

106

**PREZES URZĘDU
OCHRONY KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

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

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

Łódź, 28 grudnia 2000r.

RŁO/53S-2/00/AL/2155

DECYZJA nr RŁO 15/2000

Na podstawie:

- I. art. 104 kodeksu postępowania administracyjnego i art. 8, ust. 1 w związku z art. 5, ust. 1, pkt 6 ustawy z dnia 24 lutego 1990r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów (tj. Dz.U. z 1999r., Nr 52, poz. 547 z późn. zm.), w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów po rozpatrzeniu sprawy wszczętej na wniosek Gminy Brody, ul. St. Staszica 3, 27 - 230 Brody przeciwko Telekomunikacji Polskiej Spółce Akcyjnej w Warszawie, ul. Świętokrzyska 3, 00 - 950 Warszawa nakazuje się zaniechania stosowania praktyki monopolistycznej polegającej na nadużyciu pozycji monopolistycznej na lokalnym rynku usług telekomunikacyjnych o charakterze powszechnym, terenu Gminy Brody, poprzez narzucenie Gminie Brody uciążliwego i przynoszącego Telekomunikacji Polskiej Spółce Akcyjnej w Warszawie nieuzasadnione korzyści warunku umownego polegającego na odmowie zwrotu Gminie Brody nakładów finansowych poniesionych przez nią na budowę sieci telefonicznej umożliwiającej podłączenie 587 stacji telefonicznych na terenie Gminy Brody, która została przejęta nieodpłatnie na własność przez Telekomunikację Polską Spółkę Akcyjną w Warszawie.
- II. art. 104 kodeksu postępowania administracyjnego i art. 14, ust. 1 w związku z art. 8, ust. 1 ustawy powołanej w pkt I, w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nakłada się na Telekomunikację Polską Spółkę Akcyjną w Warszawie karę pieniężną w wysokości 50 000 zł (słownie: pięćdziesiąt tysięcy złotych) płatną do budżetu państwa,
- III. art. 21a, ust. 3 i 4 ustawy powołanej w pkt I w związku z art. 98 § 1 kodeksu postępowania cywilnego, w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nakazuje się Telekomunikacji Polskiej Spółce Akcyjnej w Warszawie

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

UZASADNIENIE

W dniu 28 lutego 2000r. do Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Łodzi, zwanej dalej organem antymonopolowym wpłynął wniosek Gminy Brody, zwanej dalej Gminą o wszczęcie administracyjnego postępowania antymonopolowego przeciwko Telekomunikacji Polskiej Spółce Akcyjnej w Warszawie, zwanej dalej TP S.A. (k 1). Gmina zarzuciła TP S.A. naruszenie przepisów ustawy z dnia 24 lutego 1990r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów (t.j. Dz.U. z 1999r., Nr 52, poz. 547 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą antymonopolową. Gmina we wniosku nie wskazała konkretnego przepisu ustawy antymonopolowej, który jej zdaniem TP S.A. naruszyła swoim zachowaniem. W uzasadnieniu wniosku Gmina podała, że w latach 1997 - 1998 na jej terenie realizowano zadanie inwestycyjne pn. II etap telefonizacji Gminy. Inwestycja była prowadzona przez Społeczny Komitet Telefonizacji przy współfinansowaniu przez Gminę. W celu wybudowania sieci telefonicznej Zarząd Gminy zmuszony był zawrzeć umowę z TP S.A. wymuszającą nieodpłatne przekazanie na rzecz TP S.A. sieci wybudowanej ze środków budżetu Gminy. W uzasadnieniu wniosku Gmina stwierdziła także, iż ze względu na zasadność dysponowania środkami publicznymi oraz przymuszenie Zarządu Gminy do bezpłatnego przekazania inwestycji na stan TP S.A. istnieją podstawy do przeprowadzenia postępowania antymonopolowego wobec TP S.A. w sprawie nadużywania pozycji monopolistycznej w stosunku do Gminy. W dniu 2 marca 2000r. (k 25) organ antymonopolowy na podstawie art. 61 § 4 kpa w związku z art. 21, ust. 1 ustawy antymonopolowej zawiadomił strony o wszczęciu w dniu 28 lutego 2000r. postępowania z wniosku Gminy w sprawie nakazania zaniechania przez TP S.A. praktyki monopolistycznej polegającej na narzucaniu Gminie uciążliwych warunków umowy przynoszących TP S.A. nieuzasadnione korzyści, poprzez odmowę uczestnictwa w sfinansowaniu kosztów budowy sieci telekomunikacyjnej przekazanej następnie nieodpłatnie na majątek TP S.A., co może stanowić naruszenie art. 5, ust. 1, pkt 6 ustawy antymonopolowej.

Ustosunkowując się do wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego (k 29 - 37) TP S.A. stwierdziła, że w dniu 29 czerwca 1998r. została zawarta umowa nr UK/208/98 na realizację II etapu budowy sieci telefonicznej, której stronami były TP S.A. Zakład Telekomunikacji w Kielcach oraz grupa Wnioskodawców w imieniu której występował Zarząd Gminy. Umowa przewidywała pokrycie kosztów realizacji zadania ze środków pochodzących z wpłat Grupy Wnioskodawców oraz ze środków własnych Gminy. W umowie strony zgodnie ustaliły, że refundacją zostanie objęty wkład finansowy pochodzący od Grupy Wnioskodawców. Natomiast środki własne Gminy były jej bezzwrotnym udziałem w inwestycję budowy sieci. Umowa przewidywała też przekazanie inwestycji po jej zakończeniu na własność TP S.A. Zakład Telekomunikacji w Kielcach, co nastąpiło na podstawie umowy z dnia 6 listopada 1998r., nr 584/Z/UK/98 między TP S.A. a Grupą Wnioskodawców w imieniu której występował Zarząd Gminy w Brodach. W ocenie TP S.A. budowa sieci nastąpiła w oparciu o umowy zawarte z inicjatywy Urzędu Gminy działającego w imieniu Grupy Wnioskodawców, inwestycja została rozpoczęta w wyniku presji i licznych ponagleń ze strony Zarządu Gminy, który kolejnymi pismami wnosił o zawarcie umowy dotyczącej budowy sieci telekomunikacyjnej i o rozpoczęcie inwestycji. TP S.A. stwierdziła, że odmawiała wcześniejszego rozpoczęcia inwestycji zapewniając władze Gminy o planach zamieszczenia jej

