



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA WE WROCŁAWIU**

50-413 Wrocław, ul. Walońska 3-5
tel.(071)344 65 87, (071)34 05 920, fax (071)34 05 922
e-mail: wroclaw@uokik.gov.pl

RWR 410 -7/07/WS

Wrocław, 10.12.2007 r.

Decyzja nr 44/07

I. Na podstawie art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (tj. Dz. U. z 2005 r., nr 244, poz.2080 ze zm.) oraz stosownie do art. 28 ust. 6 tej ustawy i § 2 ust. 1 pkt 3 oraz § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. *w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów* (Dz. U. nr 18 poz. 172 ze zm.) w zw. z art. 131 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), po rozpoznaniu sprawy z wniosku Wojciecha Wrony i Grzegorza Kałuży prowadzących działalność gospodarczą w formie „Fine Media” s.c. Wojciech Wrona, Grzegorz Kałuża z siedzibą w Wrocławiu,

- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów :

nie stwierdza się stosowania przez :

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

praktyki ograniczającej konkurencję, polegającej na zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję na lokalnym rynku usług telefonii stacjonarnej w obrębie osiedla „Złota Podkowa”, zlokalizowanym na terenie dzielnicy Krzyki we Wrocławiu, polegającego na uniemożliwieniu innym – poza spółką Telefonii Dialog S.A. - przedsiębiorcom telekomunikacyjnym, w tym wnioskodawcom, świadczenia usług telekomunikacyjnych, tj. praktyki mogącej stanowić naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 6 powołanej wyżej ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

II. Na podstawie art. 69 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 75 powołanej w pkt. I ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz stosownie do art. 28 ust. 6 tej ustawy i § 2 ust. 1 pkt 3 oraz § 6 powołanego w pkt. I. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. *w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów* w zw. z art. 131 powołanej również w pkt. I ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*, po rozpoznaniu wniosku Telefonii Dialog S.A. z siedzibą we Wrocławiu, o zobowiązanie solidarne wnioskodawców do zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego w tym postępowaniu,

- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów :

zobowiązuje się Wojciecha Wronę i Grzegorza Kałużę, prowadzących działalność gospodarczą w formie „Fine Media” s.c. Wojciech Wrona, Grzegorz Kałuża z siedzibą w Wrocławiu, solidarnie do zwrotu Telefonii Dialog S.A. z siedzibą we Wrocławiu kosztów niezbędnych do celowego dochodzenia praw i celowej obrony w kwocie 360 (słownie : trzysta sześćdziesiąt) zł tytułem kosztów zastępstwa prawnego.

Uzasadnienie

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

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

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

1.2. Uzasadniając żądanie Przedsiębiorcy, we wniosku oraz piśmie uzupełniającym z dnia 19 marca 2007 r. podniósł, iż świadczy usługi telekomunikacyjne, w tym zwłaszcza wysokiej jakości usługi transmisji danych i dostępu do Internetu. W sierpniu 2006 r. wnioskodawcy zwrócili się do uczestnika postępowania spółki Rafin Sp. z o.o. – Sp. k. z prośbą o umożliwienie im położenia infrastruktury telekomunikacyjnej w budowanych przez uczestnika budynkach na osiedlu „Złota Podkowa” przy ul. Zwycięskiej we Wrocławiu. Powołując się na art. 140 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. *Prawo telekomunikacyjne* (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 ze zm.), wnieśli oni o sprecyzowanie warunków korzystania z nieruchomości w celu umożliwienia położenia w budowanych mieszkaniach urządzeń telekomunikacyjnych i przeprowadzania linii kablowych, po podpisaniu stosownej umowy.

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

korzystania z nieruchomości przez operatora w zakresie niezbędnym do świadczenia usług telekomunikacyjnych. W odpowiedzi uczestnik pismem z dnia 26 lutego 2007 r. oświadczył, iż wybrał już oferenta, który zapewni świadczenie usług telekomunikacyjnych, wobec tego odpadły powody do uwzględnienia wniosku Przedsiębiorcy.

Wnioskodawcy w uzasadnieniu wniosku podnieśli, że norma art. 140 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego zobowiązuje właścicieli lub użytkowników wieczystych nieruchomości aby umożliwili operatorom oraz podmiotom, o których mowa w art. 4 pkt 1,2,4, 5 i 8 Prawa telekomunikacyjnego instalowanie na nieruchomości urządzeń telekomunikacyjnych, przeprowadzanie linii kablowych pod, na albo nad nieruchomością oraz umieszczanie tabliczek informacyjnych o urządzeniach, a także ich eksploatacje i konserwacje, jeżeli nie uniemożliwia to racjonalnego korzystania z nieruchomości. W ich ocenie przepis ten nie wprowadza wyłączości na instalowanie urządzeń telekomunikacyjnych i prowadzenie linii kablowych tylko dla jednego podmiotu. Zdaniem wnioskodawców z ust. 3 art. 140 Prawa telekomunikacyjnego wynika, że korzystać może z nieruchomości wielu operatorów z tym, że jeśli dzieje się to na wniosek właściciela nieruchomości, wówczas korzystanie jest nieodpłatne. W ocenie wnioskodawców rynek dla tego typu usług jest co do zasady otwarty, zaś art. 140 Prawa telekomunikacyjnego ma służyć rozwojowi telekomunikacji, przedsiębiorczości i konkurencji, powodując obniżkę cen usług i poprawę ich jakości. Kwestionowane działania uczestników jest w ocenie wnioskodawców działaniem wbrew interesom użytkowników lokali, których pozbawia się możliwości skorzystania z usług telekomunikacyjnych. Wnioskodawcy twierdzili, iż istnieje zainteresowanie przyszłych mieszkańców Osiedla świadczonymi przez nich usługami, na dowód czego powołali kilkanaście zgłoszeń przyszłych mieszkańców osiedla „Złota Podkowa”. Zdaniem wnioskodawców odmowa udzielenia zgody na instalowanie na Osiedlu urządzeń telekomunikacyjnych, przeprowadzenia linii kablowych na nieruchomości, tj. odmowa zgody na świadczenie usług telekomunikacyjnych na nieruchomości uczestnika Rafin, uniemożliwia wnioskodawcom wejście na rynek w zakresie dostawców Internetu i telefonii.

Uzasadniając zarzut porozumienia wnioskodawcy podnieśli, iż zawarcie przez Rafin umowy z Telefonią Dialog S.A. z siedzibą we Wrocławiu może świadczyć o zawarciu porozumienia, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie z rynku innych operatorów, świadczących usługi telekomunikacyjne, w tym wnioskodawców.

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

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

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

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

1.4. W odpowiedzi na stawiane zarzuty, uczestnik Rafin, działający przez pełnomocnika będącego adwokatem, pismem z dnia 27 kwietnia 2007 r. wniósł o wydanie decyzji o niestwierdzeniu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję oraz przyznanie uczestnikowi solidarnie od wnioskodawców kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Uczestnik stwierdził, iż na dzień sporządzenia odpowiedzi na zarzuty zawarte w postanowieniu o wszczęciu postępowania, posiadał zawartą jedynie z Telekomunikacją Polską S.A. umowę na instalację infrastruktury telekomunikacyjnej oraz świadczenie usług telekomunikacyjnych na osiedlu „Złota Podkowa”. Rafin poinformował, iż rozpoznał również oferty trzech innych podmiotów deklarujących gotowość instalacji infrastruktury telekomunikacyjnej na Osiedlu, ustalając takie kryteria wyboru jak stabilność partnera, wachlarz oferowanych przez niego usług, czas potrzebny na instalację infrastruktury telekomunikacyjnej oraz oferta cenowa. W oparciu o te kryteria uczestnik wybrał ofertę Telefonii Dialog S.A., która oferowała m.in. usługi telefoniczne, dostawę Internetu, telewizję cyfrową („e-TV”), której możliwość uruchomienia Dialog zadeklarował już w połowie 2007 r. W ocenie uczestnika wachlarz usług oferowanych przez Dialog był znacznie szerszy od oferty wnioskodawców, oferujących jedynie świadczenie usług telefonicznych i dostawy Internetu. Zdaniem uczestnika : *Dialog S.A. przy wykorzystywaniu tej samej infrastruktury teleinformatycznej jest w stanie zapewnić bogatszy wachlarz usług, co ma bardzo duże znaczenie dla Rafin Sp. z o.o.-Sp.k., zainteresowanej podnoszeniem standardu budowanych przez spółkę mieszkań* (pismo uczestnika karta 66). Uczestnik podkreślił, że dotąd nie podpisał jeszcze umowy z Dialog S.A. zaś obie strony negocjują treść umowy. Uczestnik stwierdził, iż : *„zarówno podczas negocjacji jak i na etapie przygotowania projektu umowy, nigdy zamiarem Rafin Sp. z o.o. – Sp. k. oraz Telefonii Dialog S.A. nie było wprowadzanie ograniczeń lub eliminacji innych podmiotów z rynku dostaw usług telekomunikacyjnych na wskazanym osiedlu.”* (pismo uczestnika karta 66). Jednocześnie uczestnik, na uzasadnienie swoich twierdzeń, przedłożył projekt przedmiotowej umowy.

Uczestnik wyjaśnił, iż ze względu na termin realizacji całej inwestycji na osiedlu „Złota Podkowa”, zależy mu na szybkim wykonaniu infrastruktury osiedlowej. Dlatego też w sytuacji, gdy na osiedlu znajduje się już jeden operator, tj. Telekomunikacja Polska S.A., spółka Rafin postanowiła skorzystać dodatkowo z usług jeszcze tylko jednego operatora, celem ułożenia infrastruktury telekomunikacyjnej na etapie budowy budynków mieszkalnych. W ocenie uczestnika powyższe podyktowane jest tym, że ułożenie dodatkowego okablowania „pod tynk” przez kolejnych operatorów, ze względu na rozwiązania projektowe, napotyka znaczne utrudnienia. Uczestnik odwołał się także do art. 140 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego wskazując, iż w jego ocenie z tego przepisu wynika, że właściciel lub użytkownik wieczysty nie musi udostępniać nieruchomości operatorowi, jeżeli prowadzi to do uniemożliwienia racjonalnego korzystania z nieruchomości.

W konkluzji swojego stanowiska uczestnik stwierdził, iż : *„na osiedlu „Złota Podkowa” przy ul. Zwycięskiej we Wrocławiu docelowo na etapie budowy budynków mieszkalnych spółka Rafin Sp. z o.o. – Sp. k. zamierza korzystać z dwóch operatorów. Przy czym spółka obecnie ma zawartą umowę tylko z Telekomunikacją Polską S.A. Wybór drugiego operatora Telefonii Dialog S.A. stanowi zaś uzupełnienie oferty dla przyszłych mieszkańców osiedla, aby w ten sposób zapewnić im możliwość wyboru dostawcy usług telekomunikacyjnych”* (pismo uczestnika k. 67). Ponadto uczestnik nie wykluczył możliwości wprowadzenia w przyszłości na teren osiedla kolejnych operatorów, jednakże w oparciu o istniejącą już wówczas infrastrukturę telekomunikacyjną. Uczestnik podkreślił, iż : *„treść umowy nr 83/03/596/1 z dnia 20 marca 2006 r., zawartej z Telekomunikacją Polską S.A. ani też projekt umowy z Telefonią Dialog S.A. nie przewiduje żadnych zakazów, które przewidywałyby wyłączność dla wyżej wskazanych operatorów w świadczeniu usług telekomunikacyjnych na osiedlu „Złota Podkowa”* (pismo uczestnika k. 67).

1.5. W odpowiedzi na stawiane zarzuty, uczestnik Dialog pismem z dnia 10 maja 2007 r. potwierdził, iż planuje na osiedlu „Złota Podkowa” wybudowanie nowoczesnej sieci telekomunikacyjnej w technologii tzw. nowej generacji (Next Generation Networks). Spółka planuje świadczenie usługi telefonii, dostępu do Internetu, jak również telewizji cyfrowej

IPTV oraz telewizji na żądanie (Video on Demand) z wykorzystaniem tej samej infrastruktury sieciowej, co spowoduje znaczące zmniejszenie ilości instalowanego w budynkach okablowania, niezbędnego do realizacji usług. W ramach tego projektu uczestnik planuje, aby usługa była dostępna dla wszystkich mieszkańców osiedla, czyli dla około 920 mieszkań.

