



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

DELEGATURA w ŁODZI

ul. Piotrkowska 120
90-006 Łódź
tel. (42) 636 36 89, fax (42) 636 07 12
e-mail: lodz@uokik.gov.pl

RŁO-411-6()11/AB

Łódź, dnia 8 listopada 2011 r.

DECYZJA Nr RŁO 37/2011

- I.** Na podstawie art. 10 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu przeciwko Gminie Bogoria

- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

- 1. uznaje się za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz określony w art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 6** tej ustawy, **praktykę** polegającą na nadużywaniu pozycji dominującej przez Gminę Bogoria, na lokalnym rynku zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków obejmującym obszar gminy Bogoria poprzez narzucanie uciążliwych i przynoszących nieuzasadnione korzyści warunków umów o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków w związku ze stosowaniem w ich treści zapisów, zgodnie z którymi Gmina Bogoria nie ponosi odpowiedzialności za ograniczenie albo wstrzymanie dostaw wody bądź ograniczenie lub wstrzymanie odbioru ścieków wywołane brakiem wody na ujęciu **i nakazuje się zaniechanie jej stosowania,**
- 2. uznaje się za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz określony w art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 6** tej ustawy **praktykę** polegającą na nadużywaniu pozycji dominującej przez Gminę Bogoria, na lokalnym rynku zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków obejmującym obszar gminy Bogoria poprzez narzucanie uciążliwych i przynoszących nieuzasadnione korzyści warunków umów o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków w związku ze stosowaniem w ich treści zapisów, zgodnie z którymi Gmina Bogoria nie ponosi odpowiedzialności za ograniczenie albo wstrzymanie dostaw wody bądź ograniczenie lub wstrzymanie odbioru ścieków wywołane zanieczyszczeniem wody na ujęciu w sposób niebezpieczny dla zdrowia i życia **i nakazuje się zaniechanie jej stosowania,**
- 3. uznaje się za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz określony w art. 9 ust.**

1 i ust. 2 pkt 6 tej ustawy **praktykę** polegającą na nadużywaniu pozycji dominującej przez Gminę Bogoria, na lokalnym rynku zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków obejmującym obszar gminy Bogoria poprzez narzucanie uciążliwych i przynoszących nieuzasadnione korzyści warunków umów o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków w związku ze stosowaniem w ich treści zapisów, zgodnie z którymi Gmina Bogoria nie ponosi odpowiedzialności za ograniczenie albo wstrzymanie dostaw wody bądź ograniczenie lub wstrzymanie odbioru ścieków wywołane przerwami w zasilaniu energetycznym urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych i **nakazuje się zaniechanie jej stosowania**,

4. **uznaje się za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz określony w art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 6** tej ustawy **praktykę** polegającą na nadużywaniu pozycji dominującej przez Gminę Bogoria, na lokalnym rynku zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków obejmującym obszar gminy Bogoria poprzez narzucanie uciążliwych i przynoszących nieuzasadnione korzyści warunków umów o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków w związku ze stosowaniem w ich treści zapisów, zgodnie z którymi w przypadku wykazania, że uszkodzenie wodomierza nastąpiło z winy odbiorcy wody, ilość pobranej wody nalicza się odpowiednio do ilości, która mogła popłynąć pełnym przekrojem rury przyłącza wodociągowego z dniem od ostatniego odczytu wodomierza i **nakazuje się zaniechanie jej stosowania**.

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

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

nakłada się na Gminę Bogoria karę pieniężną w wysokości:

1. 844 zł (słownie: osiemset czterdzieści cztery złote) z tytułu naruszenia zakazu określonego w art. 9 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w zakresie opisanym w punkcie I.1, I.2 i I.3 sentencji niniejszej decyzji, płatną do budżetu państwa,
2. 844 zł (słownie: osiemset czterdzieści cztery złote) z tytułu naruszenia zakazu określonego w art. 9 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w zakresie opisanym w punkcie I.4 sentencji 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, ze zm.) oraz art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jednolity: Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071, ze zm.) w związku z art. 83 wyżej wymienionej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz stosownie do jej art. 33 ust. 6

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

postanawia się obciążyć Gminę Bogoria kosztami opisanego na wstępie postępowania antymonopolowego i zobowiązuje się Gminę Bogoria do ich zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w kwocie 22,60 zł. (słownie: dwadzieścia dwa złote 60/100) w terminie 7 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Uzasadnienie

W toku postępowania wyjaśniającego sygn. akt RŁO-400-09/11 Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – zwany dalej: „Prezesem Urzędu” – ustalił, że na terenie gminy Bogoria usługi zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków wykonuje Gmina Bogoria samodzielnie, wobec tego jest przedsiębiorcą wodociągowo-kanalizacyjnym. W obrocie gospodarczym z konsumentami jak i przedsiębiorcami Gmina Bogoria zawiera umowy w oparciu o opracowany wzór pod nazwą „Umowa na zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków” (dowód: karty Nr 6-12).

W § 10 ust. 1 pkt 3 tego wzoru umowy Gmina Bogoria ustaliła, że: „Dostawca nie ponosi odpowiedzialności za ograniczenie albo wstrzymanie dostaw wody bądź ograniczenie lub wstrzymanie odbioru ścieków wywołane brakiem wody na ujęciu” (dowód: karta Nr 8).

W § 10 ust. 1 pkt 4 tego wzoru umowy Gmina Bogoria ustaliła, że: „Dostawca nie ponosi odpowiedzialności za ograniczenie albo wstrzymanie dostaw wody bądź ograniczenie lub wstrzymanie odbioru ścieków wywołane zanieczyszczeniem wody na ujęciu w sposób niebezpieczny dla zdrowia i życia” (dowód: karta Nr 8).

W § 10 ust. 1 pkt 6 tego wzoru umowy Gmina Bogoria ustaliła, że: „Dostawca nie ponosi odpowiedzialności za ograniczenie albo wstrzymanie dostaw wody bądź ograniczenie lub wstrzymanie odbioru ścieków wywołane przerwami w zasilaniu energetycznym urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych” (dowód: karta Nr 8).

W § 15 ust. 1 zd. 2 tego wzoru umowy Gmina Bogoria ustaliła, że: „W przypadku wykazania, że uszkodzenie wodomierza nastąpiło z jego winy ilość pobranej wody nalicza się odpowiednio do ilości, która mogła popłynąć pełnym przekrojem rury przyłącza wodociągowego z dniem od ostatniego odczytu wodomierza.” (dowód: karta Nr 10).

Prezes Urzędu uznał, że powyższe zapisy mogą stanowić przejaw narzucania uciążliwych warunków umów przynoszących Gminie Bogoria nieuzasadnione korzyści. W związku z powyższym, Prezes Urzędu, Postanowieniem Nr 1/411-6/11 wydanym w dniu 10 czerwca 2011 r. (dowód: karty Nr 1-2) wszczął postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem naruszenia przez Gminę Bogoria zakazu określonego w art. 9 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, ze zm.) – zwanej dalej „ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów” – polegającym na nadużywaniu przez Gminę Bogoria pozycji dominującej na lokalnym rynku zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków obejmującym obszar gminy Bogoria, poprzez narzucanie uciążliwych i przynoszących nieuzasadnione korzyści warunków umów o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków w związku z zamieszczeniem w ich treści zapisów, zgodnie z którymi:

- 1) Gmina Bogoria nie ponosi odpowiedzialności za ograniczenie albo wstrzymanie dostaw wody bądź ograniczenie lub wstrzymanie odbioru ścieków wywołane brakiem wody na ujęciu;
- 2) Gmina Bogoria nie ponosi odpowiedzialności za ograniczenie albo wstrzymanie dostaw wody bądź ograniczenie lub wstrzymanie odbioru ścieków wywołane zanieczyszczeniem wody na ujęciu w sposób niebezpieczny dla zdrowia i życia;

- 3) Gmina Bogoria nie ponosi odpowiedzialności za ograniczenie albo wstrzymanie dostaw wody bądź ograniczenie lub wstrzymanie odbioru ścieków wywołane przerwami w zasilaniu energetycznym urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych;
 - 4) W przypadku wykazania, że uszkodzenie wodomierza nastąpiło z jego winy ilość pobranej wody nalicza się odpowiednio do ilości, która mogła popłynąć pełnym przekrojem rury przyłącza wodociągowego z dniem od ostatniego odczytu wodomierza,
- o czym zawiadomił Gminę Bogoria (dowód: karty Nr 3-4).

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego Gmina Bogoria w piśmie ROŚ.7021.3.2011 z dnia 29 czerwca 2011 r. (dowód: karty Nr 84 i 85) wyjaśniła, iż nie wystąpiły zdarzenia, których dotyczą postanowienia kwestionowane w pkt 1), 2) i 3) postanowienia o wszczęciu postępowania. Zaś poprzez zainstalowanie na sieci wodociągowej systemu monitoringu możliwość wystąpienia tych zdarzeń została zminimalizowana, a możliwość podjęcia czynności natychmiastowego ich usunięcia, bądź naprawy znacznie przyspieszona. Ponadto poprzez zainstalowanie na ujęciu wody oraz pozostałych obiektach systemu alarmowego informującego o każdorazowej próbie otworzenia włazów, ryzyko zanieczyszczenia wody na ujęciu w sposób niebezpieczny dla zdrowia i życia zostało ograniczone do minimum (dowód: karta Nr 86). W odniesieniu do postanowienia kwestionowanego w pkt 4) Gmina wyjaśniła, że zapis ten również nie jest stosowany, bo w sytuacji kiedy zostało stwierdzone uszkodzenie wodomierza z winy odbiorcy usług ilość pobranej wody jest naliczana na podstawie średniego zużycia wody w okresie 3 miesięcy przed stwierdzeniem niesprawności wodomierza (dowód: karta Nr 86 verte). W piśmie tym Gmina wyjaśniła, że „(...) zakwestionowane zapisy miały i mają charakter zapisu martwego i nie były wykorzystywane przeciwko odbiorcom usług w sposób budzący podejrzenia o ich uciążliwości oraz w sposób przynoszący nieuzasadnione korzyści.” (dowód: karta Nr 86 verte). Gmina oświadczyła również, że zostały podjęte działania zmierzające do zmiany kwestionowanych postanowień (dowód: karta Nr 86 verte).

Do pisma ROŚ. 7021.5.2011 z dnia 27 lipca 2011 r. Gmina Bogoria załączyła projekt nowego wzorca umowy o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków (dowód: karty Nr 59-65), w którym dokonała następujących zmian:

- postanowienia dotyczące wyłączenia odpowiedzialności za ograniczenie albo wstrzymanie dostaw wody bądź ograniczenie lub wstrzymanie odbioru ścieków wywołane brakiem wody na ujęciu, zanieczyszczeniem wody na ujęciu w sposób niebezpieczny dla zdrowia i życia, przerwami w zasilaniu energetycznym urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych zostały usunięte (dowód: karty Nr 96-99),
- postanowienie o treści: „*W przypadku wykazania, że uszkodzenie wodomierza nastąpiło z jego winy ilość pobranej wody nalicza się odpowiednio do ilości, która mogła popłynąć pełnym przekrojem rury przyłącza wodociągowego z dniem od ostatniego odczytu wodomierza*” otrzymało brzmienie: „*W przypadku wykazania, że uszkodzenie wodomierza nastąpiło z jego winy ilość pobranej wody ustala się na podstawie średniego zużycia wody w okresie 3-ch miesięcy przed stwierdzeniem niesprawności wodomierza, a gdy nie jest to możliwe – na podstawie średniego zużycia wody w analogicznym okresie roku ubiegłego lub iloczynu średniomiesięcznego zużycia wody w roku ubiegłym i liczby miesięcy niesprawności wodomierza*” (dowód: karta Nr 98).

Zgodnie z przekazanym przez Gminę Bogoria sprawozdaniem z wykonania budżetu za 2010 r. zatwierdzonym Uchwałą Nr VII/63/2011 Rady Gminy Bogoria z dnia 16 czerwca 2011 r. – suma dochodów budżetowych Gminy Bogoria z majątku oraz jej pozostałych dochodów własnych, wykonanych w 2010 r. wynosiła (tajemnica przedsiębiorcy) zł (dowód: karty Nr 103 – 135).

Prezes Urzędu ustalił, co następuje:

Gmina Bogoria jest jednostką samorządu terytorialnego w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jednolity Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591, ze zm.) – zwanej dalej: „ustawą o samorządzie gminnym” – posiadającą osobowość prawną i działającą przez swoje organy. Statut Gminy Bogoria został przyjęty uchwałą Rady Gminy w Bogorii Nr VI/45/2003 z dnia 26 czerwca 2003 r. (dowód: karty Nr 24 – 41). Zgodnie ze statutem jest to gmina, obejmująca obszar 123,410 km² w powiecie staszowskim. Swoje zadania własne w zakresie zaspokajania zbiorowych potrzeb wspólnoty, dotyczące wodociągów i zaopatrzenia w wodę, zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 3 ustawy o samorządzie gminnym, Gmina Bogoria realizuje samodzielnie. Realizacja dostaw wody ma miejsce za pośrednictwem gminnej sieci wodociągowej o łącznej długości 150,5 km, która dociera do 2.174 odbiorców, zaś odbiór ścieków następuje za pośrednictwem gminnej sieci kanalizacyjnej o łącznej długości 39,0 km, która odbiera ścieki od 665 dostawców (dowód: karta Nr 7). Zgodnie z art. 2 pkt 4 ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (Dz. U. z 2006 r. Nr 123, poz. 858 ze zm.) – zwanej dalej: „ustawą o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków” – Gmina Bogoria jest przedsiębiorstwem wodociągowo-kanalizacyjnym.

W ramach prowadzonej działalności związanej z zaopatrzeniem w wodę i odprowadzaniem ścieków Gmina Bogoria zawiera z odbiorcami wody i dostawcami ścieków pisemne umowy, stosując wzór pn. „Umowa o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków” (dowód: karty Nr 6 - 12). Umowy w oparciu o ten wzór są zawierane od stycznia 2010 r. (dowód: karta Nr 102).

W § 10 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy Gmina ustaliła, że: *„Dostawca nie ponosi odpowiedzialności za ograniczenie albo wstrzymanie dostaw wody bądź ograniczenie lub wstrzymanie odbioru ścieków wywołane brakiem wody na ujęciu”* (dowód: karta Nr 8).

W § 10 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy Gmina ustaliła, że: *„Dostawca nie ponosi odpowiedzialności za ograniczenie albo wstrzymanie dostaw wody bądź ograniczenie lub wstrzymanie odbioru ścieków wywołane zanieczyszczeniem wody na ujęciu w sposób niebezpieczny dla zdrowia i życia”* (dowód: karta Nr 8).

W § 10 ust. 1 pkt 6 wzoru umowy Gmina ustaliła, że: *„Dostawca nie ponosi odpowiedzialności za ograniczenie albo wstrzymanie dostaw wody bądź ograniczenie lub wstrzymanie odbioru ścieków wywołane przerwami w zasilaniu energetycznym urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych”* (dowód: karta Nr 8).

W § 15 ust. 1 zd. 2 wzoru umowy Gmina ustaliła, że: *„W przypadku wykazania, że uszkodzenie wodomierza nastąpiło z jego winy ilość pobranej wody nalicza się odpowiednio do ilości, która mogła popłynąć pełnym przekrojem rury przyłącza wodociągowego z dniem od ostatniego odczytu wodomierza.”* (dowód: karta Nr 10).

Gmina Bogoria przekazała przykładowe umowy zawarte z konsumentami według tego wzoru, zawierające kwestionowane postanowienia (dowód: karty Nr 136 – 159).

Suma dochodów budżetowych Gminy Bogoria z majątku oraz jej pozostałych dochodów własnych, wykonanych w roku 2010 wynosiła (tajemnica przedsiębiorcy) zł (dowód: karty Nr 103 – 135).

Prezes Urzędu zważył, co następuje:

Dla uznania, że niniejsza sprawa ma charakter antymonopolowy, w pierwszej kolejności należy ustalić, czy w jej okolicznościach doszło do naruszenia interesu publicznoprawnego, co wynika z art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a następnie wykazać, czy zostały spełnione przesłanki stosowania praktyki ograniczającej konkurencję zarzucanej Gminie Bogoria, to jest przesłanki stosowania praktyki wskazanej w art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 tej ustawy.

Naruszenie interesu publicznoprawnego

Podstawą do zastosowania przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest ustalenie, czy w rozpatrywanej sprawie doszło do naruszenia interesu publicznoprawnego. Art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, że określa ona warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Przepisy ustawy znajdują wobec tego zastosowanie wówczas, gdy zostaje zagrożony lub naruszony interes publiczny, polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego. Ma to miejsce w szczególności wtedy, gdy określonymi działaniami dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku, względnie, gdy wywołują one na rynku niekorzystne zjawiska (wyrok Sądu Antymonopolowego z 24 października 1991 r. sygn. akt XV Amr 8/90).

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

Gmina Bogoria, mając na lokalnym rynku zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków pozycję dominującą, ma możliwość eksploatowania tej pozycji z uszczerbkiem dla uczestników tego rynku po stronie popytu. Dla stwierdzenia naruszenia interesu publicznego wystarczające jest dowolne nadużycie siły rynkowej w relacjach ze słabszymi uczestnikami rynku, albowiem już sam fakt nadużycia posiadanej na rynku pozycji dominującej może naruszać interes publiczny. Dla oceny kwestii naruszenia interesu publicznoprawnego istotne jest także to, iż praktyki eksploatacyjne urzeczywistniają się poprzez stosunki umowne, które w okolicznościach przedmiotowej sprawy mają charakter powtarzalny. Zakwestionowane w niniejszym postępowaniu warunki umowne zamieszczono we wzorze pn.

„Umowa o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków”. Zawarte w oparciu o te wzory umowy regulują prawa i obowiązki uczestników tego rynku w obrocie gospodarczym.

W tym stanie rzeczy Prezes Urzędu uznał, że w niniejszej sprawie doszło do naruszenia przez Gminę Bogoria interesu publicznoprawnego, co uzasadnia ocenę jej zachowania na rynku w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Ad I. sentencji niniejszej decyzji

W przedmiotowym postępowaniu antymonopolowym Prezes Urzędu postawił Gminie Bogoria zarzut nadużycia pozycji dominującej na lokalnym rynku zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków obejmującym obszar gminy Bogoria polegającego na narzucaniu uciążliwych i przynoszących nieuzasadnione korzyści warunków umów o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków poprzez zamieszczanie w ich treści zapisów, zgodnie z którymi Gmina Bogoria nie ponosi odpowiedzialności za ograniczenie albo wstrzymanie dostaw wody bądź ograniczenie lub wstrzymanie odbioru ścieków wywołane brakiem wody na ujęciu, zanieczyszczeniem wody na ujęciu w sposób niebezpieczny dla zdrowia i życia, przerwami w zasilaniu energetycznym urządzeń wodociagowych i kanalizacyjnych oraz zapisów, zgodnie z którymi w przypadku wykazania, że uszkodzenie wodomierza nastąpiło z winy odbiorcy usług ilość pobranej wody nalicza się odpowiednio do ilości, która mogła popłynąć pełnym przekrojem rury przyłącza wodociagowego z dniem od ostatniego odczytu wodomierza, co może stanowić naruszenie art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Tym samym, dla stwierdzenia stosowania powyższych praktyk ograniczających konkurencję, konieczne jest wykazanie kumulatywnego spełnienia czterech przesłanek:

- 1) stosujący praktykę jest przedsiębiorcą, który posiada na rynku właściwym pozycję dominującą,
- 2) przedsiębiorca ten narzuca określone warunki umów,
- 3) warunki te mają uciążliwy charakter,
- 4) warunki te przynoszą przedsiębiorcy nieuzasadnione korzyści.

Ad 1)

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

Na podstawie art. 2 ust. 2 i art. 11a ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym, gmina posiada

osobowość prawną i działa przez swoje organy, a do zadań własnych gminy należy zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty. Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 3 tej ustawy, zadania własne obejmują m.in. sprawy wodociągów i zaopatrzenia w wodę, kanalizacji, usuwania i oczyszczania ścieków komunalnych, utrzymania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych, wysypisk i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, zaopatrzenia w energię elektryczną i ciepłą oraz gaz. Również ustawa o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków w art. 3 ust. 1 stanowi, że zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków jest zadaniem własnym gminy.

Działalność tę Gmina Bogoria prowadzi samodzielnie i jako osoba prawna posiada status przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, gdyż poprzez prowadzenie działalności gospodarczej w ww. zakresie jest przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jednolity: Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447, ze zm.).

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na rynku właściwym. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów definiuje rynek właściwy jako rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji (art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). Natomiast zgodnie z art. 4 pkt 10 tej ustawy przez pozycję dominującą – rozumie się pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów; domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40 %.

Zatem, aby wyznaczyć rynek właściwy, określoną działalność poddaje się analizie z punktu widzenia produktowego i geograficznego, a następnie określa się na tak oznaczonym rynku pozycję danego przedsiębiorcy.

W przedmiotowej sprawie towarem oferowanym nabywcom przez Gminę są usługi zaopatrzenia w wodę za pomocą sieci wodociągowej oraz usługi odprowadzania ścieków za pomocą sieci kanalizacyjnej, które to usługi nie posiadają substytutów. Tak więc w aspekcie produktowym Gmina Bogoria prowadzi działalność na rynku zbiorowego zaopatrzenia w wodę oraz zbiorowego odprowadzania ścieków. Powyższy rodzaj działalności determinuje w niniejszej sprawie wymiar terytorialny rynku właściwego. Z uwagi na technologię dostarczania wody (za pomocą sieci wodociągowej) oraz odprowadzania ścieków (za pomocą sieci kanalizacyjnej) rynek w aspekcie geograficznym wyznaczony jest przez zasięg sieci wodociągowej i kanalizacyjnej eksploatowanej przez Gminę.

W przedmiotowej sprawie rynkiem właściwym jest wobec tego lokalny rynek zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków obejmujący obszar gminy Bogoria.

Na tak zdefiniowanym rynku właściwym Gmina Bogoria jest monopolistą naturalnym, co wynika z sieciowego charakteru urządzeń służących do dostarczania wody i odprowadzania ścieków. To właśnie dzięki sieci, Gmina Bogoria w stosunku do swoich kontrahentów posiada pozycję monopolu naturalnego, co oznacza, że przedsiębiorcy i konsumenci ubiegający się o przyłączenie do sieci wodociągowej lub kanalizacyjnej nie mają możliwości dokonania w tym zakresie wyboru innego przedsiębiorcy, który świadczyłby usługi substytucyjne względem usług

oferowanych przez Gminę Bogoria. Barię wejścia na taki rynek jest m.in. brak racjonalności w budowie drugiej równoległej sieci wodociągowej, kanalizacyjnej, która umożliwiałaby innemu przedsiębiorcy świadczenie takich samych usług. Z ekonomicznego punktu widzenia dublowanie istniejącej już sieci wodociągowej lub kanalizacyjnej nie znajduje uzasadnienia. Dla odbiorców, w tym odbiorców potencjalnych funkcjonujących na obszarze objętym terytorialnym zasięgiem działalności Gminy Bogoria, nie ma alternatywy dla świadczonych przez tego przedsiębiorcę usług dostawy wody i odbioru ścieków. Z tych względów przedsiębiorstwa tego rodzaju funkcjonują w ramach monopolu naturalnego. Przesądza to o posiadaniu przez nie pozycji dominującej. Należy przy tym zaznaczyć, że pojęcie alternatywnego źródła zaopatrzenia nie obejmuje możliwości zaspokojenia potrzeb zaopatrzeniowych we własnym zakresie. Aby nowe źródło zaopatrzenia mogło być uznane za alternatywne w stosunku do istniejących musi ono spełniać wymóg natychmiastowej dostępności bez ponoszenia nakładów inwestycyjnych. Na terenie objętym terytorialnym zasięgiem działalności Gminy Bogoria takie alternatywne źródło zaopatrzenia w odniesieniu do świadczonych przez nią usług dostawy wody i odbioru ścieków nie występuje.

W związku z powyższym Prezes Urzędu uznał, że Gmina Bogoria posiada pozycję dominującą na rynku właściwym, to jest lokalnym rynku zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków w gminie Bogoria. Tym samym **Prezes Urzędu stwierdził, że pierwsza przesłanka art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów została spełniona.**

Ad 2)

Posiadanie przez przedsiębiorcę na rynku właściwym pozycji dominującej nie przesądza jeszcze, że dane zachowanie przedsiębiorcy można uznać za praktykę ograniczającą konkurencję. Istotną przesłanką ocenianej praktyki jest nadużywanie przez przedsiębiorcę posiadanej pozycji rynkowej, co może się objawiać między innymi poprzez narzucanie warunków zawieranych umów, które przynoszą mu nieuzasadnione korzyści. Do narzucania warunków umów dochodzi wówczas, gdy przedsiębiorca wykorzystując swoją przewagę ekonomiczną w warunkach niedostatecznej konkurencji na rynku, ogranicza swobodę kształtowania treści umów ze strony kontrahentów działających pod przymusem. Dzięki posiadanej sile rynkowej dominant może nie liczyć się z wolą innych uczestników rynku, którzy zmuszeni są zaakceptować ustalone przez niego warunki umowne, nawet jeśli nie gwarantują one ekwiwalentności świadczeń. Tym samym narzuca on kontrahentom takie warunki umów, które nie miałyby racji bytu w przypadku, gdyby na rynku istniała konkurencja i możliwość wyboru oferty spośród ofert konkurujących ze sobą podmiotów gospodarczych. Istotne jest również, że przy zawieraniu wskazanych umów przedsiębiorca posługuje się opracowanymi przez siebie wzorcami umów. Stosowanie wzorców umownych przy zawieraniu jednorodzących umów o charakterze masowym, jakimi są umowy o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków wymaga jedynie aprobaty przez kontrahentów – odbiorców wody i dostawców ścieków ich warunków, jednostronnie ustalanych przez profesjonalistę. Swoboda odbiorców wody i dostawców ścieków jest wobec tego ograniczona jedynie do podpisania lub nie podpisania przedłożonej im umowy. Stanowi to o adhezyjnej naturze tych umów. W przypadku umów zawieranych w trybie adhezyjnym, dla uznania, że następuje narzucanie ich warunków wystarczające jest oferowanie ich przez dominanta w stosunkach danego rodzaju.

Sytuacja taka ma miejsce w niniejszej sprawie, gdyż Gmina Bogoria przy zawieraniu

umów o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków stosuje wzory umów pod nazwą „Umowa o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków”. Zasadą jest, że podpisujący z Gminą Bogoria ww. umowę z góry aprobuje jej warunki, arbitralnie ustalone, nie mając możliwości negocjowania postanowień umowy.

W związku z powyższym Prezes Urzędu uznał, iż zakwestionowane w prowadzonym postępowaniu antymonopolowym postanowienia umowy zostały kontrahentom Gminy Bogoria narzucone. Tym samym **Prezes Urzędu stwierdził, że druga przesłanka art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów została spełniona.**

Ad 3) i 4)

Rozpatrując kwestię uciążliwości analizowanych warunków umowy należy zauważyć, że w orzecznictwie Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (wcześniej Sądu Antymonopolowego) – zwanego dalej: „Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów” – za uciążliwy uznano każdy warunek umowy, który stanowi dla jednej ze stron ciężar większy od powszechnie przyjętych w stosunkach danego rodzaju (por. wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 22 października 1993r. sygn. akt XVII Amr 36/93). Jednocześnie Sąd podkreślał, że ustalenia w tym zakresie powinny być dokonywane według kryteriów obiektywnych, w szczególności rozważyć należy, czy w hipotetycznej sytuacji istnienia konkurencji na danym rynku właściwym, czyli rzeczywistej swobody zawierania umów i kształtowania ich treści, dominant byłby w stanie wynegocjować takie postanowienia umowne (por. wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 29 grudnia 1992r. sygn. akt XVII Amr 68/93).

Z kolei osiągane przez przedsiębiorcę stosującego praktykę ograniczającą konkurencję nieuzasadnione korzyści są odpowiednikiem uciążliwych warunków umów w warunkach ekwiwalentności wzajemnych świadczeń stron umowy i oznaczają sytuację korzystniejszą od powszechnie przyjętych w stosunkach danego rodzaju. Nieuzasadnione korzyści powinny pozostawać w logicznym związku przyczynowym z narzuconymi kontrahentowi uciążliwymi warunkami umowy.

Nieuzasadnione korzyści mogą pojawić się po stronie przedsiębiorcy narzucającego uciążliwe warunki umów już w chwili zawarcia umowy lub też w okresie późniejszym, gdy zaistnieją okoliczności przewidziane w umowie pozwalające na wykorzystanie uciążliwego zapisu. Należy podkreślić, iż sama możliwość wystąpienia skutków praktyki ograniczającej konkurencję (w tym przypadku faktycznego osiągnięcia przez Gminę Bogoria) nieuzasadnionych korzyści z tytułu realizacji uciążliwych warunków umownych) nie stanowi przeszkody dla stwierdzenia naruszenia art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Dla bytu praktyki nie jest bowiem konieczne wystąpienie negatywnego skutku w postaci eksploatacji pozycji rynkowej w warunkach ograniczonej konkurencji. Wystarczy, że zaistniało zagrożenie wystąpienia takiego skutku. Praktyką ograniczającą konkurencję jest już bowiem sama próba osiągnięcia przez przedsiębiorcę zajmującego pozycję dominującą na rynku określonego skutku (por. E. Modzelewska-Wąchal Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Wyd. Twigger, Warszawa 2002, s. 97).

Stanowisko takie znajduje odzwierciedlenie również w orzecznictwie antymonopolowym, zgodnie z którym dla zaistnienia praktyki ograniczającej konkurencję istotne jest, aby skutki praktyki ograniczającej konkurencję mogły wystąpić na rynku (por. wyrok Sądu

Antymonopolowego z dnia 23 czerwca 1999 r. sygn. akt XVII Ama 26/99). W wyroku z dnia 7 lipca 2004 r. (sygn. akt XVII Ama 65/03) Sąd orzekł, iż nie jest konieczne udowodnienie faktycznego stosowania przez przedsiębiorcę praktyki monopolistycznej, ani też osiągnięcia z tego tytułu nieuzasadnionych korzyści. Z treści art. 1 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wynika, że jej reżimowi podlegają nie tylko praktyki ograniczające konkurencję, które wywołały bądź aktualnie wywołują skutki na terenie Polski, ale również praktyki, które choćby tylko hipotetycznie, mogą wywoływać takie skutki. Podobne stanowisko wyraził wcześniej Sąd Najwyższy, który w wyroku z dnia 12 maja 1997 r. (sygn. akt I CKN 114/97) wskazał, że istota rozpoznawanej sprawy nie sprowadza się do tego, czy przedsiębiorca, któremu postawiono zarzut naruszenia ustawy antymonopolowej odnosi korzyści z całości prowadzonej działalności gospodarczej, lecz do tego, czy w zawieranych umowach zastrzega sobie nieuzasadnione korzyści. Prezes Urzędu ma zatem obowiązek oceniać zachowania przedsiębiorcy od strony skutków, jakie zachowania te mogą nawet hipotetycznie wywołać na rynku.

Oceniając uciążliwość dla odbiorców wody i dostawców ścieków postanowień umownych, zgodnie z którymi Gmina Bogoria będąc przedsiębiorcą wodociągowo-kanalizacyjnym świadczącym usługi zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków nie ponosi odpowiedzialności za ograniczenie albo wstrzymanie dostaw wody bądź ograniczenie lub wstrzymanie odbioru ścieków wywołane brakiem wody w ujęciu, zanieczyszczeniem wody na ujęciu w sposób niebezpieczny dla zdrowia i życia, przerwami w zasilaniu energetycznym urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, należy wziąć pod uwagę, iż do umów na podstawie, których odbywa się dostarczanie wody i odbiór ścieków zastosowanie znajdują przepisy ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków oraz przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, ze zm.) – zwanej dalej: „k.c.” – dotyczące odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania.

Zgodnie z art. 6 ust. 3 pkt 6 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków, w umowie powinny być zawarte w szczególności, postanowienia dotyczące odpowiedzialności stron za niedotrzymanie warunków umowy. Przepis ten nie daje jednak podstaw wyłączenia odpowiedzialności, tak jak uczyniła to Gmina Bogoria, ale wskazuje na obowiązek jej sprecyzowania.

Podobnie k.c. nie zawiera przepisów, które mogłyby stanowić podstawę wyłączenia odpowiedzialności Gminy Bogoria za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Art. 471 k.c. określa w sposób ogólny i ramowy odpowiedzialność kontraktową (umowną). Zgodnie z tym przepisem dłużnik zobowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania chyba, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

Zasadą naczelną odpowiedzialności kontraktowej jest zasada winy, co w praktyce oznacza, że dłużnik odpowiada za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, jeżeli jest to następstwem okoliczności, za które odpowiada, to jest takich, które go obciążają. Zakres takich okoliczności obejmuje przede wszystkim działania i zaniechania przedsiębiorcy noszące znamiona winy (tzn. zachowania umyślne lub będące skutkiem niedołożenia należytej staranności). Jednak obok unormowań reżimu odpowiedzialności *ex contractu* do głosu dochodzi również zasada ryzyka, która oznacza odpowiedzialność za skutek, odpowiedzialność

obiektywną niezależną do winy.

Gmina Bogoria wyłącza swoją odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wywołane: brakiem wody na ujęciu, zanieczyszczeniem wody na ujęciu w sposób niebezpieczny dla zdrowia i życia, przerwami w zasilaniu energetycznym urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych. Brzmienie kwestionowanych postanowień stwarza Gminie Bogoria możliwość uniknięcia odpowiedzialności odszkodowawczej względem odbiorców w każdym przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania bez względu na przyczyny wystąpienia powyższych zakłóceń.

Prezes Urzędu wskazuje, że odpowiedzialność przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjnego w tych okolicznościach nie podlega wyłącznie odpowiedzialności kontraktowej opartej na zasadzie winy, ale także może podlegać odpowiedzialności obiektywnej niezależnej od winy. Wyłączenie z góry takiej odpowiedzialności nie jest możliwe.

Gmina Bogoria stosując zaś kwestionowane zapisy może zwolnić się z odpowiedzialności odszkodowawczej wobec odbiorców z tytułu szkód spowodowanych ograniczeniami w dostawie wody i odbiorze ścieków. Takie rozwiązanie kwestii odpowiedzialności przedsiębiorcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest korzystniejsze od zasad odpowiedzialności ujętych w k.c.

Kwestionowane przez Prezesa Urzędu postanowienia są więc dla odbiorców wody i dostawców ścieków zdecydowanie uciążliwe, gdyż wyłączają możliwość dochodzenia od Gminy Bogoria roszczeń odszkodowawczych. Sytuacje, w których całe ryzyko nie zrealizowania umowy o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków w związku z zaprzestaniem dostaw wody siecią wodociągową i odbioru ścieków siecią kanalizacyjną należącą do Gminy Bogoria obciąża odbiorców wody i dostawców ścieków, należy uznać za niedopuszczalną.

Z drugiej strony, wyłączenie odpowiedzialności odszkodowawczej w przypadku niezrealizowania dostaw wody i odbioru ścieków na skutek zaistnienia ww. okoliczności jest bez wątpienia dla Gminy Bogoria korzystne. Gmina Bogoria nie musi bowiem liczyć się z koniecznością wypłacenia odszkodowania swojemu kontrahentowi – odbiorcy wody lub dostawcy ścieków w sytuacji, gdy zgodnie z ogólną zasadą odpowiedzialności kontraktowej byłaby do tego zobowiązana.

Możliwość uniknięcia przez Gminę Bogoria odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy i wypłaty odbiorcom ewentualnego odszkodowania powoduje w związku z tym możliwość osiągania przez nią nieuzasadnionych korzyści. Przy czym, w kontekście przytoczonego wyżej orzecznictwa bez znaczenia jest fakt, że Gmina Bogoria w rzeczywistości mogła nie osiągać korzyści wynikających z przedmiotowych postanowień umownych. Nieuzasadnione korzyści, zgodnie z argumentacją wskazaną powyżej, mogą pojawić się po stronie przedsiębiorcy narzucającego uciążliwe warunki umów już w chwili zawarcia umowy lub też w okresie późniejszym, gdy zaistnieją okoliczności przewidziane w umowie pozwalające na wykorzystanie uciążliwego zapisu.

W postanowieniu wskazanym w § 15 ust. 1 zd. 2 wzorca pn. „*Umowa na zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków*” Gmina Bogoria ustaliła, że w przypadku wykazania, że uszkodzenie wodomierza nastąpiło z winy odbiorcy wody, ilość pobranej wody nalicza się odpowiednio do ilości, która mogła popłynąć pełnym przekrojem rury przyłącza wodociągowego z dniem od ostatniego odczytu wodomierza.

W ten sposób Gmina Bogoria arbitralnie uregulowała zasady ustalania zryczałtowanej ilości wody będącej podstawą rozliczenia w wypadku zaistnienia opisanych powyżej sytuacji. Jednocześnie określono tę ilość na maksymalnym możliwym poziomie, w oderwaniu od faktycznego zużycia wody i wysokości rzeczywiście poniesionej przez Gminę Bogoria szkody będącej skutkiem niedotrzymania warunków umowy przez odbiorcę wody. Zdaniem Prezesa Urzędu, świadczy to o uciążliwości analizowanych warunków umów. Istotą tej uciążliwości jest możliwość pobierania rażąco wygórowanej zryczałtowanej należności za pobraną wodę, która nie uwzględnia praktyki rynkowej oraz realnej wartości możliwej do wystąpienia szkody będącej efektem naruszenia warunków umowy przez odbiorcę. Sąd Apelacyjny w wyroku z dnia 5 listopada 2008 r. sygn. akt VI ACa 525/08 – oceniając analogiczny do zakwestionowanego w niniejszej decyzji sposób ustalania należności – wskazał, iż „(...) zapis umowny, który jednoznacznie wiąże należność za dostarczoną wodę w przypadku uszkodzenia urządzeń pomiarowych jedynie z techniczną przepustowością sieci, z całkowitym pominięciem choćby przybliżonej wielkości zużycia przez odbiorcę wody, musi zostać uznany za próbę nadmiernego obciążenia kontrahenta świadczeniem finansowym na rzecz Spółki, stanowiącym ekwiwalent jej nieuprawnionych korzyści”. W ww. wyroku Sąd wyraził również pogląd, iż sposób ustalania należności za wodę w przypadkach uszkodzenia lub zaboru wodomierza przez odbiorcę nie powinien odbiegać od przewidzianych w tym zakresie regulacji prawnych, stanowiących wskazówki dla prawidłowego obliczania należności za wodę. Należy wskazać tu rozporządzenie Ministra Budownictwa z dnia 28 czerwca 2006 roku w sprawie określania taryf, wzoru wniosku o zatwierdzenie taryf oraz warunków rozliczeń za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków (Dz. U. Nr 127, poz. 886), zgodnie z którym podstawą do naliczenia należności za wodę w razie nieprawidłowości w działaniu wodomierza jest średniomiesięczne zużycie wody w okresie 3 miesięcy poprzedzających awarię bądź w analogicznym okresie roku ubiegłego, przy uwzględnieniu liczby miesięcy trwania niesprawności, przy czym – jak podkreślił Sąd – bez znaczenia pozostaje przyczyna niesprawności wodomierza.

Możliwość obciążenia odbiorcy należnością za wodę, jaka mogła przepłynąć pełnym przekrojem rury przyłącza w okresie od ostatniego odczytu wodomierza, stanowi dla odbiorcy wody ciężar nadmierny, przez co należy uznać, że ww. sposób ustalania powyższych należności jest uciążliwy.

Dopuszczenie, na podstawie umowy, możliwości przyjęcia przez dostawcę założenia, że w przypadku uszkodzenia lub zaboru wodomierza każdorazowo następuje nieprzerwany, całodobowy pobór wody może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia dostawcy wody z tytułu dokonanych w umowie ustaleń, a tym samym jest dla Gminy Bogoria potencjalnym źródłem nieuzasadnionych korzyści. Stanowisko powyższe znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 28 listopada 2007 r. sygn. akt VI ACa 939/07, w którym wskazano, że analogiczny do zakwestionowanego w niniejszej decyzji sposób rozliczeń pozwala na pobieranie przez przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne rażąco wygórowanego zryczałtowanego odszkodowania (kary umownej).

W związku z powyższym Prezes Urzędu uznał, iż zakwestionowane w prowadzonym postępowaniu antymonopolowym postanowienia umowy są dla odbiorców wody i dostawców ścieków uciążliwe i przynoszą Gminie Bogoria nieuzasadnione korzyści. Tym samym **Prezes Urzędu stwierdził, że trzecia i czwarta przesłanki art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zostały spełnione.**

Reasumując, w przedmiotowym postępowaniu Prezes Urzędu wykazał, że Gmina Bogoria

posiada na lokalnym rynku zbiorowego zaopatrzenia w wodę i lokalnym rynku odprowadzania ścieków obejmującym obszar gminy Bogoria pozycję dominującą, kwestionowane w niniejszym postępowaniu postanowienia umowy zostały odbiorcom wody i dostawcom ścieków narzucone, mają dla nich charakter uciążliwy i przynoszą Gminie Bogoria nieuzasadnione korzyści. Tym samym **Prezes Urzędu stwierdził, że zostało udowodnione naruszenie przez Gminę Bogoria zakazu zawartego w art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.**

W toku niniejszego postępowania Prezes Urzędu ustalił, że Gmina Bogoria opracowała projekt nowego wzorca umowy o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków, w którym nie zamieściła postanowień wyłączających jej odpowiedzialność za ograniczenie albo wstrzymanie dostaw wody bądź ograniczenie lub wstrzymanie odbioru ścieków wywołane brakiem wody na ujęciu, zanieczyszczeniem wody na ujęciu w sposób niebezpieczny dla zdrowia i życia, przerwami w zasilaniu energetycznym urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych oraz wprowadziła zapis wskazujący, iż w przypadku wykazania, że uszkodzenie wodomierza nastąpiło z winy odbiorcy wody ilość pobranej wody ustala się na podstawie średniego zużycia wody w okresie 3-ch miesięcy przed stwierdzeniem niesprawności wodomierza, a gdy nie jest to możliwe – na podstawie średniego zużycia wody w analogicznym okresie roku ubiegłego lub iloczynu średniomiesięcznego zużycia wody w roku ubiegłym i liczby miesięcy niesprawności wodomierza.

Gmina Bogoria nie przedstawiła jednak dowodów, iż wzorzec ten faktycznie zaczęła stosować. Ponadto, w sprawach dotyczących praktyk ograniczających konkurencję, w których dochodzi do stwierdzenia ich stosowania, ustalenie, że z nowymi kontrahentami przedsiębiorca zawiera umowy nie zawierające już postanowień, które mogą być uznane przez Prezesa Urzędu za przejaw stosowania tego rodzaju praktyk, nie jest wystarczającym warunkiem jednoczesnego stwierdzenia zaniechania dotychczas stosowanej praktyki. W tym kierunku podąża orzeczenie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów dotyczące praktyk polegających na narzucaniu uciążliwych warunków umów. W wyroku z dnia 16 kwietnia 2007 r. (sygn. XVII Ama 53/06) Sąd ten przyjął, że brak zmiany wszystkich umów, mimo zmiany wzorca, wyklucza uznanie, że przedsiębiorca zaniechał praktyki. Mając na uwadze przepis art. 11 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zgodnie z którym, ciężar udowodnienia okoliczności zaprzestania stosowania praktyki ograniczającej konkurencję spoczywa na przedsiębiorcy, należy stwierdzić, iż przekazane przez Gminę Bogoria dokumenty w postaci projektu nowego wzorca umowy – nie mogą zostać uznane za wystarczające dowody zaniechania stosowania praktyki ograniczającej konkurencję.

Fakt, iż Gmina Bogoria nie udowodniła, że zawiera umowy w oparciu o nowy wzorzec oraz, że dokonała zmiany wszystkich wcześniej zawartych umów, albo że przynajmniej propozycje zmiany zostały skierowane do wszystkich odbiorców wody, pozwolił na stwierdzenie, że Gmina Bogoria nie zaprzestała stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 – wskazanej w punkcie I.1, I.2, I.3 i I.4 sentencji niniejszej decyzji.

W związku z powyższym Prezes Urzędu orzekł jak w pkt. I.1, I.2, I.3 i I.4 sentencji niniejszej decyzji.

Ad II. sentencji niniejszej decyzji

Zgodnie z art. 106 ust 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w swojej 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 niewyłączonym na podstawie art. 7 i art. 8, lub naruszenia zakazu określonego w art. 9. Z treści powyższego przepisu wynika, iż ww. kara ma charakter fakultatywny, a zatem od Prezesa Urzędu zależy – w ramach uznania administracyjnego – uznanie w decyzji zasadności nałożenia kary pieniężnej wraz z określeniem jej wysokości. Wprawdzie ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, nie zawiera katalogu przesłanek, od których uzależniona jest decyzja o nałożeniu kary, jednakże art. 111 wskazuje, że ustalając wysokość kary Prezes Urzędu winien wziąć pod uwagę okres, stopień oraz okoliczności uprzedniego naruszenia przepisów ustawy. Ustalając wysokość kary pieniężnej w decyzjach stwierdzających naruszenie zakazów określonych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu winien zatem uwzględnić wagę tego naruszenia, rozmiar skutków stosowanej praktyki ograniczającej konkurencję, bądź praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, jak również zaistniałe okoliczności obciążające i łagodzące.

Nakładając karę pieniężną, Prezes Urzędu wziął również pod uwagę konieczność ustalenia, czy określone w tym przepisie naruszenie dokonane było co najmniej nieumyślnie. Konieczność brania pod uwagę tej przesłanki w przypadku stosowania kar pieniężnych wynika bezpośrednio z art. 106 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Z tego względu, nakładając karę pieniężną, Prezes Urzędu wziął pod uwagę całokształt okoliczności sprawy, które wskazywać mogą na nieumyślny charakter naruszenia przez Gminę Bogoria zakazu nadużywania pozycji dominującej. Należy przyznać, że w zgromadzonym materiale dowodowym nie ma dowodów wyraźnej intencji Gminy Bogoria do naruszenia tego zakazu. Zebrane w trakcie niniejszego postępowania wyjaśnienia i informacje mogą zatem wskazywać na wspomniane wyżej nieumyślne działanie. Pomimo tego – jak już wcześniej wskazano – samo stwierdzenie nieumyślności zakwestionowanej praktyki daje podstawę do nałożenia kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W kwestii natury naruszenia Prezes Urzędu wyróżnia naruszenia bardzo poważne, do których należy zaliczyć przede wszystkim szczególnie szkodliwe horyzontalne ograniczenia konkurencji, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do eliminacji konkurencji na rynku, naruszenia poważne, do których należy zaliczyć przede wszystkim porozumienia horyzontalne nie zaliczane do najpoważniejszych naruszeń, porozumienia pionowe wpływające na cenę lub warunki oferowania produktu, przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do istotnego ograniczenia konkurencji lub dotkliwej eksploatacji kontrahentów lub konsumentów, naruszenia mniej poważne niż wyżej wymienione (naruszenia pozostałe), do których należą m.in. porozumienia wertykalne nie dotyczące ceny lub możliwości odsprzedaży towaru, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej o mniejszej wadze.

Biorąc pod uwagę, że praktyki opisane w punktach I.1, I.2 i I.3 sentencji niniejszej decyzji są tożsame w zakresie ich uciążliwości oraz stanowią źródło takich samych korzyści po stronie Gminy Bogoria, Prezes Urzędu przy nakładaniu kary potraktował je jako jedno naruszenie. Natomiast praktyka opisana w punkcie I.4 sentencji decyzji stanowi odrębną praktykę, jednak ze względu na fakt, iż waga tej praktyki jest taka sama jak waga praktyk opisanych w punktach I.1, I.2 i I.3 sentencji niniejszej decyzji, wysokość kary za praktyki

opisane w punktach I.1, I.2 i I.3 sentencji niniejszej decyzji oraz za praktykę opisaną w punkcie I.4 jest taka sama, a Prezes Urzędu przy określaniu wysokości tych kar kierował się takimi samymi przesłankami.

W ocenie Prezesa Urzędu każde ze stwierdzonych naruszeń nie ma bardzo poważnego lub poważnego charakteru i mieści się w kategorii naruszeń pozostałych, gdyż pomimo charakteru eksploatacyjnego tej praktyki korzyści finansowe, jakie Gmina Bogoria może osiągnąć z jej stosowania mogą wystąpić sporadycznie. Jednak biorąc pod uwagę specyfikę rynku, na którym stosowana jest praktyka, który to jest rynkiem niezwykle istotnym dla działania przedsiębiorców, jak i życia konsumentów oraz biorąc pod uwagę fakt, że Gmina Bogoria jest monopolistą naturalnym i tym samym nie istnieje możliwość powstania na tym rynku konkurencji, a kontrahenci nie mają możliwości wyboru alternatywnego dostawcy usług, Prezes Urzędu uznał, że karę za każde stwierdzone naruszenie należało określić na poziomie (tajemnica przedsiębiorcy) % przychodu Gminy Bogoria.

Zebrany w toku postępowania materiał dowodowy przekazany przez Gminę Bogoria nie daje podstaw do stwierdzenia, aby Gmina Bogoria faktycznie osiągnęła ze stosowania tych naruszeń korzyści finansowe, a ich skutki są tylko potencjalne, w związku z tym wysokość kary ustalona w poprzednim etapie została obniżona o (tajemnica przedsiębiorcy)%.

Biorąc pod uwagę, że Gmina Bogoria zawiera umowy w oparciu o wzorzec zawierający kwestionowane postanowienia od stycznia 2010 r., Prezes Urzędu uznał, że nie jest to praktyka długotrwała.

Ustalając wysokość nałożonej kary pieniężnej, Prezes Urzędu wziął również pod uwagę, czy w sprawie występują okoliczności łagodzące lub obciążające. Zdaniem Prezesa Urzędu brak jest okoliczności obciążających, które wpływałyby na ustalenie kary pieniężnej na wyższym poziomie oraz innych okoliczności łagodzących przemawiających za dalszym obniżeniem wysokości tej kary. Tym samym kara pieniężna za naruszenia ustawy wymienione w pkt. I.1, I.2 i I.3 sentencji niniejszej decyzji, po zaokrągleniu do pełnych złotych, wynosi 844 zł. i kara za naruszenie wymienione w pkt. I.4 sentencji niniejszej decyzji, po zaokrągleniu do pełnych złotych, wynosi również 844 zł.

W związku z powyższym Prezes Urzędu orzekł jak w pkt II.1 i II.2 sentencji niniejszej decyzji.

Ad III. sentencji niniejszej decyzji.

Zgodnie z art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu rozstrzyga o kosztach w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie. W myśl art. 77 ust. 1 tej ustawy, jeżeli w wyniku postępowania Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przepisów ustawy, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, zobowiązany jest ponieść koszty postępowania.

Zgodnie z art. 263 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jednolity Dz. U. z 2000 r., Nr 98 poz. 1071, ze zm.) – zwanej dalej: „k.p.a.” – jeżeli postępowanie zostało wszczęte z urzędu i w jego wyniku Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przepisów tejże ustawy, przedsiębiorca lub związek przedsiębiorców, który dopuścił się tego naruszenia, zobowiązany jest ponieść koszty postępowania.

Niniejsze postępowanie antymonopolowe zostało wszczęte z urzędu. W jego wyniku Prezes Urzędu w punkcie I sentencji niniejszej decyzji stwierdził naruszenie przez Gminę Bogoria art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z art. 263 § 1 „k.p.a.” – w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów kosztami niniejszego postępowania są m.in. wydatki związane z prowadzoną w toku tego postępowania korespondencją. W związku z powyższym Prezes Urzędu postanowił obciążyć Gminę Bogoria kwotą kosztów w wysokości 22,60 zł (słownie: dwadzieścia dwa złote sześćdziesiąt groszy) stanowiących koszty wysyłki pism wystosowanych do Gminy Bogoria.

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

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Gmina Bogoria jest zobowiązana do wpłaty kary pieniężnej w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie: NBP O/O Warszawa 51101010100078782231000000.

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

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

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

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

Barbara Romańczak-Graca

Otrzymuje:

Gmina Bogoria
ul. Opatowska 13
28-210 Bogoria