



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA UOKIK W KRAKOWIE**

RKR-411-7/11/BR - /11

Kraków, dn. 30 grudnia 2011 r.

DECYZJA Nr RKR - 54/2011

- I. Na podstawie art. 10 *ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.) oraz stosownie do treści art. 33 ust. 6 tej *ustawy* i § 2 pkt 3 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów* (Dz. U. nr 107 poz. 887) po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego przeciwko Gminie Miejskiej Kraków

- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów -

uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję działania Gminy Miejskiej Kraków polegające na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku organizowania podłączenia do miejskiej sieci wodociągowej i kanalizacyjnej obejmującym obszar Gminy Miejskiej Kraków, na którym prowadzone są prace związane z przyłączeniem nowych odbiorców usługi zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków zgodnie z procedurą Lokalnych Inicjatyw Inwestycyjnych określanych symbolem LII, polegające na:

1. zobowiązaniu mieszkańców do współfinansowania budowy sieci wodociągowej i kanalizacyjnej w ramach Lokalnych Inicjatyw Inwestycyjnych - co stanowi naruszenie art. 9 ust. 1 *ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*

oraz

2. przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, na lokalnym rynku wykonywania przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych, obejmującym obszar Gminy Miejskiej Kraków, na której prowadzone są prace związane z przyłączeniem nowych odbiorców usługi zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków zgodnie z procedurą Lokalnych Inicjatyw Inwestycyjnych, poprzez powierzenie wyłącznego wykonywania przyłączy przedsiębiorcy wybranemu przez Jednostkę Organizacyjną Gminy Miejskiej Kraków – Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu, co stanowi naruszenie art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 *powołanej na wstępie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*;

oraz nakazuje się zaniechania ich 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, z późn. zm.) oraz stosowanie do art. 33 ust. 6 tej *ustawy* i § 2 pkt 3 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie określenia 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 -

nakłada się na Gminę Miejską Kraków, **karę pieniężną** w wysokości **804 722 zł** (słownie: osiemset cztery tysiące siedemset dwadzieścia dwa złote), płaconą do budżetu

państwa, z tytułu naruszenia zakazu określonego w art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ww. *ustawy*, w sposób, o którym mowa w punkcie I.1 i I.2.

III Na podstawie art. 77 ust. 1 w związku z art. 80 *ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.) oraz stosowanie do treści art. 33 ust. 6 tej *ustawy* i § 2 pkt 3 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie określenia 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-

obciąża się Gminę Miejską Kraków **kosztami** opisanego na wstępie **postępowania antymonopolowego** oraz zobowiązuje się tę Gminę do zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kosztów postępowania w kwocie **47,00 zł** (słownie: czterdzieści siedem złotych).

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura Urzędu w Krakowie (zwany dalej „Prezesem Urzędu”), przeprowadził postępowanie wyjaśniające mające na celu ustalenie stosowanych na terenie osiedla Swoszowice w Krakowie zasad zbiorowego odprowadzania ścieków.

W oparciu o ustalenia tego postępowania, w dniu 24 sierpnia 2011r., postanowieniem nr RKR-188/2011 Prezes Urzędu wszczął postępowanie antymonopolowe (k.162-168) w związku z podejrzeniem nadużywania przez Gminę Miejską Kraków (zwaną dalej „Gminą”) pozycji dominującej na lokalnym rynku organizowania podłączenia do miejskiej sieci wodociągowej i kanalizacyjnej obejmującym część terenu Gminy Miejskiej Kraków, na którym prowadzone są prace związane z przyłączeniem nowych odbiorców usługi zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków zgodnie z procedurą Lokalnych Inicjatyw Inwestycyjnych określanym symbolem LII (zwaną dalej LII), polegającego na:

1. zobowiązaniu mieszkańców do współfinansowania budowy sieci wodociągowej i kanalizacyjnej w ramach LII - co może stanowić naruszenie art. 9 ust. 1 ww. *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*.
2. przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania konkurencji, na lokalnym rynku wykonywania przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych, obejmującym część terenu Gminy Miejskiej Kraków, na której prowadzone są prace związane z przyłączeniem nowych odbiorców usługi zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków zgodnie z procedurą LII, poprzez powierzenie wyłącznego wykonywania przyłączy przedsiębiorcy wskazanemu przez Jednostkę Organizacyjną Gminy Miejskiej Kraków – Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu, co może stanowić naruszenie art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*.

Prezes Urzędu postanowieniem nr RKR-189/2011 zaliczył w poczet dowodów w niniejszym postępowaniu informacje i dokumenty uzyskane w postępowaniu wyjaśniającym, prowadzonym pod sygnaturą akt RKR-400-2/11/BR mającym na celu ustalenie stosowanych na terenie osiedla Swoszowice w Krakowie zasad zbiorowego odprowadzania ścieków oraz w postępowaniu prowadzonym pod sygnaturą RKR-690-8/11/BR dotyczącym działalności Społecznego Komitetu Budowy na osiedlu Bieżanów Stary (k.169).

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego Gmina nie zgodziła się z postawionymi zarzutami (k.179-183). Stwierdziła, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą o samorządzie gminnym” zadania własne gminy obejmują między innymi sprawy związane z kanalizacją, usuwaniem i oczyszczaniem ścieków komunalnych, a art. 7 ust. 1 pkt 20 tej ustawy dopuszcza realizację zadań własnych Gminy we współpracy ze społecznościami lokalnymi.

Jako podstawę funkcjonowania procedury LII Gmina wskazała §3 pkt 2 w związku z § 1 Uchwały nr XC/870/97 Rady Miasta Krakowa z dnia 24 września 1997 r. w sprawie kierunków działania Prezydenta Miasta Krakowa w zakresie organizowania, realizacji i dofinansowywania lokalnych inicjatyw inwestycyjnych, która to uchwała zakłada, iż budowa:

- sieci, obiektów i urządzeń kanalizacji sanitarnej lub ogólnospławnej w wydzielonej geodezyjnie drodze,
- odcinka przyłącza kanalizacji sanitarnej lub ogólnospławnej do pierwszej studzienki usytuowanej na tym przyłączy, licząc od strony sieci, wraz z tą studzienką, a w przypadku braku studzienki do granicy nieruchomości,

może być realizowana w trybie lokalnych inicjatyw inwestycyjnych, przy finansowym udziale Miasta.

Gmina wskazała, że w ww. Uchwale niefortunnie posłużyła się określeniem „przyłącze kanalizacji sanitarnej” dla określenia przedmiotu inwestycji w trybie LII. W rzeczywistości chodzi o odcinek kanalizacji biegnący od sieci kanalizacyjnej do studzienki usytuowanej na tym przyłączy, a w przypadku braku studzienki do granicy nieruchomości. Procedura LII reguluje kwestię budowy i finansowania fragmentu kanalizacji stanowiącej część sieci kanalizacyjnej, a nie fragmentu przyłącza, do którego budowy i finansowania zobowiązany jest odbiorca usług.

W ocenie Gminy drugi z zarzutów jest również bezzasadny. Gmina jako realizator zadania organizuje cały proces inwestycyjny, w tym wyłania wykonawcę robót. Inicjator (społeczny komitet) jedynie dobrowolnie przyłącza się do inwestycji realizowanej i nadzorowanej przez Gminę. Takim działaniem Gmina nie eliminuje z rynku małych zakładów instalacyjnych.

W toku przeprowadzonego postępowania antymonopolowego organ antymonopolowy ustalił, co następuje:

Zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. 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” –Przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne jest obowiązane zapewnić budowę urządzeń wodociągowych i urządzeń kanalizacyjnych, ustalonych przez gminę w studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy oraz miejscowych planach zagospodarowania przestrzennego, w zakresie uzgodnionym w wieloletnim planie rozwoju i modernizacji.

Natomiast realizację budowy przyłączy do sieci oraz studni wodomierzowej, pomieszczenia przewidzianego do lokalizacji wodomierza głównego i urządzenia pomiarowego zapewnia na własny koszt osoba ubiegająca się o przyłączenie nieruchomości do sieci (art. 15 ust. 2 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu).

Stosownie do art. 3 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków jest zadaniem własnym gminy.

Gmina ustala kierunki rozwoju sieci w studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy i miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego.

Również art. 7 ustawy o samorządzie gminnym wskazuje, iż zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań własnych gminy. W szczególności zadania własne obejmują sprawy wodociągów i zaopatrzenia w wodę, kanalizacji, usuwania i oczyszczania ścieków komunalnych, utrzymania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych.

Na terenie Gminy obowiązuje Regulamin dostarczania wody i odprowadzania ścieków uchwalony Uchwałą nr CI/1028/06 Rady Miasta Krakowa z dnia 8 lutego 2006 r. (zwanego dalej *Regulaminem dostarczania wody i odprowadzania ścieków*). Stosownie do § 30 ww. *Regulaminu* Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. w Krakowie (zwane dalej MPWiK) wydaje warunki przyłączenia nieruchomości do miejskiej sieci wodociągowej i kanalizacyjnej, które to warunki określają między innymi miejsce i sposób włączenia, parametry techniczne przyłącza, ciśnienia i ilości wody wymaganej dla zaopatrzenia nieruchomości, dane szczegółowe dotyczące wodomierza głównego i urządzenia pomiarowego, terminu ważności warunków (k.127).

Procedura podłączenia do sieci wodociągowej i kanalizacyjnej na terenie gminy Miejskiej Kraków przebiega w następujący sposób:

Przyszli usługobiorcy składają do MPWiK „Wniosek o zawarcie umowy przyłączeniowej” (k.10-11). Spółka działając stosownie do art. 30 *Regulaminu dostarczania wody i odprowadzania ścieków* podpisuje z przyszłym odbiorcą usług zbiorowego zaopatrzenia w wodę i/lub zbiorowego odprowadzania ścieków „Umowę przyłączeniową” (k.12-14). MPWiK określa osobom ubiegającym się o przyłączenie warunki przyłączenia nieruchomości do miejskiej sieci wodociągowej i/lub kanalizacyjnej, w których to warunkach wskazane jest między innymi miejsce i sposób włączenia, parametry techniczne przyłącza, ciśnienia i ilości wody wymaganej dla zaopatrzenia nieruchomości, dane szczegółowe dotyczące wodomierza głównego i urządzenia pomiarowego, terminu ważności warunków (k.127).

Po zakończeniu prac związanych z budową przyłączy sporządzany jest „protokół odbioru przyłącza wodociągowego/ kanalizacyjnego/ odcinka przyłącza kanalizacyjnego/zabudowy zestawu wodomierzowego w układzie równoległym/zabudów zestawów wodomierzowych przy punktach czerpalnych” (k.15).

Następnie po uiszczeniu przez przyszłego odbiorcę określonej w taryfie dla zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków (k.126) „opłaty wynikającej z kosztów przyłączenia” podpisywana jest umowa o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków.

Zgodnie z § 6 ust. 1 pkt 6 *Regulaminu dostarczania wody i odprowadzania ścieków* (k.127) odbiorca usługi zobowiązany jest do utrzymania w należytych stanie przyłączy/ odcinków przyłączy wodociągowych i/lub kanalizacyjnych pozostających w jego posiadaniu i niezwłocznego usuwania ich awarii.

Stosownie do § 6ust. 1 pkt 5 *Regulaminu dostarczania wody i odprowadzania ścieków* (k.127) odbiorca usługi obowiązany jest do zabezpieczenia wodomierzy i urządzeń pomiarowych przed uszkodzeniami.

Oprócz wyżej opisanej procedury podłączania nowych odbiorców do sieci wodociągowej i kanalizacyjnej na terenie Gminy część inwestycji związanych z budową sieci oraz przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych prowadzona jest w oparciu o procedurę LII – (k.182-183).

Dnia 24 września 1997 r. Rada Miasta Krakowa podjęła Uchwałę nr XC/870/97 (tekst jednolity Uchwała nr CXIII/1153/06 Rady Miasta Krakowa z dnia 28 czerwca 2006 r.) w sprawie kierunków działania Prezydenta Miasta Krakowa w zakresie organizowania, realizacji i dofinansowywania lokalnych inicjatyw inwestycyjnych (http://www.bip.krakow.pl/?dok_id=167&sub_dok_id=167&sub=uchwala&query=id%3D16653%26typ%3Du).

Stosownie do zapisu § 3 ust. 1 i 2 przedmiotowej Uchwały w trybie LII mogą być realizowane między innymi inwestycje z zakresu:

- a) sieci, obiektów i urządzeń wodociągowych,
- b) przyłącza wodociągowe do wodomierza głównego z wyłączeniem studzienki wodomierzowej,
- c) sieci, obiektów, i urządzeń kanalizacji sanitarnej lub ogólnospławnej w wydzielonej geodezyjnie drodze,
- d) odcinka przyłącza kanalizacji sanitarnej lub ogólnospławnej do pierwszej studzienki usytuowanej na tym przyłączy licząc od strony sieci wraz z tą studzienką, a w przypadku braku studzienki do granicy nieruchomości.

Zgodnie z § 11 tej uchwały Gmina za pośrednictwem miejskich jednostek organizacyjnych informuje mieszkańców o możliwości i warunkach realizacji zadań inwestycyjnych w trybie LII.