Uczestnik zaprzeczył, aby był stroną jakiegokolwiek porozumienia z Rafin. Dialog podniósł, że podobnie jak inni oferenci, złożył Rafin Sp. z o.o. – sp. k ofertę świadczenia usług telekomunikacyjnych na nowobudowanym osiedlu „Złota Podkowa”. Jego oferta została przyjęta jako najatrakcyjniejsza spośród złożonych, zaś obecnie strony są na etapie negocjacji, mających na celu zawarcie umowy o udostępnienie nieruchomości celem świadczenia usług telekomunikacyjnych. Uczestnika podkreślił, iż : *„W projekcie negocjowanego kontraktu nie ma jednak jakichkolwiek klauzul, które ograniczałyby innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym dostęp do rynku usług telekomunikacyjnych”* (pismo uczestnika k. 136). W ocenie uczestnika wnioski o wszczęcie postępowania antymonopolowego jest zatem *„całkowicie bezpodstawny”* (pismo uczestnika k. 136).

Ponadto uczestnik wskazał, iż fakt wstępnego wybrania przez Rafin oferty Dialogu – jako operatora, któremu ma się zezwolić na założenie sieci telekomunikacyjnej na osiedlu „Złota Podkowa” - w żaden sposób nie ogranicza prawa innych podmiotów – w tym wnioskodawców – do skorzystania z trybu przewidzianego przez Prawo telekomunikacyjne, które w art. 139, 140 i 141 szczegółowo określa tryb uzyskania dostępu do nieruchomości, budynków lub infrastruktury telekomunikacyjnej przez operatorów publicznych sieci telekomunikacyjnych, z którego to trybu wnioskodawcy nie skorzystali.

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

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

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

Rejestr przedsiębiorców telekomunikacyjnych prowadzi na podstawie art. 10 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Zgodnie z art. 10 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego, działalność telekomunikacyjna będąca działalnością gospodarczą jest działalnością regulowaną i podlega wpisowi do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Definicję legalną tej działalności zawiera art. 1 ust. 1 pkt 1 ww ustawy

stanowiąc, iż za działalność telekomunikacyjną uznawać należy działalność polegającą na świadczeniu usług telekomunikacyjnych, dostarczaniu sieci telekomunikacyjnych lub udogodnień towarzyszących. Powołane pojęcia posiadają swoje definicje legalne w ustawie Prawo Telekomunikacyjne. Zgodnie z ww ustawą określenia te oznaczają :

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

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

Dowód – wniosek k. 2, pismo wnioskodawców k. 44, zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej k. 6-9, zaświadczenia Prezesa UKE o wpisie do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych k. 10-13, zaświadczenie Prezesa URTiP k. 14, umowa spółki cywilnej k. 131-132;

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

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

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

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

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

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

Dowód – pismo uczestnika k. 135, statut k. 154-173, odpis z KRS k. 174, zaświadczenie o wpisie do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych k. 177-178;

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

Dowód – pismo uczestnika k. 71, akty notarialne k. 72-85, odpis z KRS k. 86-89;

2.2. Uczestnik postępowania Rafin prowadzi, jako deweloper, inwestycję pn. osiedle „Złota Podkowa”, w postaci budowy 15 budynków wielorodzinnych 3 i 4 kondygnacyjnych, zlokalizowaną w południowo-zachodniej części wrocławskiej dzielnicy Krzyki, przy ul. Zwycięskiej, objęty działkami oznaczonymi geodezyjnie jako dz. Nr 5/32, 5/33, 5/34, 5/36, 5/37, 5/40, 5/53 AM 10, Obręb Partynice. Docelowo osiedle ma liczyć 971 mieszkań i ok. 2500 osób. Osiedle powstaje w czterech etapach :

I etap – 5 budynków (ozn. A,B, C, D, E)

II etap – 3 budynki

III etap – 6 budynków

IV etap – 1 budynek.

Planowanym terminem oddania do użytku całego osiedla jest I kwartał 2010 r.

Dowód – kopia strony internetowej uczestnika zawierająca ofertę zakupu mieszkań na osiedlu „Złota Podkowa” k. 21-23, pismo uczestnika k. 71;

W dniu 20 marca 2006 r. Rafin zawarł z Telekomunikacją Polska S.A. umowę nr 83/03/596/1 w przedmiocie realizacji przez TP S.A. robót ziemnych m.in. na wchodzącej w skład osiedla

„Złota Podkowa” działce nr 5/53, w postaci budowy liniowych urządzeń telekomunikacyjnych (ułożenie kabla teletechnicznego ziemnego, kanalizacji teletechnicznej, studzienek teletechnicznych, montaż kabli w rurkach budynku, montaż skrzynek w budynku). Na działce tej zlokalizowane są budynki I etapu inwestycji, tj. budynki oznaczone jako A, B, C, D, E. TP S.A. zamontowała swoje skrzynki jedynie w dwóch budynkach I etapu, tj. budynku B i D. W budynkach tych sieć telekomunikacyjną położył wcześniej Rafin, zaś TP S.A. korzysta z tej sieci.

Dowód – umowa nr 83/03/596/1 k. 112, pismo uczestnika Rafin k. 204, k. 221, ;

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

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

Ponadto oferta Dialogu zmierzała do :

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

Dowód – pismo Dialogu k. 197,198;

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

W zakresie dostępu do usług telefonicznych zaoferowano :

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

Dowód – pismo wnioskodawców k. 24, oferta k. 25;

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

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

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

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

Dowód – pisma wnioskodawców k. 26,27;

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

Dowód – pismo Rafin k. 28-29;

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

Dowód – zestawienie zgłoszeń k. 30, zgłoszenia k. 31-35, k. 232;

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

Dowód – pismo wnioskodawców k. 130, pismo do Prezydenta Wrocławia k. 133, pismo Prezydenta Wrocławia k. 269;

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

Dowód – oferta „Internet Union Paweł Dobosz” k. 109-111;

2.4. Ostatecznie uczestnik Rafin wybrał ofertę Dialogu, rozpoczynając z tym przedsiębiorcą negocjacje. Na żadnym ich etapie nie negocjowano ani też nie wprowadzano do projektów umowy zapisów, gwarantujących spółce Dialog wyłączność na świadczenie usług telekomunikacyjnych na osiedlu „Złota Podkowa”.

Dowód – projekty umów k. 94 – 100, k. 139-146, k. 147 – 153, pismo uczestnika Rafin k. 65-67, 201-204, pismo Dialog k. 136, k. 204 - 205;

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

- udostępnienie Dialog przez Rafin nieruchomości, rozumianej jako obszar osiedla „Złota Podkowa” wraz z posadowionymi na nim budynkami, w celu zainstalowania urządzeń telekomunikacyjnych, przeprowadzania linii kablowych do nieruchomości, przeprowadzenia ich w budynkach, budowa Sieci Wewnętrznych (nomenklatura i pisownia zastosowana w Umowie) w udostępnionych szachtach teletechnicznych, dystrybucyjnych in.
- ustalenie warunków korzystania przez Dialog z nieruchomości, w celu zapewnienia usług telekomunikacyjnych Rafin oraz mieszkańcom budynków osiedla, budowanego przez Rafin,
- sprzedaż na rzecz Dialog Sieci Wewnętrznych, znajdujących się w budynku, ozn. jako budynek B (budynek wzniesiony w ramach I-go etapu inwestycji); jednocześnie strony określiły, iż w zakresie tego budynku wchodzić będzie 36 przyłączy abonenckich,
- wybudowanie przez Dialog Sieci Wewnętrznych w pozostałych budynkach, które znajdują się w dacie zawarcia umowy na Osiedlu, lub powstaną w przyszłości,
- korzystanie przez Dialog z Sieci Wewnętrznych już wybudowanych przez Rafin w budynku D (budynek wzniesiony w ramach I-go etapu inwestycji).

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

Dowód – umowa k. 244 – 250;

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

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

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

- konieczność uiszczania opłaty za dostęp do sieci (opłata wnoszona na rzecz właściciela sieci). Różnica pomiędzy kosztem świadczenia usługi telekomunikacyjnej w oparciu o własną i obcą sieć, sprowadza się do różnicy pomiędzy kosztem wybudowania i utrzymania pętli lokalnej (którego nie ponosi operator świadczący usługi na bazie obcej sieci) a kosztem opłaty za dostęp do sieci innego operatora (którą należy wnosić na rzecz właściciela sieci). Różnica ta jest na korzyść usługi opartej o własną sieć. Przykładowa informacja o wysokości różnicy w kosztach świadczenia usługi telefonii stacjonarnej na własnej sieci Dialogu i cudzej infrastrukturze, tj. infrastrukturze Telekomunikacji Polskiej SA. została, na wniosek Dialogu, postanowieniem Prezesa Urzędu nr 232/2007 z dnia 8 listopada 2007 r. uznana za „tajemnicę przedsiębiorstwa” w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U.z 2003 r. Nr153, poz. 1503 ze zm.) i w konsekwencji Prezes Urzędu ograniczył pozostałym stronom postępowania, tj. wnioskodawcom oraz Rafin prawo wglądu do ww informacji. Informacja o wysokości różnicy w kosztach świadczenia usługi

telefonii stacjonarnej na własnej sieci Dialogu i cudzej infrastrukturze, tj. infrastrukturze Telekomunikacji Polskiej SA. stanowi załącznik nr 1 do niniejszej Decyzji.

Dowód – pismo wnioskodawców k. 232, pismo uczestnika Dialog – zał. Nr 1 do akt głównych postępowania administracyjnego;

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

3.1. Określenie zarzutów

Rafin Sp. z o.o. – Sp. k. z siedzibą we Wrocławiu oraz Telefonii Dialog S.A. z siedzibą we Wrocławiu postawiony został zarzut stosowania :

- praktyki ograniczającej konkurencję, polegającej na zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję na lokalnym rynku usług telefonii stacjonarnej w obrębie osiedla „Złota Podkowa”, zlokalizowanym na terenie dzielnicy Krzyki we Wrocławiu, polegającego na uniemożliwieniu innym – poza spółką Telefonia Dialog S.A. - przedsiębiorcom telekomunikacyjnym, w tym wnioskodawcom, świadczenia usług telekomunikacyjnych,

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

3.2. Naruszenie interesu publicznego.

Przede wszystkim rozważenia wymaga, czy w sprawie niniejszej naruszony został interes publicznoprawny. Zgodnie z opisanym w art. 1 ust. 1 celem ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*, „ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów”. Tak określony cel ustawy pozwala przyjąć, iż ma ona charakter publiczny i służy ochronie interesu ogólnospołecznego. Powyższe przesądza o wyłączeniu możliwości podejmowania przez organ antymonopolowy działań w celu ochrony interesów indywidualnych. Taką interpretację potwierdza orzecznictwo Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (d. Sądu Antymonopolowego). W wyroku z dnia 28.05.2001 (sygn. akt XVII Ama 82/00) sąd stwierdził, że *”postępowanie antymonopolowe nie może dotyczyć spraw jednostkowych”*. Podobnie w uzasadnieniu do wyroku z dnia 4.07.2001 (sygn. akt XVII Ama 108/00) Sąd Antymonopolowy zajął stanowisko, że: *“interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien być on ustalony i konkretyzowany. Organ administracji - Prezes Urzędu winien być w toku i przy wydawaniu decyzji rzecznikiem tego interesu, albowiem wynika to z jego zadań w strukturze administracji publicznej - art. 7 k.p.a.* Takie stanowisko wyraził również Sąd Najwyższy, który w uzasadnieniu wyroku z dnia 29.05.2001 r. (sygn. I CKN 1217/98) stwierdził, że *“ustawa antymonopolowa ma charakter publicznoprawny, zatem jej celem jest służenie interesom publicznym. Ingeruje, gdy w wyniku pewnych ogólnych zjawisk zagrożona jest sama instytucja konkurencji. Nie odnosi się do ochrony roszczeń indywidualnych (...)”*.

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 26.02.2004 r. (sygn. III SK 2/04) stwierdził, że naruszenie indywidualnego interesu nie wyklucza dopuszczalności równoczesnego uznania, że dochodzi do naruszenia interesu zbiorowego *„jeżeli indywidualne pogwałcenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów mogłoby w jakikolwiek sposób prowadzić do ustanowienia lub utrwalenia monopolistycznych praktyk rynkowych, które wywołują lub mogą wywołać zakazane skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”*.

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

W niniejszej sprawie postępowanie dotyczy zarzutu porozumienia ograniczającego konkurencję na lokalnym rynku usług telefonii stacjonarnej. Powyższe działanie może naruszać interesy nieoznaczonego kręgu uczestników tego rynku zarówno po stronie podażowej rynku tj. konkurentów Dialogu, jak również uczestników rynku po jego stronie popytowej (odbiorców usług). Porozumienie ma bowiem zawsze skutek społeczny, dotyczący interesów wszystkich kontrahentów (klientów) danego przedsiębiorcy oraz jego konkurentów. Oznacza to, iż do prowadzonej przed Prezesem Urzędu, sprawy mają zastosowanie przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Wobec powyższego niniejsze postępowanie antymonopolowe niewątpliwie toczy się w interesie publicznym a nie w indywidualnym. Objęte postępowaniem porozumienie, co do zasady, może potencjalnie uderzać w konkurencję, eliminując ją lub znacznie ograniczając. W interesie publicznym leży bowiem to, aby konkurencja na rynku była efektywna. Dlatego **Prezes Urzędu przeciwdziałając ograniczeniu, eliminowaniu bądź zniekształcaniu konkurencji, podejmując interwencję w niniejszej sprawie, wypełnia cel art. 1 ust. 1 ustawy.**

3.3. Rynek właściwy i jego struktura.

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

Art. 4 pkt 8 ww. ustawy rynek właściwy definiuje jako rynek towarów, które ze względu na swe przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na rodzaj oraz właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Zgodnie z ukształtowanymi poglądami doktryny i orzecnictwem, rynek właściwy wyznacza rynek w ujęciu produktowym (towar) i rynek w ujęciu geograficznym (terytorium).

Rynek w ujęciu produktowym obejmuje te wszystkie usługi, które są uznawane przez konsumentów za wzajemnie wymienne lub substytucyjne ze względu na ich właściwości, ceny i przeznaczenie. Rynek właściwy w ujęciu produktowym wyznaczony jest według stosowania wąskich kryteriów segmentacji takiego rynku. Kryteria te muszą wynikać z obiektywnych parametrów towarów, mających zasadniczy wpływ na ich zakup przez nabywców. W każdej sprawie są nimi przede wszystkim przeznaczenie i parametry użytkowe. Cechy te pozwalają nabywcom łatwo identyfikować towary, odróżniać od siebie i ewentualnie traktować jako bliskie substytuty. Podkreślenia wymaga, iż towarem w ujęciu ustawy o ochronie (...) są również usługi (art. 4 pkt 6 ustawy).

Niniejsza sprawa dotyczy usług, świadczonych na podstawie przepisów Prawa telekomunikacyjnego. Zauważyć należy, iż zasadniczymi usługami oferowanymi przez

wnioskodawców i Dialog są usługi telefoniczne oraz usługi dostępu do Internetu. W zakresie definicji rynku właściwego w oparciu o powyższą informację wypada skorzystać z dorobku orzeczniczego oraz doktrynalnego Komisji Wspólnot Europejskich (vide : *Dokument Roboczy Komisji o Nowych, Proponowanych Zasadach Regulacyjnych w Zakresie Sieci i Usług Komunikacji Elektronicznej. Projekt Wytycznych na temat analizy rynku oraz określenia znaczącej pozycji na rynku w rozumieniu Artykułu 14 proponowanej Dyrektywy o wspólnych zasadach regulowania sieci i usług komunikacji elektronicznej – COM /2001/175, final*). Komisja w sprawie nr IV/M.1430 – Vodafone/Airtouch oraz sprawie nr IV/M.1669 - Deutsche Telekom/One2One dokonała, z punktu widzenia popytu, podziału rynku usług telekomunikacyjnych na usługi przenośne oraz usługi telefonii stacjonarnej. Do pierwszego rynku (tj. rynku usług przenośnych) Komisja zaliczyła usługi telekomunikacji przenośnej (komórkowe), do drugiego rynku zaś – pozostałe usługi telekomunikacyjne, w tym jako zasadnicze – usługi telefoniczne oraz usługi dostępu do Internetu.

Prezes Urzędu uznał w niniejszej sprawie, iż ze względu na zarzut uniemożliwienia wnioskodawcom świadczenia usług telekomunikacyjnych (wszystkich) w oparciu o własną sieć telekomunikacyjną wnioskodawców, jak również przeznaczenie i parametry użytkowe podstawowych zarówno dla wnioskodawców jak i Dialogu usług telefonicznych oraz usługi dostępu do Internetu rynkiem właściwym w ujęciu produktowym jest rynek usług telefonii stacjonarnej, w skład którego wchodzi ww usługi.

Wskazać należy, iż z formalnego punktu widzenia uczestnikami tego rynku po stronie podażowej mogą być jedynie podmioty wpisane do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Jak to już wskazano w pkt. 2.1. niniejszej decyzji, powyższy rejestr prowadzi, na podstawie art. 10 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Zgodnie zaś z art. 10 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego, działalność telekomunikacyjna będąca działalnością gospodarczą jest działalnością regulowaną i podlega wpisowi do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Pomimo powyższych wymogów formalnych, które spełniają wnioskodawcy oraz uczestnik Dialog, a których nie spełnia uczestnik Rafin, zawarte porozumienie niewątpliwie dotyczy rynku usług telefonii stacjonarnej. Rafin, działający na rynku developerskiej budowy i sprzedaży mieszkań, poprzez fakt udzielania zgody na świadczenie usług telefonii stacjonarnej w oparciu o własne sieci przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, wpływa jednocześnie na konkurencję na tym rynku. Zatem w konsekwencji skutkiem ewentualnie zawartego przez Rafin porozumienia może być co do zasady oddziaływanie na konkurencję na rynku usług telefonii stacjonarnej.

Rynkiem właściwym w ujęciu geograficznym jest obszar, na których warunki konkurencji są podobne lub dostatecznie jednolite. W rozpatrywanej sprawie zakres rynku właściwego w ujęciu geograficznym wyznaczony jest granicami (obrębem) nowobudowanego osiedla „Złota Podkowa” (jak to już wskazano w pkt 2.2. niniejszej decyzji, docelowo osiedle ma liczyć 971 mieszkań i ok. 2500 osób), gdyż na tym terenie doszło do konkurencyjnej rywalizacji przedsiębiorców telekomunikacyjnych będących stronami w niniejszej sprawie i jednocześnie jest to obszar ograniczony zasobami mieszkaniowymi dewelopera (uczestnika Rafin). Jak to wskazano w pkt 2.5. niniejszej Decyzji, dostawa usług telefonii stacjonarnej własną siecią jest zdecydowanie bardziej opłacalna, aniżeli świadczenie takich usług w oparciu o dostęp telekomunikacyjny (korzystanie z sieci publicznego operatora sieci telekomunikacyjnej w trybie art. 139 Prawa telekomunikacyjnego). Okoliczność ta stanowi barierę wejścia na rynek lokalny – osiedle „Złota Podkowa”, albowiem usługa świadczona przez operatora posiadającego własną sieć jest bardziej rentowna od usługi świadczonej w oparciu o instytucję dostępu telekomunikacyjnego.

Na tak zakreślonym rynku udział uczestników porozumienia wynosi ok. 100%.

3.4. Przesłanki zastosowania art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy o ochronie (...) -wprowadzenie.

Zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy o ochronie (...) zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające na ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem.

Art. 6 ust. 1 ustawy antymonopolowej stanowi, iż zakazu o którym mowa w art. 5 nie stosuje się :

1) do porozumień zawieranych między konkurentami, których łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 5%,

2) porozumień zawieranych między przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu, których łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 10%.

Wyłączenie ma zastosowania m.in. do porozumienia opisanego w art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy o ochronie (...).

Pojęcie konkurentów zdefiniowane zostało w art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie (...). Pod pojęciem konkurentów rozumieć należy przedsiębiorców, którzy wprowadzają lub mogą wprowadzać albo nabywają lub mogą nabywać, w tym samym czasie, towary na rynku właściwym. Ponieważ Rafin oraz Dialog nie pozostają względem siebie w relacjach konkurencyjnych, w sprawie nie ma zastosowania przesłanka wyłączenia porozumienia spod zakazu, opisana w art. 6 ust. 1 pkt 2).

Znaczenia w sprawie nie ma również druga przesłanka wyłączenia, opisana w art. 6 ust. 1 pkt 2), gdyż rynek właściwy w sprawie niniejszej, faktycznie jeszcze nie istniał w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia – nie można zatem zastosować powołanego w powyższym przepisie kryterium wyłączenia. Ewentualne zastosowanie tego przepisu i przyjęcie powołanej w art. 6 ust. 1 pkt 2) ustawy o ochronie (...) metody liczenia udziału w rynku w odniesieniu do spraw dotyczących nowych rynków właściwych w ujęciu geograficznym (osiedle „Złota Podkowa” znajduje się w początkowej fazie budowy) spowodowałoby, iż porozumienia dotyczące tych rynków znalazłyby się poza zasięgiem sankcji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Przedsiębiorcy będące w zмовie, zawierający porozumienie ograniczające konkurencję odnośnie nowopowstającego rynku lokalnego, z istoty rzeczy nie mieli możliwości wcześniejszego uzyskania na nim jakiegokolwiek pozycji (wcześniej rynek wszakże nie istniał) i nigdy nie przekroczą progu 10%. Zatem wykładnia celowościowa przepisów ustawy, których celem jest podejmowana w interesie publicznym ochrona interesów przedsiębiorców i konsumentów (art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie (...)) wyklucza możliwość zastosowania w niniejszej sprawie wyłączenia przedmiotowego porozumienia spod zakazu powołanego w art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy o ochronie (...) na jej art. 6 ust. 1 pkt 2).

Podkreślić należy, iż porozumienie, będące przedmiotem stawianego uczestnikom postępowania zarzutu, należy do tzw. porozumień wertykalnych (pionowych). Porozumienia te zawierane są przez partnerów (kontraheńców) znajdujących się na różnych szczeblach produkcji i obrotu. *Istotą porozumienia pionowego, łączącego podmioty uczestniczące na różnych szczeblach obrotu towarowego, jest złożenie przez nie zgodnego oświadczenia woli lub dokonanie w innej formie uzgodnień w zakresie sprzecznego z prawem ograniczenia konkurencji* (Stanisław Gronowski. Polskie Prawo Antymonopolowe. Zarys wykładu. Wydawnictwo Zrzeszenia Prawników Polskich. Warszawa 1998 r., s. 99)

W związku z poczynionymi powyżej uwagami, dla prawnego bytu praktyki ograniczającej konkurencję opisanej w art. 5 ust. 1 pkt 6 niezbędne jest więc łączne wystąpienie następujących przesłanek :

- 1) zawiązanie się porozumienia według zasad określonych w artykule 4 pkt 4 i art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy, polegającego na ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem,
- 2) cel lub skutek porozumienia, którym jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym.

Zdaniem organu antymonopolowego, brak jest w sprawie obu opisanych wyżej przesłanek.

3.4.1 Przesłanka zastosowania art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy o ochronie (...) dotycząca zawiązania się porozumienia według zasad określonych w artykule 4 pkt 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy, polegającego na ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem.

W świetle art. 4 pkt 4 ustawy o ochronie (...) przez porozumienia rozumie się m.in. sprzeczne z ustawą :

- a) umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i **ich związkami** albo niektóre postanowienia tych umów,
- b) uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub **ich związki**,
- c) uchwały lub inne akty **związków przedsiębiorców** lub ich organów statutowych.

W sprawie niniejszej rozważenia wymagają jedynie dwie pierwsze formy zawarcia porozumienia.

Na gruncie ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* praktyki ograniczające konkurencję można podzielić na praktyki indywidualne oraz porozumienia, w zależności od tego, czy uczestnikiem zakazanego ustawą zachowania jest jeden podmiot gospodarczy, czy też grupa takich podmiotów, współdziałająca ze sobą z zamiarem osiągnięcia celu zakazanego ustawą. Prezes Urzędu podziela pogląd wyrażony przez sędziego Stanisława Gronowskiego, iż z porozumieniem ograniczającym konkurencję mamy do czynienia wówczas, gdy **przynajmniej zasadniczo** udział w nim ze strony wszystkich uczestników jest **dobrowolny** i skierowany przeciwko innym uczestnikom rynku (St. Gronowski „Ustawa antymonopolowa w orzecznictwie” wyd. C.H. Beck W-wa 1996 r. s.7).

W sprawie niniejszej Prezes Urzędu dokonał analizy zebranego materiału dowodowego zarówno w zakresie dowodów bezpośrednich, mogących wskazywać na fakt zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję, jak i w zakresie dowodów pośrednich. Możliwość – co do zasady – wyprowadzenia wniosków o zawarciu niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję na podstawie dowodów pośrednich, jest dopuszczalna również w postępowaniu antymonopolowym (por. wyrok Sądu Antymonopolowego z 29 września 1995 r., XVII Amr 15/95, Wokanda z 1996 r. nr 8, poz. 57, z 12 marca 2001 r., XVII Ama 38/00, LEX nr 56307, wyrok Sądu Najwyższego z 24 kwietnia 1996 r., ICR 49/96, OSNC z 1996 r. nr 9, poz. 124, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 5 października 2005 r., VI ACa 1146/04, wyrok Sądu Najwyższego z 9 sierpnia 2006 r. III SK 6/06).

Analiza zebranego materiału dowodowego pozwala na wniosek, iż w sprawie niniejszej należy wykluczyć możliwość zawarcia przez Rafin Sp. z o.o. – Sp. k. oraz Telefonię Dialog S.A. porozumienia ograniczającego konkurencję na lokalnym rynku usług telefonii stacjonarnej w obrębie osiedla „Złota Podkowa”, polegającego na uniemożliwieniu innym – poza spółką Telefonia Dialog S.A. - przedsiębiorcom telekomunikacyjnym, w tym wnioskodawcom, świadczenia usług telekomunikacyjnych. Powyższy pogląd wynika z następujących okoliczności :

a) Fakt prowadzenia kilkumiesięcznych negocjacji pomiędzy Rafin i Dialog w celu zawarcia umowy dotyczącej budowy sieci telekomunikacyjnych i świadczenia usług telefonii stacjonarnej jest niewątpliwy. Jednakże brak jest jakichkolwiek dowodów, aby w ich toku strony porozumiały się, odnośnie udzielenia uczestnikowi Dialog wyłączności w przedmiotowym zakresie, a w konsekwencji zamknięcia rynku innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym, w zakresie świadczenia usług telefonii stacjonarnej własną siecią telekomunikacyjną. Prezes Urzędu dokonał analizy kolejnych projektów negocjowanej przez uczestników umowy (projekty umów k. 94 – 100, k. 139-146, k. 147 – 153), nie stwierdzając w nich klauzul wyłączających lub ograniczających konkurencję. Powyższy fakt zbieżny jest z konsekwentnie podnoszonym przez strony umowy w trakcie całego postępowania twierdzeniem, iż w toku negocjacji w ogóle nie negocjowano kwestii wyłączności usług telefonii stacjonarnej dla Dialogu (np. pismo uczestnika Rafin k. 65- 67, 201-204, pismo Dialog k. 136, k. 204 – 205);

b) Fakt zawarcia pomiędzy uczestnikami postępowania porozumienia, w postaci umowy nr UM/IU/000130/2007 z dnia 25 września 2007 r. jest niewątpliwy (umowa k. 244 – 250). Jednakże – podobnie jak ma to miejsce odnośnie fazy negocjowania umowy – nie stwierdzono w jej treści jakichkolwiek klauzul w przedmiocie zamknięcia lokalnego rynku właściwego na osiedlu „Złota Podkowa” we Wrocławiu innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym, w tym wnioskodawcom. Analiza treści umowy wskazuje, iż jej szczegółowe rozwiązania w pełni są zgodne z opisanym w §1 przedmiotem umowy, tj. udostępnieniem Dialog przez Rafin nieruchomości, w tym budynków, na osiedlu „Złota Podkowa” w celu m.in. zainstalowania urządzeń telekomunikacyjnych, ustaleniem warunków korzystania przez Dialog z nieruchomości w celu zapewnienia usług telekomunikacyjnych Rafin oraz mieszkańcom osiedla, sprzedażą na rzecz Dialog Sieci Wewnętrznych, znajdujących się w budynku, ozn. jako budynek B, wybudowaniem przez Dialog Sieci Wewnętrznych w pozostałych budynkach oraz korzystaniem przez Dialog z Sieci Wewnętrznych już wybudowanych przez Rafin w budynku D. W ocenie Prezesa Urzędu treść umowy oddaje w pełni faktyczny zamiar stron i cel umowy (art. 65 § 2 k.c.), gdyż nie odbiega w istotny sposób od jej projektów negocjowanych wcześniej przez uczestników. Prezes Urzędu przyjął, iż brak jest podstaw do doszukiwania się w treści umowy nr UM/IU/000130/2007 jakiś dodatkowych ustaleń, w szczególności zmierzających do ograniczenia lub wyłączenia konkurencji na rynku telefonii stacjonarnej w obrębie osiedla „Złota Podkowa”, ze względu na sprzeczność takich ustaleń z wykładnią gramatyczną umowy jak również konsekwentne wyjaśnienia składane w toku całego postępowania przez uczestników (np. pismo Dialogu k. 241-243);

c) Fakt, iż w sprawie brak jest również uzgodnień dokonanych pomiędzy uczestnikami postępowania w innej, aniżeli umowa formie. Uczestnik Rafin już w pierwszym piśmie skierowanym do Prezesa Urzędu po wszczęciu postępowania antymonopolowego, tj. piśmie z dnia 27 kwietnia 2007 r. (data wpływu do organu antymonopolowego : 7 maja 2007 r. - pismo Rafin k. 28-29) oświadczył, iż postanowił skorzystać z usług jednego operatora (poza TP S.A., którego obecność na osiedlu jest praktycznie symboliczna) na etapie budowy budynków

mieszkalnych. A zatem decyzja o wyborze jednego tylko operatora zapadła znacznie wcześniej, przed datą zawarcia umowy. Potwierdza to również dołączone do wniosku o wszczęcie postępowania pismo uczestnika do wnioskodawców z dnia 26 lutego 2007 r., w którym Rafin poinformował ich, że potrzeby „w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych na terenie prowadzonej (...) inwestycji przy ul. Zwycięskiej we Wrocławiu zostały już w pełni zaspokojone przez innych operatorów”. Ponownie należy wskazać, iż z porozumieniem ograniczającym konkurencję mamy do czynienia wówczas, gdy **przynajmniej zasadniczo** udział w nim ze strony wszystkich uczestników jest **dobrowolny** i skierowany przeciwko innym uczestnikom rynku. Tymczasem brak jest jakiegokolwiek dowodu, iż doszło do uzgodnień pomiędzy uczestnikami, skierowanych przeciwko innym uczestnikom rynku. Wręcz przeciwnie – zebrany materiał dowodowy w postaci pism uczestników do organu antymonopolowego oraz pismo Rafin do wnioskodawców z dnia 26 lutego 2007 r. pozwala na ustalenie, iż ograniczenie dostępu do rynku innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym w zakresie możliwości zakładania własnych sieci telekomunikacyjnych i następnie świadczenia usług telefonii stacjonarnej w oparciu o własne sieci operatorów – stanowiło suwerenną, indywidualną decyzję Rafin. Zatem stosowny zarzut mógłby – nie przesądzając kierunku rozstrzygnięcia – być kwalifikowany co najwyżej z art. 8 ustawy antymonopolowej (...).

W tej sytuacji stwierdzić należy, iż pierwsza przesłanka zastosowania art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy o ochronie (...), dotycząca zawiązania się porozumienia polegającego na ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem – nie została spełniona.

3.4.2. Przesłanka zastosowania art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy o ochronie (...) dotycząca celu lub skutku porozumienia, którym jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym.

Jak to już wskazano wyżej, Prezes Urzędu ustalił, iż umowa nr UM/IU/000130/2007 z dnia 25 września 2007 r. jest jedynym porozumieniem zawartym pomiędzy uczestnikami postępowania. Jednocześnie Prezes Urzędu stwierdził, iż :

- celem tej umowy, objętym zgodną wolą obu jej uczestników, nie było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym,
- brak jest podstaw do ustalenia, że strony dokonały jeszcze jakiś dodatkowych uzgodnień, poza literalnym brzmieniem ww umowy.

Wobec tego należało jeszcze zbadać, jaki był skutek porozumienia, w szczególności zaś, czy skutkiem tym było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym.

Stwierdzić należy, iż w niniejszej sprawie organ antymonopolowy nie stwierdził ww skutków umowy nr UM/IU/000130/2007. Brak możliwości świadczenia usług telefonii stacjonarnej w oparciu o własne sieci telekomunikacyjne na osiedlu „Złota Podkowa” przez wnioskodawców nie jest bowiem następstwem umowy, a indywidualnej decyzji Rafin. Świadczy o tym m.in. fakt, iż najwcześniejszym dokumentem, ujawniającym wolę Rafin udostępnienia terenu osiedla jednemu, poza TP S.A. mającym raczej symboliczny udział, operatorowi, jest pismo do wnioskodawców z dnia 26 lutego 2007 r. – a więc 6 miesięcy przed datą zawarcia umowy nr UM/IU/000130/2007.

Wskazać należy, iż na podstawie Prawa telekomunikacyjnego wnioskodawcy mogą świadczyć usługi telefonii stacjonarnej na osiedlu „Złota Podkowa” w oparciu o własne sieci

telekomunikacyjne jedynie w wyniku uzyskania zgody właściciela nieruchomości lub w trybie przymusowym, tj. w trybie przewidzianym art. 140 ust. 4 Prawa telekomunikacyjnego w zw. z art. 124 ustawy o gospodarce nieruchomościami. Wnioskodawcy podjęli działania celem uzyskania możliwości świadczenia usług w oparciu o własne sieci telekomunikacyjne w każdej z tych procedur, jednakże bez rezultatu. Niewątpliwie uznać to należy za formę zamknięcia lokalnego rynku usług telefonii stacjonarnej świadczonych poprzez własne sieci przedsiębiorcy telekomunikacyjnego – jednakże zamknięcie to pozostaje bez związku z umową nr UM/IU/000130/2007.

Godzi się jedynie na zakończenie wywodów w przedmiotowej kwestii wskazać, iż w zakresie świadczenia usług telefonii stacjonarnej w oparciu o sieci telekomunikacyjne obce, wnioskodawcy mogą uzyskać możliwość świadczenia usług w trybie art. 139 Prawa telekomunikacyjnego (tzw. dostęp telekomunikacyjny), zwracając się do operatora publicznej sieci telekomunikacyjnej (Dialog) o możliwość świadczenia usług w oparciu o sieć tego operatora. Podkreślić jednak wypada, iż możliwość ta jest mniej korzystna, aniżeli świadczenie usług w oparciu o sieć własną (vide : pkt 2.5. niniejszej Decyzji).

W tej sytuacji stwierdzić należy, iż druga przesłanka zastosowania art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy o ochronie (...), dotycząca celu lub skutku porozumienia, którym jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym – również nie została spełniona.

W konsekwencji Prezes Urzędu w pkt. I niniejszej decyzji nie stwierdził stosowania przez uczestników postępowania praktyki, określonej w art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy o ochronie (...).

3.5. Zgodnie z art. 69 ust. 1 i 3 ustawy o ochronie, w postępowaniu wszczętym na wniosek strona przegrywająca sprawę jest obowiązana zwrócić drugiej stronie, na jej żądanie, koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony, w tym także koszty opinii biegłych i instytutów naukowych. Do niezbędnych kosztów postępowania strony reprezentowanej przez adwokata lub radcę prawnego zalicza się jego wynagrodzenie, jednak nie wyższe niż wynikające ze stawek opłat określonych w odrębnych przepisach, i wydatki jednego adwokata oraz koszty osobistego stawiennictwa strony na wezwanie Prezesa Urzędu. Wynagrodzenie adwokata określa rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz. 1348 ze zm.). Rozporządzenie określa w § 18 ust. 2 pkt 1, iż stawki minimalne wynoszą w postępowaniu przed Sądem Okręgowym w Warszawie Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów 360 zł. W drodze analogii przepis ten posiada zastosowanie również do ustalania wysokości wynagrodzenia pełnomocnika będącego adwokatem w postępowaniu przed Prezesem Urzędu.

W konsekwencji Prezes Urzędu w pkt II. Decyzji zobowiązał wnioskodawców, solidarnie do zwrotu Telefonii Dialog S.A. kosztów niezbędnych do celowego dochodzenia praw i celowej obrony w kwocie 360 zł tytułem kosztów zastępstwa prawnego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w petitum.

Stosownie do treści art. 78 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c. – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura we Wrocławiu.

Stosowanie do treści art.78 ust.6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art.479³² § 1 k.p.c., stronom przysługuje prawo wniesienia zażalenia na zawarte w pkt II niniejszej decyzji rozstrzygnięcia o kosztach do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - w terminie tygodnia od dnia doręczenia decyzji, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura we Wrocławiu.

Z up. Prezesa UOKiK
Dyrektor del. we Wrocławiu
Zbigniew Jurczyk

Otrzymuje :

1. radca prawny Mariusz Makuch
Kancelaria Stefanko, Wrona i Partnerzy
Spółka Adwokatów i Radców Prawnych
ul. Nenckiego 23 lok. 4
52-213 Wrocław,

2. adw. Piotr Rojek
Kancelaria Adwokacka w Legnicy
adres do doręczeń :
ul. Gwarna 21
50-001 Wrocław

3. Telefonía Dialog S.A.
pl. Jana Pawła II
50-136 Wrocław