w planach inwestycyjnych operatora. TP S.A. podała także, iż cała inwestycja została zakończona w 1998r. i w czasie jej realizacji jak i w ciągu kolejnych dwóch lat Gmina nie zgłaszała zastrzeżeń co do treści warunków umowy ani też co do sposobu czy okoliczności jej zawarcia. Ponadto w ocenie TP S.A. ze względu na treść art. 21, ust. 1 ustawy antymonopolowej Gmina mogła zarzucić TP S.A. stosowanie praktyk monopolistycznych jedynie w ciągu roku kalendarzowego liczonego od końca roku, w którym domniemane praktyki miały miejsce, czyli do końca 1999 roku, skoro inwestycja została zakończona w 1998 roku. TP S.A. uznała, że postępowanie nie powinno być wszczęte, a Urząd powinien wydać decyzję o odmowie wszczęcia postępowania. Mimo tych twierdzeń TP S.A. w dalszej części pisma ustosunkowała się do zarzutu naruszenia art. 5, ust. 1, pkt 6 ustawy antymonopolowej. TP S.A. stwierdziła, że nie można jej postawić zarzutu naruszenia Gminie uciążliwych warunków umowy z dnia 29 czerwca 1998r. nr UK/208/98, bowiem kształt tej umowy zawartej z Gminą nie wynikał z pozycji dominującej na rynku zajmowanej przez TP S.A., ale miał źródło w realiach rynku telekomunikacyjnego na wsi. W ocenie TP S.A. ludność nie posiadająca linii telefonicznej wywiera nacisk na gminy aby te poprzez dofinansowanie przyspieszyły realizację inwestycji związanych z telefonizacją. Z drugiej zaś strony, ze względu na niski wskaźnik liczby telefonów przypadających na stu mieszkańców na wsiach, a co za tym idzie ogromny i niezaspokojony popyt na usługi telekomunikacyjne rozwój telefonizacji na wsiach bez partycypowania w kosztach i zaangażowania organizacyjnego gmin nie byłby możliwy. TP S.A. stwierdziła także, iż Gmina jako jednostka samorządu terytorialnego ma za zadanie zaspokajać potrzeby zbiorowe wspólnoty i dlatego udział finansowy Gminy w inwestycji telekomunikacyjnej stanowi realizację ogólnej dyrektywy zaspokajania zbiorowych potrzeb swoich mieszkańców. W ocenie TP S.A. sporny warunek umowy polegający na nieodpłatnym przejęciu sieci telekomunikacyjnej przez TP S.A. od Gminy został przyjęty przez racjonalnie działające w danych warunkach rynkowych strony, a jeśli "test racjonalności" wypada dla obu stron umowy pozytywnie, to nie można mówić o naruszeniu swobody kontraktowania czy nadużyciu pozycji dominującej na rynku. Zdaniem TP S.A. warunki umowy między TP S.A. i Gminą w sprawie realizacji inwestycji telekomunikacyjnej realizują zasadę ekwiwalentności świadczeń, ponieważ Gmina za swoją dotację uzyskała dla swoich mieszkańców dostęp do telefonów, mogła zwiększyć operatywność swoich przedsiębiorstw komunalnych, zyskała atut (a dzisiaj nawet konieczny warunek) dla zachęcenia do podejmowania na jej terenie działalności gospodarczej przez inwestorów krajowych czy zagranicznych. TP S.A. stwierdziła również, że w czasie realizacji przedmiotowej inwestycji nie dysponowała wystarczającymi środkami, które umożliwiłyby przeprowadzenie telefonizacji zaniedbanych przez lata gmin wiejskich osad czy przysiółków, ponieważ w I połowie lat 90 - tych podjęła ogromny wysiłek inwestycyjny, co było zresztą przyczyną spadku jej zyskowności z ~~decyzji~~ ~~przejęcia~~ TP S.A. podała także, iż ze względu na skalę przedsięwzięcia nie jest w stanie własnymi środkami dokonać telefonizacji na wsi. Z tego względu na poziomie legislacyjnym i rządowym zostały podjęte stosowne kroki takie jak powołanie w ustawie o łączności Pełnomocnika Rządu do Spraw Telekomunikacji na Wsi, czy wydanie rozporządzenia przez Radę Ministrów z dnia 30 stycznia 1996r. w sprawie szczegółowych kierunków działań Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa oraz sposobów ich realizacji (Dz.U. Nr 16, poz. 82 z późn. zm.), które przewidywało pomoc finansową ze strony Agencji właśnie w zakresie telefonizacji na wsi (§ 4 rozporządzenia).

Odpierając zarzut uciążliwego charakteru warunków umowy TP S.A. stwierdziła, że uzyskała wprawdzie własność sieci oraz możliwość jej eksploatacji, ale to uprawnienie łączy się z obowiązkiem zwrotu części kosztów inwestycji przyszłym abonentom według zasad przewidzianych w § 46 w zw. z § 14 "Regulaminu wykonywania usług telekomunikacyjnych o charakterze powszechnym przez Telekomunikację Polską - Spółkę Akcyjną", jak również obowiązkiem utrzymywania sieci i jej konserwacji. TP S.A. twierdzi też, że nie da się obronić zarzut Wnioskodawcy, iż praktykę monopolistyczną stanowi zobowiązanie do przeniesienia

własności wybudowanych urządzeń i sieci telekomunikacyjnej na rzecz TP S.A.. W ocenie TP S.A. zapis umowny o tym, że przedmiot umowy staje się po realizacji inwestycji własnością TP S.A. jest w pełni zgodny z art. 49 kc.

Odpierając zarzut osiągnięcia nieuzasadnionych korzyści TP S.A. stwierdziła, że nie może być mowy o spełnieniu tej przesłanki w sytuacji gdy w wyniku wykonania umowy obie strony realizują swoje własne interesy. Gmina uzyskała korzyść poprzez zaspokojenie potrzeb jej mieszkańców związanych z dostępem do sieci telefonicznej. W zamian za te korzyści Gminy TP S.A. jako właściciel sieci przyjęła na siebie obowiązki jej utrzymywania i konserwacji, których koszt jest bardzo wysoki. Ponadto TP S.A. twierdzi, że nie może być mowy o osiągnięciu nieuzasadnionych korzyści w sytuacji gdy wskaźnik efektywności inwestycji dokonywanych na terenach wiejskich w porównaniu z terenami zurbanizowanymi jest niski, co TP S.A. jest w stanie poprzeć stosownymi wyliczeniami. Kontynuując swoje wyjaśnienia w piśmie z dnia 26 czerwca 2000r. (k 87 - 95) TP S.A. stwierdziła, że kwestia korzyści uzyskanych przez nią powinna być również przeanalizowana pod kątem oceny wielkości całkowitych nakładów poniesionych przez TP S.A. w związku z przedmiotową inwestycją i okresu ich zwrotu. Zdaniem TP S.A. na koszty całkowite poniesione przez TP S.A. w związku z inwestycją składać się będą między innymi koszty budowy centrali, głównych podłączeń, urządzeń komutacyjnych itp., a nie tylko wartość wkładu TP S.A. w budowę sieci lokalnej, w której to budowie uczestniczyła Gmina. TP S.A. stwierdziła, że czas zwrotu nakładów w przypadku inwestycji telekomunikacyjnych na terenach wiejskich oscyluje wokół 10 lat i jest zależny od wielu czynników, w tym od stopnia zurbanizowania terenu, na którym jest prowadzona inwestycja, ilości użytkowników sieci itp. (k 138 - 139). Ponadto w ocenie TP S.A. o tym, że korzyści z inwestowania w sieci telekomunikacyjne na terenach wiejskich są co najmniej wątpliwe świadczy małe zainteresowanie tymi inwestycjami innych niż TP S.A. operatorów, którzy są aktywni na bardziej dochodowych pod tym względem rynkach geograficznych (k 88).