Procedura LII – w ocenie Gminy (k.468) – jest teoretycznie krótsza niż w przypadku indywidualnych realizacji przyłączy. Gmina nie jest jednak w stanie wskazać różnicy w czasie realizacji inwestycji w trybie LII i z jego pominięciem.

W ślad za informacją o możliwości realizacji inwestycji wodociągowej lub kanalizacyjnej w trybie LII na danym terenie powoływane są przez przyszłych odbiorców usług Społeczne Komitety Budowy (zwane dalej „Komitetami”). Komitety samodzielnie podejmują decyzję o sposobie gromadzenia środków i ich wysokości. Podstawę szacunków wysokości wpłat jest wartość kosztorysowa poszczególnych zadań i koszt dokumentacji.

Społeczne Komitety kierują do Gminy wstępne zgłoszenie zawierające zobowiązanie zrealizowania w ramach LII zadania i deklarują wysokość wnoszonego wkładu. Podstawą takiego zgłoszenia są deklaracje członków komitetów o pełnym i terminowym wywiązywaniu się z przypadających na nich zobowiązań (k.200-210).

Zgłoszenie wstępne o planowanym przygotowaniu inwestycji musi zawierać:

1. Informacje o wnioskodawcy:
 - a) nazwę, adres, formę organizacyjno-prawną Komitetu;
 - b) wstępną deklarację dotyczącą wielkości środków finansowych pochodzących od Komitetu
2. Informacje o planowanym przedsięwzięciu inwestycyjnym:
 - a) lokalizację i rodzaj planowanego zadania wraz z terminem realizacji,
 - b) dane niezbędne dla określenia parametrów umożliwiających ocenę wniosków.

Ponadto Społeczne Komitety zobowiązane są do przygotowania dokumentacji inwestycji na którą składają się:

- a) pozwolenie na budowę,

- b) zaświadczenie o przyjęciu zgłoszenia inwestycji przez Urząd Miasta Krakowa dla przyłączy,
- c) pozwolenie na budowę budynku wraz z przyłączami,
- d) ważne oświadczenie o warunkach przyłączenia nieruchomości,
- e) ważną opinię Zespołu Koordynującego Usytuowanie Projektowanych Sieci Uzbrojenia Terenu,
- f) zgodę na wejście w teren zarządcy drogi i innych właścicieli terenu, przez który przechodzi trasa sieci i przyłączy.

Następnie Społeczne Komitety składają do Miejskiej Jednostki Organizacyjnej wniosek o realizację inwestycji w danym roku budżetowym i podpisują porozumienie negocjacyjne.

Wniosek musi zawierać (k.200-202):

1. nazwę, adres, formę organizacyjno-prawną z zakresem działalności Komitetu,
2. rodzaj, lokalizację i parametry techniczno-ekonomiczne efektu inwestycji,
3. projekt i harmonogram finansowania, tj. proponowane źródła i warunki kompletnego finansowania w kolejnych latach realizacji inwestycji,
4. oświadczenie woli dotyczące zasad udziału w inwestycji oraz wyrażoną kwotowo deklarację udziału Komitetu. Konieczne są deklaracje finansowe wszystkich członków Komitetu,
5. informację określającą społeczne korzyści powstające w wyniku realizacji zadania,
6. inne dane niezbędne do oceny wniosku,
7. dla sieci: dokumentację projektową, przedmiar robót, kosztorys inwestorski i pozwolenie na budowę,
8. dla przyłącza: dokumentację projektową, przedmiar robót, kosztorys inwestorski, zaświadczenie o przyjęciu zgłoszenia przez wydział Urzędu Miasta Krakowa lub pozwolenie na budowę budynku wraz z przyłączami lub uzgodniony projekt z MPWiK oraz ważną opinię Zespołu Koordynującego Usytuowanie Projektowanych Sieci Uzbrojenia Terenu,
9. opis inwestycji uwzględniający stosunek do sąsiadującej infrastruktury miejskiej w aspekcie komplementarności i możliwości dalszej rozbudowy.

Zgodnie z § 6 analizowanej Uchwały o pozycji danego wniosku na liście zadań przyjętych do realizacji w trybie LII decyduje system kryteriów(k.206-207).

Jednym z kryteriów progowych jest deklaracja Komitetu o współfinansowaniu zadania, bowiem inwestycje w ramach LII finansowane są ze środków Gminy oraz przyszłych odbiorców usług zrzeszonych w Komitetach.

Udział Komitetu w LII może stanowić udział rzeczowy lub udział finansowy. Określa go następujący wzór:

$$U_1 = W_z - U_{\text{SWM}} - U_{\text{GFOS}} - U_E$$

Gdzie

$$U_{\text{SWM}} = (W_z - U_{\text{GFOS}}) \times U_{\%M}$$

$$U_E = W_z \times U_{\%M}$$

$$W_z = K_p + K_R$$

U_I – udział Komitetu

W_z – wartość zdania

U_{SWM} – udział środków własnych Gminy

U_E – udział Środków eksploatatora

$U_{\%M}$ – procentowy udział środków własnych Gminy

$U_{\text{GFOŚ}}$ – udział środków z funduszu GFOŚ

K_p – koszt przygotowania zadania do realizacji

K_R – koszt realizacji

Na poczet udziału rzeczowego Komitetu (U_I) zalicza się udokumentowane nakłady poniesione przez niego na przygotowanie inwestycji, tj. sporządzenie dokumentacji technicznej, geodezyjnej, prawnej zgodnej z zakresem realizowanej inwestycji (k.204).

Stosownie do § 7 analizowanej Uchwały, jeżeli przy rozliczeniu końcowym zadania LII udział rzeczowy przekracza udział Komitetu, to różnica nie jest zaliczana na poczet udziału Komitetu i nie podlega zwrotowi (k.204).

Tak więc pełną wartość inwestycji LII zgodnie z oświadczeniem Gminy tworzą koszty dokumentacji wykonanej przed rozpoczęciem inwestycji, wykonawstwo, odtworzenie nawierzchni, koszty dokumentacji powykonawczej, opłaty odbiorowe i inne opłaty, których Gmina nieookreśliła (k. 204).

Jako orientacyjny udział rzeczowy Komitetu w kosztach inwestycji zaliczane są udokumentowane nakłady poniesione na przygotowanie inwestycji, tj. na dokumentację projektową, geodezyjną i prawną zgodną z zakresem realizacji inwestycji. Ostateczne uściślenia udziału rzeczowego Komitetu następuje w aneksie do umowy o realizację inwestycji przygotowywanym po rozstrzygnięciu przetargu na dane zadanie (k.205).

Procentowy udział środków w zadaniach realizowanych w trybie LII w zakresie budowy odcinka przewodu kanalizacyjnego od miejsca włączenia do sieci kanalizacyjnej do pierwszej studzienki licząc od strony sieci wraz z tą studzienką lub w przypadku braku studzienki do granicy nieruchomości wynosi 80% dla Gminy i 20% dla Komitetu (k.204).

W przypadku budowy sieci wodociągowej w trybie LII za przyłącze wodociągowe uznawany jest odcinek przewodu od instalacji wewnętrznej w budynku do miejsca włączenia do sieci głównej znajdującej się poza nieruchomością gruntową odbiorcy. Dofinansowanie Gminy wynosi z reguły 50% kosztów budowy ww. odcinka. Wysokość dofinansowania nie jest uzależniona od długości odcinka przewodu przebiegającego poza granicą nieruchomości gruntowej odbiorcy.

Podsumowując, w przypadku inwestycji w trybie LII dotyczącej sieci kanalizacyjnej finansowanie odbywa się w następujący sposób (k.209):

- 100 % kosztów budowy przyłącza, w rozumieniu art. 2 ust. 6 *ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu*, tj. odcinka od instalacji wewnętrznej w budynku do pierwszej studzienki licząc od strony budynku pokrywa przyszły odbiorca usług;
- 100 % kosztów budowy sieci (jako rury głównej najczęściej biegnącej w drodze np. gminnej/osiedlowej) pokrywa MPWiK z wyjątkiem sporządzenia dokumentacji technicznej, geodezyjnej, prawnej zgodnej z zakresem realizowanej inwestycji, jak również pozwolenia na budowę, które to przygotowuje na własny koszt Komitet;

- Gmina wspólnie z Komitetem pokrywa koszt budowy części sieci od rury głównej (do studzienki kanalizacyjnej - ponieważ Gmina uznaje ten odcinek za przyłącze. Udział w kosztach wynosi 80% Gmina, 20% Komitet.

Jeżeli chodzi o inwestycje dotyczące sieci wodociągowej realizowane w trybie LII to (k.467-468):

- 100 % kosztów budowy sieci (jako rury głównej najczęściej biegnącej w drodze np. gminnej/osiedlowej) pokrywa MPWiK z wyjątkiem sporządzenia dokumentacji technicznej, geodezyjnej, prawnej zgodnej z zakresem realizowanej inwestycji, jak również pozwolenia na budowę, które przygotowuje na własny koszt Komitet,
- 100 % kosztów budowy przyłącza na odcinku od instalacji wewnętrznej w budynku do wodomierza z wyłączeniem studni wodomierzowej pokrywa przyszły odbiorca usług. Jeżeli wodomierz znajduje się w budynku mieszkalnym koszty budowy przewodu od budynku do włączenia do sieci pokrywane są w trybie inwestycji LII ;
- koszt budowy przewodu od studni wodomierzowej do miejsca włączenia do sieci pokrywa w 50% Gmina, a w 50% Komitet. Udział współfinansowania nie zależy od odległości, w jakiej sieć główna przebiega w stosunku do granicy nieruchomości gruntowej odbiorcy.

Po zakończeniu realizacji danej inwestycji w trybie LII Miejska Jednostka Organizacyjna (k.205):

1. sporządza protokoły odbioru końcowego i w terminie 6 miesięcy, lecz nie później niż do 31 maja roku następnego przekazuje inwestycję do eksploatacji,
2. dokonuje w terminie 2 miesięcy po przekazaniu do eksploatacji, lecz nie później niż w terminie do 31 lipca roku następnego całkowitego rozliczenia rzeczowo-finansowego inwestycji. Przedkłada Wydziałowi Skarbu Miasta dokumenty niezbędne do zaksięgowania środka trwałego w ewidencji wytworzonych środków trwałych, również części finansowanej przez Komitety
3. zawiera umowy z eksplloatatorem MPWiK.

Wydział Skarbu Miasta w terminie 14 dni po otrzymaniu kompletnego rozliczenia , lecz nie później niż do 15 sierpnia roku następnego dokonuje przejęcia majątku na majątek Gminy (k.205).

Wydział Skarbu Miasta przygotowuje w okresach kwartalnych, lecz nie później niż do 30 września roku następnego zarządzenia Prezydenta w sprawie wniesienia wkładu niepieniężnego w postaci środków trwałych wytworzonych w trybie LII do Krakowskiego Holdingu Komunalnego z przeznaczeniem na podwyższenie kapitału zakładowego MPWiK (k.205-206).

W roku 2009 inwestycje w trybie LII były prowadzone w przypadku sieci wodociągowej na terenie 11 obszarów, a w przypadku sieci kanalizacyjnej na terenie 28 obszarów.

W roku 2010 natomiast budowa sieci wodociągowej dotyczyła 14 obszarów, a sieci kanalizacyjnej 36.

W roku 2011 była to sieć wodociągowa na terenie 7 obszarów i sieć kanalizacyjna na terenie 43 obszarów (k.184-190).

Budowa sieci wodociągowej i kanalizacyjnej na terenie wszystkich ww. obszarów była ujęta w Uchwale Rady Miasta Krakowa z dnia 16 kwietnia 2003 r. Nr XII/87/03 w sprawie Studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego Miasta Krakowa.

Osoby, które nie przystąpiły do Komitetu mogą zostać podłączone do sieci wodociągowej lub kanalizacyjnej na warunkach określonych przez zarządcę sieci, czyli MPWiK i zarządcę terenu.

Gmina nie była w stanie określić różnicy w czasie podłączenia do sieci wodociągowej lub kanalizacyjnej członków Komitetów i osób zamieszkujących dany teren, które do komitetu nie przystąpiły (k.468).

Na obszarach, które nie przystąpią do inwestycji w trybie LII sieć wodociągowa, czy też kanalizacyjna budowana będzie w terminie późniejszym ze względu na konieczność nagromadzenia większych środków finansowych przez Gminę (k.468). Na Komitety przenoszona jest bowiem część obowiązków Gminy (w tym finansowych i organizacyjno-projektowych), co powoduje, iż taka inwestycja wymaga mniejszych nakładów Gminy.

Do wykonania przyłączy w systemie indywidualnym nie jest konieczne wykonanie przedmiarów i kosztorysów inwestorskich dla całej sieci wodociągowej i kanalizacyjnej wraz z przyłączami na danym obszarze, jak również uzyskania pozwolenia na budowę. Budowa pojedynczego przyłącza wodociągowego lub kanalizacyjnego, stosownie bowiem do art. 29 ust. 1 pkt 20 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2010 Nr243 poz.1623 ze zm.), nie wymaga pozwolenia na budowę.

