsze postępowanie antymonopolowe zostało wszczęte z urzędu. W jego wyniku Prezes Urzędu w punkcie I sentencji niniejszej decyzji stwierdził naruszenie przez MZGK art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Kosztami niniejszego postępowania są wydatki związane z prowadzoną w toku tego postępowania korespondencją. W związku z powyższym Prezes Urzędu postanowił obciążyć MZGK kwotą kosztów w wysokości 52,80 zł (słownie: pięćdziesiąt dwa złote 80/100).

W związku z powyższym Prezes Urzędu postanowił jak w punkcie III sentencji niniejszej decyzji.

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie: NBP O/O Warszawa 51101010100078782231000000.

Zgodnie z art. 264 § 1 k.p.a., w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów koszty niniejszego postępowania strona postępowania obowiązana jest wpłacić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: NBP o/o Warszawa Nr 51101010100078782231000000 w terminie 7 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479²⁸ § 1 i 2 k.p.c. – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia, za

pośrednictwem Prezesa Urzędu – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Łodzi.

Jednak w przypadku kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach zawartego w punkcie III sentencji niniejszej decyzji, stosownie do art. 81 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z 479³² § 1 i 2 k.p.c., oraz art. 264 § 2 k.p.a., w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przysługuje zażalenie do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie tygodnia od dnia doręczenia niniejszej decyzji, za pośrednictwem Prezesa Urzędu – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Łodzi.

*Z upoważnienia
Prezesa
Urzędu Ochrony
Konkurencji i Konsumentów
Dyrektor Delegatury*

Barbara Romańczak-Graca

Otrzymuje: