



**PREZES
URZĘDU OCHRONY KONKURENCJI
I KONSUMENTÓW**

DELEGATURA W BYDGOSZCZY

ul. Długa 47, 85-034 Bydgoszcz
Tel. 052 345-56-44, Fax 052 345-56-17
E-mail: bydgoszcz@uokik.gov.pl

Bydgoszcz, 25 września 2012r.

Znak: RBG-411-03/12/PD

DECYZJA NR RBG - 23/2012

I. Na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, wszczętego z urzędu przeciwko Gminie Miasta Szczytno- Zakładowi Gospodarki Komunalnej

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów –

uznaje się za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 w/w ustawy, stosowaną przez Gminę Miasta Szczytno - Zakład Gospodarki Komunalnej, praktykę polegającą na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych tej Gminy w Szczytnie w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych poprzez odmowę wyrażenia zgody na udostępnienie zasobów mieszkaniowych Gminy celem rozpoczęcia prac instalacyjnych, co uniemożliwia innym przedsiębiorcom świadczenie usługi stałego dostępu do Internetu mieszkańcom ww. zasobów mieszkaniowych **i stwierdza się zaniechanie jej stosowania z dniem 24 lutego 2012r.**

II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów –

nakłada się na Gminie Miasta Szczytno - Zakład Gospodarki Komunalnej **karę pieniężną w wysokości 9.632 zł (słownie: dziewięć tysięcy sześćset trzydzieści dwa złote)** za naruszenie zakazu określonego w art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ww. ustawy, w zakresie opisanym w pkt I niniejszej decyzji, płatną do budżetu państwa.

III. Na podstawie art. 77 ust. 1 i art. 80 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.) oraz art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. *Kodeks postępowania administracyjnego* (Dz.U.

z 2000r. Nr 98, poz. 1071, z późn. zm.) w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów –

obciąża się Gminę Miasta Szczytno - Zakład Gospodarki Komunalnej **kosztami** opisanego na wstępie **postępowania** w sprawie w/w nadużywaniu pozycji dominującej oraz zobowiązuje się Gminę Miasta Szczytna - Zakład Gospodarki Komunalnej do zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kosztów postępowania w kwocie **16,95 zł (szesnaście złotych i 95/100)** w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Uzasadnienie

Do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatury w Bydgoszczy (**dalej: Prezes UOKiK, Prezes Urzędu, organ antymonopolowy**) w dniu 07 marca 2011r. wpłynęło pismo Pani Marzeny Dołżańskiej prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą TELBIUR HURT-DETAL-USŁUGI Marzena Dołżańska w Szczytnie (**dalej: Zawiadamiająca, TELBIUR, Marzena Dołżańska, operator**), zawierające zawiadomienie o odmowie ze strony Gminy Szczytno (**dalej także: Gmina, Strona**) – Zakład Gospodarki Komunalnej w Szczytnie (**dalej: ZGK, Zakład, Administrator**) dostępu do nieruchomości zarządzanej przez ZGK w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych.

W piśmie tym Zawiadamiająca zarzuciła Gminie:

- stosowanie zróżnicowanych praktyk wobec różnych operatorów telekomunikacyjnych oraz
- uniemożliwienie wykonania instalacji internetowych dla osób zainteresowanych skorzystaniem z usług TELBIUR w budynkach należących do Gminy Szczytno.

Zdaniem Zawiadamiającej, działania Gminy mają charakter celowy i selektywny, mający na celu utrudnić działania operatorskie TELBIUR w zasobach administrowanych przez Gminę, a spowodowane są wystąpieniem przez Zawiadamiającą w 2009r. przeciwko Gminie do Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w podobnej sprawie. Celowe działanie Gminy mające utrudniać działalność TELBIUR miało polegać na stawianiu szeregu nieuzasadnionych wymogów warunkujących udzielenie zgody na dostęp do nieruchomości.

Były to m.in. następujące warunki:

- obowiązek opracowania dokumentacji technicznej wraz z projektem budowlanym i uzgodnienia jej z Zakładem Gospodarki Komunalnej w Szczytnie oraz Przedsiębiorstwem Handlowo-Usługowym „ABC” Agnieszka Tyszka;
- przedłożenie szkicu instalacji ze szczegółowym opisem;
- ograniczenie celu zawarcia umowy tylko do dostarczenia Internetu mieszkańcom lokali nr 17 i 18 w budynku przy ul. Łomżyńskiej 22B w Szczytnie;
- obowiązek usunięcia instalacji z budynku w przypadku zaprzestania dostawy usług wskazanym mieszkańcom lokali nr 17 i 18 w budynku przy ul. Łomżyńskiej 22B w Szczytnie;
- obowiązek składania każdorazowo nowych wniosków przy podłączaniu do sieci nowych abonentów w tym samym bloku mieszkalnym przy ul. Łomżyńskiej 22B w Szczytnie;
- obowiązek naprawienia wszelkich szkód powstałych w trakcie montażu instalacji, a gdyby te szkody spowodowały utratę gwarancji przez właściciela budynku również poniesienia kosztów z tego tytułu;

- spełnienie warunków określonych w § 192 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002r. *w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie* (Dz.U. Nr 75, poz. 690 z późn. zm.);
- złożenie oświadczenia, że instalacja oraz urządzenia założone w budynku przy ul. Łomżyńskiej 22B będą służyły wyłączenie mieszkańcom tego budynku.

W toku postępowania wyjaśniającego mającego na celu wstępne ustalenie, czy na skutek działań Gminy Miasta Szczytno – Zakładu Gospodarki Komunalnej w zakresie udostępniania nieruchomości zarządzanych przez Zakład Gospodarki Komunalnej w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych, nastąpiło naruszenie przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, uzasadniające wszczęcie postępowania w sprawie zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję ZGK podniósł, iż Zawiadamiająca zwróciła się do Gminy Miasta Szczytno w dniu 16 listopada 2010r. z prośbą o wyrażenie zgody na wykonanie instalacji internetowej na wniosek dwóch lokatorów budynku przy ul. Łomżyńskiej 22B w Szczytnie. W ocenie ZGK nie było w tym wniosku prośby o umieszczenie urządzeń nadawczo-odbiorczych i wykonanie instalacji internetowej w budynku, a jedynie sformułowanie „... chcemy na Państwa budynku postawić antenę odbiorczą...”. ZGK poinformował także, że: *w grudniu 2010r. w rozmowie telefonicznej z pracownikiem TELBIUR TB Panem Pawłem Dołżańskim, Dyrektor ZGK wyraził ustną zgodę na dostarczenie sygnału telekomunikacyjnego do budynku droga radiową, z montażem urządzeń odbiorczych na balkonach, do czasu sfinalizowania montażu instalacji w budynku. Wszelkie późniejsze uzgodnienia, jak również prowadzona korespondencja miały na celu dostosowanie warunków umowy do złożonego wniosku, jak również prawidłowe administrowanie powierzonym zasobem.*

ZGK argumentował, że nie wymagano od przedsiębiorcy uzyskania żadnych decyzji administracyjnych. Wymagania, jakie stawiano operatorowi, tj. m.in. dokumentacja techniczna miały służyć jedynie wyraźnemu określeniu, jaki zakres prac w ramach budowy czy montażu instalacji telekomunikacyjnej podlegać ma uzgodnieniu między ZGK a TELBIUR. Powyższe zaś podyktowane jest tym, że budynek przy ul. Łomżyńskiej 22B oddany do użytku w październiku 2010 r. jest objęty gwarancją, a ZGK, jako administrator, jest zobowiązany do przestrzegania warunków udzielonej gwarancji. Przedmiotowy budynek został wybudowany ze środków publicznych, co, zdaniem Administratora, nakłada na niego obowiązek zachowania szczególnej staranności przy podejmowaniu działań związanych z jego zarządzaniem.

ZGK stwierdził także, że TELBIUR zainstalował swoje urządzenia nadawczo-odbiorcze na budynku przy ul. Łomżyńskiej 22A bez informowania i zgody ZGK. W związku z tym nie została zawarta żadna umowa ustalająca warunki korzystania z nieruchomości przy ul. Łomżyńskiej 22A w zakresie umieszczania urządzeń nadawczo-odbiorczych do przesyłania sygnału telekomunikacyjnego.

ZGK zaprzeczył jednocześnie, jakoby różnicował warunki, na jakich udziela dostępu do nieruchomości wobec poszczególnych operatorów telekomunikacyjnych lub też utrudnia działania TELBIUR. W ocenie ZGK nie można się również zgodzić z twierdzeniem, że działania ZGK mają charakter celowy i selektywny.

W piśmie z dnia 13 maja 2011r. Marzena Dołżańska ustosunkowała się do stanowiska ZGK. Wyraziła zdziwienie stwierdzeniem, że instalacje na budynkach przy ulicy Łomżyńskiej 22 i 22A zostały założone bez zgody ZGK. Wskazała na pismo z dnia 18 grudnia 2008r. i odpowiedź ZGK z dnia 16 stycznia 2009r., w którym ZGK, w opinii Zawiadamiającej, wyraził zgodę na zainstalowanie w budynkach przy ulicy Łomżyńskiej 22 i 22A wszystkich znajdujących się obecnie urządzeń.

Ponadto Zawiadamiająca podniosła, że zgodnie z art. 140 ust. 2 ustawy - *Prawo telekomunikacyjne warunki korzystania z nieruchomości przez operatora ustala się w umowie, która powinna być zawarta w terminie 30 dni od wystąpienia przez operatora o jej zawarcie, zaś na mocy nowego przepisu art. 33 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych warunki korzystania z nieruchomości ustala się w umowie, która jest zawierana na piśmie w terminie 30 dni od dnia wystąpienia przez operatora z wnioskiem o jej zawarcie*. W związku z tym, wobec wystąpienia z wnioskiem w dniu 18 grudnia 2008r. to ZGK winien doprowadzić do zawarcia umowy, czego z niewiadomych przyczyn nie uczynił.

Marzena Dołżańska zauważyła także, że mimo, że wystąpiła do ZGK o zgodę na montaż instalacji w budynkach przez niego zarządzanych, znalazła się w gorszej sytuacji, niż jej konkurenci, którzy nielegalnie i samowolnie zainstalowali swoje urządzenia na budynkach przy ulicy Łomżyńskiej 22 i 22A. Zarzuciła także ZGK, iż ten powołując się na konieczność „zachowania szczególnej staranności” o nieruchomość będącą własnością Gminy i wybudowaną ze środków publicznych nie dopilnował faktu zamontowania instalacji teleinformatycznej przez Marcina Ziółka bez zgłoszenia i zgody ZGK.

Zgromadzony materiał dowodowy pozwolił na wszczęcie w dniu 12 kwietnia 2012r. postępowania antymonopolowego w związku z podejrzeniem stosowania przez Gminę Miasta Szczytno – Zakład Gospodarki Komunalnej praktyki ograniczającej konkurencję polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych tej Gminy w Szczytnie w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych poprzez odmowę wyrażenia zgody na udostępnienie zasobów mieszkaniowych Gminy celem rozpoczęcia prac instalacyjnych, co uniemożliwia innym przedsiębiorcom świadczenie usługi stałego dostępu do Internetu mieszkańcom ww. zasobów mieszkaniowych, co mogło stanowić praktykę określoną w art. 9 ust. 2 pkt 5 *okiku*.

Ustosunkowując się do twierdzeń Zawiadamiającej ZGK w piśmie z dnia 8 sierpnia 2011r. wyjaśnił, że w piśmie z dnia 18 grudnia 2008r. Marzena Dołżańska zwróciła się do ZGK z prośbą „o wyrażenie zgody na wykonanie instalacji internetowych w budynkach na ul. Łomżyńskiej 22 i 22A...”, a ZGK w dniu 16 stycznia 2009r. wyraził na to zgodę. Zgoda ta dotyczyła jednak tylko wykonania instalacji internetowych w budynkach mieszkalnych przy ul. Łomżyńskiej 22 i 22A tj. zgodnie z wnioskiem, w którym nie było mowy o urządzeniach nadawczo-odbiorczych. Zasugerowano jedynie zmianę technologii przesyłu i transmisji danych z przewodowej na bezprzewodową. Umowa z Zawiadamiającą nie została zawarta, ponieważ strony nie doszły do porozumienia, a przedstawiony wnioskodawcy projekt umowy nie został zaakceptowany.

ZGK poinformował także, że oprócz TELBIUR i Marcina Ziółka, który złożył swój pierwszy wniosek w dn. 12 czerwca 2009r. dotychczas żaden przedsiębiorca nie występował z wnioskiem o wyrażenie zgody na budowę sieci telekomunikacyjnej w zasobach ZGK. Marcin Ziółek otrzymał w dn. 23 października 2009r. zgodę na zainstalowanie na maszcie telewizyjnym budynku przy ul. Łomżyńskiej 22A anteny zbiorczej w zamian za likwidację anten klienckich z elewacji bądź dachu budynku oraz rozprowadzenie sieci w budynku służącej do odbioru sygnału teleinformatycznego dla swoich abonentów w w/w budynku. ZGK stwierdził, że do chwili obecnej żadna firma nie wystąpiła o wyrażenie zgody na umieszczenie urządzeń nadawczo-odbiorczych na nieruchomościach administrowanych przez ZGK. **Wniosek TELBIUR dotyczył anteny odbiorczej, a nie nadawczo-odbiorczej.**

Ponadto, w ocenie ZGK, należy zwrócić uwagę na przepisy § 192 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dn. 12 kwietnia 2002 r. w *sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie* nakazujący m. in. prowadzenie instalacji telekomunikacyjnej i rozmieszczanie urządzeń telekomunikacyjnych w budynku bezkolizyjnie

z innymi instalacjami w zakresie ich wzajemnego usytuowania i bezpieczeństwa osób korzystających z części wspólnych budynku. Dbałość o te kwestie powoduje konieczność posiadania przez administratora informacji o sposobie i zakresie prowadzonych prac związanych z budową instalacji internetowej, a wyrażonej w formie dokumentacji technicznej. Prośba o wykaz urządzeń i ich mocy wynika zaś z konieczności ustalenia wysokości opłat za korzystanie z energii elektrycznej. Rodzaj anteny - odbiorcza czy nadawczo-odbiorcza - to istotny parametr, z którego wynikać będzie czy operator instalacji zamontuje anteny przyjmujące sygnał czy przyjmujące i rozsyłające sygnał na sąsiedztwo. Czy zamontowaną antenę będzie wykorzystywał tylko dla budynku, na którym została zainstalowana, czy również dla okolicznych budynków. Jeżeli tak, to należałoby w takiej umowie uwzględnić zapis art. 33 ust. 2 ustawy *o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych*.

W piśmie z dnia 5 września 2011r. Zawiadamiająca podniosła, że ZGK nie żądał przedstawiania projektu budowlanego przez konkurentów TELBIUR, tj. Marcina Ziółka, TP S.A. i Multimedia Polska. Przedsiębiorcy Ci nie musieli także składać nowych wniosków przy podłączaniu do sieci nowych abonentów, jak tego żąda się od TELBIUR. Ponadto Zawiadamiająca poinformowała, że w dniu 29 sierpnia 2011r. przekazała do ZGK projekt budowlany z naniesioną na nim planowaną instalacją z opisem instalowanego sprzętu i zużycia energii elektrycznej.

Zawiadamiająca zwróciła także uwagę, że prosiła ZGK o przedstawienie warunków gwarancji, której ZGK, jako administrator budynku, musi przestrzegać, jednak warunków tych nie otrzymała. Otrzymała jedynie wyciąg z umowy na wykonanie budynku, z których warunki gwarancji nie wynikają.

Ustosunkowując się do zarzutu postawionego Gminie Miasta Szczytno - Zakładowi Gospodarski Komunalnej ZGK wniósł o umorzenie postępowania z uwagi na fakt, iż nie doszło do naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

W ocenie strony postępowania Gmina Miasta Szczytno nie posiada pozycji dominującej na rynku właściwym w sprawie, gdyż w Szczytnie działa wielu administratorów, których zasób mieszkaniowy jest większy niż Gminy. Zgodnie z oświadczeniem, ZGK administruje 67 budynkami mieszkalnymi, w których znajduje się 347 lokali mieszkalnych i zamieszkuje, według stanu na dzień 30 kwietnia 2012r., łącznie 965 osób. Spółdzielnia Mieszkaniowa „Odrodzenie” w Szczytnie, wg. stanu na dzień 31 grudnia 2011r., posiada 63 budynki z 2525 lokalami mieszkalnymi, w których zamieszkują wg stanu na dzień 01 kwietnia 2012 r. - 5594 osoby. Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o. o. „Jurand” w Szczytnie zarządza zasobami w ilości 158 budynków, stanowiących własność wspólnot mieszkaniowych, w których to budynkach znajduje się 2126 lokali mieszkalnych z 4584 mieszkańcami. „PRO DOMUS” Zarządzanie Nieruchomościami Zbigniew Wróblewski w Szczytnie zarządza zasobami w ilości 20 budynków mieszkalnych, w których znajduje się 291 lokali mieszkalnych z 670 mieszkańcami. Ponadto na terenie miasta Szczytno znajdują się budynki administrowane przez innych zarządców oraz wspólnoty mieszkaniowe, które same zarządzają swoim zasobem. W konsekwencji, zdaniem ZGK, znajdujące się w budynkach komunalnych lokale mieszkalne administrowane przez Zakład stanowią mniej niż 7 % zasobów mieszkaniowych na terenie miasta Szczytno. Dlatego też w świetle tych okoliczności należy uznać, iż Gmina Miejska Szczytno - Zakład Gospodarki Komunalnej nie ma pozycji dominującej na rynku udostępniania zasobów na terenie miasta Szczytno.

Ponadto ZGK poinformował, że nigdy nie było jego zamiarem ograniczanie komukolwiek dostępu do nieruchomości wchodzących w skład zasobu mieszkaniowego Gminy Miejskiej Szczytno, czego dowodem jest m.in. fakt umieszczenia urządzeń telekomunikacyjnych przez przedsiębiorców na ponad 52% budynków mieszkalnych

administrowanych przez Zakład. TELBIUR również posiada zainstalowane urządzenia oraz odbiorców w zasobach administrowanych przez Zakład Gospodarki Komunalnej.

W ocenie ZGK, zaistniała sytuacja, będąca przedmiotem niniejszego postępowania nie jest praktyką stosowaną przez Gminę Miejską Szczytno - Zakład Gospodarki Komunalnej, a jedynie przypadkiem dotyczącym jednego nowo wybudowanego budynku 18-lokalowego. Wyposażenie tego budynku w dodatkową instalację nakłada na ZGK obowiązek zachowania szczególnej staranności przy podejmowaniu działań z tym związanych.

Ponadto ZGK poinformował, że nikt poza TELBIUR nie zwracał się do dnia 30 kwietnia 2012 r. o wyrażenie zgody na udostępnienie budynku przy ul. Łomżyńskiej 22B w Szczytnie.

W dniu 5 września 2012r. Prezes UOKiK zawiadomił Gminę Miasta Szczytno o zakończeniu zbierania materiały dowodowego i możliwości zapoznania się z aktami sprawy. W odpowiedzi na zawiadomienie strona postępowania podtrzymała swoje stanowisko wyrażone w toku postępowania antymonopolowego w pismach z 2 i 25 maja 2012r. Podniosła jednocześnie, iż zaistniały stan faktyczny był jednostkowym przypadkiem dotyczącym jednego nowo wybudowanego budynku 18-lokalowego. Ponadto strona podniosła, że TELBIUR korzysta z innych nieruchomości zarządzanych przez Gminę Miejską Szczytno. Stwierdziła, także, że, w jej opinii, nie można mówić o odmowie udostępnienia zasobów mieszkaniowych, gdyż doprowadzenie instalacji nawet do jednego z mieszkańców budynku wymaga dostępu do nieruchomości. Na zakończenie zarzuciła także Marzenie Dołężańskiej podawanie informacji sprzecznych ze stanem faktycznym, jako przykład przywołując przypadek budynku przy ul. 1 Maja 2 w Szczytnie.

Organ antymonopolowy ustalił następujący stan faktyczny:

Marzena Dołężańska jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą TELBIUR HURT-DETAL-USŁUGI Marzena Dołężańska w Szczytnie, wpisanym do Ewidencji Działalności Gospodarczej prowadzonej przez Burmistrza Szczytna. Do zakresu działalności przedsiębiorcy należy m.in. działalność w zakresie telekomunikacji przewodowej - 61.10.Z i działalność w zakresie telekomunikacji bezprzewodowej, z wyłączeniem telekomunikacji satelitarnej – 61.20.Z.

Gmina Miasta Szczytno to gmina miejska w województwie warmińsko-mazurskim w powiecie szczycieńskim. Według danych z 30 czerwca 2009 miasto miało 25 207 mieszkańców.

Zakład Gospodarki Komunalnej jest zakładem budżetowym Gminy Miasta Szczytno, na czele którego stoi Dyrektor. Podstawowym celem działalności zakładu jest administrowanie nieruchomościami komunalnymi, przekazanymi na podstawie protokołu zdawczo – odbiorczego oraz zaspokajanie potrzeb eksploatacyjno – remontowych w komunalnych budynkach mieszkalnych i użytkowych na terenie miasta Szczytno. Do głównych zadań Zakładu należy: zabezpieczenie prawidłowej eksploatacji budynków, lokali, instalacji, urządzeń i terenów z nimi związanych; obsługa mieszkańców i użytkowników lokali wynikająca z obowiązków administrowania; utrzymanie właściwego stanu technicznego budynków i instalacji; windykacja opłat czynszu i opłat związanych z użytkowaniem lokali; prowadzenie obowiązkowej w zakładzie dokumentacji i sprawozdawczości. (źródło: <http://zgak.szczytno.pl/o-zgak,0,174,pl.html>).

Marzena Dołężańska w dniu 16 listopada 2010r. wystąpiła z pismem do Gminy Miasta Szczytno z prośbą o udostępnienie nieruchomości zlokalizowanej przy ul Łomżyńskiej 22B

w Szczytnie, w celu wykonania infrastruktury telekomunikacyjnej (okablowanie) do osób, które zgłosiły zainteresowanie usługami TELBIUR. Zawiadamiająca powołując się na art. 140, art. 141 i 142 ustawy z dnia 16 lipca 2004r. - *Prawo telekomunikacyjne* (Dz.U. z 2004r., Nr 171, poz. 1800 z późn. zm.) **wystąpiła o zgodę na okablowanie w całym budynku**, aby nie powtarzać całej procedury za każdym razem, kiedy nowa osoba zgłosi chęć włączenia się do sieci Zawiadamiającej. Jednocześnie wskazała dwóch wnioskodawców, którzy jako pierwsi wystąpili do niej z wnioskiem o skorzystanie z usług. Zawiadamiająca zapewniła, że wszelkie uszkodzenia powstałe w czasie instalacji okablowania będą usunięte na koszt operatora. W piśmie zawarto też pytanie od kiedy możliwe będzie świadczenie usług przez Zawiadamiającą na rzecz mieszkańców budynku przy ulicy Łomżyńskiej 22B. Ponadto we wniosku Zawiadamiająca poinformowała Gminę, że planuje zamontować na dachu budynku **antenę odbiorczą** (z uwagi na bezprzewodową technologię przesyłu danych) i **wykonać wewnątrz budynku instalację wykorzystując istniejące kanały techniczne bądź listwy naścienne**, podobnie jak w budynku przy ulicy Łomżyńskiej 22A.

Wniosek ten ma następującą treść:

Telbiur Hurt-Detal-Usługi Marzena Dołżańska zwraca się z uprzejmą prośbą o wyrażenie zgody na wykonanie instalacji internetowych w budynkach na ul. Łomżyńskiej 22B ,zgodnie z Prawem Telekomunikacyjnym Art. 140 pkt. 1,2,3,4,5 ,Art. 141,142 oraz Ustawy z dn. 7maja 2010 o wspieraniu usług i rozwoju sieci telekomunikacyjnych , informujemy iż mamy złożone zamówienia na świadczenie usług telekomunikacyjnych w Państwa budynku.

Wnioskodawcami są:

Pani Kamila Dziczek ul. Łomżyńska 22B/17

Pani Grzegorzczak Ewa ul. Łomżyńska 22B/18

Firma nasza działa na rynku telekomunikacyjnym od 2005 roku , prowadząc działalność w województwie warmińsko-mazurskim.

Współpracujemy z wieloma administratorami , zarządcami i zarządami Wspólnot Mieszkaniowych i prace wykonywane przez Naszą firmę nie budziły zastrzeżeń.

W przypadku wystąpienia jakichkolwiek usterek w okresie eksploatacji ,były one usuwane na nasz koszt.

Firmę naszą obowiązują takie same przepisy prawa, jak Telekomunikację Polska S.A. i innych operatorów oraz wszystkich ,którzy dostarczają różnego rodzaju media do budynków.

Jesteśmy wpisani do rejestru Przedsiębiorców Telekomunikacyjnych UKE

(zaświadczenie w załączeniu) ,zgodnie z Ustawą z dnia 16 lipca 2004 Prawo Telekomunikacyjne, na bazie której funkcjonujemy, przestrzegając jednocześnie Ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami prosimy o wyznaczenie terminu od kiedy moglibyśmy świadczyć usługi zainteresowanym osobom.

W związku ze zmianą technologii przesyłu i transmisji danych z przewodowej na bezprzewodową, chcemy na Państwa budynku postawić antenę odbiorczą (jest to niezbędne w celu świadczenia usług) , i wykonać instalację wewnątrz budynku wykorzystując kanały ,bądź w listwach naściennych , podobnie jak to miało miejsce w budynku 22A. Prace oraz wykonanie chcemy uzgodnić z Waszym przedstawicielem. Uruchomienie transmisji danych zwiększy atrakcyjność oferty internetowej, jak również samych mieszkań np. w momencie zamiany lub sprzedaży.

Z naszej strony sprawę prowadzi Pan Paweł Dołżański nr. Tel 89-6248444 wew. 21

W odpowiedzi z dnia 26 listopada 2010r. (znak pisma GM.71400-46/10) Pani Burmistrz Szczytna wskazała, iż budynek, którego dotyczy wniosek TELBIUR objęty jest

5-letnią gwarancją wykonawcy – przedsiębiorcy Agnieszki Tyszki, prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „ABC” z Ostrołęki, a, jej zdaniem, wykonanie instalacji naruszyłoby warunki tej gwarancji. W związku z tym poleciła kontakt z tym przedsiębiorcą w celu rozpatrzenia wniosku i ustalenia zasad udostępnienia nieruchomości. Ponadto Pani Burmistrz poinformowała wnioskodawcę, iż budynek ten jest administrowany przez Zakład Gospodarki Komunalnej w Szczytnie i wszelkie działania muszą być uzgodnione z Administratorem.

W dniu 13 grudnia 2010r. Zawiadamiająca ponownie wystąpiła do Burmistrza Szczytna i poinformowała o obowiązujących przepisach w zakresie działalności operatorów telekomunikacyjnych oraz podniosła, że **to właściciel, użytkownik wieczysty lub zarządca jest obowiązany zapewnić przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu dostęp do budynku.** W piśmie wskazano także, że odesłanie Zawiadamiającej do wykonawcy budynku nie ma charakteru prawnego, a jedynie techniczny, który będzie miał znaczenie dopiero w chwili wyrażenia zgody na dostęp do nieruchomości przez Gminę bądź ZGK. **Ponadto po raz kolejny TELBIUR wystąpił z wnioskiem do Pani Burmistrz Szczytna o zawarcie umowy o dostęp telekomunikacyjny do nieruchomości w ciągu 30 dni od daty złożenia wniosku przesyłając jednocześnie wzór umowy do zapoznania się i ewentualnych korekt ze strony Gminy.**

W dniu 10 stycznia 2011r. Zawiadamiająca otrzymała pismo, w którym Gmina, w świetle art. 30 ust. 4 ustawy z dnia 7 maja 2010r. *o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych* (Dz.U. z 2010r., Nr 106, poz. 675, **dalej: wrustu**), zaproponowała spotkanie w celu omówienia szczegółowych warunków udostępnienia kanalizacji kablowej. **Na spotkaniu ustalono, że dalsze warunki udostępnienia nieruchomości zostaną ustalone drogą e-mail.**

W dniu 13 stycznia 2011r. Zawiadamiająca wysłała do Gminy wiadomość e-mail, do której załączyła projekt umowy w wersji elektronicznej z prośbą o naniesienie ewentualnych korekt i odesłanie projektu umowy.

W odpowiedzi tego samego dnia Gmina przesłała do TELBIUR wiadomość e-mail z projektem umowy z wprowadzonymi poprawkami w jej treści i prośbą o naniesienie swoich propozycji zmian kursywą. Gmina poinformowała także TELBIUR, że projekt umowy został przesłany także do ZGK, gdyż jego Dyrektor będzie umowę podpisywał jako administrator budynku.

W dniu 14 stycznia 2011r. Zawiadamiająca poinformowała Gminę, iż akceptuje korekty naniesione do treści umowy, za wyjątkiem § 3 projektu umowy. W wiadomości e-mail TELBIUR zaproponował następujące brzmienie § 3 umowy:

*„Wykonawca będzie uiszczal miesięczną (kwartalną) opłatę za udostępnienie energii elektrycznej w wysokości określonej na podstawie aktualnych cen Energa s.a za 1 KW oraz faktycznego zużycia (poboru energii) na podstawie **wspólnych wyliczeń dokonanych na podstawie poboru mocy przez sumę urządzeń zainstalowanych.**”*

Propozycję tę uzasadniła następująco:

Poprawka jaką wniosłem powodowana jest troską związaną z dewastacją budynku w przypadku montażu energii elektrycznej i podlicznika (chodzi o szczegóły wykonania podłączenia energii i montażu podlicznika oraz rozbudowy instalacji elektrycznej -do każdej klatki) Można bez problemu wykorzystać już wykonaną instalację elektryczną na klatkach

schodowych bez konieczności kładzenia nowych przewodów elektrycznych do każdej klatki. Pobór energii elektrycznej można bez trudu wyliczyć z mocy czynnej pobieranej przez urządzenia a opłaty uregulować ryczałtem za wskazany okres. Proszę rozważyć taką możliwość ,gdyż uważam że jest ona korzystna dla obu stron.

W dniu 17 stycznia 2011r. Zawiadamiająca otrzymała pismo Gminy (znak GM.71400-46/11), w którym poinformowano TELBIUR, iż Zakład jest administratorem zasobów mieszkalnych Gminy i negocjowany projekt umowy została przekazany Dyrektorowi ZGK.

Po analizie projektu umowy przez ZGK w dniu 26 stycznia 2011r. umowa z naniesionymi poprawkami została przesłana do TELBIUR. Zmiany w projekcie umowy dotyczyły wielu jej zapisów. Wyglądały one następująco (zmiany oznaczono numeracją rzymską i wyróżniono w treści poszczególnych postanowień poprzez podkreślenie).

I.

Umowa na budowę sieci telekomunikacyjnej

II.

Przedmiotem niniejszej umowy jest udostępnienie nieruchomości budynkowej położonej w Szczytnie przy ulicy Lomżyńskiej 22b, w celu dostarczenia mieszkańcom lokali nr 17 i 18 (zgodnie z wnioskiem z dnia 16.11.2010 r.), sieci telekomunikacyjnej i świadczenia usług telekomunikacyjnych, stanowiącej sieć telekomunikacyjną w rozumieniu prawa telekomunikacyjnego, zwanej dalej siecią Internetową.

Usługa jest kierowana do najemców lokali mieszkalnych nr 17 i 18 zwanych dalej Użytkownikami.

III.

§1

6. Wykonawca zobowiązuje się do realizacji sieci Internetowej i podłączenia do niej zainteresowanych Użytkowników lokali nr 17 i 18 (zgodnie z wnioskiem z dnia 16.11.2010 r.).

7. Wykonawca stosuje technologię nie wymagającą pozwoleń budowlanych i radiowych. Zainstalowane urządzenia wykorzystywane będą zgodnie z art. 144 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego.

IV.

10. Wykonawca zobowiązuje się do opracowania dokumentacji technicznej w zakresie objętym umową zgodnie z Ustawą z dnia 16.07.2004 r. Prawo telekomunikacyjne, uzgodnienia jej z Udostępniającym oraz Przedsiębiorstwem Handlowo-Usługowym „ABC” Agnieszka Tyszka, 07-410 Ostrołęka, ul. Goworowska 77 udzielającym gwarancji na budynek.

11. Wykonawca powiadomi Udostępniającego o zamiarze prowadzenia prac minimum 3 dni przed przystąpieniem do montażu instalacji.

12. Udostępniający w ciągu 3 dni od dnia zgłoszenia przekaże protokołem elementy budynku, na których montowana będzie instalacja, a Wykonawca elementy te przyjmie.

13. Po zakończeniu prac montażowych Wykonawca zgłosi Udostępniającemu ich

- zakończenie celem odbioru przekazanych elementów budynku.
14. Wykonawca zobowiązuje się do naprawienia wszelkich szkód powstałych w trakcie montażu instalacji, a gdyby te szkody spowodowały utratę gwarancji przez właściciela budynku również poniesienia kosztów z tego tytułu.

V.

§3

1. Wykonawca będzie uiszczał miesięczną (kwartalną) opłatę za udostępnienie energii elektrycznej w wysokości określonej na podstawie aktualnych cen Energa s.a za 1KW oraz faktycznego zużycia (poboru energii) na podstawie **wspólnych wyliczeń dokonanych na podstawie poboru mocy przez sumę urządzeń zainstalowanych.** (załącznik nr 1 Wykaz i specyfikacja zainstalowanych urządzeń)
3. Wykonawca zobowiązuje się opłacić fakturę na konto ZGK: BS w Szczytnie 79883800052001010008800001 w ciągu 7 dni od daty otrzymania faktury.

VI.

§ 7

4. Udostępniający nie ponosi odpowiedzialności za uszkodzenia zamontowanej instalacji.
5. W przypadku zaprzestania dostawy usług wskazanym wnioskodawcom Wykonawca zobowiązuje się do usunięcia instalacji z budynku oraz do przywrócenia naruszonych elementów budynku do stanu poprzedniego i poinformowania udostępniającego o usunięciu instalacji.

VII.

§8

1. Umowę zawiera się na czas nieokreślony z trzymiesięcznym, kalendarzowym terminem wypowiedzenia dla każdej ze stron.
4. Udostępniający może rozwiązać umowę bez wypowiedzenia, gdy Wykonawca używa nieruchomości niezgodnie z przeznaczeniem, niszczy nieruchomość, uporczywie narusza zasady współżycia społecznego, utracił status Operatora oraz oddał prawo do korzystania z nieruchomości w sposób sprzeczny z postanowieniami niniejszej umowy.
5. Rozwiązanie umowy bez wypowiedzenia może nastąpić również w przypadku nie zachowania przez Wykonawcę warunków umowy, a w szczególności w przypadku naruszenia Art. 144 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego.

VIII.

§ 9

W sprawach nieuregulowanych niniejszą umową mają zastosowanie przepisy Kodeksu Cywilnego, Prawa Telekomunikacyjnego, Ustawy o Ochronie Konkurencji i Konsumentów oraz Ustawy z dnia 07.05.2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (Dz. U. Nr 106 poz. 675).

Do tak sformułowanych postanowień umowy Zawiadamiająca zgłosiła uwagi w odpowiedzi z dnia 28 stycznia 2011r. przesyłając wiadomość e-mail do ZGK z naniesionymi swoimi poprawkami w kolorze niebieskim (tutaj zaznaczono je *kursywą*) .

II.

Przedmiotem niniejszej umowy jest udostępnienie nieruchomości budynkowej położonej w Szczytnie przy ulicy Lomżyńskiej 22b, w celu dostarczenia mieszkańcom lokali nr 17 i 18 (zgodnie z wnioskiem z dnia 16.11.2010 r.) oraz przyszłych wnioskodawców. *(co się stanie jeżeli zwróci się do nas nowy wnioskodawca z innego lokalu? Czy całą procedurę będziemy przerabiać ponownie? Dlatego proponuję dopisek j.w.),* sieci telekomunikacyjnej i świadczenia usług telekomunikacyjnych, stanowiącej sieć telekomunikacyjną w rozumieniu prawa telekomunikacyjnego, zwanej dalej siecią Internetową.

Usługa jest kierowana do najemców lokali mieszkalnych nr 17 i 18 oraz przyszłych wnioskodawców zwanych dalej Użytkownikami.

III.

§1

7. Wykonawca stosuje technologię nie wymagającą pozwoleń budowlanych i radiowych. Zainstalowane urządzenia wykorzystywane będą zgodnie z art. 144 ust. 1 i 2 Prawa telekomunikacyjnego.

IV.

10. Wykonawca zobowiązuje się do opracowania dokumentacji technicznej w zakresie objętym umową zgodnie z Ustawą z dnia 16.07.2004 r. Prawo telekomunikacyjne, uzgodnienia jej z Udostępniającym oraz Przedsiębiorstwem Handlowo-Usługowym „ABC” Agnieszka Tyszka, 07-410 Ostrołęka, ul. Goworowska 77 udzielającym gwarancji na budynek. *Prawo telekomunikacyjne nie określa wykonania dokumentacji technicznej wewnętrznej w budynkach ,dlatego proponuję usunąć ten zapis , gdyż jest on niezgodny z treścią Prawa telekomunikacyjnego. Ponieważ Państwo mają zawartą gwarancję, znają jej warunki ,trudno mi dokonać uzgodnień ,które już są dokonane. Dlatego proponuję , by wszelkie uzgodnienia ograniczyć do właściciela ,czyli ZGK w Szczytnie zgodnie z warunkami ustalonymi w gwarancji .Ponadto wykonawca budynku nie jest stroną umowy i nie pozostaje w stosunku prawnym z firmą Telbiur. Wnioskuje o usunięcie pkt 10.*

14. Wykonawca zobowiązuje się do naprawienia wszelkich szkód powstałych w trakcie montażu instalacji, a gdyby te szkody spowodowały utratę gwarancji przez właściciela budynku również poniesienia kosztów z tego tytułu. *(Warunki gwarancji określa sama gwarancja , którą udzielił wykonawca ,skoro prace będą uzgodnione z gwarantem ,czyli sposób i zakres wykonania prac ,to z jakiego powodu miałaby być utracona gwarancja? Ponadto jeżeli już, to można tu mówić o utracie gwarancji tylko w zakresie przedmiotowym czyli w obrębie wyrządzonej szkody ,ale to reguluje pkt. 14 w jego pierwszej części proponowanej umowy ,gdzie my jako wykonawca zobowiązujemy się do usunięcia wszelkich szkód powstałych w trakcie montażu instalacji i na tym bym ten pkt. zakończył.)*

V.

§3

2. Podstawą wyżej wymienionej opłaty będzie faktura wystawiona przez Udostępniającego na koniec każdego kwartału /miesiąca/roku (proponuję płatność raz w roku)

VI.

§ 7

5. W przypadku zaprzestania dostawy usług wskazanym wnioskodawcom Wykonawca zobowiązuje się do usunięcia instalacji z budynku oraz do przywrócenia naruszonych elementów budynku do stanu poprzedniego i poinformowania udostępniającego o usunięciu instalacji. Proponuje usunięcie tego punktu ze względu na fakt iż w przypadku zaprzestania korzystania z usług przez tych klientów w każdej chwili mogą się pojawić nowi wnioskodawcy lub mieszkańcy ,którzy mogą wyrazić wolę przyłączenia do naszej sieci. Zatem musielibyśmy demontować i na powrót montować instalacje ,co prowadziłoby do ciągłych prac instalacyjnych w budynku.

VII.

§8

5. Rozwiązanie umowy bez wypowiedzenia może nastąpić również w przypadku nie zachowania przez Wykonawcę warunków umowy, a w szczególności w przypadku naruszenia Art. 144 ust. 1 i 2 Prawa telekomunikacyjnego.

W dniu 2 lutego 2011r. ZGK poinformował Marzenę Dołżańska, że we wstępie umowy oznaczono wnioskodawców – osoby, do których kierowana jest usługa zgodnie ze złożonym przez TELBIUR wnioskiem. Ponadto poinformował Zawiadamiąjąca, iż w celu zmiany wykazu osób, do których kierowana ma być usługa oraz zmian w § 1 ust. 7 i § 8 ust. 5 czyli odwołania do przepisu stanowiącego, 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 należy złożyć nowy wniosek z doprecyzowaniem powyższych kwestii.*

W kwestii ustalenia okresu, za jaki TELBIUR będzie obciążany za energię elektryczną (§ 3 ust. 1 i 2 projektu umowy) ZGK wezwał wnioskodawcę o przesłanie wykazu i specyfikacji urządzeń, które zostaną zainstalowane oraz podanie łącznej mocy urządzeń w kW i czasu pracy urządzeń na dobę.

Jednocześnie ZGK poinformował, że zapis § 1 ust. 10 projektu umowy został skrócony do uzgodnienia dokumentacji jedynie z Udostępniającym. Aktualną treść tego zapisu ZGK uzasadnił koniecznością pozyskania szczegółowej informacji o zakresie i rodzaju prac, jakie będą prowadzone na budynku.

Ponadto ZGK nie wyraził zgody na proponowane zmiany dotyczące § 1 ust. 14 oraz § 7 ust. 5 projektu umowy tj. zapisów dotyczących naprawienia szkód powstałych w trakcie montażu instalacji oraz pokrycia kosztów utraty gwarancji, a także kwestii usunięcia instalacji po rezygnacji wskazanych w umowie wnioskodawców z korzystania z usług TELBIUR. Swoje stanowisko ZGK uzasadnił chęcią prawidłowego administrowania zasobem powierzonym.

Wraz z tym stanowiskiem ZGK przesłał umowę informując, iż jest ostateczna wersja umowy do podpisania przez TELBIUR.

W odpowiedzi na takie stanowisko ZGK Zawiadamiąjąca wystosowała pismo z dnia 5 lutego 2011r., w którym poruszyła szereg kwestii związanych z narzuconymi przez ZGK

warunkami zawarcia umowy o dostęp do nieruchomości położonej przy ulicy Łomżyńskiej 22B w Szczytnie. Zawiadamiająca wskazała, iż umowa na udostępnienie posesji powinna być zawarta w ciągu 30 dni od złożenia wniosku. Złożony wniosek od dostęp do nieruchomości został złożony na cały budynek, a jedynie informacyjnie podano wnioskodawców, którzy są zainteresowani świadczeniem usług w danym dniu. Ponadto w piśmie poruszono kwestie, których dotyczą uwagi zamieszczone przez TELBIUR na projekcie umowy.

W odpowiedzi z dnia 9 lutego 2011r. ZGK powtórzył swoje stanowisko z dnia 2 lutego 2011r. i przesłał umowę podpisaną przez Dyrektora ZGK - Pana Janusza Woźniaka bez uwzględnienia uwag TELBIUR.

Na spotkaniu Zawiadamiającej z ZGK w dniu 5 września 2011r. ustalono, że TELBIUR ma poprawić przedłożony wcześniej projekt instalacji, zaś Zawiadamiająca zażądała uszczegółowienia warunków gwarancji. Ponadto na spotkaniu tym ZGK potwierdził, że w przypadku wystąpienia z wnioskiem o przyłączenie do sieci nowego abonenta TELBIUR będzie musiał występować z nowym wnioskiem do ZGK.

W dniu 16 września 2011r. ZGK wysłał pismo do TELBIUR, w którym określił warunki udostępnienia zarządzanej nieruchomości w celu zainstalowania sieci internetowej:

- opłata za udostępnienie energii elektrycznej będzie naliczana raz do roku w formie przedpłaty,

- w odniesieniu do § 1 ust. 14 umowy, *„mając na uwadze posiadane warunki gwarancji, które zostały Państwu udostępnione, nie jesteśmy w stanie dokonać ich uszczegółowienia, jednak uwzględniając Państwa zastrzeżenia proponujemy wprowadzić zmiany w treści w/w paragrafu, t.j.: „Wykonawca zobowiązuje się do naprawienia wszelkich szkód powstałych w trakcie montażu instalacji, a gdyby to szkody spowodowały utratę gwarancji przez właściciela budynku w obrębie prowadzonych prac, również poniesienia kosztów z tego tytułu.”*

Jednocześnie ZGK zażądał dostarczenia szkiców z uszczegółowionym opisem planowanego rozprowadzenia instalacji w budynku.

Z kolei w przypadku zamontowania instalacji w całym budynku ZGK zażądał spełniania następujących warunków:

- podpisanie umowy,

- przedłożenie szkicu instalacji ze szczegółowym opisem,

- spełnienie warunków określonych w § 192 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002r. *w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie,*

- złożenie oświadczenia, że instalacja oraz urządzenia założone w budynku będą służyły wyłączenie mieszkańcom budynku przy ul. Łomżyńskiej 22b.

W odpowiedzi, w piśmie z dnia 1 października 2011r. Zawiadamiająca oświadczyła, że wstrzymuje się z działaniami w niniejszej sprawie do czasu rozstrzygnięcia sporu przez Prezesa UOKiK.

Jednocześnie TELBIUR stwierdził, że żądanie ZGK odnośnie spełnienia warunków określonych w § 192 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002r. *w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie* jest bezzasadne, ponieważ przepis ten dotyczy firm budowlanych, projektantów i innych, tak więc przepis ten nie jest adresowany do operatora telekomunikacyjnego.

Zawiadamiająca zauważyła także, że pojawił się nowy warunek udostępnienia nieruchomości, a mianowicie konieczność złożenia oświadczenia, że instalacja oraz urządzenia założone w budynku będą służyły wyłączenie mieszkańcom budynku przy ul.

Łomżyńskiej 22b. **Zawiadamiająca zaprzeczyła także w tym piśmie jakoby składana jej była propozycja zamocowania anten internetowych do parapetu i wprowadzenia instalacji do mieszkania.**

W piśmie z dnia 24 lutego 2012r. ZGK oświadczył, iż: *Po ponownym przeanalizowaniu całości sprawy i zgromadzonej dokumentacji (...) został opracowany projekt umowy przedstawiający nowe stanowisko Gminy Miejskiej Szczytno - Zakład Gospodarki Komunalnej, w tym uwzględniający wnioski przedsiębiorcy telekomunikacyjnego Marzena Dołżańska, prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą TELBIUR TB Hurt - Detal -Usługi w Szczytnie. (...) projekt umowy zawiera wszelkie warunki jakie winna spełnić Marzena Dołżańska prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą TELBIUR TB Hurt-Detal-Usługi w Szczytnie, w celu udostępnienia jej nieruchomości położonej w Szczytnie przy ulicy Łomżyńskiej 22B do budowy sieci telekomunikacyjnej.*

Opracowany projekt umowy stanowił Załącznik 1 do tegoż pisma.

Jednocześnie ZGK oświadczył, że, w przypadku pozostałych nieruchomości, zarządzanych przez Gminę Miasta Szczytno - Zakład Gospodarki Komunalnej, ZGK dopuszcza możliwość zawarcia umowy o dostęp do nich w celu budowy sieci telekomunikacyjnych, na stosowny wniosek zainteresowanych. Przedsiębiorca winien złożyć stosowny wniosek, z wyszczególnieniem adresów nieruchomości i budynków, które chciałby wyposażyć w instalację telekomunikacyjną.

ZGK oświadczył, że przygotowany projekt umowy zostanie przesłany do TELBIUR.

W nowym projekcie umowy przesłanym do TELBIUR nie znalazły się żadne ze stawianych wcześniej warunków wyrażenia zgody na udostępnienie nieruchomości przy ul. Łomżyńskiej 22B w Szczytnie.

Ponadto w toku postępowaniu Prezes UOKiK ustalił, że:

- na części budynków komunalnych administrowanych przez ZGK w Szczytnie zostały zainstalowane urządzenia przeznaczone do odbioru sygnału telekomunikacyjnego: na dachach, masztach usytuowanych na dachach budynków oraz na ścianach budynków - przy oknach. Na dwóch zarządzanych przez niego budynkach znajduje się antena, która służy zarówno do odbioru jak i do nadawania sygnału, a mianowicie są to budynki przy ul. Łomżyńskiej 22A, gdzie antenę tę zamontował TELBIUR oraz przy ul. Boh. Westerplatte 12, na którym zamontowano antenę przy współdziale Urzędu Miejskiego w Szczytnie w celu umożliwienia darmowego dostępu do Internetu,
- ZGK administruje 67 budynkami komunalnymi mieszkalnymi, mieszkalno-użytkowymi i użytkowo-mieszkalnymi,
- Sebastian Ziółek otrzymał w dniu 23 października 2009r. zgodę na zainstalowanie na dachu budynku przy ul. Łomżyńskiej 22A anteny zbiorczej służącej do odbioru sygnału teleinformatycznego oraz wykonanie sieci teleinformatycznej;
- ZGK nie stosuje standardowych wzorców umów na korzystanie z nieruchomości w zakresie umieszczania urządzeń nadawczo-odbiorczych;
- na ścianie budynku oraz przy oknach, kilku lokali zostały przez Marcina Ziółka zainstalowane urządzenia przeznaczone do odbioru sygnału telekomunikacyjnego drogą radiową bez zgody ZGK. Obecnie prowadzone jest postępowanie wyjaśniające w powyższej sprawie.
- nie została zawarta żadna umowa ustalająca warunki korzystania z nieruchomości przy ul. Łomżyńskiej 22A w zakresie umieszczania urządzeń nadawczo-odbiorczych do przesyłania sygnału telekomunikacyjnego.

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje:

Interes publiczny

Podstawą do zastosowania przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (dalej: **ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, okiku**) jest uprzednie ustalenie przez Prezesa UOKiK, czy działania podmiotu posiadającego pozycję dominującą na rynku właściwym mają znaczenie w świetle interesu publicznego, który warunkuje podjęcie interwencji przez organ antymonopolowy.

Zgodnie z treścią art. 1 ust. 1 okiku ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów.

Analiza dotychczasowego orzecznictwa antymonopolowego wskazuje, że klauzula interesu publicznego stanowiła dla składów orzekających Sądów podczas analizy stanów faktycznych drogowskaz, jednocześnie horyzont w sferze ingerencji państwa w swobodę prowadzenia działalności gospodarczej, już podczas obowiązywania regulacji prawnych, zastąpionych obecnie ustawą z dnia 16 lutego 2007 roku (wyroki Sądu Antymonopolowego: z 24 stycznia 1991 r., XV Amr 8/90 oraz z 29 grudnia 1993 r., Amr 42/93).

Prawo antymonopolowe stanowi dziedzinę prawa publicznego, które ma na celu ochronę interesu ogólnospołecznego, zaś jego zadaniem jest zapewnienie istnienia konkurencji jako istotnego mechanizmu systemu gospodarczego, konkurencyjnej struktury rynku, zabezpieczenie wolności (swobody działania) przedsiębiorców, a także ochrona interesów konsumentów (*Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, red. J. Szwaja, 1994, s. 19). Prezes UOKiK natomiast, jako organ administracyjny związany obowiązkiem wykonywania zadań określonych w ustawie *o ochronie konkurencji i konsumentów*, zajmuje pozycję rzecznika rzeczonoego interesu publicznoprawnego.

Aby zdefiniować pojęcie interesu publicznego należy odwołać się do wspomnianego dorobku orzeczniczego sądów antymonopolowych.

Jako podstawowe kryterium wyróżnienia tego pojęcia jest stwierdzenie, że skutki działań sprzecznych z ustawą antymonopolową dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku, albo gdy działania te wywołują na rynku inne niekorzystne zjawiska. Zaznacza się również, że w sytuacji, **gdy okoliczności konkretnego (pojedynczego) przypadku wykazują wyraźne symptomy możliwego zagrożenia funkcjonowania rynku określonego rodzaju niepożądanymi (szkodliwymi) dla interesów konsumentów lub przedsiębiorców praktykami, należy stanąć na stanowisku, że spełnione zostają przesłanki prawne w zakresie interesu publicznego, uzasadniające wszczęcie postępowania administracyjnego przez wspomnianego rzecznika tego interesu w osobie Prezesa UOKiK, w celu zapobieżenia dalszemu stosowaniu takich praktyk.** Odmienna interpretacja prawna praktycznie wykluczałaby skuteczną ochronę uczestników rynku przez odpowiednio wcześniejsze podejmowanie stosownych działań prewencyjnych (wyrok SN z dnia 26 lutego 2004 roku, III SK 1/04).

Należy mieć także na uwadze wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 września 2003r. (sygn. akt I CKN 504/01), w którym uznano za dopuszczalne i uzasadnione wszczęcie postępowania antymonopolowego, **gdy pokrzywdzonym jest bezpośrednio jeden podmiot.** Należy mieć bowiem na względzie, iż orzeczenie w takiej sprawie będzie pełniło funkcję prewencyjną i służyło ochronie nieograniczonej liczby kolejnych, potencjalnych konsumentów i kontrahentów. W podobny sposób Sąd Najwyższy wypowiedział się w uzasadnieniu wyroku z dnia 26 lutego 2004r. (sygn. akt III SK 2/04) wskazując, iż **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 wywoływać zakazane skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Należy przywołać także wyrok z dnia 5 czerwca 2008r. (sygn. akt III SK 40/07), w którym Sąd Najwyższy stwierdził, iż *naruszenie interesu publicznoprawnego ma miejsce nie tylko wówczas gdy skutkami działań sprzecznych z ustawą dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku, ale także gdy działania te wywołały na rynku inne niekorzystne zjawiska, tj. nie jest istotne czy dotyczyły konkretnego przedsiębiorcy.*

Nie sposób nie zwrócić uwagi także na linię orzeczniczą, która kreuje nawet nieco łagodniejsze kryteria oceny problemu wystąpienia interesu publicznego uzasadniającego ingerencję organu antymonopolowego. **Utożsamia ona bowiem interes publiczny z naruszeniem konkurencji lub wywołaniem a nawet możliwością wywołania na rynku niekorzystnych skutków.** Linia ta wywodzi się z orzeczeń wydawanych na gruncie ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*, jednakże została potwierdzona w wyroku Sądu Najwyższego w sprawie III SK 40/07 i nabiera coraz większego znaczenia poprzez kolejne wyroki Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK). Dla przykładu można tu przytoczyć konkluzję wyroku SOKiK z dnia 16 listopada 2005 roku w sprawie XVII Ama 97/04, która wyjaśnia, że **interes publiczny występuje „gdy badana praktyka oddziałuje i narusza samo zjawisko konkurencji, nawet jeżeli ten negatywny wpływ jest rezultatem działań skierowanych tylko przeciw jednemu lub niewielkiej liczbie konkurujących przedsiębiorców”.**

W tak rozumiany „interes publiczny” wpisuje się rozumienie konkurencji jako „mechanizmu (procesu) sterującego zachowaniami uczestników rynków”. Sąd Najwyższy stwierdził bowiem, że *„ustawa chroni konkurencję, jako mechanizm regulujący sposób funkcjonowania gospodarki, czyni to w interesie publicznym”.* Dlatego *„pojęcie interesu publicznego należy interpretować przez pryzmat aksjologii ustawodawstwa antymonopolowego”*, a nie *„w sposób wąski i mechaniczny”.* Ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* chroni bowiem istnienie mechanizmu konkurencji, jako optymalnego sposobu podziału dóbr w społecznej gospodarce rynkowej, zatem każde działanie wymierzone w ten mechanizm, godzi w interes publiczny (wyrok SN III SK 40/07).

Kontynuując ocenę słuszności przedstawionej wyżej „konkurencyjnej”, ale zyskującej przewagę linii orzeczniczej, należy wskazać, że zgodnie art. 1 ust. 1 okliku dobrem chronionym obok instytucji konkurencji i interesów przedsiębiorców są także interesy konsumentów. Ochrona tychże interesów przebiega dwutorowo - po pierwsze - bezpośrednio - przez przeciwdziałanie wymierzonym w te interesy praktykom ograniczającym konkurencję i naruszającym zbiorowe interesy konsumentów i po drugie, co ma istotne znaczenie w niniejszej sprawie, pośrednio - przez ochronę konkurencji.

Silna konkurencja jest korzystna dla rozwoju gospodarczego, prowadzi do obniżenia cen towarów oferowanych na rynku, sprzyja bardziej efektywnemu rozdziałowi środków produkcji, przyczynia się do wzrostu efektywności produkcji. W konsekwencji jest korzystna także dla konsumentów (P. Mikłaszewicz, *Obowiązki informacyjne w umowach z udziałem konsumentów na tle prawa Unii Europejskiej*, Wolters Kluwer business 2008, s. 31).

Ekonomiczne cele ochrony konkurencji przebijają się również w wypowiedziach i dokumentach polityki ochrony konkurencji oraz w piśmiennictwie i uznawane są nawet jako kryterium „podstawowe” (M. Szydło, *Łączenie się spółek akcyjnych a regulacja antymonopolowa*, PPH 2005, Nr 5, s. 27; D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym*, Zakamycze 2004, s. 431). Należy zatem przyjąć, że także w Polsce konkurencja powinna być chroniona dlatego, że zapewnia najwyższy możliwy poziom dobrobytu (zaspokojenia interesów) konsumentów.

Mając na uwadze powyższe rozważania, Prezes UOKiK uznał, że opisane w niniejszej decyzji działania Gminy Miasta Szczytno polegają na przeciwdziałaniu ukształtowania się warunków niezbędnych dla powstania, bądź rozwoju konkurencji (art. 9 ust. 2 pkt 5 okiku), a ich celem i skutkiem było ograniczenie konkurencji przede wszystkim na rynku świadczenia usług stałego dostępu do Internetu.

Przyjmując stan konkurencji jako swoiste zabezpieczenie wolności (swobody działania) przedsiębiorców na rynku, należy ponad wszelką wątpliwość uznać, że działania Gminy Miasta Szczytno naruszyły tę wolność, czyli w istocie konkurencję, które to naruszenie zrodziło niekorzystne skutki na rynku świadczenia usług stałego dostępu do Internetu zarówno dla potencjalnych operatorów tych usług jak i dla bardzo licznej drugiej grupy uczestników tego rynku, czyli konsumentów.

Nie ulega - w ocenie organu antymonopolowego - wątpliwości, że zarówno grupę mieszkańców zasobów mieszkaniowych zarządzanych przez ZGK – potencjalnych klientów, a także potencjalnych dostawców Internetu, którzy chcieliby świadczyć usługi w tych zasobach stanowią szeroki krąg uczestników rynku, o których mowa w analizowanym wyżej orzecznictwie traktującym o przesłankach naruszenia interesu publicznego. Tym samym należy stwierdzić, że skutki działania Gminy Miasta Szczytno - Zakładu Gospodarki Komunalnej w Szczytnie, sprzeczne z ustawą antymonopolową, mają wymiar publiczny.

Należy podkreślić, że przez okres około 15 miesięcy (od listopada 2010r. do lutego 2012r.) Gmina poprzez działania ZGK blokowała operatorowi, działalność na rynku i możliwość zaproponowania klientom końcowym swoich usług. W tym kontekście twierdzenie, że naruszenie interesu publicznego stwierdzone winno być w sytuacji, gdy praktyka oddziałuje na otoczenie konkurencyjne, nawet, jeśli negatywny wpływ na konkurencję jest rezultatem działań skierowanych tylko przeciw jednemu przedsiębiorcy¹, ma wyjątkowo silne znaczenie.

Należy także zauważyć, że swoim działaniem Gmina dopuściła się jednocześnie naruszenia interesu konsumentów, będącego ostatecznym celem polityki ochrony rynku przed ograniczeniami konkurencji oraz stwarzania warunków dla jej rozwoju. Przez blokowanie Zawiadamiającej dostępu do swoich zasobów, Gmina zablokowała *de facto* mechanizm rynkowy w postaci konkurencyjnej walki cenowej operatorów na tym obszarze, który mógł z dużym prawdopodobieństwem doprowadzić do obniżenia po stronie odbiorcy końcowego kosztów korzystania z oferowanych usług telekomunikacyjnych.

W konsekwencji należało zatem uznać, że w wyniku stosowania praktyk zarzucanych Gminie doszło do naruszenia interesów mieszkańców zasobów mieszkaniowych administrowanych przez ZGK, którzy powinni mieć możliwość wyboru najkorzystniejszej oferty.

Mając na uwadze, że zarzuty postawione Gminie dotyczą zasad wolnej konkurencji z wszelkim tego konsekwencjami na rynku powiązanim (konkurencyjnym) - rynku stałego dostępu do Internetu, zaś podjęte przez Prezesa UOKiK działania mają na celu ochronę interesu publicznoprawnego, uzasadniona jest jego ingerencja w trybie ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

Rynek właściwy

Dla oceny zachowania przedsiębiorców – z punktu widzenia reguł konkurencji – niezbędne jest określenie rynku właściwego w sprawie.

¹ por. Elżbieta Modzelewska-Wąchal, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz, Warszawa 2002, str. 15

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów definiując w art. 4 pkt 9 pojęcie rynku właściwego, określa go jako rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Należy także mieć na uwadze treść definicji pojęcia towaru, która w sposób legalny określa, że do desygnatów nazwy towar na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zalicza się poza rzeczami, energią, papierami wartościowymi i innymi prawami majątkowymi także usługi. Do usług można natomiast bez wątplenia zaliczyć działalność polegającą na udostępnianiu zasobów mieszkaniowych Gminy dla celów związanych z umieszczaniem na nieruchomości obiektów i urządzeń infrastruktury telekomunikacyjnej, w szczególności instalowaniem urządzeń telekomunikacyjnych, przeprowadzaniem linii kablowych pod nieruchomością, na niej lub nad nią, umieszczaniem tabliczek informacyjnych o urządzeniach, a także ich eksploatacją i konserwacją, w celu świadczenia usług stałego dostępu do Internetu (art. 33 ust. 1 *wrustu*).

Przy wyznaczeniu rynku właściwego niezbędne jest przy tym uwzględnienie szczególnych cech danego produktu (**rynek produktowy**), oraz określenie obszaru jego dystrybucji przy uwzględnieniu, że warunki konkurencji są wystarczająco jednorodne (**rynek geograficzny**).

Gmina Miasta Szczytno, będąc właścicielem zasobów mieszkaniowych zarządzanych przez ZGK na terenie Szczytna, prowadzi działalność polegającą na udostępnianiu posiadanych zasobów mieszkaniowych (podaż) innym przedsiębiorcom, którzy występując o jej zgodę (popyt), mogą na terenie ograniczonym zasięgiem zasobów mieszkaniowych Gminy prowadzić działalność gospodarczą, świadcząc konsumentom różnego rodzaju usługi, w tym z zakresu stałego dostępu do Internetu (**rynek powiązany, na który może Gmina oddziaływać pośrednio – określając panujące tam warunki konkurencji**).

Kierując się definicją rynku właściwego, należy także określić wymiar terytorialny rynku. W tym przedmiocie niezbędne jest podkreślenie specyficznego charakteru zasobów mieszkaniowych zarządzanych przez gminy jako takie. Wyznaczając rynek właściwy od strony geograficznej, organ antymonopolowy uwzględnił, że na obszarze zasobów mieszkaniowych Gminy jakikolwiek przedsiębiorca świadczący lub zamierzający świadczyć usługi telekomunikacyjne na rzecz mieszkańców zajmujących te zasoby, może przystąpić do budowy sieci telekomunikacyjnej i następnie – po zawarciu indywidualnych umów abonenckich z konsumentami – świadczyć usługi stałego dostępu do Internetu, dopiero po uzyskaniu zgody Gminy. Gmina, jako właściciel i ZGK jako administrator lub ogólnie dysponent nieruchomości wyrażają zgodę w sposób definitywny w formie umowy zawartej z wstępującym do jej zasobów przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, określającej obowiązki i uprawnienia każdej ze stron, o których mowa w art. 33 *wrustu*. Stanowisko takie odpowiada pogładowi wyrażanemu dotychczas w orzecznictwie Sądu Okręgowego w Warszawie Sądu Antymonopolowego (wyrok z dnia 25 października 2000 r., sygn. akt XVII Ama 13/00) i Sądu Najwyższego (wyrok z dnia 24 czerwca 2003 r., sygn. akt I CKN 408/01) wydanym jeszcze podczas obowiązywania art. 140 ustawy – *Prawo telekomunikacyjne*.

Do świadczenia usług telekomunikacyjnych niezbędne jest bowiem wykonanie sieci, tj. infrastruktury technicznej służącej rozprowadzaniu sygnału. Z uwagi na to, że Gmina jest dysponentem (właścicielem) nieruchomości, w której przebiegać ma sieć, jej budowa i późniejsze użytkowanie wymaga zgody Gminy (vide: art. 33 *wrustu*).

Rynkiem właściwym zatem, mając na uwadze powyższe uwagi, będzie w tym przypadku **rynek usług świadczonych przez Gminę Miasta Szczytna przy współudziale Zakładu Gospodarki Komunalnej w Szczytnie, w postaci udostępniania zasobów**

mieszkaniowych Gminy w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych (rynek produktowy) na rzecz mieszkańców **zasobów mieszkaniowych Gminy, zlokalizowanych w Szczytnie** (rynek geograficzny).

Definiując tak określony rynek właściwy należało uwzględnić brzmienie wspomnianego art. 33 *wrustu*, który określa w sposób szeroki i przez to zupełny wzajemne obowiązki i uprawnienia dysponentów nieruchomości i operatorów telekomunikacyjnych w zakresie korzystania z nieruchomości dla celów prowadzenia wymienionych w tym przepisie prac instalacyjnych.

Przy wyznaczaniu w ten sposób rynku właściwego w niniejszej sprawie organ antymonopolowy uwzględnił dotychczasowy dorobek orzecznictwa antymonopolowego, które uznaje za rynek właściwy w rozumieniu art. 4 pkt 9 *okiku* rynek udostępniania zasobów mieszkaniowych spółdzielni na rzecz operatorów telekomunikacyjnych – tak np. decyzje Prezesa UOKiK z dnia 5 kwietnia 2005 r. Nr RLU 13/2005, z dnia 20 maja 2005 r. Nr RLU 19/2005, z dnia 31 grudnia 2008 r. Nr RBG-50/2008.

Udział w rynku

Specyfika rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych gminy wpływa także na określenie udziału w tym rynku dysponenta nieruchomości i określenie jego pozycji w świetle przesłanki posiadania pozycji dominującej. Fakt, że Gmina jest jedynym dysponentem nieruchomości znajdujących się jej zasobach powoduje, że na rynku udostępniania tych zasobów posiada 100% udział.

Przytaczając zaś definicję legalną pozycji dominującej na rynku w rozumieniu art. 4 pkt 10 *okiku*, która określa ją jako pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym stopniu niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów, przy czym domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku przekracza 40% oraz mając na uwadze powyższą konkluzję dotyczącą udziału w rynku należy skonstatować, że Gmina, na rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych posiada pozycję dominującą.

Wniosek ten otwiera w konsekwencji drogę do zastosowania art. 9 ust. 2 pkt 5 *okiku*, zgodnie z którym stwierdzenie nadużycia pozycji dominującej na rynku właściwym uzależnia przede wszystkim od samego jej ustalenia.

Uzasadnienie naruszenia art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 *okiku*

W niniejszej sprawie Gminie Miasta Szczytno – Zakładowi Gospodarki Komunalnej postawiono zarzut stosowania praktyki ograniczającej konkurencję polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych tej Gminy w Szczytnie w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych poprzez odmowę wyrażenia zgody na udostępnienie zasobów mieszkaniowych Gminy celem rozpoczęcia prac instalacyjnych, co uniemożliwia innym przedsiębiorcom świadczenie usługi stałego dostępu do Internetu mieszkańcom ww. zasobów mieszkaniowych.

Stosownie do treści art. 9 ust. 1 *okiku*, zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. Samo posiadanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej na rynku nie stanowi zatem naruszenia przepisów ustawy. Nadużywanie tej pozycji może, zgodnie z art. 9 ust. 2 pkt 5 *okiku*, polegać, w szczególności, na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Dla uznania zatem określonego działania za praktykę ograniczającą konkurencję określoną w przywołanym przepisie konieczne jest łączne wystąpienie następujących przesłanek:

- **posiadanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej na rynku właściwym,**
- **nadużywanie pozycji dominującej polegające na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych dla powstania bądź rozwoju konkurencji.**

Przyjmując, że Gmina posiada pozycję dominującą na rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych, których jest dysponentem, co zostało wykazane wyżej, należy podkreślić wielokrotne i szczegółowe wyjaśnienie przez Zawiadanią podstaw prawnych swych próśb, które dały rezultat dopiero po około 15 miesiącach. Gmina Miasta Szczytno - Zakład Gospodarki Komunalnej winna mieć świadomość, że jej zachowanie nie jest zgodne z zapisami ustawy - *Prawo telekomunikacyjne* oraz ustawy *o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych*, a także ogranicza konkurencję na rynku świadczenia usług płatnego dostępu do Internetu poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych dla powstania bądź rozwoju konkurencji na tym rynku. Tym samym Gmina Miasta Szczytno - Zakład Gospodarki Komunalnej winna mieć świadomość naruszenia art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 *okiku*.

Na wstępie należy zauważyć, że praktyka wymieniona w powołanym wyżej przepisie art. 9 ust. 2 pkt 5 *okiku* ma typowo antykonkurencyjny charakter, zatem zakaz jej stosowania jest ściśle powiązany z podstawowym celem ustawy, wymienionym w jej art. 1 – ochroną konkurencji. Obowiązek niestwarzania barier dla rozwoju konkurencji ciąży nie tylko na organach państwa, ale również na przedsiębiorcach dominujących na rynku, których pozycja rynkowa pozwala im na negatywne oddziaływanie na strukturę rynku i warunki funkcjonowania jego uczestników².

Istotą praktyki z art. 9 ust. 2 pkt 5 *okiku* jest takie zachowanie dominanta, które zapobiega ukształtowaniu się na rynku sytuacji, pozwalającej na wejście na ten rynek nowych podmiotów lub umożliwiającej ekonomicznie uzasadnione funkcjonowanie i rozwój pozostałych uczestników rynku³.

Podnosi się, że sytuacja, której ochrona leży w gestii Prezesa UOKiK oznacza swobodną możliwość funkcjonowania innych przedsiębiorców na rynku. W ocenie SOKiK (wyrok z 8 listopada 2004 roku, w sprawie o sygn. akt XVII Ama18/03), działanie blokujące lub ograniczające taką możliwość jest szczególnie społecznie szkodliwe, gdyż hamuje rozwój przedsiębiorczości. W konsekwencji art. 9 ust. 2 pkt 5 *okiku* jest przepisem, który nakazuje dominantom takie zachowanie, które nie będzie stwarzało innym uczestnikom obrotu towarowego barier ograniczających ich możliwość skutecznego konkurowania w warunkach gospodarki rynkowej (dec. Prezesa UOKiK Nr RLU-63/2008; dec. Prezesa UOKiK Nr RWA-27/2008; dec. Prezesa UOKiK Nr RWA-15/2008) lub też nie będzie negatywnie oddziaływać na strukturę rynku (zob. wyrok Sądu Antymonopolowego z 26 kwietnia 2001 r., XVII Ama 66/00, dec. Prezesa UOKiK, Nr RKR-47/2008; dec. Prezesa UOKiK Nr RPZ-34/2008, dec. Prezesa UOKiK Nr RWA-27/2008), np. poprzez ograniczenie na swoim terytorium kręgu operatorów oferujących usługi z zakresu stałego dostępu do Internetu.

² E. Modzelewska-Wąchal, op.cit. str. 113-114.

³ *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz.* Tadeusz Skoczny (red.), Wydawnictwo C.H. Beck, 2009, str. 670.

Ponadto obecnie interpretacja art. 9 ust. 2 pkt 5 *okiku* zmierza w kierunku traktowania jako praktyki ograniczającej konkurencję w rozumieniu tego przepisu **każdego zachowania, które przeciwdziała rozwojowi konkurencji na rynku** (dec. Prezesa UOKiK Nr RPZ-21/2005; dec. Prezesa UOKiK Nr DOK-5/2008; dec. Prezesa UOKiK Nr RŁO-52/2008). Przez „przeciwdziałanie ukształtowaniu” rozumieć należy zapobieganie, przeciwstawianie się przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą. Konieczne jest także podniesienie, że przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków konkurencji na rynku może przybierać zarówno formę **działania jak i zaniechania** (wyrok Sądu Najwyższego z 13 maja 2008 roku - III SK 30/07; wyrok Sądu Antymonopolowego XVII Amr 21/96; dec. Prezesa UOKiK Nr RWR-74/2008; dec. Prezesa UOKiK Nr RWR-38/2008).

Celem interwencji Prezesa UOKiK jest przede wszystkim ochrona rynku przed jego dezorganizacją ze strony przedsiębiorców wykorzystujących swą pozycję dominującą (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 sierpnia 2003r., sygn. akt I CK 185/2003).

Dezorganizacja, przeciwdziałanie rozwojowi konkurencji, czy też negatywne oddziaływanie na strukturę rynku, o których mowa w wyżej przywołanych orzeczeniach Prezesa UOKiK i Sądu Najwyższego może się objawić zarówno na rynku, na którym przedsiębiorca prowadzi działalność gospodarczą, **jak i na innym rynku powiązany**, z czym mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Działania Gminy dokonywane na rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych oddziałują bowiem niewątpliwie na rynek powiązany - rynek świadczenia na rzecz mieszkańców zasobów mieszkaniowych Gminy usług stałego dostępu do Internetu.

Koncepcja oddziaływania na rynek powiązany została potwierdzona i uznana w praktyce orzeczniczej Prezesa UOKiK i sądów, gdzie przyjmuje się, że „*dążenie do wpływania przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą na jednym rynku na stan konkurencji na innym rynku nie zawsze musi być związane z prowadzeniem przez niego działalności na tym rynku*” (dec. Prezesa UOKiK Nr RWA-27/2008). Istotne jest jedynie, czy między rynkiem pozycji dominującej a innym rynkiem właściwym występuje „powiązanie”, które pozwala mówić o faktycznym lub potencjalnym oddziaływaniu dominanta na inny rynek właściwy, przy czym wystarczające jest, by wpływ ten był pośredni (wyrok SOKiK z 4 sierpnia 2008 r., XVII Ama 4/08, niepubl.)⁴.

Jednocześnie w orzeczeniu SOKiK z dnia 29 czerwca 2007r. wydanym w sprawie o sygn. akt XVII Ama 14/06 (niepubl.) podkreślono, że ustawa kategorycznie nie wskazuje, iż skutek nadużycia pozycji dominującej musi nastąpić na rynku, na którym przedsiębiorca dopuszczający się zabronionych działań zajmuje pozycję dominującą. Wprost przeciwnie, zgodnie z tym przepisem zabronione jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku, gdy tego skutkiem jest przeciwdziałanie ukształtowaniu się bądź rozwojowi konkurencji, co do zasady, może wywoływać skutki zarówno na rynku, na którym działa przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą, jak i na innych rynkach (wyrok SOKiK z dnia 17 kwietnia 2007 roku - XVII Ama 105/06; wyrok SOKiK - XVII Ama 120/05; wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 17 kwietnia 2002 roku - XVII Ama 69/01; wyrok Sądu Antymonopolowego z 28 stycznia 2002 r. - XVII Ama 28/01; dec. Prezesa UOKiK Nr RWA-15/2008, dec. Prezesa UOKiK Nr RLU-63/2008, dec. Prezesa UOKiK Nr RWR-74/2008).

W niniejszej sprawie Gmina, jako podmiot o pozycji dominującej na rynku udostępniania swoich zasobów mieszkaniowych stawiała warunki dostępu do nieruchomości, którym nie można przypisać cechy zasadności. Co więcej warunki te stawiała w sposób stanowczy i długo nie chciała od nich odstąpić.

⁴ *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz.*, pod redakcją Tadeusza Skocznego, Wydawnictwo C.H. Beck, 2009, str. 688-689

Jak wynika z ustalonego stanu faktycznego, Marzena Dołżańska w dniu 16 listopada 2010r. wystąpiła z pismem do Gminy Szczytno z prośbą o udostępnienie nieruchomości zlokalizowanej przy ul Łomżyńskiej 22B w Szczytnie, w celu wykonania infrastruktury telekomunikacyjnej (okablowanie) w budynku z uwagi na wnioski osób, które zgłosiły zainteresowanie usługami TELBIUR. Z wniosku jasno wynika, że TELBIUR miała zamiar na budynku postawić antenę odbiorczą i wykonać instalację wewnątrz budynku wykorzystując kanały, bądź w listwach naściennych, podobnie jak to miało miejsce w budynku 22A. Odpowiadając na to pismo Pani Burmistrz Szczytna **odesłała wnioskodawcę do przedsiębiorcy Agnieszki Tyszki, prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „ABC” z Ostrołęki, która była wykonawcą tego budynku jednak nie właścicielem ani nie zarządcą.**

Po kolejnym wystąpieniu Zawiadamiającej, poinformowaniu o obowiązujących przepisach w zakresie działalności operatorów telekomunikacyjnych i ustaleniu, że dalsze warunki udostępnienia nieruchomości zostaną ustalone drogą e-mail, w dniu 13 stycznia 2011r. tj. **już niemal 2 miesiące po złożeniu wniosku** Gmina przesłała do Zawiadamiającej w formie elektronicznej projekt umowy z prośbą o naniesienie ewentualnych korekt i odesłanie projektu umowy.

Niezwłocznie, bo już 14 stycznia 2011r. Zawiadamiająca zgłosiła tylko jedną uwagę do projektu przesłanego jej przez Gminę, a uwaga ta dotyczyła kwestii rozliczeń za energię elektryczną pobieraną przez urządzenia zainstalowane w sieci telekomunikacyjnej.

Po zgłoszeniu tej uwagi projekt umowy został przekazany Zakładowi Gospodarki Komunalnej w Szczytnie, który w dniu 26 stycznia 2011r. zgłosił szereg uwag, od których uzależniał podpisanie umowy i wyrażenie zgody na dostęp do zarządzanej przez Zakład nieruchomości.

Z umowy tej wynikały następujące warunki udzielenia zgody na dostęp do nieruchomości położonej przy ul. Łomżyńskiej 22B w Szczytnie:

1. ograniczenie celu zawarcia umowy tylko do dostarczenia Internetu mieszkańcom lokali nr 17 i 18 w budynku przy ul. Łomżyńskiej 22B w Szczytnie;
2. obowiązek opracowania dokumentacji technicznej wraz z projektem budowlanym w zakresie objętym umową zgodnie z Ustawą z dnia 16.07.2004 r. Prawo telekomunikacyjne, uzgodnienia jej z Zakładem Gospodarki Komunalnej w Szczytnie oraz Przedsiębiorstwem Handlowo-Usługowym „ABC” Agnieszka Tyszka, 07-410 Ostrołęka, ul. Goworowska 77 udzielającym gwarancji na budynek;
3. zobowiązanie do naprawienia wszelkich szkód powstałych w trakcie montażu instalacji, a gdyby te szkody spowodowały utratę gwarancji przez właściciela budynku również poniesienia kosztów z tego tytułu;
4. zobowiązanie do usunięcia instalacji z budynku oraz przywrócenia naruszonych elementów budynku do stanu poprzedniego i poinformowania udostępniającego o usunięciu instalacji, w przypadku zaprzestania dostawy usług wskazanym wnioskodawcom – mieszkańcom lokali nr 17 i 18 w budynku przy ul. Łomżyńskiej 22B w Szczytnie;

Do tak sformułowanych zapisów projektu umowy zgłosiła uwagi Zawiadamiająca, która jednocześnie uzasadniła swoje stanowisko.

W odpowiedzi z dnia 2 lutego 2011r. ZGK niemal w całości utrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, skracając jedynie **zapis § 1 ust. 10 projektu umowy poprzez**

ograniczenie uzgodnienia dokumentacji technicznej jedynie z Udostępniającym. Przesyłając jednocześnie ostateczną wersję umowy do podpisania wyjaśnił, że jego stanowisko wynika z chęci prawidłowego administrowania zasobem powierzonym.

Nie przyjmując takiego stanowiska ZGK Zawiadamiająca ponownie wyjaśniła, że umowa na udostępnienie posesji powinna być zawarta w ciągu 30 dni od złożenia wniosku. Wniosek o dostęp do nieruchomości został złożony na cały budynek, a jedynie informacyjnie podano wnioskodawców, którzy są zainteresowani świadczeniem usług w danym dniu. Mimo to w dniu 9 lutego 2011r. **ZGK powtórzył swoje stanowisko z dnia 2 lutego 2011r. i przesłał umowę podpisaną przez Dyrektora ZGK - Pana Janusza Woźniaka bez uwzględnienia uwag TELBIUR.**

Na spotkaniu w dniu 5 września 2011r. ZGK **potwierdził, że w przypadku wystąpienia z wnioskiem o przyłączenie do sieci nowego abonenta mieszkającego w bloku nr 22B przy ul. Łomżyńskiej w Szczytnie TELBIUR będzie musiał występować z nowym wnioskiem do ZGK.** Ponadto w dniu 16 września 2011r. ZGK wysłał pismo do TELBIUR, w którym uzupełnił warunki udzielania zgody na dostęp do nieruchomości o **konieczność dostarczenia szkiców z uszczegółowionym opisem planowanego rozproszania instalacji w budynku, spełnienia warunków określonych w § 192 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie oraz złożenia oświadczenia, że instalacja oraz urządzenia założone w budynku będą służyły wyłącznie mieszkańcom budynku przy ul. Łomżyńskiej 22b.**

W odpowiedzi, w piśmie z dnia 1 października 2011r. Zawiadamiająca oświadczyła, że wstrzymuje się z działaniami w niniejszej sprawie do czasu rozstrzygnięcia sporu przez Prezesa UOKiK.

Projekt umowy bez powyższych warunków ZGK przedstawił dopiero w dniu 24 lutego 2012r. tj. ponad 15 miesięcy po złożeniu wniosku przez Zawiadamiającą.

Warunki, jakie zostały postawione TELBIUR były, w ocenie Prezesa UOKiK, nieuzasadnione. Skutkowały one uniemożliwieniem TELBIUR dostępu do rynku świadczenia na rzecz mieszkańców zasobów mieszkaniowych Gminy usług stałego dostępu do Internetu, na którym ograniczona została konkurencja, co należy uznać za okoliczność niewątpliwą.

Każdy przedsiębiorca, próbujący wejść na rynek powiązany, do którego dostęp leży w gestii dominanta uzależniony jest bowiem od współpracy z tymże dominantem. Jego działania wpływają zatem wprost na kształt i warunki konkurencji na rynku powiązanim.

W przypadku zasobów mieszkaniowych Gminy, jakkolwiek przedsiębiorca telekomunikacyjny świadczący lub zamierzający świadczyć usługi telekomunikacyjne na rzecz mieszkańców lokali należących do Gminy może przystąpić do budowy sieci telekomunikacyjnej i następnie – po zawarciu indywidualnych umów abonenckich z konsumentami – świadczyć usługi stałego dostępu do Internetu, dopiero po uzyskaniu zgody Gminy, jako właściciela lub ogólnie dysponenta nieruchomości, na korzystanie z niej w określony sposób, wyrażonej definitywnie w formie umowy, o której mowa w art. 33 *wrstu*.

Gmina była w istocie zobowiązana do postępowania w negocjacjach z Zawiadamiającą w zgodzie z przepisem art. 33 *wrstu*, który daje **jedynie przesłanki uzasadniające odmowę udzielenia zgody na korzystanie z nieruchomości.** Stanowi on, że: *właściciel, użytkownik wieczysty nieruchomości lub zarządca nieruchomości są obowiązani*

umożliwić operatorom, podmiotom, o których mowa w art. 4 pkt 1, 2, 4, 5 i 8 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne, oraz jednostkom samorządu terytorialnego wykonującym działalność, o której mowa w art. 3 ust. 1, umieszczenie na nieruchomości obiektów i urządzeń infrastruktury telekomunikacyjnej, w szczególności instalowanie urządzeń telekomunikacyjnych, przeprowadzanie linii kablowych pod nieruchomością, na niej lub nad nią, umieszczanie tabliczek informacyjnych o urządzeniach, a także ich eksploatację i konserwację, jeżeli nie uniemożliwia to racjonalnego korzystania z nieruchomości, w szczególności nie prowadzi do istotnego zmniejszenia wartości nieruchomości. (...) Warunki korzystania z nieruchomości ustala się w umowie, która jest zawierana na piśmie w terminie 30 dni od dnia wystąpienia przez operatora z wnioskiem o jej zawarcie. (...) Jeżeli w terminie, o którym mowa w ust. 3, nie zostanie zawarta umowa, stosuje się przepisy art. 124 i 124a ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2010 r. Nr 102, poz. 651).

W tym miejscu zważyć należy, że przepis art. 33 *wrstu* wyraża pewną ideę ustawodawcy, który za celowe uznaje, aby w jednym budynku istniały instalacje wielu operatorów świadczących w sposób konkurencyjny usługi w tym samym lub podobnym zakresie oraz wskazuje, jak winna wyglądać procedura udostępnienia zasobów Gminy operatorowi.

Z treści przepisu wynika zatem, że nakazuje on wyrażenie zgody na umieszczenie na nieruchomości obiektów i urządzeń infrastruktury telekomunikacyjnej, w szczególności instalowanie urządzeń telekomunikacyjnych, przeprowadzanie linii kablowych pod nieruchomością, na niej lub nad nią, umieszczanie tabliczek informacyjnych o urządzeniach, a także ich eksploatację i konserwację, jeżeli nie uniemożliwia to racjonalnego korzystania z nieruchomości, w szczególności nie prowadzi do istotnego zmniejszenia wartości nieruchomości.

Negatywna przesłanka udzielenia zgody na dostęp do nieruchomości w postaci uniemożliwienia racjonalnego korzystania z nieruchomości, w szczególności istotnego zmniejszenia wartości nieruchomości nie dawała Gminie podstaw do nie wyrażania zgody na rozpoczęcie przez TELBIUR prac instalacyjnych. Racjonalne korzystanie z nieruchomości jest bowiem oceniane jako niemożliwe jedynie wówczas, gdy blokuje taki sposób korzystania, który jest zgodny z przeznaczeniem i charakterem nieruchomości, przy czym chodzi tu o korzystanie z nieruchomości po zakończeniu prac, a nie w ich trakcie. Naruszenie ingerencji wyznaczonej w art. 33 *wrstu* miałyby miejsce jedynie wtedy, gdy, po zainstalowaniu urządzeń lub linii zaistniałaby konieczność zagospodarowania nieruchomości w inny niż dotychczas sposób lub istotnie zmniejszyłaby się jej wartość. (Stanisław Piątek, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, C.H. Beck 2005 - na bazie tożsamesgo uchylonego przepisu art. 140 ustawy – *Prawo telekomunikacyjne*). Zainstalowanie w budynkach Gminy instalacji kablowej z oczywistych względów nie miałyby w ogóle wpływu na sposób i zakres korzystania z nieruchomości.

Wykonanie prac instalacyjnych nie spowodowałoby także zmniejszenia wartości nieruchomości. W ocenie Prezesa UOKiK, jakiegokolwiek uzbrojenie nieruchomości w dodatkową instalację poprawiającą komfort zamieszkiwania w lokalach znajdujących się w budynku mieszkalnym może wręcz wartość tę podnosić. Nieruchomości, w których nabywca będzie mógł w pełni korzystać z dostępnej oferty świadczeń telekomunikacyjnych są uważane za atrakcyjniejsze, a co za tym idzie nabywcy są skłonni zapłacić za nie wyższe ceny. Zwalnia ich to bowiem z ponoszenia kosztów i wysiłku zakładania instalacji we własnym zakresie.

Co zaś do ubocznych i niekorzystnych efektów dla terenów i budynków pozostających w zarządzie Gminy, spowodowanych ewentualnymi robotami budowlanymi, to należy podkreślić, że w umowie zawieranej przez Gminę - ZGK z operatorem można określić

wymagania techniczne dotyczące wykonawstwa instalacji w taki sposób, aby ograniczyć uciążliwości związane z prowadzeniem tych prac. Umowa może także określać kwestie odpowiedzialności wykonawcy sieci w razie wyrządzenia szkód w zasobach Gminy w toku prac w tym także tych, które są objęte zakresem gwarancji wykonawcy. Tak też ostatecznie uczyniono w ostatnim projekcie umowy. Ponadto, w ocenie Prezesa UOKiK prace instalacyjne są tak mało inwazyjne, iż ich oddziaływanie na budynek mieszkalny jako całość jest minimalne.

Konkludując tę kwestię, należy stwierdzić, że przesłanki zawarte w art. 33 *wrustu* wyczerpują warunki, na jakich właściciel lub użytkownik wieczysty, jest obowiązany umożliwić innym operatorom dostęp do budynków i infrastruktury telekomunikacyjnej jak i umieszczenie na nieruchomości obiektów i urządzeń infrastruktury telekomunikacyjnej, w szczególności instalowanie urządzeń telekomunikacyjnych, przeprowadzanie linii kablowych pod nieruchomością, na niej lub nad nią, umieszczanie tabliczek informacyjnych o urządzeniach, a także ich eksploatację i konserwację.

W świetle tych rozważań za nieuzasadnione należy uznać warunki stawiane przez Gminę Zawiadamiącej oraz stanowisko Gminy, iż warunki te były podyktowane chęcią szczególnej dbałości o budynek objęty gwarancją wykonawcy.

Po pierwsze, nie znajduje żadnego obiektywnego uzasadnienia, a tym bardziej ustawowego warunek udzielenia zgody na udostępnienie nieruchomości budynkowej położonej w Szczytnie przy ulicy Łomżyńskiej 22b, w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych tylko mieszkańcom lokali nr 17 i 18. Przede wszystkim art. 33 *wrustu* stanowi, iż zgoda obejmuje całą nieruchomość, o dostęp do której operator telekomunikacyjny wnioskuje. Ponadto, procedura wydawania zgody tylko na jedno z mieszkań zlokalizowanych w danym budynku mieszkalnym jest bardzo uciążliwa dla operatora i nie uwzględnia procesów montażu instalacji, która w sytuacji prowadzenia jej na najwyższe piętro budynku i tak musi przebiegać od pomieszczeń piwnicznych poprzez wszystkie kondygnacje budynku. Stawianie takiego warunku nie może być więc uzasadniane chęcią dbałości o estetykę klatek schodowych. Nie dosyć bowiem, że instalacje te mogą być prowadzone w istniejących kanałach do tych celów przeznaczonych lub w estetyczny sposób metodą natynkową, to często prowadzenie instalacji do jednego tylko odbiorcy powoduje konieczność przeprowadzenia instalacji niemal w całości. Ograniczenie zatem zgody do dwóch mieszkań nie realizuje celu jakim rzekomo kierowała się Gmina.

W konsekwencji, należy uznać, że wymóg występowania każdorazowo o zgodę do ZGK w przypadku zgłoszenia zainteresowania usługami Zawiadamiącej nowego odbiorcy zamieszkującego w przedmiotowym budynku, za szczególnie uciążliwe i wręcz torpedujące działania operatora, co skutecznie mogło go zniechęcić do prowadzenia działalności w zasobach mieszkaniowych Gminy.

Należy zaznaczyć, że nie ma tu znaczenia fakt że TELBIUR zainstalował wcześniej swoje urządzenia w budynku przy ul. Łomżyńskiej 22A. Instalacja przebiegła bowiem, bez faktycznej zgody Gminy lub Zakładu na instalację urządzeń nadawczo odbiorczych, które są konieczne do odbierania i nadawania sygnału. Sytuacja ta pokazuje, że przedsiębiorca, aby uzyskać dostęp do nieruchomości musiał świadomie posunąć się do działań, które naruszają uprawnienia właścicielskie Gminy. Świadczy to o tym, że dążenie do uzyskania dostępu do rynku przez TELBIUR, poparte zapotrzebowaniem na jej usługi było rzeczywiste, zaś blokowanie tego dostępu ze strony Gminy już wówczas miało charakter stanowczy i długotrwały.

Po drugie, za nieuzasadniony należy uznać warunek opracowania dokumentacji technicznej zgodnie z ustawą - *Prawo telekomunikacyjne* i uzgodnienia jej z Przedsiębiorstwem Handlowo-Usługowym „ABC” Agnieszka Tyszka udzielającym gwarancji na budynek.

W ocenie Prezesa UOKiK ustawa – *Prawo telekomunikacyjne* nie wprowadza wymogu opracowywania dokumentacji technicznej instalacji sieci telekomunikacyjnej. Podobnie jest w przypadku ustawy - *Prawo budowlane*. Zdaniem Prezesa UOKiK wystarczające jest opracowanie projektu, który będzie odzwierciedlał rozproszony instalacji w budynku, co Zawiadamiająca przedstawiła zarządcy.

Tym bardziej nieuprawniony jest wymóg uzgadniania żądanej dokumentacji z wykonawcą budynku, który nie jest jego zarządcą. Zgodnie bowiem z art. 33 *wrustu* udostępniającym jest właściciel, użytkownik wieczysty nieruchomości lub zarządca nieruchomości. Obowiązki wynikające z tego przepisu obciążają zatem te trzy podmioty. To na właścicielu, użytkowniku wieczystym lub zarządcy nieruchomości spoczywa obowiązek udostępnienia nieruchomości i uzgodnienia warunków korzystania z niej przez operatora telekomunikacyjnego. Gmina Miasta Szczytno jako właściciel musiała znać warunki gwarancji i mogła w uzgodnieniu z wykonawcą budynku ustalić warunki udostępnienia nieruchomości w taki sposób by nie naruszać warunków gwarancji. Gmina przerzuciła jednak w sposób nieuprawniony ten obowiązek na Zawiadamiającą, nie udostępniając jej jednocześnie warunków tej gwarancji. W ramach tych ustaleń możliwe było także ustalenie w jakim zakresie nastąpi naprawienie szkód powstałych przy montowaniu instalacji bez naruszania warunków gwarancji. Obowiązek poniesienia kosztów związanych z utratą gwarancji na skutek prac instalacyjnych był warunkiem zbyt uciążliwym i wynikał jedynie z zaniechania podjęcia odpowiednich rozmów zarządcy nieruchomości z wykonawcą budynku. Ustalenia te z pewnością rozwiązałyby wszystkie wątpliwości i wykonanie instalacji zgodnie z zaleceniami gwaranta nie spowodowałoby żadnych kosztów i problemów związanych z realizacją uprawnień gwarancyjnych. W konsekwencji także warunek **naprawienia wszelkich szkód powstałych w trakcie montażu instalacji, w tym tych wynikających z utraty gwarancji przez właściciela budynku należy uznać za nieuzasadniony**. Ponadto, słuszne jest stanowisko Zawiadamiającej wyrażone w piśmie do zarządcy nieruchomości, w którym wyraziła ona pogląd, że w przedmiotowej sytuacji mówić można co najwyżej o utracie gwarancji tylko w zakresie wykonywanych przez TELBIUR prac instalacyjnych czyli w obrębie wyrządzonej szkody, nie zaś w sposób szerszy lub w zakresie wszystkich szkód powstałych po utracie gwarancji. Dbalność o zabezpieczenie roszczeń gwarancyjnych leży po stronie właściciela nieruchomości i to on winien zadbać o to by ustawowy obowiązek udostępnienia nieruchomości nie wpłynął na warunki przysługującej mu gwarancji.

Podobnie należy ocenić warunek spełnienia wymagań określonych w § 192 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002r. *w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie*. Przepis ten w istocie dotyczy firm budowlanych, projektantów, tak więc nie jest adresowany do operatora telekomunikacyjnego.

Po trzecie, zupełnie bezzasadne jest żądanie, by operator w przypadku zaprzestania dostawy usług wskazanym wnioskodawcom usunął instalację z budynku. Mając na uwadze, iż nieuzasadnione było wydawanie zgody na dostęp do nieruchomości z ograniczeniem jedynie do dwóch mieszkań, tym bardziej bezzasadne jest żądanie by w przypadku rezygnacji z usług przez mieszkańców tych mieszkań operator musiał instalację usuwać w całości. Byłby wówczas ponownie pozbawiony możliwości świadczenia usług na rzecz innych mieszkańców

budynku, którzy już zgłosili zainteresowanie jego ofertą lub dopiero to zainteresowanie zgłoszą. Sytuacja ta doprowadzałaby do konieczności ponownego występowania o zgodę na dostęp do nieruchomości i ponawianie procedury, co byłoby nieuzasadnione przede wszystkim ekonomicznie. Również w tym przypadku, należy stwierdzić, że warunek ten nie mieści się w zakresie regulacji art. 33 *wrstu* tj. nie można go zakwalifikować, jako przeszkody w wyrażeniu zgody na dostęp do nieruchomości, gdyż doprowadziłoby to do nieracjonalnego z niej korzystania.

Podsumowując należy podkreślić, iż cały proces negocjowania umowy do momentu zaniechania stawiania nieuzasadnionych warunków wyrażenia zgody na dostęp do nieruchomości trwał od listopada 2010r. do lutego 2012, czyli 15 miesięcy. W zestawieniu z ustawowym terminem wynoszącym 30 dni należy stwierdzić, że okres uniemożliwiania Zawiadamiającej rozpoczęcia prac instalacyjnych w nieruchomości zarządzanej przez ZGK był stosunkowo długi.

W ocenie Prezesa UOKiK, świadczenie usług przez operatorów powinno odbywać się na podstawie swobodnie zawieranych umów przez poszczególnych mieszkańców zasobów mieszkaniowych Gminy z operatorami, którzy mają możliwość zaoferowania im swoich usług. O wyborze oferty powinni decydować potencjalni abonenci, którzy mają możliwość wyboru najkorzystniejszej cenowo dla siebie oferty i trafiającej w ich potrzeby i upodobania. Gmina powinna dać tym mieszkańcom możliwość dokonania tego wyboru z jak najszerzej oferty istniejącej na rynku. Blokując możliwość oferowania usług przez jednego z operatorów, ogranicza jednocześnie wybór po stronie konsumentów i zmusza często do skorzystania z oferty, która ich w pełni nie satysfakcjonuje. Tylko funkcjonowanie na jednym obszarze kilku operatorów gwarantuje wysoki poziom konkurencyjności oferowanych usług i niesie korzyść odbiorcom poprzez poprawianie oferty jakościowo, ale także cenowo⁵.

Należy także podkreślić, że co do zasady nieistotne są intencje, jakimi kierował się przedsiębiorca przy podejmowaniu decyzji o odmowie dostępu do nieruchomości. Uwaga organu antymonopolowego winna się bowiem skupiać przede wszystkim na skutku, jaki niewątpliwie w niniejszej sprawie wystąpił, tj. zaburzeniu konkurencji na wskazywanym w niniejszej decyzji rynku powiązanym. Zamiary oraz intencje przedsiębiorcy, które motywowały jego działania mogą co najwyżej mieć wpływ na wymiar kary za stosowanie opisanej w niniejszej sprawie praktyki (por. dec. Prezesa UOKiK Nr RWA-27/2008; wyrok Sądu Antymonopolowego z 7 listopada 2001 r., XVII Ama 18/01).

Reasumując, Gmina odmawiając TELBIUR - potencjalnemu konkurentowi pozostałych przedsiębiorców działających na rynku powiązanym stałego dostępu do Internetu - dostępu do swej nieruchomości w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych, nadużyła pozycji dominującej na rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych Gminy, co w konsekwencji doprowadziło do wystąpienia antykonkurencyjnych skutków zarzucanej praktyki na rynku powiązanym.

Mając na uwadze powyższe rozważania, należy dojść do wniosku, że wymienione na wstępie tej części uzasadnienia decyzji przesłanki: posiadania przez przedsiębiorcę pozycji dominującej na rynku właściwym i jednoczesnego jej nadużywania, zostały spełnione.

⁵ Por. wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 6 grudnia 2000r., sygn. akt XVII Ama 101/99.

Należy jednak zauważyć, że przedsiębiorca zaniechał stosowanej praktyki przedkładając w dniu 24 lutego 2012 r. projekt umowy pozbawiony wyżej wymienionych i opisanych nieuzasadnionych warunków dostępu do nieruchomości. Tym samym należy uznać, iż z tym dniem zaniechał stosowanej praktyki.

Jednocześnie ZGK oświadczył, że, w przypadku pozostałych nieruchomości, zarządzanych przez Gminę Miasta Szczytno - Zakład Gospodarki Komunalnej, ZGK dopuszcza możliwość zawarcia umowy o dostęp do nich w celu budowy sieci telekomunikacyjnych, na stosowny wniosek zainteresowanych. Przedsiębiorca winien złożyć stosowny wniosek, z wyszczególnieniem adresów nieruchomości i budynków, które chciałby wyposażyć w instalację telekomunikacyjną.

Zgodnie z art. 10 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, Prezes UOKiK wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazującą zaniechanie jej stosowania, jeżeli stwierdzi naruszenie zakazu określonego w art. 6 lub 9 ustawy lub art. 81 lub 82 Traktatu WE. W związku z tym orzeczono jak w punkcie I sentencji decyzji.

II. Kara pieniężna

Stosownie do art. 106 ust. 1 pkt 1 *okiku*, Prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu, osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6, w zakresie nie wyłączonym na podstawie art. 7 i art. 8, lub naruszenia zakazu określonego w art. 9 *okiku*.

Ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* wprowadziła zatem zasadę fakultatywności kar nakładanych przez organ antymonopolowy na przedsiębiorców, którzy dopuścili się naruszenia zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję, o których mowa w jej art. 6 lub 9. Mając na uwadze stopień naruszenia interesu publicznoprawnego oraz fakt, iż zarówno Prezes UOKiK jak i sądy w orzeczeniach antymonopolowych wielokrotnie wskazywali na bezprawność opisanych działań, w niniejszej sprawie organ antymonopolowy postanowił nałożyć na Gminę karę pieniężną.

W niniejszej decyzji Prezes UOKiK dowiódł naruszenia przez Gminę-ZGK praktyki opisanej w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 przywołanej wyżej ustawy. Okoliczności naruszenia przez Gminę-ZGK zakazu praktyk ograniczających konkurencję w pełni uzasadniają nałożenie kary pieniężnej. Skuteczne oddziaływanie na kształtowanie się zachowania tego przedsiębiorcy zgodnie z regułami konkurencji wymaga, by w przypadku stwierdzonego w niniejszej decyzji stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, nałożyć na niego karę pieniężną, o jakiej mowa w art. 106 ust. 1 pkt 1 *okiku*.

Nakładając karę pieniężną, Prezes UOKiK wziął pod uwagę konieczność spełnienia przesłanek podmiotowych, tj. stwierdzenia, że określone w ww. przepisie naruszenie dokonane było co najmniej nieumyślnie. Konieczność brania pod uwagę przesłanki winy w przypadku stosowania kar pieniężnych określonych w art. 106 *okiku* wynika bezpośrednio nie tylko z treści tego przepisu, ale również pozostaje w zgodzie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego (orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 1 marca 1994 r.; sygn. U. 7/93). Jest to również zbieżne z zasadami stosowania kar pieniężnych, które obowiązują we wspólnotowym prawie konkurencji. Zgodnie bowiem z art. 23 ust. 2 lit. a Rozporządzenia Rady Unii Europejskiej z dnia 16 grudnia 2002 r. (Dz. Urz. UE nr L 1 z dnia 4 stycznia 2003 r.) Komisja może w drodze decyzji nałożyć karę pieniężną na przedsiębiorców lub

związki przedsiębiorców, jeżeli umyślnie lub nieumyślnie naruszają zakazy określone w art. 81 lub 82 TWE.

W niniejszej sprawie zasadnym jest przypomnieć, że zgodnie z art. 83 *Konstytucji RP*, każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej. Obowiązek znajomości i przestrzegania norm prawa ciąży tym bardziej na profesjonalnych uczestnikach rynku, takich jak zarządca nieruchomości ZGK, działający w imieniu Gminy. Podmioty profesjonalnie działające na rynku powinny mieć możliwość przewidzenia, że podejmowane przez nie antykonkurencyjne działania będą uznane przez Prezesa UOKiK za praktykę ograniczającą konkurencję i nie mogą skutecznie dowodzić braku świadomości naruszenia zakazu nadużywania pozycji dominującej.

W ocenie Prezesa UOKiK, okoliczności sprawy wskazują, że działanie Gminy i działającego w jej imieniu Zakładu Gospodarki Komunalnej miało charakter umyślny. Opisane w niniejszej decyzji zachowanie władz Gminy i działającego w jej imieniu Zakładu w zakresie udostępniania zasobów mieszkaniowych wskazuje, że ich członkowie co najmniej przewidywali możliwość wywołania skutków antykonkurencyjnych na rynku powiązanim i na to się godzili. Świadczą o tym stanowcze stwierdzenia tych podmiotów mimo wyjaśnień Zawiadamiającej podstaw prawnych obowiązków właściciela nieruchomości.

Zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 1 *okiku* istnieje możliwość nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej w wysokości nie większej niż 10% przychodu, osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Przychód Gminy z tytułu wpływów do budżetu z działalności Zakładu Gospodarki Komunalnej w 2011r. wyniósł **4.422.284,99 zł**. Ustawa nie przesądza bezwzględnie wysokości kary nakładanej przez Prezesa UOKiK, który decyduje o tym w każdym konkretnym przypadku. Przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej w niniejszej sprawie Prezes UOKiK wziął pod uwagę niżej opisane okoliczności.

W ocenie Prezesa UOKiK wyżej opisane naruszenie należy zakwalifikować jako **pozostałe**. Przede wszystkim jest to uzasadnione tym, że, praktyka Gminy doprowadziła do ograniczenia konkurencji na rynku powiązanim- usług dostępu do Internetu, całkowicie jej jednak nie wyłączając. Omawiany stan faktyczny należy zatem ocenić jako przypadek nadużywania pozycji dominującej o mniejszej wadze. Jak bowiem wynika z ustaleń faktycznych na tych rynkach działali także inni operatorzy, oferujący usługi stanowiące substytuty dla usług oferowanych przez TELBIUR.

W ocenie Prezesa UOKiK powyższe okoliczności nakazują określić wyjściowy odsetek przychodu do dalszego obliczenia wysokości kary na **0,3 % (13.266,85 zł)**.⁶

Wychodząc z założenia, że wymiar kary pieniężnej nakładanej za stosowanie przez przedsiębiorcę praktyk ograniczających konkurencję powinien być uzależniony od wpływu stwierdzonego naruszenia na rynek, Prezes Urzędu rozważył, czy ustalona wyżej wartość kary powinna podlegać dalszej modyfikacji. Wobec tego Prezes UOKiK zauważył, że w niniejszej sprawie należy uwzględnić następujące okoliczności:

- mimo, że produkt w postaci stałego dostępu do Internetu jest dla konsumentów towarem istotnym, to jednak, z uwagi na istnienie na rynku ofert konkurencyjnych przedsiębiorców telekomunikacyjnych i związanie abonentów z tymi przedsiębiorcami umowami o charakterze okresowym, mieszkańcy zasobów Gminy nie są szczególnie wrażliwi na wprowadzenie na rynek oferty nowego operatora;

⁶ Por. Decyzja Prezesa UOKiK nr RBG-9/2009 z dnia 24 sierpnia 2009r., Dziennik Urzędowy Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Nr 4/2009

- jak już wskazano, rynek dostaw Internetu nie jest zmonopolizowany, bowiem działają na nim także inni operatorzy Internetowi;
- brak przychodów z tytułu działalności związanej dostarczaniem Internetu i w konsekwencji brak korzyści finansowych dla Gminy wynikających ze stosowania praktyki;

Wobec powyższego Prezes UOKiK uznał, że z uwagi na specyfikę rynku i działalności przedsiębiorcy należy obniżyć kwotę bazową kary o **40% (7.960,11 zł)**.

Jeśli chodzi o okres stosowania praktyki, na którego potrzebę uwzględniania wskazuje wprost treść art. 104 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, to należy to uznać jako długi. Gmina blokowała bowiem dostęp do nieruchomości od listopada 2010r. do lutego 2012r., czyli nieco ponad 15 miesięcy. Z tego względu Prezes UOKiK zdecydował podwyższyć kwotę kary określoną wyżej o **10% (8.756,12 zł)**.

Prezes UOKiK uwzględnił okoliczność łagodząca w postaci zaniechania stosowania praktyki w dniu 24 lutego 2012r.

Okolicznością obciążającą Gminę Miasta Szczytno jest niewątpliwa umyślność stosowania zarzucanej jej praktyki. Z uwagi zatem na to Prezes UOKiK zdecydował podwyższyć kwotę kary o **10% (9.632 zł)**.

W ocenie Prezesa UOKiK ww. kara pieniężna w pełni odpowiada stopniowi zawinienia Gminy. Nakładając karę w ustalonej wyżej wysokości, Prezes UOKiK wyszedł z założenia, iż powinna ona mieć charakter zarówno represyjny, jak i prewencyjny, przyczyniając się do zapewnienia trwałego zaniechania naruszania przez Gminę w przyszłości reguł konkurencji.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów odnosi wysokość kary pieniężnej do procentowej wielkości przychodu przedsiębiorcy. Przy czym pod pojęciem przychodu należy rozumieć przychód uzyskany w roku podatkowym poprzedzającym dzień wszczęcia postępowania na podstawie ustawy, w rozumieniu obowiązujących przedsiębiorcę przepisów o podatku dochodowym (por. art. 4 pkt 15 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). Uwzględniając przychód Gminy z tytułu działalności Zakładu w 2011 r., ustalony na podstawie przekazanych przez nią dokumentów finansowych, nałożona na nią kara pieniężna mieści się w granicach wyznaczonych przez art. 106 ust. 1 pkt 1 tej ustawy i jednocześnie stanowi **0,21 % przychodu przedsiębiorcy**, przewidzianej za naruszenie zakazu określonego w art. 9 ww. ustawy.

W świetle wskazanych okoliczności, nałożenie przedmiotowej kary, jak i jej wysokość, jest w pełni uzasadniona.

W związku z powyższym należało orzec jak w pkt II sentencji.

III. Koszty postępowania

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

W punktach I i II sentencji niniejszej decyzji Prezes Urzędu w wyniku przeprowadzonego przeciwko Gminie Miasta Szczytno - Zakładowi Gospodarki Komunalnej postępowania stwierdził stosowanie przez Gminę Miasta Szczytno - Zakład Gospodarki Komunalnej, praktyki polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych tej Gminy w Szczytnie, co stanowi naruszenie art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 *okiku*. Spełniona została zatem przesłanka wynikająca z art. 77 ust. 1 *okiku* pozwalająca na obciążenie przedsiębiorcę kosztami przeprowadzonego postępowania, którymi są dla Prezesa Urzędu wydatki w kwocie 16,95 zł związane z prowadzoną w toku tego postępowania korespondencją.

W związku z tym postanowiono obciążyć Gminę Miasta Szczytno kosztami postępowania w wysokości 16,95 zł (szesnaście złotych i 95/100).

W związku z powyższym należało orzec jak w pkt III sentencji.

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów - karę pieniężną należy uiszczyć w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji, na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie nr: **NBP O/O Warszawa 51101010100078782231000000**.

Zgodnie z art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479²⁸ § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 1964r. Nr 43, poz. 296 ze zmian.) – 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 – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Bydgoszczy.

W przypadku jednak kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach zawartego w punkcie III niniejszej decyzji, stosownie do treści art. 81 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479³² § 1 i 2 Kodeksu postępowania cywilnego, należy wnieść zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Bydgoszczy w terminie tygodnia od dnia doręczenia niniejszej decyzji.

*Z up. Prezesa Urzędu
Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Dyrektor Delegatury w Bydgoszczy
Dorota Karczewska*

Otrzymują:

1. Gmina Miasta Szczytno

ul. Sienkiewicza 1
12-100 Szczytno

2. a/a