



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

RKR-411-7/13/BR-17/14

Kraków, dn. 20 maja 2014 r.

DECYZJA Nr RKR - 9/2014

I. Na podstawie art. 12 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy 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 uprawdopodobnieniu, w toku postępowania antymonopolowego - przeprowadzonego z urzędu - stosowania przez Gminę Lisia Góra praktyk ograniczających konkurencję polegających na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku organizowania wykonywania sieci kanalizacyjnych i wodociągowych oraz przyłączy kanalizacyjnych obejmującym teren gminy Lisia Góra, w związku z :

1. narzucaniem odbiorcom nieuczciwej opłaty za budowę przyłącza kanalizacyjnego w ramach prowadzonych przez Gminę Lisia Góra inwestycji budowy sieci kanalizacyjnej w miejscowościach położonych na terenie gminy Lisia Góra poprzez jej ustalanie w jednakowej, zryczałtowanej wysokości nieopartej na indywidualnej kalkulacji kosztów oraz w wysokości niezależnej od długości budowanego przyłącza kanalizacyjnego, co może stanowić naruszenie zakazu, o którym mowa w art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 w/w ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,
2. narzucaniem przyszłym odbiorcom uciążliwych dla nich i przynoszących Gminie Lisia Góra nieuzasadnione korzyści umów o finansowanie inwestycji pod nazwą „Budowa odcinka sieci wodociągowej/kanalizacyjnej do granicy działki nr ... w miejscowości...” w związku z zawarciem w § 7 tej umowy zapisu „Realizujący zrzeka się prawa do opłaty związanej z służebnością przesyłu wody”, co może stanowić naruszenie zakazu, o którym mowa w art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 w/w ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,

oraz

3. **po przyjęciu zobowiązań** Gminy Lisia Góra **do podjęcia działań zmierzających do zapobieżenia zarzucanym jej naruszeniom** określonym w pkt I.1 i I.2 niniejszej decyzji, poprzez:
 - a) przygotowywanie SIWZ do kolejnych przetargów na budowę sieci kanalizacyjnej w taki sposób, aby na podstawie przedłożonych przez wybranych w przetargu wykonawców kosztorysów możliwe było ustalenie kosztu wykonania 1 mb przyłącza, tj. wydzielanie kosztów wykonania przyłączy;

- b) ustalanie ceny przyłączy kanalizacyjnych dla zainteresowanych przystąpieniem do projektu jako iloczynu kosztu budowy 1 mb przyłącza i długości przyłącza;
- c) rezygnację z budowy części przyłączy kanalizacyjnych w ramach danej inwestycji w przypadku, kiedy właściciele nieruchomości nie będą zainteresowani podpisaniem umów cywilnych w sprawie budowy przyłączy w ramach inwestycji gminnej w oparciu o przedłożoną kalkulację;
- d) wykreślenie z wzorca umowy o finansowanie inwestycji pod nazwą „Budowa odcinka sieci wodociągowej/kanalizacyjnej do granicy działki nr ...w miejscowości...” postanowienia „Realizujący zrzeka się prawa do opłaty związanej z służebnością przesyłu wody”;
- e) przedłożenie wszystkim Odbiorcom, z którymi podpisane zostały umowy o finansowanie inwestycji pod nazwą „Budowa odcinka sieci wodociągowej/kanalizacyjnej do granicy działki nr ...w miejscowości...” zawierające kwestionowane przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów postanowienie, aneksów do tych umów uwzględniających wykreślenie z umów postanowienia o zrzeczeniu się prawa do opłaty związanej ze służebnością przesyłu;

- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów -

nakłada się na Gminę Lisia Góra obowiązek wykonania tych zobowiązań.

II. Na podstawie art. 12 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, ze zm.), stosownie 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 -

ustala się termin wykonania przez Gminę Lisia Góra zobowiązań, o których mowa w pkt I.3 sentencji niniejszej decyzji do dnia 30 czerwca 2014 r.

III Na podstawie art. 12 ust. 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. nr 50, poz. 331 ze zm.), stosownie 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 Lisia Góra obowiązek złożenia sprawozdania o stopniu realizacji przyjętych zobowiązań, o których mowa w pkt I.3 niniejszej decyzji w terminie do dnia 15 lipca 2014 r.