Wykonawcę inwestycji w trybie LII wyłania Jednostka Organizacyjna – Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu (zwany dalej ZIKiT). Może on ewentualnie powierzyć - na warunkach określonych w porozumieniu - organizację przetargu oraz nadzór nad wykonaniem danego przedsięwzięcia MPWiK, w której to Spółce Gmina posiada 100 % głosów na WZA.

W roku:

- 2009 ZIKiT przeprowadził 11 przetargów, a MPWiK S.A. 13,
- 2010 ZIKiT 10, a MPWiK S.A. 25
- 2011 ZIKiT 15, MPWiK S.A. 14.

Przyszli odbiorcy usług – członkowie Komitetów nie mają wpływu na wybór wykonawcy również w części inwestycji dotyczącej ich indywidualnych przyłączy, tj. odcinka przewodu – w zależności od zasad podłączania do sieci - od granicy nieruchomości lub od studzienki kanalizacyjnej do instalacji wewnętrznej w budynku, czyli tych części, których koszt ponoszą w 100%.

Jeden przetarg rozpisywany przez ZIKiT lub MPWiK dotyczył budowy - kilku przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych w rozumieniu Gminy, a w rozumieniu przepisów *ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu* fragmentu sieci i przyłączy - na terenie kilku obszarów, gdzie prowadzone były inwestycje w trybie LII. Również były rozpisywane przetargi dotyczące budowy sieci i przyłączy. Niekiedy przetarg dotyczył dodatkowo przyłączy gazowych (k. 212-300).

W przypadku jednego z osiedli w Krakowie – Stary Bieżanów przyszli odbiorcy dokonywali wpłat na rzecz Komitetu począwszy od roku 1997, a do chwili obecnej sieć kanalizacyjna i przyłącza na ich terenie nie zostały wykonane. Do roku 2006 były to kwoty około 2000 zł, a w roku 2011 konieczna była dopłata jeszcze około 3000 zł (dokumenty zaliczone z postępowania prowadzonego pod sygnaturą RKR-690-48/11/BR).

Uzyskane przez Gminę w roku 2010 (k.183-184):

- dochody z majątku Gminy wynosiły 387 919 594 zł,
- pozostałe dochody Gminy (obejmujące m.in. spadki, zapisy, darowizny, odsetki od środków gromadzonych na rachunkach bankowych i inne) wynosiły 2 996 890 606 zł,
co daje łączną kwotę 3 384 810 200 zł

Gmina dokonała – na wezwanie Prezesa Urzędu - weryfikacji ww. dochodów pismem z dnia 22 listopada 2011 r. (k.472-473), w świetle którego:

- dochody z majątku Gminy wynosiły 248 977 347,00 zł,
- pozostałe dochody Gminy (obejmujące m.in. spadki, zapisy, darowizny, odsetki od środków gromadzonych na rachunkach bankowych i inne) wynosiły 286 967 778,00 zł,
co daje łączną kwotę 535 945 125 zł.

W dniu 14 grudnia 2011 r. Gmina została zawiadomiona o zakończeniu zbierania materiału dowodowego i możliwości zapoznania z aktami.

Skorzystała z tego prawa w dniu 21 grudnia 2011 r.

Po zapoznaniu z aktami pismem z dnia 27 grudnia 2011 r. Gmina podtrzymała swoje dotychczasowe stanowisko, iż postawione przez Prezesa Urzędu zarzuty są nieuzasadnione. Powołała się ponownie na Uchwałę Rady Miasta Krakowa z dnia 24 września 1997 r. Nr XC/870/97 jako podstawę działań inwestycyjnych w trybie LII. Wskazała, iż umowy podpisywane w ramach LII są negocjowane.

Gmina podniosła ponadto, iż nie przeciwdziała rozwojowi konkurencji na rynku wykonywania przyłączy ponieważ wykonawcy wylaniani są w trybie przetargowym. Wskazała, iż w jej ocenie postępowanie przetargowe daje możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia każdemu wykonawcy oraz pozwala Gminie na osiągnięcie maksymalnej efektywności gospodarowania mieniem publicznym.

Mając na uwadze ustalony powyżej stan faktyczny, organ antymonopolowy zważył, co następuje:

Interes publiczny

W świetle art. 1 ust. 1 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, instrumenty w niej przewidziane winny być wykorzystywane dla podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. W orzecznictwie Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego również dalej „SOKiK” lub „SA”) utrwalił się pogląd, iż naruszenie interesu publicznoprawnego ma miejsce wówczas, gdy skutkami działań sprzecznych z przepisami prawa antymonopolowego dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku, względnie, gdy działania te wywołują na rynku inne niekorzystne zjawiska (wyrok SA z dnia 24 stycznia 1991 r., sygn.: XV Amr 8/90; z dnia 4 lipca 2001 r., sygn.: XVII Ama 108/00 oraz z dnia 23 lutego 2002 r., sygn.: XVII Ama 133/2001).

W wyroku z dnia 27 czerwca 2001 r. (sygn.: XVII Ama 92/00) SOKiK stwierdził, że „*interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest podjęciem jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien on być ustalony i konkretyzowany co do swych wymagań. Organ administracji – Prezes Urzędu winien być w toku postępowania i przy wydawaniu decyzji rzecznikiem tego interesu, albowiem wynika to z jego zadań w strukturze administracji publicznej – art. 7 k.p.a. Publiczny oznacza dotyczący ogółu, dotyczący ogółu a nie jednostki,*

czy też określonej grupy. A zatem podstawą do zastosowania przez Prezesa Urzędu przepisów ustawy antymonopolowej winno być uprzednie stwierdzenie, że został naruszony interes publicznoprawny, a nie interes prawny jednostki czy też grupy”.

Ponadto - jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 lutego 2004 r. (sygn.: III SK 2/04) - „*naruszenie indywidualnego interesu nie wyklucza dopuszczalności równoczesnego uznania, że dochodzi do naruszenia publicznego zbiorowego interesu, jeżeli indywidualne pogwałcenie przepisów ustawy mogłoby w jakikolwiek sposób prowadzić do ustanowienia lub utrwalenia monopolistycznych praktyk rynkowych, które wywołują skutki na terytorium RP”.*

Z kolei w wyroku z dnia 5 czerwca 2008 r. (sygn. akt III SK 40/07) Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, 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”.*

Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, iż przedmiotowe postępowanie podjęte zostało w interesie publicznym. Analizowane praktyki wymierzone były w każdego przeszłego odbiorcę usług zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków zainteresowanego przyłączeniem swojej nieruchomości do komunalnych sieci wodociągowo – kanalizacyjnych, w ramach programu LII.

Dodatkowo praktyka Gminy ograniczała małym zakładom instalatorskim możliwość konkurencji o odbiorców, a podłączanym osobom wybór wykonawcy przyłącza.

Gmina jako strona postępowania antymonopolowego

Zakazy przewidziane w *ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów* odnoszą się wyłącznie do działań podejmowanych przez przedsiębiorców lub związki przedsiębiorców.

Zgodnie z art. 4 pkt 1 lit. a) *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, pod pojęciem „przedsiębiorcy” rozumie się przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów *ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej* (Dz. U. z 2007 r. Nr 155, poz. 1095, z późn. zm.), a także między innymi osobę prawną organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów *ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*.

Stosownie do treści art. 7 ust. 1 *ww. o samorządzie gminnym* - do zadań własnych gminy należy zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty. Zadania własne obejmują między innymi sprawy wodociągów i zaopatrzenia w wodę, kanalizacji, usuwania i oczyszczania ścieków komunalnych (art. 7 ust. 1 pkt 3 tej ustawy). Również w świetle art. 3 ust. 1 *ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu* - zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków jest zadaniem własnym gminy.

Z kolei - zgodnie z art. 9 ust. 4 *ustawy o samorządzie gminnym* - zadania własne gminy, określone w art. 7 ust. 1 tej ustawy, służące zaspokojeniu zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, stanowią zadania użyteczności publicznej. Choć w ustawie brak jest legalnej definicji pojęcia użyteczności publicznej, to niewątpliwie wskazówkę w tej materii stanowić może przepis art. 1 ust. 2 *ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej* (Dz. U. z 1997 r. Nr 9, poz. 43, z późn. zm.), na mocy którego gospodarka komunalna obejmuje w szczególności zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych.

W świetle powyższego należy uznać, że Gmina Miejska Kraków jest przedsiębiorcą w rozumieniu *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, gdyż jest osobą prawą organizującą usługi o charakterze użyteczności publicznej związane ze zbiorowym zaopatrzeniem w wodę i zbiorowym odprowadzeniem ścieków.

Rynek właściwy

Stosownie do treści przepisu art. 4 pkt 9 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* przez pojęcie „rynek właściwy” rozumie się 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.

Zgodnie z powyższą definicją rynek właściwy został ograniczony do pewnych towarów (produktów) i terytorium, które w danej sprawie mają znaczenie z punktu widzenia konkurencji i uczestników rynku (por.: E. Modzelewska - Wąchał *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Twigger, Warszawa 2002, str. 49).

Rynek w ujęciu produktowym odnosi się do wszystkich towarów jednego rodzaju, które poprzez szczególne właściwości, w szczególności zaś przeznaczenie, użytkowość i cenę, odróżniają się od innych towarów w taki sposób, że nie istnieje możliwość dowolnej ich zmiany. Rynek ten tworzą towary, które z punktu widzenia nabywcy charakteryzują się substytutywnością.

Pod pojęciem „towaru” – zgodnie z art. 4 pkt 7 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* – rozumie się rzeczy, jak również energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane.

W przedmiotowej sprawie rynkiem właściwym w ujęciu produktowym jest rynek organizowania podłączenia do miejskiej sieci wodociągowej i kanalizacyjnej.

W ujęciu geograficznym rynek właściwy obejmuje obszar Gminy Miejskiej Kraków, na którym prowadzone są prace związane z przyłączeniem nowych odbiorców usługi zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków zgodnie z procedurą LII.

Analizowane działania Gminy nie mają dla przyszłych odbiorców usług zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków substytutów. Zgodnie bowiem z art. 7 ust. 1 pkt 3 *ustawy o samorządzie gminnym* oraz art. 3 *ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu czynności* te są zadaniem własnym Gminy. Jedynie zatem zaakceptowanie ustalonych przez Gminę, jako jedyne podmiotu posiadającego kompetencję w tym zakresie, warunków przyłączenia do sieci wodociągowo-kanalizacyjnej umożliwia rozpoczęcie inwestycji prowadzącej do podłączenia nieruchomości poszczególnych mieszkańców do sieci. Rozbudowa sieci przez Gminę wpływa wprost na organizację rynku usług zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzenia ścieków. Podejmując bowiem działania w tym zakresie, Gmina kształtuje strukturę sieci wodociągowej i kanalizacyjnej, która jest koniecznym i podstawowym elementem świadczenia usług wodociągowych i kanalizacyjnych.

O zasięgu tego rynku decyduje fakt, że na obszarze swojej właściwości to właśnie Gmina jest jedynym podmiotem organizującym przyłączanie do sieci wodociągowo-kanalizacyjnej w celu zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków w systemie LII,

a jednocześnie nie organizuje tych usług poza obszarem swojej własności. Tym samym warunki konkurencji na tym rynku wyznacza Gmina i są one odmienne od warunków panujących na innych rynkach lokalnych (tak: Decyzja Prezesa UOKiK Nr RPZ -11/2009 z dnia 21 sierpnia 2009r.)

Pozycja Gminy Miejskiej Kraków na rynku właściwym

Art. 9 ust. 1 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* wprowadza bezwzględny zakaz nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym.

Przez pojęcie „pozycja dominująca” – zgodnie z treścią art. 4 pkt 10 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* – rozumie się taką 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 przekracza 40 %.

Jak już wyżej wspomniano, sprawy z zakresu zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków, w tym przyłączania do sieci wodociągowo-kanalizacyjnej są zadaniami własnymi Gminy (art. 7 ust. 1 pkt 3 *ustawy o samorządzie gminnym* oraz art. 3 ust. 1 *ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu*). Ustawodawca dookreślił także odpowiedzialność Gminy za organizowanie swojego zadania własnego w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków, przypisując jej funkcje regulacyjne, w szczególności poprzez:

- 1) ustalenie kierunków rozwoju sieci w studium uwarunkowań kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy i miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego,
- 2) wydawanie zezwoleń na prowadzenie działalności polegającej na zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków,
- 3) uchwalanie regulaminów dostarczania wody i odprowadzania ścieków,
- 4) uchwalanie planów rozwoju i modernizacji urządzeń wodociągowych i urządzeń kanalizacyjnych będących w posiadaniu przedsiębiorstw wodociągowo – kanalizacyjnych,
- 5) zatwierdzaniu taryf za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków.

W niniejszej sprawie Gmina posiada pozycję dominującą na lokalnym rynku organizowania podłączenia do miejskiej sieci wodociągowej i kanalizacyjnej obejmującym część terenu Gminy Miejskiej Kraków, na którym prowadzone są prace związane z przyłączeniem nowych odbiorców usługi zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków zgodnie z procedurą LII.

W praktyce jedynym podmiotem działającym w tym zakresie i wykonującym zarazem zadania własne określone w ustawie o samorządzie gminnym na terenie Gminy może być tylko sama Gmina. Mamy tu zatem do czynienia z monopolem prawnym (tak decyzje Prezesa UOKiK: Nr RPZ-11/2009 z dnia 21 sierpnia 2009r., Nr RBG - 16/2010 z dnia 20 października 2010r.).

Gmina wykonuje analizowane zadanie publiczne w imieniu własnym i na własną odpowiedzialność. Wyłącznie Gmina jest właściwa do ustalenia warunków rozpoczęcia inwestycji budowy sieci wodociągowo-kanalizacyjnej w trybie LII. W przypadku zaś podjęcia przez mieszkańca Gminy dobrowolnie decyzji o zleceniu wykonania przyłączy

wodociągowo – kanalizacyjnych temu samemu wykonawcy, który wykonuje sieć wodociągowo-kanalizacyjną, Gmina powinna pobierać od mieszkańców kwoty odpowiadające jedynie rzeczywistym kosztom budowy każdego z przyłączy wodociągowo – kanalizacyjnych w rozumieniu art. 2 pkt 5 i 6 *ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu*.

W związku z powyższym, Prezes Urzędu stwierdził, iż na lokalnym rynku właściwym organizowania podłączenia do miejskiej sieci wodociągowej i kanalizacyjnej obejmującym część terenu Gminy Miejskiej Kraków, na którym prowadzone są prace związane z przyłączeniem nowych odbiorców usługi zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków zgodnie z procedurą LII - Gmina Miejska Kraków posiada pozycję dominującą.

Ad I.1 sentencji decyzji - naruszenie przez Gminę Miejską Kraków art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Przepis art. 9 ust. 1 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* zawiera generalny zakaz nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców, zaś w ust. 2 art. 9 *ustawa* ogranicza się jedynie do wyliczenia typowych przykładów takich nadużyć. Z uwagi na otwarty katalog tych praktyk nie ma formalnych przeszkód, aby został on rozszerzony także o inne - nie wymienione w ust. 2 art. 9 - działania przedsiębiorców noszące znamiona bezprawnego zachowania ograniczającego swobodę działalności innych uczestników rynku lub eksploatującego pozycję na nim zajmowaną. Potwierdza to zarówno doktryna, jak i orzecznictwo antymonopolowe.

Zgodnie z poglądami zawartymi w doktrynie: „katalog praktyk nadużycia pozycji dominującej ujęty w ust. 2 art. 9 jest katalogiem otwartym, zakazane są więc wszelkie postaci nadużycia, również nie wymienione w nim. Wyszczególnione praktyki są najbardziej typowymi i na podstawie doświadczeń i praktyki z zakresu ochrony konkurencji uznane za najbardziej groźne dla konkurencji i innych uczestników rynku. Stworzenie katalogu zamkniętego byłoby nieracjonalne, uniemożliwiałoby przeprowadzenie skutecznej ochrony konkurencji i innych wartości przed wszystkimi praktykami rynkowymi wymagającymi interwencji administracyjnej” (tak: E. Modzelewska - Wąchal (w:) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Twigger, Warszawa 2002, str. 98 i 99).

„Ustawa nie określa co należy rozumieć pod pojęciem nadużywania pozycji dominującej, wskazuje jedynie na przykłady zachowań przedsiębiorców, które kwalifikować należy jako przejaw takich nadużyć (art. 9 ust. 2). Jednocześnie – tak jak w prawie wspólnotowym (art. 82 *Traktatu Wspólnot Europejskich*) – przewidziano generalną klauzulę zakazującą nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym (art. 9 ust. 1)” (tak: K. Kohutek, M. Sieradzka *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz LEX Warszawa 2008 str.336*).

Przedmiotem ustawowego zakazu nie jest samo posiadanie pozycji dominującej, ale jej nadużywanie.

Ponieważ przepisy *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* nie zawierają definicji „nadużywania” takiej pozycji, należy odwołać się do art. 1 ust. 1 *ustawy*.

Cele określone w art. 1 ust. 1 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* pozwalają na przyjęcie, iż nadużyciem są zachowania, które oddziałują na interesy konsumentów lub kontrahentów w stopniu niemożliwym do zaistnienia w przypadku gdyby podejmujący je przedsiębiorca działał w warunkach wolnej konkurencji.

Można dodatkowo odwołać się do słownika języka polskiego, który zawiera definicję słowa nadużywać jako „używać czegoś ponad miarę” (tak: Słownik Języka Polskiego PWN, www.pwn.pl). W świetle powyższej definicji można także wysunąć wniosek, iż praktyką polegającą na nadużywaniu pozycji dominującej jest takie zachowanie dominanta, które nie byłoby możliwe w warunkach swobodnej konkurencji.

W niniejszej sprawie przedmiotem zarzutu są właśnie takie praktyki, które nie zostały wyspecyfikowane przez ustawodawcę w art. 9 ust. 2 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*.

Gminie postawiony został zarzut nadużywania pozycji dominującej na lokalnym rynku organizowania podłączenia do miejskiej sieci wodociągowej i kanalizacyjnej obejmującym część terenu Gminy Miejskiej Kraków, na którym prowadzone są prace związane z przyłączeniem nowych odbiorców usługi zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków zgodnie z procedurą LII, polegające na zobowiązaniu mieszkańców do współfinansowania budowy sieci wodociągowej i kanalizacyjnej w ramach LII.

Jak wyżej wykazano Gmina posiada pozycję dominującą na lokalnym rynku organizowania podłączenia do miejskiej sieci wodociągowej i kanalizacyjnej obejmującym część terenu Gminy Miejskiej Kraków, na którym prowadzone są prace związane z przyłączeniem nowych odbiorców usługi zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków zgodnie z procedurą LII.

Wymaga zatem udowodnienia, że Gmina nadużywa posiadanej pozycji dominującej, czyli mają miejsce takie zachowania Gminy, które nie byłyby możliwe w warunkach swobodnej konkurencji.

Na terenie Gminy część inwestycji związanych z budową sieci oraz przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych prowadzona jest w oparciu o procedurę LII (k.182-183).

Dnia 24 września 1997 r. Rada Miasta Krakowa podjęła Uchwałę nr XC/870/97 (tekst jednolity Uchwała nr CXIII/1153/06 Rady Miasta Krakowa z dnia 28 czerwca 2006 r.) w sprawie kierunków działania Prezydenta Miasta Krakowa w zakresie organizowania, realizacji i dofinansowywania lokalnych inicjatyw inwestycyjnych (http://www.bip.krakow.pl/?dok_id=167&sub_dok_id=167&sub=uchwała&query=id%3D16653%26typ%3Du).

Stosownie do zapisu § 3 ust. 1 i 2 przedmiotowej Uchwały w trybie lokalnych inicjatyw inwestycyjnych mogą być realizowane między innymi inwestycje z zakresu:

- e) sieci, obiektów i urządzeń wodociągowych,
- f) przyłącza wodociągowe do wodomierza głównego z wyłączeniem studzienki wodomierzowej,
- g) sieci, obiektów, i urządzeń kanalizacji sanitarnej lub ogólnospławnej w wydzielonej geodezyjnie drodze,
- h) odcinka przyłącza kanalizacji sanitarnej lub ogólnospławnej do pierwszej studzienki usytuowanej na tym przyłączy licząc od strony sieci wraz z tą studzienką, a w przypadku braku studzienki do granicy nieruchomości.

Zgodnie z § 11 tej uchwały Gmina za pośrednictwem miejskich jednostek organizacyjnych informuje mieszkańców o możliwości i warunkach realizacji zadań inwestycyjnych w trybie LII.

W ślad za tą informacją na danym terenie powoływane są przez przyszłych odbiorców usług Społeczne Komitety Budowy. Komitety te samodzielnie podejmują decyzję o sposobie

gromadzenia środków i ich wysokości. Podstawę szacunków wysokości wpłat jest wartość kosztorysowa poszczególnych zadań i koszt dokumentacji.

Jako orientacyjny udział rzeczowy Komitetu w kosztach inwestycji zaliczane są udokumentowane nakłady poniesione na przygotowanie inwestycji, tj. na dokumentację projektową, geodezyjną i prawną zgodną z zakresem realizacji inwestycji, tj. całej sieci wraz z przyłączami. Ostateczne uściślenia udziału rzeczowego Komitetu następuje w aneksie do umowy o realizację inwestycji przygotowywanym po rozstrzygnięciu przetargu na dane zadanie (k.205).

Zgodnie z § 7 analizowanej Uchwały, jeżeli przy rozliczeniu końcowym zadania LII udział rzeczowy przekracza udział Komitetu, to różnica nie jest zaliczana na poczet udziału Komitetu i nie podlega zwrotowi (k.204).

W przypadku inwestycji w trybie LII dotyczącej sieci kanalizacyjnej proces finansowania inwestycji wygląda następująco :

- 100 % kosztów budowy przyłącza, w rozumieniu art. 2 ust. 6 *ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu*, tj. odcinka od instalacji wewnętrznej w budynku do pierwszej studzienki licząc od strony budynku pokrywa odbiorca;
- 100 % kosztów budowy sieci (jako rury głównej najczęściej biegnącej w drodze np. gminnej/osiedlowej) pokrywa MPWiK z tym, że sporządzenie dokumentacji technicznej, geodezyjnej, prawnej zgodnej z zakresem realizowanej inwestycji, jak również pozwolenia na budowę przygotowuje na własny koszt Komitet;
- Gmina wspólnie z odbiorcą pokrywa koszt budowy części sieci od rury głównej do studzienki kanalizacyjnej, ponieważ Gmina uznaje ten odcinek za przyłącze. Udział w kosztach wynosi 80% Gmina, 20% Komitet.

Jeżeli chodzi o inwestycje dotyczące sieci wodociągowej realizowane w trybie LII to:

- 100 % kosztów budowy sieci (jako rury głównej najczęściej biegnącej w drodze np. gminnej/osiedlowej) pokrywa MPWiK. z tym, że sporządzenie dokumentacji technicznej, geodezyjnej, prawnej zgodnej z zakresem realizowanej inwestycji, tj. sieci i przyłączy, jak również pozwolenia na budowę przygotowuje na własny koszt Komitet,
- 100 % kosztów budowy przyłącza na odcinku od instalacji wewnętrznej w budynku do wodomierza z wyłączeniem studni wodomierzowej pokrywa przyszły odbiorca usług. Jeżeli wodomierz znajduje się w budynku mieszkalnym koszty budowy przewodu od budynku do włączenia do sieci pokrywane są w trybie inwestycji LII;
- koszt budowy przewodu od studni wodomierzowej do miejsca włączenia do sieci pokrywa w 50% Gmina, a w 50% odbiorca. Udział współfinansowania nie zależy od odległości w jakiej sieć główna przebiega w stosunku do granicy nieruchomości gruntowej odbiorcy, co oznacza, że 50% udział Gminy w niektórych przypadkach pokrywa koszty budowy całego odcinka sieci od granicy nieruchomości do m miejsca włączenia, a w innych jest to jedynie część kosztów budowy tego odcinka sieci.

W tym miejscu należy wskazać, że aktami prawnymi regulującymi kompleksowo problematykę świadczenia usług zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków, praw i obowiązków usługodawców i usługobiorców oraz opłat z tego tytułu pobieranych są *ustawa o zbiorowym zaopatrzeniu* oraz *rozporządzenie Ministra Budownictwa z dnia 28 czerwca 2006r. 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) – zwane dalej „*rozporządzeniem taryfowym*”.

W świetle art. 15 ust. 1 *ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu* - obowiązek zapewnienia realizacji budowy i rozbudowy urządzeń wodociagowych i urządzeń kanalizacyjnych, ciąży na przedsiębiorstwie wodociagowo – kanalizacyjnym. Przy czym przedsiębiorstwo to – zgodnie z definicją ustawową, zawartą w art. 2 pkt 4 *ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu* - należy rozumieć nie tylko, jako przedsiębiorcę prowadzącego działalność gospodarczą w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę lub zbiorowego odprowadzania ścieków, ale również Gminę.

W przedmiotowej sprawie zadania związane ze zbiorowym zaopatrzeniem w wodę i zbiorowym odprowadzaniem ścieków na terenie Gminy Miejskiej Kraków wykonuje MPWiK – spółka, w której Gmina posiada 100% głosów na Walnym Zgromadzeniu Akcjonariuszy.

Stosownie do art. 3 *ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu* zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków jest zadaniem własnym gminy.

Gmina ustala kierunki rozwoju sieci w studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy i miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego.

Również art. 7 *ustawy o samorządzie gminnym* wskazuje, iż zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań własnych gminy. W szczególności zadania własne obejmują sprawy wodociągów i zaopatrzenia w wodę, kanalizacji, usuwania i oczyszczania ścieków komunalnych, utrzymania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych.

Tak więc to na Gminie spoczywa całkowity obowiązek zapewnienia mieszkańcom Gminy świadczenia usług zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków, a nie tylko częściowy obowiązek, jak ma to miejsce w przypadku inwestycji realizowanych w trybie LII.

Zgodnie z § 6 analizowanej Uchwały dot. LII o pozycji danego wniosku na liście zadań przyjętych do realizacji w trybie LII decyduje system kryteriów (k.206-207).

Jednym z kryteriów progowych jest deklaracja Komitetu o współfinansowaniu zadania, bowiem inwestycje w ramach LII finansowane są ze środków Gminy oraz przyszłych odbiorców usług zrzeszonych w Komitetach.

Gmina przenosząc część obowiązków inwestycyjnych z zakresu świadczenia usług zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków takich jak, ponoszenie kosztów dokumentacji projektowej, geodezyjnej i prawnej całej sieci i wszystkich przyłączy na Komitety powoduje, iż przyszli odbiorcy ponoszą część kosztów inwestycji, czyli współfinansują budowę sieci wodociagowej i kanalizacyjnej.

Obciążenie to jest większe niż wynika z przepisów *ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu*.

Stosownie do art.15 ust. 2 *ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu* przyszli odbiorcy ubiegająca się o przyłączenie nieruchomości do sieci, **mają jedynie - na etapie poprzedzającym świadczenie usług - ustawowy obowiązek realizacji budowy przyłączy** do sieci oraz studni wodomierzowej, pomieszczenia przewidzianego do lokalizacji wodomierza głównego i urządzenia pomiarowego zapewnia na własny koszt osoba.

Tymczasem Gmina przerzuca ten obowiązek w części odpowiadającej kosztom sporządzenia projektu danego odcinka sieci wodociagowej lub kanalizacyjnej na mieszkańców, którzy z tego odcinka będą bezpośrednio korzystać. Aby bowiem rozpocząć budowę sieci do ich

nieruchomości muszą oni założyć Komitet, ponieść koszty sporządzenia projektu odcinka sieci i przekazać go na rzecz Gminy jako swój wkład rzeczowy w inwestycję. Tym samym Gmina narzuca mieszkańcom uciążliwe warunki współfinansowania budowy sieci wodociągowej i kanalizacyjnej, których nie mogłaby narzucić w warunkach konkurencji na rynku.

W ocenie Prezes Urzędu, Gmina nadużywa posiadaną pozycję dominującą, ponieważ stosuje takie zasady współfinansowania budowy sieci wodociągowej i kanalizacyjnej, które nie byłyby możliwe w warunkach swobodnej konkurencji (tak decyzja Prezesa Urzędu z dnia 31 sierpnia 2011 r. Nr RBG-14/2011).

Dodatkowo należy zwrócić uwagę, iż do wykonania przyłączy w systemie indywidualnym – czyli ustawowego obowiązku spoczywającego na przyszłym odbiorcy usług - nie jest konieczne uzyskanie pozwolenia na budowę, które to pozwolenie muszą uzyskać Społeczne Komitety w przypadku realizacji inwestycji w trybie LII. Budowa pojedynczego przyłącza wodociągowego lub kanalizacyjnego, stosownie bowiem do art. 29 ust. 1 pkt 20 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2010 Nr243 poz.1623 ze zm.), nie wymaga pozwolenia na budowę.

Jest to zatem kolejny warunek postawiony przez Gminę przyszłym odbiorcom, który nie wynika z przepisów prawa, i który nie mógłby zostać narzucony w warunkach konkurencji na rynku, a który wymaga ze strony Komitetu nakładów finansowych i czasu.

Kolejnym przejawem nadużywania przez Gminę pozycji dominującej w związku z zobowiązaniem mieszkańców do współfinansowania budowy sieci wodociągowej i kanalizacyjnej jest zasada rozliczania budowy części sieci uznawanej przez Gminę za przyłącza.

Jak wyżej wskazano Gmina wspólnie z odbiorcą pokrywa koszt budowy części sieci kanalizacyjnej od rury głównej do studzienki kanalizacyjnej, ponieważ Gmina uznaje ten odcinek za przyłącze. Udział w kosztach wynosi 80% Gmina, 20% Komitet.

W przypadku przyłącza wodociągowego koszt budowy przewodu od granicy nieruchomości do miejsca włączenia do sieci pokrywa w części Gmina i przyszły odbiorca w stosunku 50% / 50% bez względu na to, jaka część przewodu przebiega poza granicą nieruchomości gruntowej odbiorcy. Jeżeli wodomierz znajduje się w budynku mieszkalnym koszty budowy przewodu od budynku do włączenia do sieci pokrywane są w trybie inwestycji LII

Stosownie natomiast do art. 2 pkt 5,6 i 7 *ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu*:

- przyłącze kanalizacyjne to odcinek przewodu łączącego wewnętrzną instalację kanalizacyjną w nieruchomości odbiorcy usług z siecią kanalizacyjną, za pierwszą studzienką, licząc od strony budynku, a w przypadku jej braku do granicy nieruchomości gruntowej;
- przyłącze wodociągowe to odcinek przewodu łączącego sieć wodociągową z wewnętrzną instalacją wodociągową w nieruchomości odbiorcy usług wraz z zaworem za wodomierzem głównym;
- sieć to przewody wodociągowe lub kanalizacyjne wraz z uzbrojeniem i urządzeniami, którymi dostarczana jest woda lub którymi odprowadzane są ścieki, będące w posiadaniu przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjnego;

Jednocześnie definicje przyłączy muszą być zgodne z regulacjami prawa cywilnego – właściciel nieruchomości może posiadać przewody, które są trwale złączone z nieruchomością, jedynie w takiej części, w jakiej ta rzecz usytuowana została w granicach jego nieruchomości. Przyłączem jest więc przewód położony w obrębie nieruchomości, przewody poza nieruchomością należą do sieci.

W związku z powyższymi przepisami, w celu przyłączenia nieruchomości do sieci wodociągowo - kanalizacyjnej, przyszły odbiorca usług zobowiązany jest do wykonania tylko takiego zakresu prac, które zlokalizowane są na obszarze jego nieruchomości, a w przypadku istnienia studzienki kanalizacyjnej na terenie jego nieruchomości do tej studzienki. Wszelkie inne roboty budowlane, takie jak wykonanie wykopów przez drogę, wykonanie wykopów celem ułożenia rury kanalizacyjnej lub wodociągowej przez drogę wykonanie projektów powykonawczych, należą do zakresu prac, których koszt winna ponosić w analizowanej sprawie Gmina.. Koszty związane z wykonaniem tych prac zaliczane są bowiem do kosztów zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków, stanowiących podstawę do określenia taryf.

Gdyby przyłącza przebiegały poza granicą nieruchomości gruntowej odbiorcy nie posiadał by on uprawnień do działania, w przypadku awarii przyłącza - na terenie cudzej nieruchomości, które to uprawnienia posiada ustawowo zagwarantowane przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne.

Zgodnie bowiem z art. 7 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu osoby reprezentujące przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne, po okazaniu legitymacji służbowej i pisemnego upoważnienia, mają prawo wstępu na teren nieruchomości lub do obiektu budowlanego należących do osób, o których mowa w art. 6 ust. 2 i 4-7, w celu:

- 1) zainstalowania lub demontażu wodomierza głównego;
- 2) przeprowadzenia kontroli urządzenia pomiarowego, wodomierza głównego lub wodomierzy zainstalowanych przy punktach czerpalnych i dokonania odczytu ich wskazań oraz dokonania badań i pomiarów;
- 3) przeprowadzenia przeglądów i napraw urządzeń posiadanych przez to przedsiębiorstwo;
- 4) sprawdzenia ilości i jakości ścieków wprowadzanych do sieci;
- 5) odcięcia przyłącza wodociągowego lub przyłącza kanalizacyjnego lub założenia plomb na zamkniętych zaworach odcinających dostarczenie wody do lokalu;
- 6) usunięcia awarii przyłącza wodociągowego lub przyłącza kanalizacyjnego, jeżeli umowa, o której mowa w art. 6 ust. 1, tak stanowi.

Zastosowanie znajduje w tym przypadku również art. 49 § 1 K.c. stanowiący, że urządzenia służące do doprowadzania lub odprowadzania płynów, pary, gazu, energii elektrycznej oraz inne urządzenia podobne nie należą do części składowych nieruchomości, jeżeli wchodzą w skład przedsiębiorstwa.

Mając powyższe na uwadze - w ocenie Prezesa Urzędu – założenie, zgodnie z którym przyszły odbiorca usług zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków winien współfinansować - w ramach inwestycji realizowanej w trybie LII – budowę odcinka przewodu od pierwszej studzienki kanalizacyjnej licząc od strony budynku do miejsca włączenia do sieci kanalizacyjnej, jako fragment przyłącza nie znajduje uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawnych.

Również nie znajduje uzasadnienia w aktualnie obowiązujących przepisach prawnych zobowiązanie przyszłego odbiorcy usług zbiorowego zaopatrzenia w wodę do współfinansowania - w ramach inwestycji realizowanej w trybie LII – budowy odcinka przewodu od granicy nieruchomości gruntowej do miejsca włączenia do sieci wodociągowej.

Ustawodawca wyraźnie wyznaczył granicę pomiędzy przyłączem, a siecią.

Sprawę długości przyłącza kanalizacyjnego w przypadku dłuższego z przyłączy, tj. przy braku studzienki kanalizacyjnej na terenie nieruchomości, rozstrzygnął Sąd Najwyższy w dniu 13 września 2007 r. (sygn. akt III CZP 79/07) podejmując uchwałę następującej treści *„Wybudowany z własnych środków przez odbiorcę usług zbiorowego odprowadzania ścieków odcinek przewodu kanalizacyjnego łączący wewnętrzną instalację kanalizacyjną w nieruchomości tego odbiorcy z istniejącą siecią kanalizacyjną stanowi w części leżącej poza granicą jego nieruchomości gruntowej urządzenie kanalizacyjne, o jakim mowa w art. 31 ust. 1 ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu”* Sąd Najwyższy w uzasadnieniu stwierdził dodatkowo *„znowelizowane brzmienie art. 2 ust. 5 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu stanowi zatem niewątpliwie wyraz woli ustawodawcy, który przez zmienioną definicję przyłącza dążył do ograniczenia kosztów przyłączenia ponoszonych przez podmioty przyłączane. Skłania to do interpretacji, zgodnie z którą – w razie braku studzienki – przyłączem kanalizacyjnym w rozumieniu art. 2 ust. 5 jest odcinek przewodu między granicą nieruchomości gruntowej a budynkiem podmiotu przyłączanego”*.

Przepisy ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu i rozporządzenia taryfowego pozwalają przedsiębiorstwu wodociągowo-kanalizacyjnemu na zaliczenie kosztów inwestycji rozwojowej, tj. rozbudowę sieci w celu podłączenia nowych odbiorców, jeżeli została ona ujęta w planie wieloletnim, a następnie planie stanowiącym załącznik do wniosku o zatwierdzenie taryf do niezbędnych przychodów.

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, że jeżeli koszty budowy odcinka sieci wodociągowej od granicy nieruchomości do miejsca wykonania włączenia i odcinka sieci kanalizacyjnej od studzienki kanalizacyjnej do miejsca włączenia ponosi przyszły odbiorca jednorazowo z chwilą przystąpienia do Komitetu to warunek jego przyłączenia do sieci w tym zakresie jest dla niego uciążliwy ponieważ jest mniej korzystny niż określony w przepisach.

Przyszły odbiorca ponosi bowiem samodzielnie, jednorazowo koszt, który winien stanowić podstawę ustalania niezbędnych przychodów, który w rzeczywistości powinien ponieść tylko w takiej części jaka przypada na niego w związku z ilością pobranej wody i odprowadzanych ścieków.

Ponadto należy zwrócić uwagę, że cytowane przepisy *rozporządzenia taryfowego* wskazują, iż (§ 7 ust. 5) uwzględnienie w niezbędnych przychodach i taryfowych cenach i stawkach opłat kosztów inwestycji, **powinno być dokonywane stopniowo i rozłożone w czasie**.

A zatem również z tego powodu koszt inwestycji nie będącej przyłączem byłby mniej uciążliwy.

W ocenie Prezesa Urzędu, założenie zgodnie z którym ubiegający się o przyłączenie (w analizowanej sprawie Komitet) winien wykonywać częściowo na własny koszt sporne odcinki przewodów nie znajduje uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawnych, jak i oficjalnych stanowiskach.

Wyżej zaprezentowane stanowisko Prezesa Urzędu znalazło potwierdzenie w wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 15 stycznia 2009 r. (sygn. akt XVII AmA 76/08). W uzasadnieniu Sąd stwierdził, że z przepisów art. 2 pkt 5 i 6 i art. 15 ust. 2 *ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu* wynika *„Powoduje to, że takie rozwiązanie jest korzystne wyłącznie dla powoda a tym samym, że zachwiana została równowaga stron. Uciążliwość odbiorców usług polegała na obowiązku ponoszenia nakładów na budowę, których nie powinni byli oni ponosić. Sąd stanął na stanowisku, że powód narzuca uciążliwe warunki umów o przyłączenie do miejskiej sieci wodociągowej i kanalizacyjnej przynoszących mu nieuzasadnione korzyści*

w związku ze zobowiązaniem odbiorców do wykonania na własny koszt części robót nie stanowiących prac związanych z budową przyłączy. ”

Identyczne stanowisko odnośnie przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych zaprezentował SOKiK w wyroku z dnia 29 czerwca 2009 r. sygn. akt XVII AmA 29/09.

Ponadto należy w tym miejscu zwrócić uwagę na stanowisko Ministerstwa Budownictwa Departamentu Polityki Miejskiej i Rewitalizacji z dnia 8 marca 2007 r. (znak:BR1m-053-22/07/359) *„W aktualnym stanie prawnym jedynie koszty budowy przyłączy do sieci oraz studni wodomierzowej, pomieszczenia przewidzianego do lokalizacji wodomierz głównego urządzenia pomiarowego zapewnia na własny koszt osoba ubiegająca się o przyłączenie nieruchomości do sieci – art. 15 ust. 2 ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków.*

W ustawie tej przyłącza zdefiniowane zostały następująco:

- *przyłącze wodociągowe (art. 2 pkt 6) – jako odcinek przewodu łączącego sieć wodociągową z wewnętrzną instalacją wodociągową w nieruchomości odbiorcy usług wraz z zaworem za wodomierzem głównym.*
- *przyłącze kanalizacyjne (art. 2 pkt 5) – jako odcinek przewodu łączącego wewnętrzną instalację kanalizacyjną w nieruchomości odbiorcy usług z siecią kanalizacyjną, za pierwszą studzienką, licząc od strony budynku, a w przypadku jej braku - do granicy nieruchomości gruntowej.*

Jednocześnie definicje przyłączy muszą być zgodne z regulacjami prawa cywilnego – właściciel nieruchomości może posiadać przewody, które są trwale złączone z nieruchomością, jedynie w takiej części, w jakiej ta rzecz usytuowana została w granicach jego nieruchomości. Przyłączem jest więc przewód położony w obrębie nieruchomości, przewody poza nieruchomością należą do sieci.

W związku z powyższymi przepisami, w celu przyłączenia budowanego domu do sieci wod.-kan., przyszły odbiorca usług zobowiązany jest do wykonania tylko takiego zakresu prac, które zlokalizowane są na obszarze jego nieruchomości. Wszelkie inne roboty budowlane, takie jak ” wcięcie ” do głównej rury wodociągowej zlokalizowanej po przeciwnej stronie ulicy, wykonanie wykopów przez drogę, ułożenie rury wodoc. i osłonowej, wykonanie wpięcia do głównego kolektora ściekowego po przeciwnej stronie ulicy, wykonanie wykopów celem ułożenia rury kanalizacyjnej przez drogę oraz opłacenie nadzoru branżowego realizowanego przez przedsiębiorstwo i wykonanie projektów powykonawczych, należą do zakresu przedsiębiorstwa wod.-kan. Koszty związane z wykonaniem tych prac zaliczane są bowiem do kosztów zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków, stanowiących podstawę do określenia taryf”

Nie bez znaczenia dla oceny sprawy jest też stanowisko Zastępcy Dyrektora Departamentu Mieszkalnictwa Ministerstwa Infrastruktury zaprezentowane w czasie prac sejmowej Komisji Infrastruktury (Biuletyn nr 4247/IV). Zgodnie z tym stanowiskiem, definicje przyłączy *„muszą być interpretowane spójnie z przepisami art. 47 i 49 Kodeksu cywilnego. Przedłożyłam również członkom Komisji pismo z Ministerstwa Pracy i Gospodarki skierowane do wszystkich urzędów marszałkowskich w sprawie wykorzystania funduszy europejskich przeznaczonych na rozwój regionalny. W nich także jest przedstawiona opinia, iż przyłączem jest ten odcinek przewodu, który leży pod gruntem właściciela nieruchomości. Proszę także wziąć pod uwagę brzmienie art. 5 ust. 2 ustawy matki, gdzie jest powiedziane, że odbiorca usług odpowiada wyłącznie za posiadane przez niego odcinki przyłączy (zgodnie z ustawą wodociągowych i kanalizacyjnych – przyp. UOKiK). Jeślibyśmy przyjęli*

interpretację, że odcinkiem przyłącza jest również ta część przewodu, która leży pod gruntem nienależącym do odbiorcy usług, to za tę część przewodu nikt by nie odpowiadał, ponieważ byłby w posiadaniu innych osób fizycznych bądź prawnych”.

Mając powyższe na uwadze należy przyjąć za udowodnione, że Gmina naruszyła zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 1 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* i nadużywa swojej pozycji dominującej na lokalnym rynku organizowania podłączenia do miejskiej sieci wodociągowej i kanalizacyjnej obejmującym część terenu Gminy Miejskiej Kraków, na którym prowadzone są prace związane z przyłączeniem nowych odbiorców usługi zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków zgodnie z procedurą Lokalnych Inicjatyw Inwestycyjnych określanych symbolem LII, poprzez zobowiązanie mieszkańców do współfinansowania budowy sieci wodociągowej i kanalizacyjnej w ramach Lokalnych Inicjatyw Inwestycyjnych - co stanowi naruszenie art. 9 ust. 1 ww. *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*.

Stosownie do art. 10 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, Prezes Urzędu wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazującą zaniechanie jej stosowania, jeżeli stwierdzi naruszenie zakazu określonego w art. 9 tej ustawy.

Uwzględniając powyższe ustalenia i wnioski oraz dowody na ich poparcie, organ antymonopolowy orzekł, jak w pkt I.1 sentencji decyzji.

Nie można zgodzić się z argumentacją Gminy, iż art. 7 ust. 1 pkt 20 *ustawy o samorządzie gminnym* dopuszcza realizację zadań własnych Gminy, takich jak zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków we współpracy ze społecznościami lokalnymi.

Wskazany przepis stanowi, iż „*zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań własnych gminy. W szczególności zadania własne obejmują sprawy współpracy ze społecznościami lokalnymi i regionalnymi innych państw*”.

W przepisie tym mowa jest o „*społecznościach lokalnych i regionalnych innych państw*”, a nie społeczności lokalnej Gminy. Przepis dotyczy współpracy międzynarodowej, czyli tzw. miast/regionów partnerskich.

Tak więc przepis ten nie dotyczy współpracy społeczności Gminy Kraków, a już z pewnością nie ma w nim mowy o współfinansowaniu inwestycji.

Należy zwrócić uwagę, iż zadanie własne w zakresie wodociągów i zaopatrzenia w wodę, kanalizacji, usuwania i oczyszczania ścieków komunalnych zostało ujęte w przepisie art. 7 ust. 1 pkt 3 tej *ustawy* bez wskazania możliwości współpracy ze społecznościami lokalnymi, co w ocenie Prezesa Urzędu świadczy jednoznacznie, iż ustawodawca nie przewidywał możliwości prawnych współfinansowania tego typu inwestycji.

Zasady finansowania inwestycji z zakresu zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków zostały określone w *ustawie o zbiorowym zaopatrzeniu*. W szczególności art. 15 i 31 *tej ustawy* jasno określają zasady rozliczania budowy urządzeń wodociągowo - kanalizacyjnych i przyłączy i nie wskazują na możliwości współfinansowania części kosztów inwestycyjnych przez przyszłych odbiorców.

Tak więc od wejścia w życie *ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu*, czyli od stycznia 2002 r. brak jest podstawy prawnej tworzenia Społecznych Komitetów Budowy i zobowiązania przyszłych odbiorców usług zbiorowego zaopatrzenia w wodę

i zbiorowego odprowadzania ścieków do współfinansowania budowy sieci wodociągowych i kanalizacyjnych.

Jedyną przewidzianą w prawie możliwością zobowiązania odbiorców do partycypowania w kosztach budowy sieci kanalizacyjnej są przepisy Rozdziału 7 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2004 r., Nr 261, poz. 2603 ze zm.) zatytułowanego „Udział w kosztach budowy urządzeń infrastruktury technicznej”.

Art. 143 ust.1 tej ustawy stanowi, iż przepisy tego rozdziału stosuje się do nieruchomości bez względu na ich rodzaj i położenie, jeżeli urządzenia infrastruktury technicznej zostały wybudowane między innymi z udziałem środków jednostek samorządu terytorialnego. Przez budowę urządzeń infrastruktury technicznej rozumie się w tym przepisie między innymi budowę urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych.

Jak stanowi art. 144 ust. 1 ww. ustawy właściciele nieruchomości uczestniczą w kosztach budowy urządzeń infrastruktury technicznej przez wnoszenie na rzecz gminy opłat adiacenckich.

Wydanie decyzji o ustaleniu opłaty adiacenckiej może nastąpić w terminie do 3 lat od dnia stworzenia warunków do podłączenia nieruchomości do poszczególnych urządzeń infrastruktury technicznej.

Trudno również mówić, jak wskazała Gmina, o dobrowolności w przystępowaniu do inwestycji w trybie LII. Należy zwrócić uwagę, iż w przypadku nieprzystąpienia do tego programu usługi zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków świadczone by były na tych obszarach z opóźnieniem. Opóźnienie wynika z faktu konieczności zabezpieczenia w budżecie Gminy większych środków finansowych w przypadku realizacji inwestycji nie w trybie LII.

W analizowanej sprawie mówimy o dostawie wody i odbiorze ścieków - a więc o dobrach o charakterze powszechnym, niezbędnych dla normalnego funkcjonowania każdego gospodarstwa domowego. Gmina dając zatem przyszłemu odbiorcy wybór jedynie pomiędzy przyjęciem warunków LII i szybszym podłączeniem do sieci wodociągowej i kanalizacyjnej, i ich nieprzyjęciem Gmina presją czasu zobowiązuje przyszłych odbiorców do współfinansowania inwestycji.

Dodatkowo należy wskazać, iż do Prezesa Urzędu wpłynęło pismo dotyczące krakowskiego osiedla Stary Bieżanów, gdzie mieszkańcy od roku 1996 oczekują na budowę sieci kanalizacyjnej. W roku 1996 Komitet zlecił wykonanie kompleksowego projektu inwestycji na wykonanie sieci kanalizacyjnej na obszarze 34 ulic tego osiedla. Jak wskazał Komitet warunkiem rozpoczęcia inwestycji na tym terenie, w zakresie sieci kanalizacyjnej, było sporządzenie przez Komitet dokumentacji projektowo-kosztorysowej. Jak się okazało zebrane przez ten Komitet środki w roku 1997 i 1998 były zbyt małe, aby rozpocząć inwestycję w trybie LII. W roku 2011 wbrew woli mieszkańców zostali wezwani do wpłaty na rzecz Komitetu kolejnego wkładu. Tym razem kwoty około 3000 zł (dokumenty załączone z akt RKR-690-48/11/BR).

Skoro mieszkańcy osiedli skarżą się na zasady prowadzenia inwestycji w trybie LII i decydują się na tworzenie Komitetów jedynie, aby przyspieszyć inwestycję na terenie swojego zamieszkania, nie można mówić w takich wypadkach o dobrowolności.

Należy dodatkowo zwrócić uwagę, iż to Gmina informuje mieszkańców o możliwości i warunkach realizacji inwestycji na danym terenie w trybie LII, co jednoznacznie sugeruje mieszkańcom, że jest to jedyna możliwość budowy sieci wodociągowej i kanalizacyjnej na

danym terenie. Inicjatywa wychodzi od Gminy, a nie od mieszkańców, a więc i z tego powodu nie można mówić o dobrowolności i inicjatywie ze strony mieszkańców (k.182).

Ad I.2 sentencji decyzji - naruszenie przez Gminę Miejską Kraków art. 9 ust. 1i ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wprowadza bezwzględny zakaz nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym.

Istotą praktyki określonej w art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest takie zachowanie dominanta, które zapobiega ukształtowaniu się na rynku sytuacji, pozwalającej na wejście na ten rynek nowych podmiotów lub umożliwiającej ekonomicznie uzasadnione funkcjonowanie i rozwój pozostałych uczestników rynku.

Warunkiem koniecznym do stwierdzenia naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 5 wspomnianej ustawy jest kumulatywne spełnienie następujących przesłanek:

- posiadanie pozycji dominującej
- nadużywanie tej pozycji
- przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Jak wyżej wykazano Gmina posiada pozycję dominującą na lokalnym rynku organizowania podłączenia do miejskiej sieci wodociągowej i kanalizacyjnej obejmującym część terenu Gminy Miejskiej Kraków, na którym prowadzone są prace związane z przyłączeniem nowych odbiorców usługi zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków zgodnie z procedurą LII.

Pozostało zatem do udowodnienia, że Gmina nadużywa posiadaną pozycję dominującą, poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, na lokalnym rynku wykonywania przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych w związku z powierzaniem wyłącznego wykonywania przyłączy przedsiębiorcy wskazanemu przez Jednostkę Organizacyjną Gminy Miejskiej Kraków – Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu.

Ochrona konkurencji leżąca w gestii Prezesa Urzędu oznacza swobodną możliwość funkcjonowania innych przedsiębiorców na rynku. W ocenie SOKiK (wyrok z dnia 8 listopada 2004 roku, w sprawie o sygn. akt XVII Ama18/03) działanie blokujące lub ograniczające taką możliwość jest szczególnie społecznie szkodliwe, gdyż hamuje rozwój przedsiębiorczości. W konsekwencji art. 9 ust. 2 pkt 5 jest przepisem, który nakazuje dominantom takie zachowanie, które nie będzie stwarzało innym uczestnikom obrotu towarowego barier ograniczających ich możliwość skutecznego konkurowania w warunkach gospodarki rynkowej” (decyzje Prezesa Urzędu: Nr RLU-63/2008; Nr RWA-27/2008; Nr RWA-15/2008) lub też nie będzie negatywnie oddziaływać na strukturę rynku (wyrok Sądu Antymonopolowego z 26 kwietnia 2001 r., XVII Ama 66/00, decyzje Prezesa Urzędu, Nr RKR-47/2008; Nr RPZ-34/2008, Nr RWA-27/2008).

Obecnie interpretacja art. 9 ust. 2 pkt 5 zmierza w kierunku traktowania jako praktyki ograniczającej konkurencję w rozumieniu tego przepisu każdego zachowania, które przeciwdziała rozwojowi konkurencji na rynku (decyzje Prezesa Urzędu Nr RPZ-21/2005; Nr DOK-5/2008; Nr RŁO-52/2008).

Przez „przeciwdziałanie ukształtowaniu” rozumieć należy zapobieganie, przeciwstawianie się przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą. Konieczne jest także podniesienie, że przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków konkurencji na rynku może przybierać zarówno formę działania jak i zaniechania (wyrok Sądu Najwyższego z 13 maja 2008 roku -

III SK 30/07; wyrok Sądu Antymonopolowego XVII Amr 21/96; decyzje Prezesa Urzędu Nr RWR-74/2008; Nr RWR-38/2008).

Można w rezultacie stwierdzić, że z art. 9 ustawy wynika, iż celem interwencji Prezesa Urzędu jest przede wszystkim ochrona rynku przed jego dezorganizacją ze strony przedsiębiorców wykorzystujących swą pozycję dominującą (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 sierpnia 2003r., sygn. akt I CK 185/2003).

W praktyce orzeczniczej Prezesa Urzędu i sądów uznaje się, że przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą na jednym rynku może nadużyć jej na innym rynku powiązanim, nawet jeżeli nie prowadzi na tym rynku działalności gospodarczej. Przyjmuje się bowiem, że „dążenie do wpływania przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą na jednym rynku na stan konkurencji na innym rynku nie zawsze musi być związane z prowadzeniem przez niego działalności na tym rynku” (decyzja Prezesa Urzędu Nr RWA-27/2008). Istotne jest jedynie, czy między rynkiem pozycji dominującej a innym rynkiem właściwym występuje „powiązanie”, które pozwala mówić o faktycznym lub potencjalnym oddziaływaniu dominanta na inny rynek właściwy, przy czym wystarczające jest, by wpływ ten był pośredni (wyrok SOKiK z dnia 4 sierpnia 2008 r., XVII Ama 4/08).

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

W niniejszej sprawie mamy do czynienia z sytuacją, w której działania Gminy dokonywane na rynku organizowania podłączenia do miejskiej sieci wodociągowej i kanalizacyjnej obejmującym część terenu Gminy Miejskiej Kraków oddziałują na rynek wykonywania przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych.

Wykonawcę inwestycji w trybie LII wyłania ZIKiT. Może on ewentualnie powierzyć - na warunkach określonych w porozumieniu - organizację przetargu oraz nadzór nad wykonaniem danego przedsięwzięcia MPWiK, w której to Spółce Gmina posiada 100 % głosów na WZA.

W roku:

- 2009 ZIKiT przeprowadził 11 przetargów, a MPWiK 13,
- 2010 ZIKiT 10, a MPWiK 25
- 2011 ZIKiT 15, MPWiK 14.

Przyszli odbiorcy usług – członkowie Komitetów nie mają wpływu na wybór wykonawcy również w części inwestycji dotyczącej ich indywidualnych przyłączy, tj. odcinka przewodu – w zależności od zasad podłączania do sieci - od granicy nieruchomości lub od studzienki kanalizacyjnej do instalacji wewnętrznej w budynku, czyli tych części, których koszt ponoszą w 100%.

Przetargi rozpisywane przez ZIKiT lub MPWiK dotyczą między innymi budowy - kilku przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych w rozumieniu Gminy, a w rozumieniu przepisów *ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu* fragmentu sieci i przyłączy - na terenie kilku obszarów, gdzie prowadzone są inwestycje w trybie LII. Również były rozpisywane przetargi dotyczące budowy sieci i przyłączy. Niekiedy przetarg dotyczył dodatkowo przyłączy gazowych. (k. 212-300).

Tak więc to Gmina za pośrednictwem swojej jednostki decyduje, kto może wykonywać przyłącza do sieci MPWiK, w jakiej ilości i w jakim terminie.

W ocenie Prezesa Urzędu Gmina nadużyła pozycji dominującej na lokalnym rynku organizowania wykonywania przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych przeciwdziałając powstaniu i rozwojowi konkurencji na rynku usług instalacyjnych wodociągowo-kanalizacyjnych, tj. wykonywania przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych do sieci wodociągowej i kanalizacyjnej, przyznając sobie wyłączne prawo wyłaniania wykonawcy.

W niniejszej sprawie bowiem – Gmina występuje tu w podwójnej roli, tj.:

- jako jednostka samorządu terytorialnego, do której zadań własnych należy - zgodnie z art. 3 ust. 1 *ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu* i art. 7 ust. 1 pkt 3 *ustawy o samorządzie gminnym* - zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty w zakresie zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków;

oraz

- organizator, który za pośrednictwem swojej jednostki organizacyjnej wyłania wykonawcę przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych na obszarze Gminy, na którym prowadzone są prace związane z przyłączeniem nowych odbiorców usługi zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków zgodnie z procedurą LII - jako organizator przetargów na wykonywanie tych prac.

W myśl art. 15 ust. 2 *ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu* realizację budowy przyłącza zapewnia na własny koszt osoba ubiegająca się o przyłączenie nieruchomości do sieci.

Tak więc inwestor winien mieć prawo samodzielnego decydowania komu chce zlecić wykonanie prac.

Nawet jeżeli Gmina wyłania w drodze przetargu przedsiębiorcę oferującego najniższą cenę to nie oznacza to, iż była to najniższa cena dla przyszłego odbiorcy.

Istnieje bowiem możliwość, że Odbiorca zlecając przedsiębiorstwu instalacyjnemu wykonanie kompleksowej usługi wewnętrznej instalacji wodociągowej i/lub kanalizacyjnej mógłby uzyskać niższą cenę niż zaoferowana w przetargu.

Niestety przyszły odbiorca należący do Komitetu nie posiadał prawa wyboru wykonawcy mimo, iż takie prawo daje mu *ustawa o zbiorowym zaopatrzeniu*. Aby rozpoczęła się inwestycja w trybie LII mieszkańcy danego obszaru muszą dokonać wpłat obejmujących również koszty budowy przyłączy.

Osoba przystępująca do Komitetu podpisuje oświadczenie woli dotyczące zasad udziału w inwestycji. Do zgłoszenia udziału Komitetu w LII konieczne jest złożenie deklaracji finansowych wszystkich członków Komitetu. Tym sposobem członek Komitetu pozbawia się prawa wyboru wykonawcy przyłącza.

Gmina w toku tej procedury dokonuje wyboru wykonawcy przyłączy na terenie objętym LII pozbawiając tego prawa przyszłych odbiorców.

Tak więc praktyka Gminy ograniczała podłączanym osobom wybór wykonawcy przyłącza, a małym zakładom instalatorskim możliwość konkurencyjnego odbiorców.

W ten sposób nie dochodziło do rozwoju konkurencji na lokalnym rynku wykonywania przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych obejmującym obszar Gminy Miejskiej Kraków, na którym prowadzone są prace związane z przyłączeniem nowych odbiorców usługi zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków zgodnie z procedurą LII.

Gmina rozpisując przetargi na wykonanie sieci głównych i większej ilości przyłączy oraz innych prac jak np. przeniesienie przyłączy gazowych, eliminowała z rynku małe zakłady instalacyjne wodociągowo-kanalizacyjne, które nie posiadają odpowiedniego zaplecza do przystąpienia do przetargu (finansowego, technicznego, ludzkiego) i wypełnienia jego warunków, a mają stosowne uprawnienia i możliwości do wykonywania pojedynczych zleceń w tym przyłączy wodociągowo-kanalizacyjnych. W ocenie wzięto również pod uwagę, iż mają miejsce przypadki zlecenia w ramach jednego przetargu prowadzenia równocześnie prac na kilku obszarach.

Ustalony w niniejszej sprawie stan faktyczny można porównać do tego, na którego gruncie zostało wydane orzeczenie Sądu Najwyższego III SK 31/08. W tej sprawie oceniana była relacja uzależnienia przedsiębiorców działających na rynku odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości od dominanta działającego na rynku składowania tych odpadów. W tej sytuacji zarówno aktualni, jak i potencjalni uczestnicy rynku nie zdominowanego są uzależnieni od dominanta działającego na rynku zdominowanym, który zawierając z nimi umowy o odbiór odpadów komunalnych (a zwłaszcza odmawiając zawarcia takich umów) bezpośrednio wpływa zarówno na możliwość wejścia na rynek, jak i utrzymania się na nim. Podobnie, w niniejszej sprawie podmiotem o pozycji dominującej jest Gmina, działająca na rynku organizowania podłączenia do miejskiej sieci wodociągowej i kanalizacyjnej obejmującym część terenu Gminy Miejskiej Kraków, na którym prowadzone są prace związane z przyłączeniem nowych odbiorców usługi zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków zgodnie z procedurą LII, posiadająca w tym rynku 100% udział, zaś przedsiębiorcami, którzy byliby (nawet hipotetycznie) zainteresowani wejściem na rynek wykonywania przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych są zakłady instalacji sanitarnych. Bezpośrednie powiązanie lub uzależnienie, o których mowa w powołanych orzeczeniach jest w niniejszej sprawie wyraźne. O uzależnieniu bowiem można mówić wówczas, gdy przedsiębiorcy zamierzający działać na rynku powiązonym muszą współpracować z przedsiębiorcą posiadającym pozycję dominującą na innym rynku, aby móc oferować swoje towary.

Działania lub zaniechania dominanta rynkowego przeciwdziałające ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji to działania, które w negatywny sposób wpływają na strukturę, bądź warunki funkcjonowania rynku, co w konsekwencji uniemożliwia wejście na rynek nowych jego uczestników, bądź zagraża już obecnym na rynku.

Dla stwierdzenia stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, w tym praktyki określonej w art. 9 ust. 2 pkt 5 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, nie jest 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 (tak: E. Modzelewska – Wąchal *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wyd. Twigger, Warszawa 2002, s. 97).

Mając powyższe na uwadze uznać należy, że działania Gminy polegające na przyznaniu sobie za pośrednictwem jednostki organizacyjnej wyłącznego prawa organizowania wykonywania przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych poprzez wylanianie przez Gminę (jednostkę organizacyjną Gminy) w drodze przetargu wykonawcy przyłączy przeciwdziałały ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania i rozwoju konkurencji na rynku wykonywania przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych, a co za tym idzie naruszały zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Takie stanowisko organu antymonopolowego znajduje potwierdzenie w orzecznictwie i doktrynie, tak:

- Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 3 czerwca 1998 r. sygn. akt XVII Ama 16/98, w którym za praktykę uznana została odmowa przedsiębiorstwa wodociągów i kanalizacji posiadającego pozycję monopolistyczną na lokalnym rynku dostawy wody wykonywania przez innych przedsiębiorców przyłączeń do sieci wodociągowej. Jak uznał SA praktyka ta miała na celu wyeliminowanie przez przedsiębiorstwo konkurentów z rynku;
- E. Modzelewska-Wąchal „Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz” Twigger 2002, str.115 i nast. „*Stosowaniu praktyki (określonej w art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów) sprzyja funkcjonowanie przez przedsiębiorców w warunkach tzw. monopolu sieciowego, np. energetyce czy sektorze wodociągowo-kanalizacyjnym. Podstawowa sfera aktywności tych przedsiębiorców powiązana jest bezpośrednio lub pośrednio z rynkami, których uczestnicy uzależnieni są od monopolisty ze względu na możliwość dyktowania przez niego warunków prowadzenia przez nich działalności na rynkach konkurencyjnych*”.

Dodatkowo oceniając, czy pojedynczy odbiorca byłby zainteresowany budową przyłącza przez wybranego przez siebie wykonawcę – a co za tym idzie następowałby rozwój konkurencji na lokalnym rynku wykonywania przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych - należy wziąć pod uwagę fakt, iż pojedynczy odbiorca wykonując przyłącze nie byłby zobowiązany - stosownie do art. 29 ust. 1 pkt 20 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2010 Nr243 poz.1623 ze zm.) do uzyskania pozwolenia na budowę i sporządzenia tak rozbudowanej ze względu na zakres inwestycji dokumentacji projektowo-kosztorysowej wraz z uzgodnieniami.

Stosownie do art. 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazującą zaniechanie jej stosowania, jeżeli stwierdzi naruszenie zakazu określonego w art. 9 tej ustawy.

Uwzględniając powyższe ustalenia i wnioski oraz dowody na ich poparcie, organ antymonopolowy orzekł, jak w pkt I.2 sentencji decyzji.

Ad II sentencji decyzji - kara za naruszenie przepisów ustawy antymonopolowej

Zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10 % przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten dopuścił się choćby nieumyślnie naruszenia zakazu określonego w art. 9 tej ustawy.

Nakładanie kar w trybie ww. przepisu następuje w ramach uznania administracyjnego (fakultatywnie), co oznacza, że zarówno o fakcie jej nałożenia, jak i o jej wysokości decyduje

w konkretnej sprawie Prezes Urzędu. Działanie w ramach uznania administracyjnego nie jest jednak równoznaczne z dowolnością. W tym zakresie Prezes Urzędu kieruje się zasadą równości i proporcjonalności. Rozważając kwestię nałożenia kary organ antymonopolowy musi wziąć pod uwagę, czy w danych okolicznościach sprawy konieczne albo celowe jest jej nałożenie, a jeżeli tak, to w jakiej wysokości kara spełni założone funkcje. Przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa w art. 106-108 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, Prezes Urzędu powinien wziąć pod uwagę w szczególności okres, stopień oraz okoliczność uprzedniego naruszenia przepisów ustawy (art. 111 ww. ustawy). W orzecznictwie antymonopolowym wskazuje się, że w przypadku kar za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję przesłankami, które należy brać pod uwagę, są: potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy, skutki praktyki dla konkurencji lub kontrahentów, dopuszczalny poziom kary wynikający z przepisów ustawy oraz cele, jakie kara ma osiągnąć (np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r., sygn. akt I CKN 793/98).

Należy także podnieść, iż w ocenie Prezesa Urzędu brzmienie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów pozwala na nałożenie odrębnych kar pieniężnych za poszczególne naruszenia. Zgodnie bowiem z tym przepisem organ antymonopolowy może nałożyć karę pieniężną na przedsiębiorcę, jeżeli ten dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 9 ww. ustawy, z czego wynika, że określona w tym przepisie kara może dotyczyć naruszenia każdego zakazu stwierdzonego przez organ antymonopolowy.

Zdaniem organu antymonopolowego w niniejszej sprawie winna być nałożona jedna kara, ponieważ obie praktyki dotyczą tej samej procedury LII, a praktyka stwierdzona w pkt I.2. sentencji niniejszej decyzji stanowi w pewnym sensie kontynuację nakładania na przyszłych odbiorców usług nieuzasadnionych ciężarów, które to zachowania stanowią przedmiot zarzutu określonego w pkt I.1 sentencji decyzji.

Zasady prowadzenia i rozliczania inwestycji w trybie LII wymuszają niejako wyłanianie jednego wykonawcy całego zakresu prac.

W punkcie I.1 i 2 sentencji niniejszej decyzji uznano działanie Gminy za praktyki ograniczające konkurencję i naruszające zakazy, o których mowa w art. 9 ust. 1 i art. 9 ust. 2 pkt 5 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*. Zakazy te mają charakter bezwzględny, zatem nie istnieją przesłanki natury prawnej, które umożliwiały zalegalizowanie takich praktyk. Spełniona jest więc podstawowa przesłanka warunkująca nałożenie kary pieniężnej. Prezes Urzędu uznał więc za uzasadnione w niniejszej sprawie, nałożenie na przedsiębiorcę kary pieniężnej, w wysokości 804 722 zł (osiemset cztery tysiące siedemset dwadzieścia dwa złote), płatnej do budżetu państwa, co stanowi 0,15 % przychodu będącego podstawą obliczania kary i 1,5 % kary, jaka mogłaby być w tym przypadku nałożona.

Jako podstawę obliczenia kary - ze względu na fakt, iż w niniejszym postępowaniu stwierdzono naruszenie przepisów ustawy przez gminę - przyjęto dochód osiągnięty przez Gminę z tytułu wpływów ze źródeł dochodów, określonych w art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 13 listopada 2003 r. o dochodach jednostek samorządu terytorialnego (t.j. Dz.U. 2008 r. Nr 88 poz. 539 ze zm.), z wyłączeniem pkt 1 i 2, tj. wpływów z podatków i opłat, a więc nie związanych z działalnością Gminy jako przedsiębiorcy.

W roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, tj. w 2010, dochód Gminy wyniósł 535 945 125 zł.

Organ antymonopolowy zaliczył przedmiotową praktykę Gminy do pozostałych naruszeń prawa antymonopolowego. Zobowiązując odbiorców usług zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzenia ścieków do współfinansowania budowy sieci wodociągowej i kanalizacyjnej, jak również przeciwdziałając powstaniu i rozwojowi konkurencji na rynku wykonywania przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych, Gmina dawała równocześnie

odbiorcom, stosując analizowaną procedurę LII, możliwość wcześniejszego korzystania z usług zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków.

Oceniając wagę naruszenia należy wziąć pod uwagę, iż do naruszenia dochodziło na etapie przystępowania do Komitetu. Odbiorca usług nieprzystępując do Komitetu, a co za tym idzie nie współfinansując budowy sieci wodociągowej i kanalizacyjnej został pozbawiony możliwości wcześniejszego korzystania z usługi o charakterze powszechnym. Miarkując wysokość kary, zwrócono równocześnie uwagę na fakt, iż osoby nieprzystępujące do Komitetu nie zostały pozbawione możliwości podłączenia do sieci, a jedynie podłączenie nastąpiło w późniejszym terminie.

Podejmując decyzję o nałożeniu kary pieniężnej organ antymonopolowy wziął pod uwagę, iż w efekcie nadużywania przez Gminę pozycji dominującej doszło do nałożenia na kontrahentów w tym konsumentów obciążeń większych niż w przypadku kiedy istniałaby konkurencja na rynku właściwym.

Nałożenie kary należy zatem traktować jako podkreślenie naganności działań podmiotu dominującego (Gminy), które to działania zakłóciły równowagę praw i obowiązków kontrahentów.

Kierując się naturą przedmiotowego naruszenia organ antymonopolowy ustalił kwotę wyjściową kary, w wysokości 535 945 zł, co stanowi 0,1 % przychodu.

W następnej kolejności rozważono czynniki dotyczące specyfiki rynku właściwego i działalności przedsiębiorcy.

W szczególności wzięto pod uwagę skutki praktyki, w postaci wystąpienia szkody po stronie uczestników rynku, dotkniętych praktykami Gminy oraz korzyści majątkowe po stronie Gminy w postaci przejmowanego majątku. Uwzględniono ponadto fakt faktycznego wprowadzenia naruszenia w życie.

Okolicznością, która w ocenie Prezesa Urzędu osłabia negatywne skutki praktyki jest fakt:

- częściowego, a nie całkowitego przerzucania na odbiorców obowiązku ponoszenia kosztów budowy odcinka sieci,
- iż mimo ograniczania przyszłym odbiorcom prawa wyboru wykonawcy przyłącza wyłanianie go następowało w procesie konkurencyjnym jakim był przetarg. Taki stan pozwala domniemywać, że szkody odbiorców z tego tytułu były zminimalizowane.

Uwzględnienie wskazanych czynników doprowadziło do podwyższenia kary o 5 %, tj. do kwoty 562 742 zł.

Obliczając wysokość kary Prezes Urzędu uznał stosowaną praktykę za długotrwałą (trwającą od dnia wejścia w życie *ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu*, czyli od stycznia 2002 r., przy czym zwrócił uwagę, iż ostateczna zmiana przepisów w zakresie przyłączy miała miejsce w roku 2006), a tym samym podwyższył karę o 30%, tj. do kwoty 731 565 zł.

Ważąc wysokość nałożonej kary pieniężnej organ antymonopolowy ocenił również okoliczności obciążające i łagodzące, stanowiące ocenę podmiotowej strony czynu przedsiębiorcy.

Jak ustalono Gmina dopuściła się już wcześniej naruszenia zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję, ale naruszenia te miały miejsce na innych rynkach właściwych.

Uwzględniając powyższą okoliczność obciążającą podwyższono karę o 10%, tj. do kwoty 804 722 zł.

Za miarkowaniem wysokości kary dla Gminy przemawia fakt, iż Gmina jest wspólnotą samorządową, co oznacza, że kara pieniężna będzie stanowić dolegliwość również dla jej mieszkańców, w tym także tych, którzy zostali poszkodowani stwierdzanymi w niniejszej decyzji praktykami ograniczającymi konkurencję.

Wzięto ponadto pod uwagę problemy finansowe Gminy. Deficyt budżetowy Gminy za okres od 1 stycznia do 30 września 2011 r. wynosił 71 685 908,66 zł (źródło Rb-NDS <http://www.bip.krakow.pl/zalaczniki/dokumenty/n/81406/karta>)

Przy ustalaniu wysokości kary uwzględniony został dodatkowo potencjał ekonomiczny Gminy.

W orzecznictwie wskazuje się bowiem, że w przypadku kar za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję, przesłanką, którą należy brać pod uwagę jest między innymi potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy (tak: Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000r., sygn. akt I CKN 793/98).

Mając na uwadze wszystkie powyższe okoliczności, Prezes Urzędu uznał, że waga stwierdzonego niniejszą decyzją naruszenia *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz wskazane wyżej okoliczności obciążające, przesądzają o zasadności nałożenia na Gminę kary pieniężnej, w ostatecznej wysokości 804 722 zł.

W ocenie Prezesa Urzędu wymierzona kara jest adekwatna do stopnia naruszenia przepisów *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz współmierna do możliwości finansowych Gminy. Nadmienić należy, że kary pieniężne stosowane są w sytuacjach, gdy zachowanie przedsiębiorcy nie tylko jest bezprawne, ale można także sprawcy przypisać winę w znaczeniu subiektywnym.

Analizując kwestię winy oraz umyślności działań należy stwierdzić, iż Gmina, jako podmiot o wieloletnim doświadczeniu, powinna zdawać sobie sprawę, iż podejmowanymi decyzjami nie może nadużywać posiadanej pozycji dominującej. Mając na uwadze fakt, iż *ustawa o zbiorowym zaopatrzeniu* szczegółowo określa obowiązki stron co do budowy sieci wodociągowych i kanalizacyjnych, a weszła ona w życie w roku 2002, a została znowelizowana w roku 2006 trudno w analizowanej sprawie mówić o nieumyślności działań Gminy. Działania te jednakże miały wpłynąć na poprawę życia części mieszkańców poprzez przyspieszenie dostępu do usług wodociągowo-kanalizacyjnych.

Kara pieniężna nałożona w powyższej wysokości pełni funkcję represyjną za naruszenie przepisów ww. ustawy, gdyż podkreśla naganność zachowania Gminy, która dopuściła się stosowania praktyk ograniczających konkurencję. Jednocześnie nałożona kara pełni funkcję prewencyjną, gdyż zapobiega stosowaniu w przyszłości sprzecznych z interesem publicznym praktyk ograniczających konkurencję. Wymierzona kara pieniężna jest adekwatna do stopnia zawinienia przez Gminę, zaś jej wysokość na tyle dla niej dolegliwa, iż skutecznie zapobiegnie naruszeniom ustawy przez ten podmiot w przyszłości. Spełnia ona również rolę prewencyjną, zniechęcającą do naruszania prawa przez Gminę.

Ad III sentencji decyzji - koszty postępowania

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 *ww. ustawy*, jeżeli w wyniku postępowania Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przepisów ustawy, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia jest zobowiązany ponieść koszty postępowania.

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte z urzędu, a w jego wyniku Prezes Urzędu w pkt I.1 i I.2 sentencji decyzji stwierdził naruszenie przepisów *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*.

Kosztami niniejszego postępowania są wydatki związane z wysyłką korespondencji, które wynoszą **47,00 zł** (słownie: czterdzieści siedem złotych).

Mając powyższe na uwadze organ antymonopolowy orzekł, jak w punkcie III sentencji.

Pouczenia:

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów kary pieniężne orzeczone w pkt II decyzji należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Warszawa: **NBP O/O Warszawa 51101010100078782231000000**.

Koszty niniejszego postępowania określone w pkt IV przedsiębiorca obowiązany jest wpłacić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie w **NBP O/O Warszawa Nr 51101010100078782231000000**.

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 dwutygodniowym od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury UOKiK w Krakowie 31 - 011 Kraków, Plac Szczepański 5.

Na postanowienie rozstrzygające o kosztach zawarte w punkcie IV sentencji niniejszej decyzji, na podstawie art. 81 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479²⁸ § 1 pkt 2 K.p.c. **przysługuje zażalenie** do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury UOKiK w Krakowie 31 - 011 Kraków, Plac Szczepański 5 w terminie tygodnia od dnia doręczenia, **w przypadku zaskarżenia jedynie rozstrzygnięcia o kosztach.**

z upoważnienia Prezesa
Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Dyrektor Delegatury
Leszek Piekarz

Otrzymują:

1. Gmina Miejska Kraków
Urząd Miasta Krakowa
Pl. Wszystkich Świętych 3-4
31-004 Kraków

2. RKR a/a