



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA UOKiK W GDAŃSKU**

RGD.411-1/10/IW

Gdańsk, 14 grudnia 2010r.

DECYZJA Nr RGD.16/2010

I. Na podstawie art. 105 ust. 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2000r. Nr 98 poz. 1071 ze zm.), stosownie do treści art. 33 ust. 6 i art. 83 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz § 4 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 107 poz. 887) – działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - umarza się, jako bezprzedmiotowe, postępowanie antymonopolowe prowadzone w sprawie stosowania przez Miejskie Wodociągi i Kanalizacja Sp. z o.o. z siedzibą w Kołobrzegu praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 ww. ustawy, polegającej na nadużywaniu przez ww. wymienioną Spółkę na lokalnym rynku zbiorowego zaopatrzenia w wodę i lokalnym rynku zbiorowego odprowadzania ścieków na terenie Gminy i Miasta Kołobrzeg oraz gmin: Dygowo, Gościno, Rymań, Siemyśl, Sławoborze, Ustronie Morskie pozycji dominującej poprzez narzucanie odbiorcom ww. usług uciążliwych i przynoszących nieuzasadnione korzyści warunków poprzez stosowanie w:

- 1) umowach zatytułowanych: *Umowa o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków* postanowienia, zgodnie z którym: *„Jeżeli zaopatrzenie w wodę lub odprowadzanie ścieków następuje przy celowo uszkodzonych albo pominiętych wodomierzach lub urządzeniach pomiarowych, Przedsiębiorstwo może obciążyć Odbiorcę usług opłatami w wysokości obliczonej na podstawie dziesięciokrotności cen i stawek opłat, określonych w taryfie dla danej taryfowej grupy odbiorców usług. Opłaty, o których mowa w ust. 2, oblicza się dla każdego miesiąca, w którym nastąpiło zaopatrzenie w wodę lub odprowadzanie ścieków przy celowo uszkodzonych albo pominiętych wodomierzach lub urządzeniach pomiarowych”,*
- 2) umowach zatytułowanych: *Umowa o zaopatrzenie w wodę* postanowienia, zgodnie z którym: *„Jeżeli zaopatrzenie w wodę następuje przy celowo uszkodzonych albo pominiętych wodomierzach, Przedsiębiorstwo może obciążyć Odbiorcę usług opłatami w wysokości obliczonej na podstawie dziesięciokrotności cen i stawek opłat, określonych w taryfie dla danej taryfowej grupy odbiorców usług. Opłaty, o których mowa w ust. 2, oblicza się dla każdego miesiąca, w którym nastąpiło*

80-824 GDAŃSK, UL. PODWALE PRZEDMIEJSKIE 30

TEL/FAX (58) 346-29-33, 346-29-32, 301-51-75

E-MAIL: GDANSK@UOKIK.GOV.PL

zaopatrzenie w wodę przy celowo uszkodzonych albo pominiętych wodomierzach”,

- 3) umowach zatytułowanych: *Umowa o odprowadzanie ścieków* postanowienia, zgodnie z którym: *„Jeżeli odprowadzanie ścieków następuje przy celowo uszkodzonych albo pominiętych urządzeniach pomiarowych, Przedsiębiorstwo może obciążyć Odbiorcę usług opłatami w wysokości obliczonej na podstawie dziesięciokrotności cen i stawek opłat, określonych w taryfie dla danej taryfowej grupy odbiorców usług. Opłaty, o których mowa w ust. 2, oblicza się dla każdego miesiąca, w którym nastąpiło odprowadzanie ścieków przy celowo uszkodzonych albo pominiętych urządzeniach pomiarowych.”*

UZASADNIENIE

W okresie listopad 2009 r. – czerwiec 2010 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zwany dalej „Prezesem Urzędu” lub „Prezesem UOKiK” przeprowadził postępowanie wyjaśniające (sygn. sprawy: RGD. 400/50/09/10/IW), mające na celu wstępne ustalenie, czy działania Miejskich Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Kołobrzegu, zwanej dalej: „MWiK” lub „Spółką” podejmowane w zakresie świadczonych usług zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odbioru ścieków nie naruszają przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w tym czy sprawa ma charakter antymonopolowy.

Informacje i dokumenty zebrane w toku postępowania wyjaśniającego (sygn. sprawy: RGD. 400/50/09/109/IW), dały podstawę do podejrzenia, że ustalone przez Spółkę Miejskie Wodociągi i Kanalizacja Sp. z o.o. z siedzibą w Kołobrzegu - posiadającą na lokalnym rynku zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków pozycję monopolisty - warunki świadczenia wspomnianych usług mogą stanowić nadużycie posiadanej siły rynkowej, być dla odbiorców uciążliwe i przynosić Spółce nieuzasadnione korzyści.

Mając na uwadze wyniki przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego w dniu 16 lipca 2010 r. Prezes Urzędu wszczął przeciwko Spółce MWiK postępowanie antymonopolowe w sprawie stosowania praktyki ograniczającej konkurencję polegającej na nadużywaniu na lokalnym rynku zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków z terenu Gminy i Miasta Kołobrzeg oraz gmin: Dygowo, Gościno, Rymań, Siemyśl, Sławoborze, Ustronie Morskie pozycji dominującej poprzez narzucanie odbiorcom ww. usług uciążliwych i przynoszących nieuzasadnione korzyści warunków poprzez stosowanie w:

- 1) umowach zatytułowanych: *Umowa o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków* postanowienia, zgodnie z którym: *„Jeżeli zaopatrzenie w wodę lub odprowadzanie ścieków następuje przy celowo uszkodzonych albo pominiętych wodomierzach lub urządzeniach pomiarowych, Przedsiębiorstwo może obciążyć Odbiorcę usług opłatami w wysokości obliczonej na podstawie dziesięciokrotności cen i stawek opłat, określonych w taryfie dla danej taryfowej grupy odbiorców usług. Opłaty, o których mowa w ust. 2, oblicza się dla każdego miesiąca, w którym nastąpiło zaopatrzenie w wodę lub odprowadzanie ścieków przy celowo uszkodzonych albo pominiętych wodomierzach lub urządzeniach pomiarowych”*,
- 2) umowach zatytułowanych: *Umowa o zaopatrzenie w wodę* postanowienia, zgodnie z którym: *„Jeżeli zaopatrzenie w wodę następuje przy celowo uszkodzonych albo pominiętych wodomierzach, Przedsiębiorstwo może obciążyć Odbiorcę usług*

opłatami w wysokości obliczonej na podstawie dziesięciokrotności cen i stawek opłat, określonych w taryfie dla danej taryfowej grupy odbiorców usług. Opłaty, o których mowa w ust. 2, oblicza się dla każdego miesiąca, w którym nastąpiło zaopatrzenie w wodę przy celowo uszkodzonych albo pominiętych wodomierzach”,

- 3) umowach zatytułowanych: *Umowa o odprowadzanie ścieków* postanowienia, zgodnie z którym: *„Jeżeli odprowadzanie ścieków następuje przy celowo uszkodzonych albo pominiętych urządzeniach pomiarowych, Przedsiębiorstwo może obciążyć Odbiorcę usług opłatami w wysokości obliczonej na podstawie dziesięciokrotności cen i stawek opłat, określonych w taryfie dla danej taryfowej grupy odbiorców usług. Opłaty, o których mowa w ust. 2, oblicza się dla każdego miesiąca, w którym nastąpiło odprowadzanie ścieków przy celowo uszkodzonych albo pominiętych urządzeniach pomiarowych.”*

co mogło stanowić naruszenie, o którym mowa w art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (k. 1 - 4).

Do akt postępowania dowodowego w sprawie zaliczono informacje i dokumenty zebrane w toku przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego o sygn. sprawy: RGD. 400/50/09/10/IW (k. 5 - 206).

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję (k. 207 - 210) Spółka MWiK ustosunkowując się do zarzutu nadużywania pozycji dominującej na rynku zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków - stwierdziła, że nie zgadza się ze stanowiskiem Prezesa UOKiK i uważa je za nieprawidłowe z tego powodu, iż przywołany w zawiadomieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego zapis art. 18 ust. 1 rozporządzenia Ministra Budownictwa z dnia 28 czerwca 2006 r. w sprawie określania taryf, wzoru wniosku o zatwierdzenie taryfy oraz warunków rozliczeń za zbiorowe zaopatrzenia w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków (Dz.U. z 2006 r., Nr 127, poz. 886), zwanego dalej: *„rozporządzeniem taryfowym”*, *„...dotyczy zupełnie innych stanów faktycznych niż te zakwestionowane w umowach zawartych przez spółkę z odbiorcami usług. Przepis z par. 18 ust. 1 rozporządzenia taryfowego dotyczy sytuacji w których zamontowany na przyłączy wodociągowym wodomierz główny z przyczyn tkwiących w tym wodomierzu nieprawidłowo wskazuje ilość pobranej wody (zaniża bądź zawyża te ilości) przy czym plomba nałożona na wodomierz przez przedsiębiorstwo nie jest uszkodzona, co świadczy jednoznacznie o braku ingerencji człowieka”*. Zdaniem MWiK kontestowane przez Prezesa UOKiK zapisy umów *„...dotyczą sytuacji w których wodomierz został celowo uszkodzony przez człowieka bądź pobór wody następuje z jego pominięciem. Nie można zgodzić się z twierdzeniem, że par. 18 ust. 1 rozporządzenia taryfowego mówiący o nieprawidłowym działaniu wodomierza głównego dotyczy sytuacji w których odbiorca pobiera wodę z pominięciem wodomierza. Są to więc różne stany faktyczne. Również par. 18 nie dotyczy w ogóle rozliczeń za odprowadzone ścieki przy zastosowaniu urządzeń pomiarowych, a więc tym bardziej przy celowo uszkodzonym urządzeniu pomiarowym lub z jego pominięciem, a przeciw tego dotyczą zakwestionowane zapisy umowne. W par. 18 ust. 1 ustawodawca wskazuje jedynie sposób rozliczeń pomiędzy przedsiębiorstwem a odbiorcą z ilości pobranej wody na podstawie zawartej umowy i w oparciu o prawidłowo funkcjonujący licznik oraz w sytuacji gdy wodomierz nie wskazuje zewnętrznych oznak uszkodzenia i z przyczyn tkwiących w nim samym wskazuje nieprawidłowy pobór wody. Nie można traktować jako tożsamych następujących zwrotów użytych*

zamiennie w par. 18 rozporządzenia wykonawczego: „nieprawidłowe działanie wodomierza głównego” i „niesprawność działania wodomierza” ze zwrotem użytym w art. 8 ustawy zaopatrzeniowej „celowo uszkodzony wodomierz”. Zwroty „nieprawidłowe działanie wodomierza głównego” i „niesprawność działania” zostały użyte w ust. 1 par. 18 rozporządzenia taryfowego, który to przepis został umieszczony w rozdziale 5 wraz z przepisem par. 18 ust. 3 stanowiącym, że Przedsiębiorstwo wodociągowo – kanalizacyjne na wniosek odbiorcy usług występuje o sprawdzenie prawidłowości działania wodomierza głównego. Nieuprawnione byłoby w takiej sytuacji założenie, że odbiorca usług najpierw uszkadza swój wodomierz, a następnie występuje o jego sprawdzenie. Zatem zapis ust. 1 i 3 par. 18 dotyczy sytuacji w których nieprawidłowe działanie wodomierza jest spowodowane jego wewnętrzną wadą bądź usterką. Niesprawność wodomierza głównego ponadto nie można traktować równoznacznie z jego nie działaniem z powodu poboru wody z pominięciem wodomierza. W takiej sytuacji (...) wodomierz jest sprawny a jedynie nie wskazuje zużycia wody.”

Jako podstawę prawną wprowadzenia do umów zapisów dotyczących stosowania opłat w wysokości obliczonej na podstawie dziesięciokrotności cen i stawek taryfowych w przypadku stwierdzenia poboru wody lub odprowadzania ścieków przy celowo uszkodzonym wodomierzu lub urządzeniu pomiarowym albo z ich pominięciem MWiK wskazała art. 6 ust. 3 pkt 6 ustawy z dnia 7 czerwca 2001 o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (t.j. Dz. U. z 2006 r., Nr 123, poz. 858 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków”. Zdaniem Spółki w ww. przepisie „...ustawodawca nakazuje umieszczenie w umowie dot. zbiorowego zaopatrzenia w wodę i/lub zbiorowego odprowadzania ścieków uregulowań dotyczących odpowiedzialności stron za niedotrzymanie warunków umowy”. Spółka podkreśla, że „biorąc pod uwagę obowiązujące przepisy Kodeksu cywilnego, w którym w art. 471 i nast. uregulowana jest odpowiedzialność stron umowy za niewykonanie umowy lub jej nienależyte wykonanie, to uznać należałoby, że nakazany przez ustawodawcę w przepisie art. 6 ust. 3 pkt 6) element umowy dot. regulacji odpowiedzialności stron jest zbędny. Jednakże należy założyć racjonalność ustawodawcy i przyjąć, że ustawodawcy nie chodziło jedynie o niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy lecz o zaostrzenie w stosunku do reguł ogólnych ze wskazanych przepisów Kc, odpowiedzialności stron umowy o zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków. Użyty przez ustawodawcę zwrot „odpowiedzialność stron za niedotrzymanie warunków umów” oznacza, że ustawodawcy chodzi o określenie w umowie sankcji za naruszenie jej warunków, co w przypadku np. braku zapłaty w terminie powoduje obowiązek zapłaty odsetek, zaś w przypadku naruszenie innych obowiązków – obowiązek zapłaty kary umownej o której mowa w art. 483 i 484 Kc.” W ocenie MWiK „uszkadzanie lub pomijanie urządzeń pomiarowych w swej istocie sprowadza się do naruszenia przez odbiorcę usług warunków umowy. W związku z tym nie można wiązać uszkadzania lub pomijania urządzeń pomiarowych z wykonywaniem w normalnym toku zdarzeń umowy przez strony, gdzie może dojść do samoistnej niesprawności urządzenia pomiarowego. Za wskazane powyżej naruszenie warunków umowy należało przewidzieć sankcje. Zatem, zakwestionowane przez UOKiK zapisy w umowach są niczym innym jak odszkodowaniem opartym o obowiązujące przepisy prawa w wysokości dozwolonej tymi przepisami i nie są przejawem narzucania odbiorcom usług warunków umów uciążliwych i przynoszących nieuzasadnione korzyści Przedsiębiorstwu. Przedsiębiorstwu (...) nie chodzi o osiąganie przychodów z tego tytułu, lecz o działanie prewencyjne o czym

świadczy fakt, że nie było do chwili obecnej ani jednego przypadku obciążenia odbiorcy usług tą karą umowną, a co za tym idzie ani jednego przypadku jej zapłaty.”

PREZES UOKiK USTALIŁ, CO NASTĘPUJE:

Spółka MWiK, której udziały w 100% należą do Gminy Miejskiej Kołobrzeg, została w dniu 7 sierpnia 2003 r. zarejestrowana w KRS pod numerem 0000169262. Prowadzi ona działalność gospodarczą polegającą na świadczeniu usług zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków na terenie Gminy i Miasta Kołobrzeg oraz gmin: Dygowo, Gościno, Rymań, Siemyśl, Sławoborze, Ustronie Morskie.

W ramach prowadzonej przez MWiK działalności związanej ze zbiorowym zaopatrzeniem w wodę i zbiorowym odprowadzaniem ścieków Spółka podpisuje z odbiorcami usług umowy zatytułowane: *Umowa o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków, Umowa o zaopatrzenie w wodę i Umowa o odprowadzanie ścieków* (k. 211 - 421), które w swojej treści zawierają regulacje zakwestionowane przez Prezesa Urzędu w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego, jako mogące stać w sprzeczności z regułami konkurencji. Wzorce tych umów stosowane są od kwietnia 2006 r.

Procedury i sposób postępowania uprawnionych pracowników Spółki w przypadku stwierdzenia, że wodomierz/urządzenie pomiarowe zostały celowo uszkodzone albo pominięte określone są w Zarządzeniu Prezesa Zarządu MWiK z dnia 31 grudnia 2008 r., nr 41/2008 (k. 429- 431).

Zasady ustalania przez MWiK ilości dostarczonej wody i odebranych ścieków do/z nieruchomości, w sytuacjach opisanych w § 17 ust. 2 i 3 umów zatytułowanych: *Umowa o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków, Umowa o zaopatrzenie w wodę i Umowa o odprowadzanie ścieków*, tj. gdy zaopatrzenie w wodę lub odprowadzanie ścieków następuje przy celowo uszkodzonych, albo pominiętych wodomierzach lub urządzeniach pomiarowych, Spółka przedstawiła na przykładzie faktycznie ujawnionego w dniu 27 lipca 2010 r. pierwszego przypadku nielegalnego poboru wody, polegającego na zatrzymaniu funkcji metrycznej wodomierza głównego - przy jednoczesnym normalnym przepływie wody - za pomocą przyrządu stolarskiego służącego do ściskania klejonych powierzchni drewnianych (tzw. ścisku stolarskiego). Jak wynika z faktury z dnia 25 maja 2010 r., nr R 10/27272, MWiK obciążył – wg prognozy na okres od 12 marca 2010 r. do 25 maja 2010 r. – właściciela przedmiotowej nieruchomości opłatami za 11 m³ dostarczonej wody i 11 m³ odebranych ścieków. Z faktury z dnia 31 sierpnia 2010 r., nr R 10/50840, wynika, że odczyt wodomierza głównego - poprzedzający datę zaistnienia opisanego wyżej zdarzenia - miał miejsce w dniu 12 marca 2010 r. i na ten dzień wodomierz główny wskazywał zużycie wody w ilości 364 m³. Stan wodomierza głównego w dacie stwierdzenia nielegalnego poboru wody, tj. na dzień 27 lipca 2010 r. wskazywał pobór wody w ilości 383 m³. Tak więc różnica wskazań między tymi datami wyniosła 19 m³ (z czego za 11 m³ dostarczonej wody i 11 m³ odebranych ścieków właściciel nieruchomości został obciążony fakturą z dnia 25 maja 2010 r.).

Z załączonych do pisma ZWiK z dnia 11 października 2010 r. faktur nr R 10/50840 i R 10/27272 wynika, że dla właściciela ww. nieruchomości na okres od 26 maja 2010 r. do 27 lipca 2010 r. ustalono prognozę zużycia wody i odbioru ścieków w ilości po 11 m³.

Wodomierz główny w dniu 27 lipca 2010 r. wskazywał stan zużycia wody na poziomie 8 m³. Gdyby w przedmiotowej sytuacji zastosowano tryb naliczania opłat, określony w § 17 ust. 2 i 3 umów zatytułowanych: *Umowa o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków*, *Umowa o zaopatrzenie w wodę i Umowa o odprowadzanie ścieków*, właściciel nieruchomości, w której stwierdzono nielegalny pobór wody zostałby za okres od 26 maja 2010 r. do 27 lipca 2010 r. obciążony taryfowymi opłatami za 8 m³ dostarczonej wody i 8 m³ odebranych ścieków oraz dodatkowymi opłatami w wysokości obliczonej na podstawie dziesięciokrotności cen i stawek opłat, określonych w taryfie dla danej taryfowej grupy odbiorców usług za 3 m³ dostarczonej wody i 3 m³ odebranych ścieków (k. 426- 428, 459- 462, 466). Tym samym byłby on zobowiązany ponieść - za dostarczoną wodę i odebrane ścieki - opłaty w łącznej wysokości 304,84 zł, tj.: 121,88 zł za dostarczoną wodę (8 m³ wody x 2,86 zł + 3 m³ x 3,30 zł x 10 = 22,88 zł + 99 zł = 121,88 zł) i 182,96 zł za odebrane ścieki (8 m³ ścieków x 4,12 zł + 3 m³ x 5 zł x 10 = 32,96 + 150 zł = 182,96 zł).

Faktycznie odciążono odbiorcę usług kwotą 55,82 zł za 8 m³ dostarczonej wody i 8 m³ odebranych ścieków, bowiem Spółka odstąpiła od naliczania dodatkowych opłat w trybie przewidzianym w przywołanych wyżej postanowieniach umów (celowo uszkodzone, albo pominięte wodomierze lub urządzenia pomiarowe) i skierowała sprawę na drogę postępowania w sprawach wykroczeń.

Zakładając, że - dla omawianego wyżej przypadku - wskazania wodomierza nie wykazywałyby żadnej różnicy między datą stwierdzonych nieprawidłowości, a ostatnio dokonany odczytem, to wówczas odbiorca usług zostałby obciążony opłatami stanowiącymi dziesięciokrotność cen i stawek opłat, określonych w taryfie dla danej taryfowej grupy odbiorców wg ustalonej dla niego prognozy. W rezultacie obciążenia te dotyczyłyby prognozowanych 11 m³ wody i 11 m³ ścieków, i wyniosłyby 913 zł (11 m³ x 3,30 zł x 10 = 363 zł i 11 m³ x 5 zł x 10 = 550 zł).

Gdyby natomiast – hipotetycznie rzecz ujmując - zrezygnowano z kontestowanych uregulowań umownych i dla rozpatrywanego przypadku wyliczono należności w oparciu o zasady określone art. 18 ust. 1 rozporządzenia taryfowego odnoszące się do sytuacji stwierdzenia nieprawidłowego działania wodomierza głównego, to wówczas ustalona na podstawie średniego zużycia wody w okresie 3 miesięcy przed stwierdzeniem niesprawności działania wodomierza, ilość pobranej wody wnosiłaby 5,5 m³ miesięcznie. Wynika stąd, że właściciel nieruchomości, który celowo uszkodził wodomierz, przez co był on niesprawny, poniósłby - za okres od 26 maja 2010 r. do 27 lipca 2010 r. opłaty w łącznej wysokości 76,78 zł, z tego 31,46 zł za dostarczoną wodę: (11 m³ wody x 2,86 zł) i 45,32 zł za odebrane ścieki (11 m³ ścieków x 4,12 zł).

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 Spółce MWiK, to jest przesłanki stosowania praktyki wskazanej w art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 tej ustawy.

1. Interes publicznoprawny.

Przedmiotem ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest ochrona skutecznej konkurencji na rynku przed jej zniekształceniami wywołanymi niedozwolonymi działaniami uczestników rynku – przedsiębiorców. Przewidziane w ustawie instrumenty mogą być stosowane jedynie wówczas, gdy na skutek działań przedsiębiorców naruszony jest interes publicznoprawny. Powyższe przesądza o wyłączeniu możliwości podejmowania przez Prezesa UOKiK działań w celu ochrony wyłącznie interesów indywidualnych. Taką interpretację potwierdza orzecznictwo Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (wcześniej: Sądu Antymonopolowego). W wyroku z dnia 28 maja 2001 r. (sygn. akt XVII Ama 82/00) Sąd stwierdził, że *„postępowanie antymonopolowe nie może dotyczyć spraw jednostkowych”*. Podobnie w uzasadnieniu do wyroku z dnia 4 lipca 2001 r. (sygn. akt XVII Ama 108/00) Sąd Antymonopolowy zajął stanowisko, że: *„interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien być on ustalony i konkretyzowany. Organ administracji - Prezes Urzędu winien być w toku i przy wydawaniu decyzji rzecznikiem tego interesu, albowiem wynika to z jego zadań w strukturze administracji publicznej - art. 7 k.p.a. Publiczny znaczy dotyczący ogółu, dostrzeżony przez nieokreśloną z góry liczbę osób, a nie jednostki, czy też określoną grupę. A zatem podstawą do zastosowania przez Prezesa Urzędu przepisów ustawy antymonopolowej winno być uprzednie stwierdzenie, że został naruszony interes publicznoprawny, a nie wyłącznie interes prawny jednostki, czy grupy”*. Podobnie na temat interesu publicznego wypowiedział się Sąd Antymonopolowy w dwóch wcześniejszych wyrokach z dnia 30 maja 2001 r. (sygn. akt XVII Ama 80/00) i z dnia 6 czerwca 2001 (sygn. akt XVII Ama 78/00), gdzie wyraźnie podkreślił pojęcie interesu publicznego jako *„dotyczącego ogółu”* a nie tylko określonej grupy, czy tym bardziej interesu indywidualnego podmiotu.

Takie stanowisko wyraził również Sąd Najwyższy, który w uzasadnieniu wyroku z dnia 29 maja 2001 r. (I CKN 1217/98), stwierdził, że *„w odniesieniu do przedsiębiorców ustawa chroni konkurencję, a w odniesieniu do konsumentów ich interesy jako zjawiska o charakterze instytucjonalnym, zbiorowym, a nie indywidualnym czy nawet grupowym w rozumieniu sumy indywidualnych interesów konsumentów. Działaniami antykonkurencyjnymi bądź antykonsumenckimi są więc jedynie takie działania, które dotyczą sfery interesów szerszego kręgu uczestników rynku. Nie dotyczą sytuacji pojedynczego przedsiębiorcy czy konsumenta, lecz zaburzeń na rynku, w rozumieniu negatywnych zjawisk charakteryzujących jego funkcjonowanie. Ingerencja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów uzasadniona byłaby tylko wówczas, gdyby służyła ochronie tak pojętej konkurencji lub interesów konsumentów. Celem ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie jest więc ochrona prywatno-prawnego interesu przedsiębiorcy bądź konsumenta”*. Niemniej jednak, Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 26 lutego 2004 r. (sygn. III SK 2/04) stwierdził, że naruszenie indywidualnego interesu nie wyklucza dopuszczalności równoczesnego uznania, że dochodzi do naruszenia interesu zbiorowego *„jeżeli indywidualne pogwałcenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów mogłoby w jakikolwiek sposób prowadzić do ustanowienia lub utrwalenia monopolistycznych praktyk rynkowych, które wywołują lub mogą wywołać zakazane skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”*. W wyroku z dnia 5 czerwca 2008 r. (sygn. III SK 40/07) Sąd Najwyższy dzieląc dotychczasową linię orzecniczą uznał, że ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów chroni istnienie mechanizmu konkurencji, jako optymalnego sposobu podziału dóbr w społecznej gospodarce rynkowej, zatem każde działanie wymierzone w ten mechanizm, godzi w interes publiczny.

Należy zatem stwierdzić, że nie każde naruszenie prawa w stosunkach cywilno-prawnych kwalifikuje sprawę do postępowania w trybie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Odmienne niż to ma miejsce w postępowaniu cywilnym, ukierunkowanym na ochronę praw podmiotowych stron, postępowanie w trybie ww. ustawy ma za swój przedmiot ochronę interesu publicznoprawnego, a więc ma to miejsce wtedy, gdy skutkami działań sprzecznych z ustawą dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku, bądź gdy wywołują one inne niekorzystne zjawiska na rynku wymagające ingerencji ze strony organów działających w trybie tej ustawy. Celem ustawy jest więc ochrona konkurencji jako zjawiska charakteryzującego funkcjonowanie gospodarki przed zachowaniami przedsiębiorców (i ich związków), które wolność konkurencji w sposób sprzeczny z prawem zakłócają. Ochrona konkurencji wynikająca z przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie ogranicza się jedynie do sytuacji, w której doszło już do pokrzywdzenia innego uczestnika rynku przez dominanta, lecz dotyczy także istnienia potencjalnego stanu realnego zagrożenia dla zasad konkurencji. Stan takiego zagrożenia z punktu widzenia interesu publicznego jest oceniany jako niewłaściwy, a tym samym niedopuszczalny¹ i ma miejsce zarówno wtedy, gdy odnosi się on do aktualnych uczestników gry rynkowej (rzeczywistych konkurentów i kontrahentów przedsiębiorcy), jak i do tych uczestników rynku właściwego, którzy mają zamiar dopiero na nim się pojawić (potencjalnych konkurentów i kontrahentów).

Kwestionowane działania MWiK mają charakter antykonkurencyjny, ponieważ mogą one prowadzić do wykorzystania posiadanej pozycji dominującej poprzez narzucanie jej rzeczywistym, jak i potencjalnym kontrahentom (zarówno przedsiębiorcom, jak i osobom fizycznym) - w umowach określających zasady zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odbierania ścieków - warunków umów, które są niekorzystne i mogą przynosić Spółce nieuzasadnione korzyści.

Uznać zatem należy, iż w niniejszej sprawie mógł zostać naruszony interes publicznoprawny, co uzasadnia ocenę zachowania MWiK w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

2. Zarzut.

Zgodnie z art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów *Zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. Nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności na narzucaniu przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści.*

MWiK postawiono zarzut stosowania praktyki ograniczającej konkurencję polegającej na nadużywaniu na lokalnym rynku zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odbierania ścieków z terenu Gminy i Miasta Kołobrzeg oraz gmin: Dygowo, Gościno, Rymań, Siemyśl, Sławoborze, Ustronie Morskie pozycji dominującej poprzez stosowanie w:

- 1) umowach zatytułowanych: *Umowa o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków* postanowienia, zgodnie z którym: *„Jeżeli zaopatrzenie w wodę lub odprowadzanie ścieków następuje przy celowo uszkodzonych albo pominiętych wodomierzach lub urządzeniach pomiarowych, Przedsiębiorstwo może obciążyć Odbiorcę usług opłatami w wysokości obliczonej na podstawie dziesięciokrotności cen i stawek opłat, określonych w taryfie dla danej taryfowej grupy odbiorców*

¹ por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2003r. sygn. akt I CKN 496/01.

usług. Opłaty, o których mowa w ust. 2, oblicza się dla każdego miesiąca, w którym nastąpiło zaopatrzenie w wodę lub odprowadzanie ścieków przy celowo uszkodzonych albo pominiętych wodomierzach lub urządzeniach pomiarowych”;

- 2) umowach zatytułowanych: *Umowa o zaopatrzenie w wodę* postanowienia, zgodnie z którym: *„Jeżeli zaopatrzenie w wodę następuje przy celowo uszkodzonych albo pominiętych wodomierzach, Przedsiębiorstwo może obciążyć Odbiorcę usług opłatami w wysokości obliczonej na podstawie dziesięciokrotności cen i stawek opłat, określonych w taryfie dla danej taryfowej grupy odbiorców usług. Opłaty, o których mowa w ust. 2, oblicza się dla każdego miesiąca, w którym nastąpiło zaopatrzenie w wodę przy celowo uszkodzonych albo pominiętych wodomierzach”;*
- 3) umowach zatytułowanych: *Umowa o odprowadzanie ścieków* postanowienia, zgodnie z którym: *„Jeżeli odprowadzanie ścieków następuje przy celowo uszkodzonych albo pominiętych urządzeniach pomiarowych, Przedsiębiorstwo może obciążyć Odbiorcę usług opłatami w wysokości obliczonej na podstawie dziesięciokrotności cen i stawek opłat, określonych w taryfie dla danej taryfowej grupy odbiorców usług. Opłaty, o których mowa w ust. 2, oblicza się dla każdego miesiąca, w którym nastąpiło odprowadzanie ścieków przy celowo uszkodzonych albo pominiętych urządzeniach pomiarowych.”*

co mogło stanowić naruszenie o którym mowa w art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

3. Strona postępowania.

Postępowanie antymonopolowe toczy się z udziałem osób mających przymiot strony. Zgodnie z art. 88 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stroną postępowania jest każdy, wobec kogo zostało wszczęte postępowanie w sprawie praktyk ograniczających konkurencję. Przy czym stroną postępowania dotyczącego, jak w niniejszej sprawie, zarzutu naruszenia art. 9 ust. 1 i ust. 2 ww. ustawy, mogą być przedsiębiorcy posiadający na rynku właściwym pozycję dominującą.

Zgodnie z art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów pod pojęciem przedsiębiorcy należy rozumieć przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, a także: *a)* osobę fizyczną, osobę prawną, 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 potrzeby przepisów dotyczących praktyk ograniczających konkurencję oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

MWiK prowadzi działalność jako spółka prawa handlowego (spółka z ograniczoną odpowiedzialnością), w związku z czym jest przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz. U. z 2007r., Nr 155, poz. 1095 ze

zm.) i bez wątpienia przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

4. Rynek właściwy w sprawie.

Aby ocenić, czy doszło do stosowania praktyki ograniczającej konkurencję i naruszenia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zdefiniować należy rynek właściwy w sprawie oraz ustalić siłę rynkową przedsiębiorcy, któremu postawiono zarzut jej stosowania. Zgodnie z art. 4 pkt 7 ilekroć w ustawie jest mowa o „towarach” – rozumie się przez to „rzeczy, jak również energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane”. Artykuł 4 pkt 9 ustawy rynek właściwy definiuje jako „rynek towarów, które ze względu na swe przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym ze względu na rodzaj oraz właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji”. A zatem rynek właściwy wyznaczają dwa elementy: - towar (rynek produktowy) i - terytorium (rynek geograficzny).

Spółka MWiK świadczy usługi zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków na terenie Gminy i Miasta Kołobrzeg oraz gmin: Dygowo, Gościno, Rymań, Siemyśl, Sławoborze, Ustronie Morskie. W wyniku realizacji projektu „Zintegrowana gospodarka wodno – ściekowa w Dorzeczu Parsęty” współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej nastąpiło zintegrowanie eksploatowanej przez MWiK sieci wodno – kanalizacyjnej poprzez połączenie całego systemu kanalizacyjnego w jeden i pozostawienia jednej oczyszczalni ścieków w Korzyścienku (gm. Kołobrzeg) oraz zredukowanie liczby eksploatowanych ujęć wody z 53 do 15.

Wyznaczając rynek właściwy dla działalności prowadzonej przez Spółkę należy zauważyć, że usługi zbiorowego dostarczania wody i zbiorowego odprowadzania ścieków nie posiadają substytutów, a przedsiębiorca świadczący je na terenie Gminy i Miasta Kołobrzeg oraz gmin: Dygowo, Gościno, Rymań, Siemyśl, Sławoborze, Ustronie Morskie nie spotyka się z żadną konkurencją, bowiem na terenie objętym działalnością Spółki brak jest przedsiębiorców oferujących usługi zamienne względem usług świadczonych przez MWiK. Wynika to z uwarunkowań zarówno o charakterze prawnym, jak i technologicznym i organizacyjnym (świadczenie usług wodociągowych i kanalizacyjnych wymaga dysponowania odpowiednią infrastrukturą techniczną, co stwarza istotną barierę kosztową dla podjęcia działalności w tej dziedzinie). Z powyższych względów uznać należy, iż rodzaj działalności prowadzonej przez MWiK oraz jej zasięg geograficzny wyznaczają wymiar produktowy i terytorialny rynku właściwego, o którym mowa w art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Rynkiem właściwym w ujęciu produktowym jest wobec tego rynek usług zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków. Natomiast pod względem geograficznym – z uwagi na technologię zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków – zakres rynku właściwego wyznacza zasięg istniejącej sieci wodociągowej i sieci kanalizacyjnej eksploatowanej przez MWiK, za pomocą których świadczy ono na ww. obszarze usługi we wskazanym wyżej zakresie. Tak więc rynkiem właściwym w sprawie jest lokalny rynek zbiorowego zaopatrzenia wodę i lokalny rynek zbiorowego odbioru ścieków, które to usługi wykonywane są na terenie Gminy i Miasta Kołobrzeg oraz gmin: Dygowo, Gościno, Rymań, Siemyśl, Sławoborze, Ustronie Morskie.

5. Pozycja rynkowa MWiK.

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 i konsumentów; domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą na rynku, jeżeli jego udział w rynku przekracza 40%.*

MWiK na rynku właściwym zdefiniowanym jak wyżej jest monopolistą. Wynika to z sieciowego charakteru urządzeń służących do dostarczania wody i odprowadzania ścieków. To właśnie dzięki sieci, Spółka posiada kwalifikowaną pozycję rynkową, co oznacza, że odbiorcy usług wodociągowo – kanalizacyjnych nie mają możliwości dokonania w tym zakresie wyboru innego przedsiębiorcy, który świadczyłby usługi substytucyjne względem oferowanych przez MWiK. Bariery wejścia na taki rynek jest bariera inwestycyjna i związana z nią nieopłacalność ekonomiczna budowy i eksploatacji paralelnej sieci wodociągowej i kanalizacyjnej. Dla odbiorców wody i dostawców ścieków, w tym potencjalnych kontrahentów funkcjonujących na obszarze objętym terytorialnym zasięgiem działalności MWiK, nie ma zatem rzeczywistej alternatywy dla świadczonych przez Spółkę usług dostawy wody i odbioru ścieków. Z tych względów przedsiębiorcy działający w tym oszarze gospodarki komunalnej funkcjonują w ramach monopolu naturalnego. Przesądza to o posiadaniu przez nich pozycji dominującej².

Należy przy tym zaznaczyć, że pojęcie alternatywnego źródła dostaw wody i odbioru ścieków nie obejmuje możliwości zaspokojenia przez odbiorców we własnym zakresie potrzeb zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków. Aby nowe źródło dostaw wody, czy odbioru ścieków mogło być uznane za alternatywne w stosunku do istniejących musi ono spełniać wymóg natychmiastowej dostępności bez ponoszenia nakładów inwestycyjnych.³

6. Naruszenie zakazu.

Sankcjonowaniu w trybie przewidzianym w art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów podlega nie samo posiadanie na rynku pozycji dominującej, ale jej nadużywanie. Z faktu ustalenia, że dany podmiot zajmuje na rynku pozycję dominującą wynika, że podlega on ograniczeniom wynikającym z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, między innymi obejmuje go zakaz podejmowania działań eksploatujących pozycję zajmowaną na rynku kosztem kontrahentów.

Dla udowodnienia stosowania praktyki ograniczającej konkurencję konieczne jest wykazanie kumulatywnego spełnienia przez przedsiębiorcę posiadającego na rynku właściwym pozycję dominującą następujących przesłanek:

- ✓ narzucania warunków umów,

² Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 7 października 1998 r. (sygn. akt XVII Ama 44/98).

³ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 31 maja 2000r., sygn. akt XVII Ama 44/00.

- ✓ uciążliwego charakteru tych warunków,
- ✓ możliwości osiągnięcia przez przedsiębiorcę nieuzasadnionych korzyści.

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. 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 bowiem 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 dostawę wody i odbiór ścieków wymaga jedynie aprobaty przez kontrahentów – odbiorców wody i dostawców ścieków - ich warunków, jednostronnie ustalanych przez profesjonalistę. Swoboda kontraktowa odbiorców wody i dostawców ścieków jest zatem ograniczona jedynie do podpisania, lub nie, 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 MWiK przy zawieraniu umów na dostawę wody i odbiór ścieków posługuje się wzorcami umownymi zatytułowanych: *Umowa o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków*, *Umowa o zaopatrzenie w wodę* i *Umowa o odprowadzanie ścieków*. Zawierane umowy są jednakowe dla wszystkich użytkowników sieci. W związku z czym należy uznać, że zakwestionowane w prowadzonym postępowaniu antymonopolowym postanowienia umowy zostały kontrahentom Spółki narzucone.

Rozpatrując kwestię uciążliwości analizowanych warunków umowy należy zauważyć, że w orzecznictwie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów za uciążliwy uznano każdy warunek umowy, który stanowi dla jednej ze stron ciężar większy od powszechnie przyjętych w stosunkach danego rodzaju⁴. 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 umowne⁵. Z kolei osiągnięte 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.

⁴ por. wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 22 października 1993r. sygn. akt XVII Amr 36/93.

⁵ por. wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 29 grudnia 1992r. sygn. akt XVII Amr 68/93.

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 MWiK 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 skutku⁶. 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 rynku⁷. W wyroku z dnia 7 lipca 2004 r., sygn. akt XVII Ama 65/03, Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów 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 bowiem, 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.

Dokonując – na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów - oceny nadużycia przez MWiK pozycji dominującej na rynku właściwym należy odwołać się również do przepisów ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków określającej m.in. zasady i warunki zbiorowego zaopatrzenia w wodę oraz zbiorowego odprowadzania ścieków.

Zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków rozliczenia za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków są prowadzone przez przedsiębiorstwo wodociągowo – kanalizacyjne z odbiorcami usług na podstawie określonych w taryfach cen i stawek opłat oraz ilości dostarczonej wody i odprowadzonych ścieków. Ilość wody dostarczonej do nieruchomości ustala się - zgodnie z art. 27 ust. 1 i ust. 4 - 5 ww. ustawy - na podstawie wskazań wodomierza głównego, a w przypadku jego braku, w oparciu o przeciętne normy zużycia wody. Ilość odprowadzanych ścieków ustala się na podstawie wskazań urządzeń pomiarowych, a w razie

⁶ por. E. Modzelewska – Wąchal Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Wyd. Twigger, Warszawa 2002, s. 97.

⁷ (por. wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 23 czerwca 1999 r. sygn. akt XVII Ama 26/99)

ich braku na podstawie umowy, o której mowa w art. 6 ust. 1, jako równą ilości wody pobranej lub określonej w umowie.

Ponadto ustawa ta, jako jeden z elementów, jakie powinny znaleźć się w umowie zawieranej przez przedsiębiorstwo z odbiorcą usług zbiorowego zaopatrzenie w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków wskazuje postanowienia określające odpowiedzialność stron za niedotrzymanie warunków umowy.

Kwestionowane przez Prezesa UOKiK postanowienia umowne przewidują, że zgodnie z:

1. umowami zatytułowanymi: *Umowa o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków*. „Jeżeli zaopatrzenie w wodę lub odprowadzanie ścieków następuje przy celowo uszkodzonych albo pominiętych wodomierzach lub urządzeniach pomiarowych, Przedsiębiorstwo może obciążyć Odbiorcę usług opłatami w wysokości obliczonej na podstawie dziesięciokrotności cen i stawek opłat, określonych w taryfie dla danej taryfowej grupy odbiorców usług. Opłaty, o których mowa w ust. 2, oblicza się dla każdego miesiąca, w którym nastąpiło zaopatrzenie w wodę lub odprowadzanie ścieków przy celowo uszkodzonych albo pominiętych wodomierzach lub urządzeniach pomiarowych”,
2. umowami zatytułowanymi: *Umowa o zaopatrzenie w wodę*. „Jeżeli zaopatrzenie w wodę następuje przy celowo uszkodzonych albo pominiętych wodomierzach, Przedsiębiorstwo może obciążyć Odbiorcę usług opłatami w wysokości obliczonej na podstawie dziesięciokrotności cen i stawek opłat, określonych w taryfie dla danej taryfowej grupy odbiorców usług. Opłaty, o których mowa w ust. 2, oblicza się dla każdego miesiąca, w którym nastąpiło zaopatrzenie w wodę przy celowo uszkodzonych albo pominiętych wodomierzach”,
3. umowami zatytułowanymi: *Umowa o odprowadzanie ścieków*. „Jeżeli odprowadzanie ścieków następuje przy celowo uszkodzonych albo pominiętych urządzeniach pomiarowych, Przedsiębiorstwo może obciążyć Odbiorcę usług opłatami w wysokości obliczonej na podstawie dziesięciokrotności cen i stawek opłat, określonych w taryfie dla danej taryfowej grupy odbiorców usług. Opłaty, o których mowa w ust. 2, oblicza się dla każdego miesiąca, w którym nastąpiło odprowadzanie ścieków przy celowo uszkodzonych albo pominiętych urządzeniach pomiarowych.”

Ustawodawca w art. 8 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków przewidział, że w sytuacjach, gdy jakość wprowadzanych ścieków nie spełnia wymogów określonych w przepisach prawa lub stwierdzono celowe uszkodzenie albo pominięcie urządzenia pomiarowego lub też został stwierdzony nielegalny pobór wody lub nielegalne odprowadzanie ścieków, to jest bez zawarcia umowy, jak również przy celowo uszkodzonych albo pominiętych wodomierzach lub urządzeniach pomiarowych, przedsiębiorstwo wodociągowo – kanalizacyjne może odciąć dostawę wody lub zamknąć przyłącza kanalizacyjne. Określając ww. uprawnienia przedsiębiorstwa i skutki, jakie odbiorca usług ponosi w przypadku, gdy zaopatrzenie w wodę lub odprowadzanie ścieków następuje przy celowo uszkodzonych albo pominiętych urządzeniach pomiarowych, ustawodawca nie sprecyzował ani w ww. ustawie, ani w aktach wykonawczych do tej ustawy szczególnego trybu ustalania, w takich sytuacjach, przez przedsiębiorstwo wodociągowo – kanalizacyjne ilości dostarczonej wody i odebranych ścieków. Określił on jedynie w art. 18 ust. 1 rozporządzenia taryfowego sposób ustalania ilości pobranej wody w

przypadku stwierdzenia nieprawidłowego działania wodomierza głównego. Zgodnie z przywołanym przepisem w przypadku stwierdzenia nieprawidłowego działania wodomierza głównego ilość pobranej wody ustala się na podstawie średniego zużycia wody w okresie 3 miesięcy przed stwierdzeniem niesprawności działania 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 nieprawidłowego działania wodomierza.

Zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków rozliczenia za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków są prowadzone przez przedsiębiorstwo wodociągowo – kanalizacyjne z odbiorcami usług na podstawie określonych w taryfach cen i stawek opłat. Stosowana przez MWiK taryfa dla zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków na obszarze Gmin: Dygowo, Gościno, Kołobrzeg, Miasto Kołobrzeg, Rymań, Sławoborze, Siemuś i Ustronie Morskie nie przewiduje, aby – w przypadku, gdy zaopatrzenie w wodę lub odprowadzanie ścieków następuje przy celowo uszkodzonych albo pominiętych wodomierzach lub urządzeniach pomiarowych – przedsiębiorstwo wodociągowo – kanalizacyjne posiadało uprawnienia do obciążania odbiorcy usług opłatami w wysokości obliczonej na podstawie dziesięciokrotności cen i stawek opłat, określonych w taryfie dla danej taryfowej grupy odbiorców usług.

Ponadto Spółka określając w kwestionowanych umowach wysokość opłat, jakimi będzie mogła obciążyć odbiorców usług w przypadku, gdy zaopatrzenie w wodę lub odprowadzanie ścieków następuje przy celowo uszkodzonych albo pominiętych wodomierzach lub urządzeniach pomiarowych nie sprecyzowała szczególnego trybu ustalania przez nią w takich sytuacjach ilości dostarczonej wody i odprowadzonych ścieków.

W stosowanych przez MWiK umowach określono jedynie tryb ustalania ilości dostarczonej wody i odprowadzonych ścieków w przypadku niesprawności wodomierza głównego i to w następujący sposób:

- zgodnie z postanowieniami § 13 ust. 1 umów zatytułowanych: *Umowa o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków* i *Umowa o zaopatrzenie w wodę*: „W przypadku niesprawności wodomierza głównego, ilość pobranej wody ustala się na podstawie średniego zużycia wody w okresie 3 miesięcy przed stwierdzeniem niesprawności wodomierza, a gdy nie jest to możliwe – na podstawie średniego zużycia wody w analogicznym okresie roku ubiegłego.
- zgodnie z postanowieniem § 13 ust. 1 umowy zatytułowanej: *Umowa o odprowadzanie ścieków*: „W przypadku niesprawności wodomierza, ilość wprowadzonych ścieków ustala się na podstawie średniego zużycia wody w okresie 3 miesięcy przed stwierdzeniem niesprawności wodomierza, a gdy nie jest to możliwe – na podstawie średniego zużycia wody w analogicznym okresie roku ubiegłego.

Ustalony w ww. umowach tryb ustalania ilości dostarczonej wody i odprowadzonych ścieków w przypadku niesprawności lub nieprawidłowego działania wodomierza głównego, przez co rozumie się - według z wyjaśnień Spółki - niewłaściwe jego działanie spowodowane wewnętrzną wadą bądź usterką, bez zawinionego udziału osób trzecich, jest tożsamy z regulacjami zawartymi art. 18 ust. 1 rozporządzenia taryfowego. Rozporządzenie to nie

definiuje jednak pojęcia ani pojęcia „nieprawidłowe działanie wodomierza głównego”, ani pojęcia „niesprawność wodomierza”.

Prezes UOKiK stoi na stanowisku, że niewłaściwy pomiar poboru wody spowodowany celowym uszkodzeniem wodomierza lub jego pominięciem, to sytuacja zgoła inna, niż określona w art. 18 ust. 1 rozporządzenia taryfowego, do której ta regulacja odnosi się ani pośrednio, ani bezpośrednio. Wystąpienie tego rodzaju stanów faktycznych może być zatem przewidziane w umowach zawieranych z odbiorcami i mogą być one unormowane w sposób odmienny, niż to określa art.18 ust.1 rozporządzenia taryfowego, pod warunkiem jednakże, że regulacje wynikające z przepisów rozporządzenia nadal będą obowiązujące dla stron umowy w sytuacjach, gdy wodomierz jest niesprawny z powodów innych, niż jego celowe uszkodzenia.

Zasady naliczania opłat, jakie odbiorca usług ponosi w przypadku stwierdzenia przedstawiono w części decyzji dotyczącej ustaleń Prezesa UOKiK. Z przekazanych przez Spółkę informacji i dokumentów wynika, że w przypadku stwierdzenia przez uprawnionych pracowników, że zaopatrzenie w wodę lub odprowadzanie ścieków następuje przy celowo uszkodzonych albo pominiętych wodomierzach lub urządzeniach pomiarowych odbiorca usług obciążany jest opłatami w wysokości obliczonej na podstawie dziesięciokrotności cen i stawek opłat, określonych w taryfie dla danej taryfowej grupy odbiorców usług za każdy miesiąc, w którym nastąpiło zaopatrzenie w wodę przy celowo uszkodzonych albo pominiętych wodomierzach, licząc od końca ostatniego okresu rozliczeniowego. Ilość pobranej w tym okresie wody i odprowadzonych ścieków ustalana jest w oparciu o prognozę zużycia ustaloną dla nieruchomości na ten okres rozliczeniowy oraz różnicę wskazań wodomierza głównego ustaloną przy ostatnim jego odczycie (k. 461- 462).

Biorąc pod uwagę fakt, że Spółka dla obliczenia opłaty dodatkowej - w sytuacjach zamierzonego i zawinionego działania odbiorcy usług zmierzającego do nieuprawnionego, naruszającego warunki umowy i art. 8 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków poboru wody i odprowadzania ścieków - uwzględnia wyłącznie różnicę wynikającą z prognozy zużycia wody i wskazań wodomierza głównego za okres od jego ostatniego odczytu do dnia stwierdzenia nieprawidłowości w jego funkcjonowaniu, należy uznać, że sposób ustalania w takich sytuacjach ilości dostarczonej wody i odprowadzonych ścieków, a co za tym idzie naliczenia opłat za wykonaną przez MWiK usługę, nie ma dla jej odbiorców uciążliwego charakteru.

Należy przy tym zauważyć, że przewidziane w kwestionowanych postanowieniach uprawnienia Spółki do obciążenia odbiorcy usług opłatami w wysokości obliczonej na podstawie dziesięciokrotności cen i stawek opłat nie znajdują odzwierciedlenia w obowiązującej na terenie ww. gmin taryfie, nie przesądza to jednak o uciążliwości tak określonych warunków kontraktowych i czerpaniu z tego tytułu nieuzasadnionych korzyści.

Ustalenie rzeczywistej ilości dostarczonej przez Spółkę wody i odebranych ścieków w sytuacji, gdy odbiorca dopuścił się celowego uszkodzenia lub pominięcia wodomierza lub urządzenia pomiarowego jest trudne i zawsze będzie obarczone błędem. Tym samym może powodować, że opłata poniesiona przez odbiorcę usług za okres rozliczeniowy, w którym stwierdzono dopuszczenie się ww. czynów nie zrekompensuje kosztów wykonanej na jego rzecz usługi. W takich sytuacjach to Spółka – na skutek nieuprawnionych działań odbiorcy usług – może ponieść szkodę, która nie zawsze zostanie zrekompensowana pobraną od odbiorcy opłatą w wysokości obliczonej na podstawie dziesięciokrotności cen i stawek opłat, określonych w taryfie dla danej taryfowej grupy odbiorców usług za każdy miesiąc,

w którym nastąpiło zaopatrzenie w wodę przy celowo uszkodzonych albo pominiętych wodomierzach, licząc od końca ostatniego okresu rozliczeniowego. W konsekwencji, w takich sytuacjach, koszty nieuprawnionego poboru wody i odprowadzania ścieków ponoszone byłyby przez odbiorców usług prawidłowo realizujących zawarte umowy.

Art. 105 § 1 kodeksu postępowania administracyjnego stanowi, że gdy postępowanie z jakichkolwiek przyczyn stało się bezprzedmiotowe, organ administracji publicznej wydaje decyzje o umorzeniu postępowania.

Zgodnie z brzmieniem art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w sprawach nieuregulowanych, do postępowań przed Prezesem UOKiK, zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeksu postępowania administracyjnego. Art. 105 § 1 k.p.a. stanowi, że jeżeli z jakichkolwiek przyczyn postępowanie stało się bezprzedmiotowe organ administracji publicznej umarza prowadzone postępowanie. Bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego, o której mowa w tym artykule, będąca przesłanką jego umorzenia oznacza, że brak jest któregoś z elementów materialnego stosunku prawnego. Ustalenie istnienia tej przesłanki stwarza obowiązek zakończenia postępowania w danej instancji poprzez jego umorzenie, a wobec tego nie można wydać decyzji załatwiającej sprawę przez rozstrzygnięcie co do jej istoty. Przesłanka umorzenia postępowania może istnieć jeszcze przed wszczęciem postępowania, co zostanie ujawnione dopiero w toczącym się postępowaniu, a może ona powstać także w czasie trwania postępowania, a więc w sprawie już zawisłej przed organem administracyjnym.

Bezprzedmiotowość postępowania może wynikać z kilku różnych przyczyn, które mogą mieć zarówno podmiotowy, jak i przedmiotowy charakter. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu⁸ przyczyny te mogą powstać na skutek faktów naturalnych lub zdarzeń prawnych, tj. w sytuacjach np. śmierci osoby fizycznej, ustanie bytu prawnego osoby prawnej lub organizacyjnej itp. W rozpatrywanej sprawie należy stwierdzić, iż wystąpiła przyczyna niwecząca postępowanie o cesze przedmiotowej, jaką jest ocena w prowadzonym postępowaniu bezprawności zapisów wzorca umownego, stosowanego przez Przedsiębiorstwo w obrocie konsumenckim. Potwierdza to ustalony i przedstawiony stan faktyczny.

Konsekwencją wykazania przesłanki o bezprzedmiotowości prowadzonego postępowania w sprawie naruszenia zbiorowych interesów konsumentów jest wydanie decyzji o jego umorzeniu, które ma charakter obligatoryjny.

Zgodnie bowiem z reprezentowanym w doktrynie poglądem ustalenie bezprzedmiotowości postępowania *„stwarza obowiązek zakończenia postępowania [...] przez jego umorzenie, ponieważ nie będzie podstaw do rozstrzygnięcia sprawy co do jej istoty. Dalsze prowadzenie postępowania w takim przypadku stanowiłoby o jego wadliwości mającej istotny wpływ na wynik sprawy”*⁹.

Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w orzecznictwie. I tak zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 14 maja 1998r. (sygn. akt I S.A./Kr/1141/97) *„w myśl art. 105 § 1 K.p.a., gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe, organ administracji państwowej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania. Użycie przez ustawodawcę słowa „wydaje” a nie „może wydać” oznacza, że*

⁸ B.Adamiak, J.Borkowski, Kodeks postępowania administracyjnego, Komentarz, C.H.Beck, W-wa 1996, s. 462 i następne.

⁹ Tamże, s. 461-463.

wydanie decyzji o umorzeniu postępowania jest obligatoryjne, gdy postępowanie stało się bezprzedmiotowe z jakiegokolwiek przyczyny". Natomiast zgodnie z tezą wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 18 kwietnia 1995r. (sygn. akt S.A./L.dz. 2424/94), „z bezprzedmiotowością postępowania (art. 105 § 1 Kpa) mamy do czynienia wówczas, gdy w sposób oczywisty organ stwierdzi brak podstaw prawnych i faktycznych do merytorycznego rozpatrzenia sprawy”.

Po przeanalizowaniu podnoszonych w toku postępowania argumentów i zgromadzonych dowodów, nie można uznać, że narzucane przez MWiK warunki umów zatytułowanych: *Umowa o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków, Umowa o zaopatrzenie w wodę i Umowa o odprowadzanie ścieków* mają uciążliwy charakter i pozwalają Spółce na uzyskiwanie nieuzasadnionych korzyści. Tym samym nie można wykazać, że wszystkie z przesłanek koniecznych do udowodnienia przedsiębiorcy, posiadającemu na rynku pozycję dominującą, faktu jej zakazanego przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nadużywania zostały udowodnione.

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

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

Otrzymuje:

Miejskie Wodociągi i Kanalizacja Sp. z o.o.

ul. Artyleryjska 3

78- 100 Kołobrzeg