W kolejnych pismach z dnia 29 marca 2000r. (k 29 - 37) i z dnia 26 czerwca 2000r. (k 87 - 95) TP S.A. powołała się na art. 6 ustawy antymonopolowej. TP S.A. twierdzi, że w niniejszej sprawie zostały łącznie spełnione obie przesłanki konieczne do zastosowania art. 6 ustawy antymonopolowej: brak istotnego ograniczenia konkurencji i niezbędność stosowania praktyki monopolistycznej ze względów techniczno - organizacyjnych lub ekonomicznych do prowadzenia działalności gospodarczej. Uzasadniając przesłankę braku istotnego ograniczenia konkurencji TP S.A. stwierdziła, że pomimo, iż jej praktyka nie jest skierowana przeciwko konkurentom, lecz kontrahentom, a zatem nie ma charakteru antykonkurencyjnego, to należy rozważając tę przesłankę mieć na uwadze, że zarzucane TP S.A. praktyki powinny być zalegalizowane także dlatego, że spełniają przesłankę takiego stosowania, które jest najmniej uciążliwe dla innych uczestników rynku (k 36). TP S.A. uważa, że aby temu twierdzeniu zaprzeczyć trzeba byłoby udowodnić, iż możliwe były i są inne sposoby zwiększenia dostępności usług telefonii stacjonarnej, którymi mogła i może posługiwać się TP S.A. W ocenie TP S.A. jedynym lepszym sposobem jest zakładanie sieci telefonicznych przez konkurencję. Gdyby taka konkurencja istniała gminy i prywatni inwestorzy, albo w ogóle nie musieliby inwestować wspólnie z operatorami telekomunikacyjnymi, albo mogliby skutecznie negocjować z nimi warunki dla siebie najkorzystniejsze.

Uzasadniając przesłankę niezbędności stosowania praktyki monopolistycznej ze względów techniczno - organizacyjnych lub ekonomicznych do prowadzenia działalności gospodarczej TP S.A. przytoczyła przede wszystkim orzecznictwo antymonopolowe, które rozszerza rozumienie tej przesłanki o fakt zaspokajania dzięki stosowanym praktykom monopolistycznym istotnych potrzeb społecznych, a w szczególności potrzeb konsumentów. TP S.A. zacytowała tezę wyroku Sądu Antymonopolowego z dnia 25 stycznia 1995r., sygn. akt XVII Amr 51/94: "podlega zalegalizowaniu w świetle art. 6 Ustawy praktyka monopolistyczna Telekomunikacji Polskiej S.A. polegająca na pobieraniu od kontrahentów nie

przewidzianych w cenniku opłat z tytułu wykonywania abonamentu telefonicznego, zaliczanych następnie w późniejszym okresie na poczet opłat telefonicznych, jeżeli pozwala to przyspieszyć rozwój telekomunikacji kraju i w lepszym stopniu zaspokoić w tym zakresie potrzeby społeczne". TP S.A. powołała się także na wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 15 marca 1995r., sygn. akt XVII Amr 66/94, w którym Sąd Antymonopolowy stwierdził, że przeprowadzenie dowodu, że stosowanie praktyki monopolistycznej pozwala w lepszym stopniu zaspokoić potrzeby konsumentów niżby to miało miejsce gdyby praktyka ta nie była stosowana, odsuwa zagrożenie interesu publicznoprawnego jaki ta praktyka niesie ze sobą, a także w zasadzie wykazuje niezbędność praktyki monopolistycznej w świetle art. 6 ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym ...". Ponadto TP S.A. stwierdziła, że o "niezbędności" stosowanej praktyki monopolistycznej świadczą także takie okoliczności jak wieloletnie zaniedbania w rozwoju telekomunikacji oraz ogromny wysiłek inwestycyjny jaki TP S.A. podjęła w latach 90 - tych, co spowodowało spadek jej zyskowności.

W toku postępowania antymonopolowego Gmina wyjaśniła (k 101 - 103), że w ramach II etapu telefonizacji zawarła z TP S.A. w sprawie realizacji inwestycji nie tylko umowę nr UK/208/98 z dnia 29 czerwca 1998r., ale także umowę nr UK/369/97 z dnia 5 listopada 1997r.

Organ antymonopolowy pismami z dnia 13 lipca 2000r. (k 112) i z dnia 11 sierpnia 2000r. (k 163 - 164) wzywał TP S.A. do doręczenia analizy efektywności inwestycji zrealizowanych na podstawie umowy z dnia 5 listopada 1997r., nr UK/369/97 i umowy z dnia 29 czerwca 1998r., nr UK/208/98. Sporządzone przez TP S.A. analizy określają opłacalność inwestycji za pomocą metody wartości zaktualizowanej netto NPV i metody wewnętrznej stopy zwrotu IRR. Dla inwestycji zrealizowanej na podstawie umowy z dnia 5 listopada 1997r., nr UK/369/97 wskaźnik NPV wyniósł -951 tys. zł, wskaźnik IRR wyniósł -24 %, natomiast okres zwrotu nakładów wyniósł 10 lat (k 183). Dla inwestycji zrealizowanej na podstawie umowy z dnia 29 czerwca 1998r., nr UK/208/98 wskaźnik NPV wyniósł -95 tys. zł, wskaźnik IRR wyniósł -12 %, a czas zwrotu nakładów 13 lat (k 156).

Pismami z dnia 10 lipca 2000r. (k 99 - 100) i z dnia 14 lipca 2000r. (k 130 - 131) Gmina złożyła wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność opłacalności inwestycji będącej przedmiotem niniejszego postępowania i wysokości udziału finansowego TP S.A. w inwestycji na poziomie zapewniającym ekwiwalentność świadczeń Gminy i TP S.A. W dniu 4 października 2000r. organ antymonopolowy postanowieniem nr RŁO/53S-2/00/AL/1587 (k 195 - 196) dopuścił dowód z opinii biegłego - mgr Radosława Pastusiaka, specjalisty z zakresu finansów przedsiębiorstw pracownika Wydziału Ekonomiczno - Socjologicznego (Katedra Finansów i Bankowości) Uniwersytetu Łódzkiego na okoliczność opłacalności przedmiotowej inwestycji poprzez udzielenie odpowiedzi na następujące pytania:

1. Jaki czas zwrotu nakładów inwestycyjnych osiąga się przeciętnie przy inwestycjach w sieci telekomunikacyjne.
2. Czy czas zwrotu nakładów inwestycyjnych osiągany przeciętnie przy inwestycjach w sieci telekomunikacyjne na "terenach wiejskich" jest inny niż określony w pkt 1. Jeżeli tak, to jaki czas zwrotu jest osiągany przy tego typu inwestycjach.
3. Jaki jest czas zwrotu nakładów inwestycyjnych osiągany przy inwestycji polegającej na budowie telefonicznej sieci na terenie Gminy Brody po odliczeniu nakładów w postaci regulaminowej jednorazowej opłaty z tytułu uzyskania dostępu do sieci telekomunikacyjnej 587 przyłączonych abonentów i nakładów w formie dotacji z budżetu państwa w wysokości 40 000 zł. Łączna wartość nakładów inwestycyjnych wynosiła 1 130 182, 87 zł. Inwestycję oddano do użytku w dniu 9.02.1998r. - część sieci telekomunikacyjnej umożliwiająca podłączenie 500 abonentów i w dniu 6.11.1998r. część sieci telekomunikacyjnej umożliwiająca podłączenie 87 abonentów.

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

Biegły w swojej opinii z dnia 20 października 2000r. (k 202 - 221) stwierdził, że przedmiotowa inwestycja jest opłacalna dla TP S.A., okres jej zwrotu wynosi 4 lata kalendarzowe, wartość bieżąca netto (NPV) wynosi 3 519 900, 65 zł, a wartość wewnętrznej stopy zwrotu w analizowanym przedsięwzięciu (IRR) wynosi 37, 81%. Takie wartości wskaźników opłacalności inwestycji wskazują, iż przedmiotowa inwestycja, którą TP S.A. przejęła na własność nieodpłatnie jest bardzo rentowna, zwiększa wartość TP S.A. i pozwoliła jej uniknąć ryzyka inwestycyjnego. Wartość TP S.A. w wyniku przejęcia tej inwestycji wzrosła minimalnie o 3 519 900, 65 zł. Ustosunkowując się do powyższej opinii biegłego Gmina w piśmie z dnia 8 listopada 2000r. (k 231) w pełni ją zaakceptowała. Natomiast TP S.A. w piśmie z dnia 13 listopada 2000r. (k 232 - 254) stwierdziła, że opinia biegłego została oparta na błędnych założeniach, a w konsekwencji wnioski w niej zawarte są chybione. W ocenie TP S.A. opinia ta, ze względu na jej wadliwość nie może stanowić dowodu w sprawie. Jako uzasadnienie przedstawionych zarzutów pod adresem opinii biegłego TP S.A. załączyła analizę sporządzoną przez dr Andrzeja Rutkowskiego - Adiunkta na Wydziale Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, specjalisty w zakresie finansów przedsiębiorstw, która formułuje zarzuty pod adresem opinii biegłego. TP S.A. złożyła także wniosek dowodowy o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań dr Andrzeja Rutkowskiego na okoliczności zawarte w załączonej analizie, jak również na okoliczności wynikające z opracowania p. Radosława Pastusiaka. W przedmiotowym piśmie TP S.A. sformułowała także szereg zarzutów pod adresem opinii biegłego Pastusiaka.

Organ antymonopolowy ustalił co następuje:

I. Rynek relewantny

Praktyki monopolistyczne ujawniają się na rynku. Dlatego by ocenić czy doszło do naruszenia ustawy antymonopolowej konieczne jest wyznaczenie rynku, na którym funkcjonują strony postępowania antymonopolowego oraz ustalenie ich pozycji na tym rynku. Zastosowanie ustawy antymonopolowej wymaga ustalenia rynku relewantnego jako właściwego w danej sprawie.

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

II. Charakterystyka stron

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

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

III. Uczestnicy rynku relewantnego.

TP S.A. jest jedynym operatorem działającym na lokalnym rynku usług telekomunikacyjnych o charakterze powszechnym terenu Gminy Brody. Oprócz niej nie działa faktycznie na tym rynku żaden inny operator. Z informacji uzyskanych w Państwowej Inspekcji Telekomunikacyjnej i Pocztovej (k 356 akt nr RŁO/53S-2/99/AL) wynika, że Minister Łączności udzielił zezwolenia na zakładanie i używanie urządzeń i linii tworzących sieć telekomunikacyjną oraz koncesję na świadczenie za ich pomocą usług telekomunikacyjnych o charakterze powszechnym operatorowi - Telefony Brzeskie S.A. z siedzibą w Brzegu na teren byłego województwa kieleckiego, na którego obszarze znajduje się Gmina. Jednak do chwili obecnej ten operator nie rozpoczął działalności (k 262).

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

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

IV. Fakty.

W dniu 1 marca 1994r. Zarząd TP S.A. podjął uchwałę nr 45/94r. w sprawie trybu współpracy Telekomunikacji Polskiej S.A. z grupami Wnioskodawców reprezentowanymi przez gminy, miasta, miasta i gminy oraz związki gmin z wyłączeniem miast wojewódzkich (k 44 - 45 akta nr RŁO/53S-2/99/AL), a w dniu 15 marca 1994r. uchwałę nr 56/94 w sprawie trybu współpracy Telekomunikacji Polskiej S.A. z wnioskodawcami indywidualnymi oraz grupami wnioskodawców na terenie miast wojewódzkich (k 51 - 57 akta nr RŁO/53S-2/99/AL), które zostały następnie zmienione uchwałami: nr 215/94 z dnia 21.11.1994r. (k 211 - 212 akta nr RŁO/53S-2/99/AL) i nr 72/95 z dnia 27.04.1995r. (k 213 akta nr RŁO/53S-2/99/AL). Uchwała nr 45/94 w pkt 1 stanowi, że grupy wnioskodawców nie posiadających osobowości prawnej, dla których brak jest możliwości wykonania usług wchodzących w zakres abonamentu telefonicznego mogą - poprzez współpracę z gminami, miastami, miastami i gminami oraz związkami gmin z wyłączeniem miast wojewódzkich - stwarzać te możliwości.

W takich przypadkach stroną reprezentującą wnioskodawców w stosunkach z TP S.A. są gminy, miasta, miasta i gminy oraz związki gmin (pkt 2 uchwały). Integralną częścią uchwały jest załącznik określający zasady współpracy TP S.A. oraz grup wnioskodawców reprezentowanych przez gminy, miasta, miasta i gminy oraz związki gmin, zwanych dalej "Kontrahentami" w celu realizacji i finansowania inwestycji rozpoczynanych przy udziale środków własnych wnioskodawców dla zapewnienia im dostępu do sieci telekomunikacyjnej i usług wchodzących w zakres abonamentu. Załącznik do uchwały przewiduje dwa warianty tej współpracy. Pkt 2 załącznika - inwestycje finansowane w całości ze środków własnych Kontrahenta - w przypadku gdy średni koszt podłączenia jednego nowego abonenta, wyliczony w stosunku do wartości całej inwestycji jest niższy od aktualnej opłaty za uzyskanie dostępu do sieci wraz z podatkiem od towarów i usług (VAT) - zgodnie z Krajową Taryfą Telekomunikacyjną TP S.A. W takiej sytuacji Kontrahent gromadzi i przekazuje TP S.A. całość środków niezbędnych do realizacji zadania inwestycyjnego przez TP S.A. jako inwestora. Zgodnie z pkt 2.2.3. załącznika inwestycja powinna zostać zrealizowana na podstawie umowy zawartej pomiędzy TP S.A. i Kontrahentem, która między innymi powinna określać: tryb przeniesienia prawa własności zrealizowanej inwestycji na rzecz TP S.A. oraz sposób rozliczenia wniesionych wkładów wraz z kwotą podatku od towarów i usług (VAT) - w pierwszym wystawionym przez TP S.A. abonentowi rachunku telefonicznym.

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

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

Obowiązujący w okresie od 1 czerwca 1994r. do dnia 30 listopada 1998r. Regulamin wykonywania usług telekomunikacyjnych o charakterze powszechnym przez Telekomunikację Polską S.A. - uchwała Nr 99/94 Zarządu TP S.A. z dnia 10 maja 1994r. (k 112 - 145 akta nr RŁO/53S-2/99/AL) przewidywał w § 14, pkt 3, iż w przypadku braku możliwości wykonania usługi z powodu braku sieci telefonicznej na obszarze, na którym znajduje się wskazane we

wniosku miejsce zainstalowania stacji telefonicznej lub z powodu wyłączenia tego obszaru z planów zabudowy siecią telefoniczną z przyczyn określonych w odrębnych przepisach albo z powodu niemożności przyłączenia stacji telefonicznej do istniejącej sieci ze względu na warunki techniczne, wnioskodawca lub grupa wnioskodawców z danego obszaru może uzgodnić z TP S.A. zasady i warunki, a następnie zawrzeć umowę na mocy, której zostaną stworzone możliwości oraz podane zasady rozliczeń zgodnie z § 46. Przepis § 46 przewidywał następujące zasady rozliczeń:

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

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

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

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

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

W dniu 5 listopada 1997r. Gmina i TP S.A. zawarły umowę nr UK/369/97 (k 104 - 106) w sprawie realizacji zadania inwestycyjnego umożliwiającego stworzenie warunków włączenia do sieci telekomunikacyjnej TP S.A. 500 stacji telefonicznych oraz zasad rozliczeń między stronami poniesionych nakładów inwestycyjnych. Podstawą zawarcia umowy były Uchwała nr 56/94 Zarządu TP S.A. z dnia 15 marca 1994r. wraz z późn. zm. w sprawie współpracy TP S.A. z wnioskodawcami indywidualnymi oraz grupami wnioskodawców z miast wojewódzkich i § 14 "Regulaminu wykonywania usług telekomunikacyjnych o charakterze powszechnym przez Telekomunikację Polską - Spółkę Akcyjną (uchwała nr 99/94 Zarządu TP S.A. z dnia 10.05.1994r. z późn. zm.). Przedmiotem umowy była realizacja zadania inwestycyjnego pn. "Budowa sieci telefonicznej umożliwiającej przyłączenie 500 stacji telefonicznych do sieci TP S.A. dla Grupy Wnioskodawców z terenu Gminy Brody" (§ 1, pkt 1 umowy). Na podstawie kosztorysu koszt całkowity realizacji zadania inwestycyjnego wyniósł 970 000 zł, w tym podatek VAT (§ 1, pkt 2 umowy). Zakres rzeczowy zadania inwestycyjnego polegał na budowie sieci telefonicznej - 172,28 km/p. i montażu urządzeń PCM - 225 kpl. (§ 1, pkt 3 umowy). Zgodnie z § 3 umowy koszt inwestycji został pokryty przez: Grupę Wnioskodawców z terenu Gminy Brody w wysokości 806 000 zł i przez Gminę w wysokości 164 000 zł. W § 6 umowy strony ustaliły, że wkład finansowy grupy Wnioskodawców w wysokości 806 000 zł zostanie zrefundowany przez TP S.A. (pkt 1). Zasady refundacji zostaną określone w odrębnej umowie o korzystanie z abonamentu telefonicznego, do zawarcia której TP S.A. zobowiązuje się w terminie 7 dni od dnia końcowego rozliczenia i przeniesienia prawa własności; w umowie tej ustalony zostanie także termin rozpoczęcia świadczenia usług przez TP S.A. (§ 6, pkt 1 umowy). W § 7 umowy

strony ustaliły, że po zakończeniu budowy i dokonaniu odbioru technicznego i ostatecznego rozliczenia przedmiot umowy zostanie przekazany na własność TP S.A. (pkt 1), a podstawę przeniesienia prawa własności stanowić będzie umowa o przeniesieniu własności i dowód księgowy PT (pkt 2). W dniu 9 lutego 1998r. (k 107) strony zawarły umowę nr 035/Z/UK/98, której przedmiotem było przeniesienie praw własności do sieci telefonicznej umożliwiającej podłączenie 500 stacji telefonicznych do sieci telekomunikacyjnej TP S.A. dla Grupy Wnioskodawców z Gminy Brody (§ 1 umowy). Zgodnie z § 4 umowy wartość wykonanego i przekazanego przedmiotu umowy wyniosła 970 000 zł. Na podstawie § 5 umowy TP S.A. uzyskała własność przedmiotowej sieci telekomunikacyjnej na następujących warunkach:

- w części wyrażającej się kwotą 165 182 zł nieodpłatnie,

- w części wyrażającej się kwotą 804 818 zł - na warunkach określonych w § 46 regulaminu wykonywania usług telekomunikacyjnych o charakterze powszechnym (uchwała Zarządu TP S.A. nr 99/94 z dnia 10.05.1994r. wraz ze zmianami wynikającymi z uchwały nr 122/95 z dnia 29.08.1995r. i uchwały 174/95 z dnia 15.12.1995r. - o refundacji przez TP S.A.). W dniu 8 kwietnia 1998r. strony sporządziły dowody PT nr 33 - 38 i 38a jako dowód przejęcia sieci telekomunikacyjnej przez TP S.A. (k 167 - 173 i k 189). Decyzją Wojewody Kieleckiego z dnia 24 czerwca 1998r. nr 3012.1/24/98 Gmina otrzymała dotację celową w wysokości 40 000 zł na dofinansowanie inwestycji infrastrukturalnych w zakresie telefonizacji (k 76). W dniu 29 czerwca 1998r. (k 38 - 41) Gmina i TP S.A. zawarły kolejną umowę w sprawie realizacji zadania inwestycyjnego umożliwiającego stworzenie warunków włączenia do sieci telekomunikacyjnej TP S.A. 87 stacji telefonicznych oraz zasad rozliczeń między stronami poniesionych nakładów inwestycyjnych. Podstawą zawarcia tej umowy były także w/w uchwały Zarządu TP S.A. Zgodnie z § 1 umowy jej przedmiotem była realizacja zadania pn. "Budowa sieci telefonicznej umożliwiającej przyłączenie 87 stacji telefonicznych do sieci TP S.A. na podstawie wydanych wcześniej warunków technicznych dla Grupy Wnioskodawców z terenu Gminy Brody (pkt 1). Całkowity koszt zadania inwestycyjnego został określony wraz z podatkiem VAT na kwotę 162 910 zł (§ 1, pkt 2). Zakres rzeczowy inwestycji obejmował: projekt techniczny, budowę kabli rozdzielczych - 15, 563 km/p, budowę linii napowietrznej - 0, 3 km/l, urządzenia PCM - 29 sztuk (§ 1, pkt 3). W § 3 umowy ustalono, że koszt inwestycji zostanie pokryty w wysokości 87 000 zł przez wpłaty Grupy Wnioskodawców - przyszłych abonentów i w wysokości 75 910 zł ze środków własnych Gminy (jako udział bezzwrotny) wsparty dotacją Urzędu Wojewódzkiego i Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa. W § 6 umowy strony postanowiły, że wkład finansowy przyszłych abonentów w wysokości 87 000 zł zostanie zrefundowany przez TP S.A. w formie :

- odstąpienia od pobierania od abonenta opłaty jednorazowej z tytułu uzyskania dostępu do sieci telekomunikacyjnej, bądź opłaty za przeniesienie stacji telefonicznej,

- odstąpienie od pobierania opłat za świadczone usługi telekomunikacyjne do wyczerpania kwoty stanowiącej różnicę pomiędzy wniesionym przez abonenta wkładem finansowym a wysokością opłaty jednorazowej za dostęp do sieci telekomunikacyjnej lub przeniesienia stacji telefonicznej. Natomiast wkład finansowy Gminy w wysokości 75 910 zł nie będzie podlegał refundacji. W § 7 umowy strony ustaliły, że po zakończeniu budowy i dokonaniu odbioru technicznego i ostatecznego rozliczenia przedmiot umowy przekazany zostanie na własność TP S.A. a podstawę przeniesienia prawa własności stanowić będzie umowa o przeniesieniu własności i dowód księgowy PT. Jako wykonanie wyżej opisanej umowy strony zawarły w dniu 6 listopada 1998r. umowę nr 584/Z/UK/98 (k 42 - 43) na mocy której sieć telefoniczna umożliwiająca podłączenie do sieci telekomunikacyjnej TP S.A. 87 abonentów z terenu Gminy Brody została przekazana TP S.A. W § 4 umowy strony określiły wartość wykonanego i przekazanego przedmiotu umowy na 160 182, 87 zł. Na podstawie § 5 umowy TP S.A. przejęła przedmiotową sieć telefoniczną na własność na następujących warunkach:

- w części wyrażającej się kwotą 87 000 zł - na warunkach określonych w § 46 regulaminu wykonywania usług telekomunikacyjnych o charakterze powszechnym (uchwała Zarządu TP

S.A. nr 99/94 z dnia 10.05.1994r. wraz ze zmianami wynikającymi z uchwały nr 122/95 z dnia 29.08.1995r. i uchwały 174/95 z dnia 15.12.1995r. - o refundacji przez TP S.A.,
- w części wyrażającej się kwotą 73 182, 87 zł - nieodpłatnie. W dniu 7 grudnia 1998r. sporządzono dowody PT nr 324 i nr 325 na dowód przejęcia przedmiotowej sieci telefonicznej przez TP S.A. (k 174 – 175). W ramach II etapu telefonizacji Gminy zostały wykonane sieci telefoniczne, które umożliwiły podłączenie do sieci telekomunikacyjnej TP S.A. 587 abonentów w następujących miejscowościach na terenie Gminy Brody (k 102):

1. Bór Kunowski - 19 abonentów,
2. Brody - 80 abonentów,
3. Budy Brodzkie - 20 abonentów,
4. Lubienia - 50 abonentów,
5. Młynek - 42 abonentów,
6. Przymiarki - 8 abonentów,
7. Rudnik - 29 abonentów,
8. Staw Kunowski - 27 abonentów,
9. Jabłonna - 22 abonentów,
10. Ruda - 32 abonentów,
11. Styków - 35 abonentów,
12. Krynki - 43 abonentów,
13. Lipie - 30 abonentów,
14. Adamów - 56 abonentów,
15. Dziurów - 57 abonentów,
16. Kuczów - 37 abonentów.

Koszt wykonania tych sieci telefonicznych wyniósł 1 130 182, 87 zł. Źródłami finansowania inwestycji były:

- środki przyszłych abonentów podlegające refundacji: 891 818 zł,
- środki Gminy nie podlegające refundacji, w tym:
 - środki własne Gminy: 198 364, 87 zł,
 - dotacja Wojewody Kieleckiego: 40 000 zł.

Organ antymonopolowy zważył co następuje:

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

1. uciążliwy charakter warunków umowy,
2. narzucenie tych warunków kontrahentowi przez przedsiębiorcę o pozycji dominującej na rynku,
3. osiągnięcie nieuzasadnionych korzyści przez przedsiębiorcę o pozycji dominującej na rynku.

W/w przepis zakazuje nadużywania pozycji dominującej na rynku, jednak stosując wnioskowanie a minori ad maius należy stwierdzić, że przepis ten zakazuje także nadużywania pozycji monopolistycznej na rynku. Skoro bowiem zakazuje się nadużywania pozycji dominującej to tym bardziej jest zakazane nadużywanie silniejszej pozycji monopolistycznej.

Ad 1. Uciążliwy charakter warunków umowy.

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

Bezspornym faktem w niniejszej sprawie jest to, że z chwilą przyłączenia sieci telefonicznej wybudowanej na podstawie umów nr UK/369/97 i nr UK/208/98 do sieci telekomunikacyjnej TP S.A. stała się ona własnością TP S.A. Zgodnie z art. 49 kodeksu cywilnego urządzenia służące do doprowadzania lub odprowadzania wody, pary, gazu, prądu elektrycznego oraz inne urządzenia podobne nie należą do części składowych gruntu lub budynku, jeżeli wchodzi w skład przedsiębiorstwa lub zakładu. Taki skutek prawny w postaci przeniesienia własności sieci telefonicznej był celem TP S.A. i Gminy przy zawieraniu tych umów, co zostało wyrażone w § 7 umowy nr UK/369/97 i nr UK/208/98 i zawarciu dwóch umów przenoszących własność sieci telefonicznej nr 035/Z/UK/98 i nr 584/Z/UK/98.

Pod kątem uciążliwego warunku umownego należy przeanalizować § 6 umowy nr UK/369/97, który reguluje jedynie kwestię refundacji przez TP S.A. środków finansowych wniesionych przez przyszłych abonentów na budowę przedmiotowej sieci telefonicznej oraz § 6, pkt 1, lit. c umowy nr UK/208/98, który stanowi, że wkład finansowy wniesiony przez Gminę na pokrycie kosztów realizacji sieci telefonicznej nie zostanie zrefundowany przez TP S.A. Takie zapisy obu umów oznaczają, że Gmina dokonała na rzecz TP S.A. nieodpłatnego przysporzenia majątkowego. Gmina sfinansowała majątek trwały TP S.A., za pomocą którego ten operator prowadzi działalność gospodarczą i może osiągać zyski. Gmina w zamian za dokonane przysporzenie majątkowe nie otrzymała żadnego świadczenia. Świadczenie takie w postaci dostępu do usług wchodzących w skład abonamentu telefonicznego otrzymali tylko poszczególni mieszkańcy Gminy - przyszli abonenci. W praktyce przedmiotowe zapisy umowne doprowadziły do sytuacji, w której Gmina poniosła pewne koszty i w zamian nie otrzymała korzyści, natomiast TP S.A. nie ponosząc kosztów odniosła wymierną korzyść majątkową w postaci powiększenia swoich środków trwałych, co z kolei stworzyło jej możliwość rozszerzenia swojej działalności gospodarczej, która co wykazała opinia biegłego jest dla TP S.A. opłacalna.

W ocenie organu antymonopolowego analizowane warunki umowne są warunkami uciążliwymi. TP S.A. nie mogłaby ich wynegocjować, gdyby nie brak konkurencji na lokalnym rynku usług telekomunikacyjnych o charakterze powszechnym terenu Gminy Brody. Na potwierdzenie tej tezy można przytoczyć stan faktyczny opisany w wyroku Sądu Antymonopolowego z dnia 22 kwietnia 1998r., sygn. akt XVII Ama 77/97 utrzymanym w mocy wyrokiem Sądy Najwyższego z dnia 26 maja 2000r., sygn. akt I CKN 731/98, gdzie w sytuacji istnienia konkurencji na rynku usług telekomunikacyjnych o charakterze powszechnym, terenu Gmin: Sokoły, Kobylin Borzymy i Kulesze Kościelne zainteresowane gminy odrzuciły ofertę TP S.A. i zdecydowały się na wybór korzystniejszej oferty konkurenta - "Szeptel" S.A. w Szepietowie.

Analizując kwestionowane warunki umowne pod kątem kryteriów obiektywnych należy stwierdzić, że są one uciążliwe także z tego względu, że koszty wybudowania sieci telefonicznej służącej do świadczenia usług telekomunikacyjnych o charakterze powszechnym powinny być normalnym elementem kosztów działalności TP S.A. W wyroku z dnia 11 marca 1997r., sygn. akt XVII Ama 71/97 Sąd Antymonopolowy stwierdził, że w normalnych warunkach obrotu gospodarczego przedsiębiorca nie finansuje drugiemu przedsiębiorcy, w

sposób bezpośredni, środków trwałych, za których pośrednictwem obdarowany prowadzi działalność gospodarczą uzyskując tym samym określone korzyści finansowe.

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

Ad. 2 Narzucenie tych warunków przez podmiot dominujący kontrahentowi.

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

O tym, że umowy nr UK/369/97 i nr UK/208/98 zostały zawarte przez Gminę w sytuacji przymusu, a nie jak to twierdziła w toku całego postępowania antymonopolowego TP S.A. z poszanowaniem zasady swobody umów świadczą następujące okoliczności. Treść tych umów jest identyczna z wzorcem umowy uregulowanym w opisanych wcześniej uchwałach Zarządu TP S.A. nr 45 i 56 z 1994r. Obie uchwały przewidują, że TP S.A. nie refunduje gminom środków finansowych wniesionych dla zrealizowania inwestycji telekomunikacyjnych na podstawie takich umów. Tak więc przystępując do rozmów z Gminą TP S.A. miała już gotowe warunki umowy, które Gmina mogła przyjąć albo odrzucić. Nie ma tutaj znaczenia czy zawarcie przedmiotowych umów nastąpiło z inicjatywy Gminy czy TP S.A. Te okoliczności jednoznacznie wskazują, że treść przedmiotowej umowy została Gminie narzucona, a nie dobrowolnie wynegocjowana w ramach realizacji zasady swobody umów.

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

Ad. 3 Osiągnięcie nieuzasadnionych korzyści.

Nieuzasadnione korzyści są wynikiem uciążliwych warunków umowy. Nieuzasadnione korzyści powinny być osiągnięte kosztem kontrahenta i pozostawać w normalnym związku przyczynowym z narzuconymi kontrahentowi uciążliwymi warunkami umowy (wyrok Sądu Antymonopolowego z 24 stycznia 1991r., sygn. akt Amr 2/90). Jak to zostało udowodnione wcześniej uciążliwy warunek umowny w postaci nieodpłatnego sfinansowania przez Gminę części majątku trwałego TP S.A. pozwolił jej osiągnąć nieuzasadnione korzyści. TP S.A. otrzymała możliwość zwiększenia ruchu telefonicznego, a tym samym zapewniła sobie większe zyski z prowadzonej działalności gospodarczej. Kryterium nieuzasadnionych korzyści jest także naruszenie zasady ekwiwalentności świadczeń. W ocenie organu antymonopolowego umowy nr UK/369/97 i nr UK/208/98 naruszyły zasadę ekwiwalentności świadczeń, gdyż TP S.A. uzyskała możliwość prowadzenia dochodowej działalności gospodarczej, co wykazała

opinia biegłego, natomiast Gmina poniosła wydatki finansowe bez jakiegokolwiek ekwiwalentu.

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

Nieprawdziwy jest zarzut TP S.A., że Gmina w ciągu kolejnych dwóch lat po zakończeniu inwestycji nie zgłaszała zastrzeżeń co do treści warunków umowy. W piśmie z dnia 28 września 1999r. nr F. 302/58/99 (k 7) skierowanym do TP S.A. Gmina zwróciła się o zwrot kosztów wybudowania sieci telefonicznej w ramach II etapu telefonizacji Gminy Brody.

W niniejszej sprawie nie może być zastosowany art. 21, ust. 1, zd. 2 ustawy antymonopolowej, który stanowi, że nie wszczyna się postępowania, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano stosowania praktyki monopolistycznej upłynął rok (...). Argumentacja TP S.A. dotycząca zastosowania normy tego przepisu przedstawiona w toku postępowania nie zasługuje na uwzględnienie. Dla zaprzestania stosowania przez TP S.A. praktyki monopolistycznej z art. 5, ust. 1, pkt 6 ustawy antymonopolowej nie ma znaczenia fakt, że przedmiotowa inwestycja została zakończona w 1998 roku. Ma znaczenie natomiast okoliczność, że TP S.A. w umowach nr UK/369/97 i nr UK/208/98 i kolejnych umowach nr 035/Z/UK/98 i nr 584/Z/UK/98 o przeniesieniu własności sieci telefonicznej skutecznie narzuciła Gminie warunek umowny o nierefundowaniu Gminie poniesionych przez nią kosztów budowy sieci przejętej na własność TP S.A. Do chwili obecnej ten warunek umowny nie został zmieniony, TP S.A. nie zrefundowała Gminie poniesionych kosztów. Z tego też względu nie można uznać, że TP S.A. zaprzestała stosować wobec Gminy praktykę monopolistyczną z art. 5, ust. 1, pkt 6 ustawy antymonopolowej, a więc przepis art.21, ust. 1, zd. 2 ustawy antymonopolowej nie może być w niniejszej sprawie zastosowany.

Organ antymonopolowy odrzuca twierdzenie TP S.A., że do kosztów całkowitych przedmiotowej inwestycji poniesionych przez TP S.A. należy włączyć koszty budowy centrali, głównych podłączeń i urządzeń komutacyjnych, które poniosła TP S.A. Budowa w/w elementów sieci telekomunikacyjnej jest wewnętrzną sprawą TP S.A. jako samodzielnego i niezależnego przedsiębiorcy. Zrealizowanie takiej inwestycji było wewnętrzną sprawą TP S.A., podjętą na podstawie jej własnych planów inwestycyjnych.

W toku postępowania antymonopolowego TP S.A. powoływała się na art. 6 ustawy antymonopolowej, który stanowi, że zakazuje się stosowania praktyk monopolistycznych określonych w art. 4 i 5, chyba, że są one niezbędne ze względów techniczno - organizacyjnych lub ekonomicznych do prowadzenia działalności gospodarczej i nie powodują istotnego ograniczenia konkurencji; ciężar udokumentowania tych okoliczności spoczywa na podmiocie, który się na nie powołuje. W ocenie organu antymonopolowego argumentacja TP S.A. uzasadniająca przesłanki zastosowania tego przepisu nie zasługuje na uwzględnienie. TP S.A. uzasadniając przesłankę „niezbędności” stosowania praktyki monopolistycznej ze względów techniczno - organizacyjnych lub ekonomicznych do prowadzenia działalności gospodarczej, błędnie w niniejszym stanie faktycznym powołuje się na utrwaloną w orzecznictwie antymonopolowym rozszerzającą wykładnię tej przesłanki, która nakazuje oceniać przy stosowaniu art. 6 korzyści społeczne i korzyści konsumentów jakie powstają w wyniku stosowanej praktyki monopolistycznej. W wyroku z 25 stycznia 1995r., sygn. akt XVII Amr 51/94, który cytuje TP S.A. Sąd usprawiedliwił stosowaną przez TP S.A. praktykę

monopolistyczną polegającą na pobieraniu od kontrahentów nie przewidzianych w cenniku opłat z tytułu wykonywania abonamentu telefonicznego, zaliczanych następnie w późniejszym okresie na poczet opłat telefonicznych, jeżeli pozwala to przyspieszyć rozwój telekomunikacji kraju i w lepszym stopniu zaspokoić w tym zakresie potrzeby społeczne. W tym wyroku Sąd Antymonopolowy jednoznacznie stwierdził, że stosowanie praktyki monopolistycznej może być usprawiedliwione na gruncie art. 6 tylko w wypadku zrealizowania zasady ekwiwalentności świadczeń. W niniejszej sprawie TP S.A. błędnie powołała się na ten wyrok, ponieważ w przedmiotowym stanie faktycznym TP S.A. naruszyła zasadę ekwiwalentności świadczeń odmawiając Gminie prawa refundacji środków wniesionych przez Gminę na budowę sieci telefonicznej.

Organ antymonopolowy nie neguje twierdzenia, że inwestycje w sieci telekomunikacyjne na obszarach wiejskich są nieopłacalne. Nie neguje także potrzeby opracowywania na szczeblu rządowym odpowiednich programów wspomagających rozwój sieci telekomunikacyjnych na wsi. Przedmiotem niniejszego postępowania jest sieć telekomunikacyjna wybudowana w w/w miejscowościach na terenie Gminy Brody. Przeprowadzone postępowanie dowodowe, a w szczególności opinia biegłego jednoznacznie wskazuje, że przedmiotowa inwestycja jest dla TP S.A. bardzo opłacalna. Organ antymonopolowy odrzucił zarzuty TP S.A. pod adresem opinii biegłego sformułowane w analizie opinii biegłego sporządzonej na zlecenie TP S.A. przez dr Andrzeja Rutkowskiego - Adiunkta na Wydziale Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, specjalisty w zakresie finansów przedsiębiorstw. Z tych samych względów organ antymonopolowy nie dopuścił dowodu na okoliczności zawarte w przedmiotowej analizie, co do przeprowadzenia, którego wniosek złożyła TP S.A. Organ antymonopolowy uznał, że powtarzanie treści zawartych w doręczonej analizie sprzeciwia się zasadzie szybkości postępowania administracyjnego wyrażonej w art. 12 kpa. W ocenie organu antymonopolowego zarzuty przedstawione w analizie nie mogą być brane pod uwagę, ponieważ zostały sformułowane na błędnych podstawach świadczących o całkowitej niezajomości przez autora stanu faktycznego sprawy. Dlatego też organ antymonopolowy poprzestał na opinii biegłego, która w sposób wyczerpujący realizuje tezę dowodową z postanowienia dowodowego o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego. Założenia w niej przyjęte są zgodne ze stanem faktycznym ustalonym w postępowaniu oraz biegły zastosował najbardziej wiarygodne wskaźniki oceny opłacalności inwestycji wypracowane przez nauki ekonomiczne. W ocenie organu antymonopolowego opinia biegłego jest spójna logicznie i przekonująca. Z tego też względu organ antymonopolowy uznał za zbędne uwzględnienie wniosku dowodowego TP S.A. o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań autora w/w analizy na okoliczności wynikające z opinii biegłego. Organ antymonopolowy nie uwzględnił wniosku TP S.A. o wezwanie na rozprawę biegłego Pastusiaka w celu wyjaśnienia przez niego opinii złożonej na piśmie z następujących przyczyn. Przepis art. 286 kpc, który w postępowaniu administracyjnym stosuje się odpowiednio, wprawdzie dopuszcza możliwość ustnego wyjaśnienia opinii złożonej na piśmie, ale nie jest to obowiązek organu prowadzącego postępowanie ("sąd może zażądać ustnego wyjaśnienia opinii złożonej na piśmie...."). Takie stanowisko przyjmują także komentatorzy kodeksu postępowania cywilnego (patrz KPC Komentarz Tom I pod redakcją K. Piaseckiego, str. 884, wyd. C.H. Beck, Warszawa 1996. Ponadto w postępowaniu sądowym biegły składa ustne wyjaśnienia na rozprawie, która jest zasadniczym sposobem prowadzenia procesu cywilnego. Niniejsze postępowanie jest natomiast postępowaniem administracyjnym, w którym rozprawa jest przeprowadzana wyjątkowo, tylko w sytuacjach przewidzianych enumeratywnie w art. 89 kpa. Przepis § 2, art. 89 kpa stanowi wprawdzie, że organ powinien przeprowadzić rozprawę, gdy jest to potrzebne dla wyjaśnienia sprawy przy udziale świadków lub biegłych albo w drodze oględzin. W ocenie

organu antymonopolowego nie ma potrzeby wyjaśnienia sprawy na rozprawie z udziałem stron i biegłego, bowiem sprawa na podstawie zebranego materiału dowodowego została wszechstronnie wyjaśniona. Strony miały możliwość ustosunkowania się do opinii na piśmie. Została im ona doręczona (k 223, 224, 229, 230).

W punkcie II sentencji organ antymonopolowy nałożył na TP S.A. karę pieniężną. Ustawa antymonopolowa przewiduje możliwość nałożenia kary pieniężnej w przypadku stosowania praktyki monopolistycznej, przy czym warunkiem koniecznym jej zastosowania jest nakazanie zaniechania stosowania stwierdzonej praktyki monopolistycznej. Wymierzona kara ma spełnić funkcję represyjną i prewencyjną. Nakładając karę pieniężną organ antymonopolowy wziął pod uwagę skutki nadużycia przez TP S.A. pozycji monopolistycznej na rynku polegające na zaistnieniu sytuacji gdzie wspólnota samorządowa gmina - podmiot prawa publicznego zostaje zmuszona do sfinansowania bez ekwiwalentu majątku przedsiębiorcy jednego z najbogatszych w Polsce, który jest spółką giełdową w trakcie prywatyzacji oraz fakt, że stosowanie przez TP S.A. przedmiotowej praktyki monopolistycznej nie jest przypadkiem odosobnionym. Opisane w uzasadnieniu decyzji uchwały Zarządu TP S.A. świadczą, że TP S.A. powszechnie stosuje takie praktyki przy powiększaniu zakresu świadczonych usług telekomunikacyjnych. Ustalając wysokość kary organ antymonopolowy wziął pod uwagę nieuzasadnione korzyści jakie TP S.A. osiągnęła w związku ze stosowaniem zakazanej praktyki monopolistycznej oraz wielkość wkładu finansowego Gminy Brody w przedmiotową inwestycję. Kara w wysokości 50 000 zł jest znikomym ułamkiem przychodu TP S.A. w rozumieniu art. 2, pkt 10 ustawy antymonopolowej, który wyniósł *okremleniam przedsiębiorcy* 3 zł (k 521 akt nr RŁO/53S-2/99/AL), jednak w stosunku do nieuzasadnionych korzyści jakie TP S.A. osiągnęła w wyniku stosowania praktyki monopolistycznej wysokość nałożonej kary jest jak najbardziej adekwatna. Organ antymonopolowy uważa, iż o skuteczności zastosowanych sankcji nie decyduje stopień ich surowości, ale sama ich istota - podkreślenie nagannego charakteru stosowanej praktyki monopolistycznej.

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

W pkt III sentencji organ antymonopolowy nakazał TP S.A. zwrot na rzecz Gminy kosztów postępowania w kwocie 2000 zł, na podstawie art. 98 § 1 kpc, który stanowi, że strona przegrywająca sprawę obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony (koszty procesu). Zgodnie z art. 21a, ust. 4 ustawy antymonopolowej przepis ten ma odpowiednie zastosowanie w postępowaniu przed Urzędem Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Gmina złożyła w postępowaniu wniosek o przyznanie jej kosztów postępowania w kwocie 2000 zł w piśmie z dnia 19 grudnia 2000r. (k 264).

Mając na uwadze powyższe orzeka się jak w sentencji.

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

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

Z upoważnienia Prezesa
Urzędu Ochrony Konkurencji
i Konsumentów

Iwona Bielska

Dyrektor Delegatury w Łodzi

Otrzymują:

Pan
Andrzej Przygoda
Z - ca Wójta Gminy Brody
Pełnomocnik Gminy Brody

Urząd Gminy
ul. St. Staszica 3
Brody 27 - 230
woj. Świętokrzyskie

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

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