Sprawozdanie to winno zawierać w szczególności:

1. przykładowy SIWZ przygotowany w taki sposób, że możliwe jest na jego podstawie ustalenie kosztu wykonania 1 mb przyłącza, tj. poprzez wydzielanie kosztów wykonania przyłączy;
2. 5 przykładowych wyliczeń ceny przyłączy dla zainteresowanych przystąpieniem do projektu,
3. informacje o ilości:

- mieszkańców gminy zainteresowanych budową przyłączy w ramach inwestycji budowy sieci kanalizacyjnych wraz z przyłączami ,
 - mieszkańców, którzy nie wyrazili chęci przystąpienia do w/w inwestycji,
4. informacje dotyczące liczby odbiorców, którym doręczono aneksy do umów o finansowanie inwestycji pod nazwą „Budowa odcinka sieci wodociągowej/kanalizacyjnej do granicy działki nr ...w miejscowości...” wraz z kopiami 5 przykładowych aneksów skierowanych do odbiorców.

UZASADNIENIE

W dniu 5 sierpnia 2013 r. postanowieniem nr RKR-203/2013 Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura UOKiK w Krakowie (zwany dalej „Prezesem UOKiK”) wszczął postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem nadużywania przez Gminę Lisia Góra (zwana dalej „Gminą”) pozycji dominującej na lokalnym rynku organizowania wykonywania sieci kanalizacyjnych i wodociągowych oraz przyłączy kanalizacyjnych obejmującym teren gminy Lisia Góra polegającego na:

1. narzucaniu odbiorcom nieuczciwej opłaty za budowę przyłącza kanalizacyjnego w ramach prowadzonych przez Gminę Lisia Góra inwestycji budowy sieci kanalizacyjnej w miejscowościach położonych na terenie gminy Lisia Góra poprzez jej ustalenie w jednakowej, zryczałtowanej wysokości nieopartej na indywidualnej kalkulacji kosztów oraz wysokości niezależnej od długości budowanego przyłącza kanalizacyjnego

- co może stanowić naruszenie art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. nr 50, poz. 331 ze zm.) - zwanej dalej „ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów”;

2. narzucaniu przyszłym odbiorcom uciążliwych dla nich i przynoszących Gminie Lisia Góra nieuzasadnione korzyści umów o finansowanie inwestycji pod nazwą „Budowa odcinka sieci wodociągowej/kanalizacyjnej do granicy działki nr ...w miejscowości...” w związku z zawarciem w § 7 tej umowy zapisu „*Realizujący zrzeka się prawa do opłaty związanej z służebnością przesyłu wody*”

- co może stanowić naruszenie art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 w/w ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Wszczęcie postępowania antymonopolowego poprzedziło przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego (sygn. akt RKR-400-6/12/BR), mającego na celu ustalenie stosowanych na terenie Gminy Lisia Góra zasad zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków w tym, czy nie nastąpiło naruszenie przepisów ustawy uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego i czy sprawa ma charakter antymonopolowy. Postępowanie to zostało podjęte w związku z otrzymaną skargą konsumenta na zasady realizacji inwestycji budowy przyłączy kanalizacyjnych w Gminie Lisia Góra.

Postanowieniem nr RKR-204/2013 z dnia 5 sierpnia 2013 r. zaliczone zostały w poczet dowodów informacje i dokumenty uzyskane przez Prezesa UOKiK w postępowaniu wyjaśniającym, prowadzonym pod sygnaturą akt RKR-400-6/12/BR.

Ustosunkowując się do zarzutów przedstawionych w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego, Gmina wskazała, że kwota 1414 zł na jaką zostały wycenione koszty budowy przyłącza jest kwotą umowną i nie została oparta na kalkulacji kosztów. Podniosła, iż gdyby ustalona ona została na podstawie średnich kosztów budowy

wynikających z kosztów realizowanych inwestycji to w ocenie Gminy byłaby to kwota znacznie wyższa.

Tylko nieliczne przyłącza mogłyby zostać wybudowane za cenę niższą niż przyjęta w rozliczeniach.

Gmina stanęła ponadto na stanowisku, że analizowane umowy mają charakter cywilno-prawny i miała możliwość kształtować je w sposób dowolny.

W uzupełnieniu tego pisma (pismo z dnia 20.09.2013 r. znak: A-740/01/2013) Gmina przedłożyła wstępną kalkulację średniego kosztu budowy przyłącza (bez uwzględnienia jego długości).

Następnie w piśmie z dnia 23 października 2013 r. (znak: A.740.01.2013) Gmina poinformowała, że zamierza wykreślić z umów zapis: „*Realizujący zrzeka się prawa do opłaty związanej z służebnością przesyłu wody*”.

Równocześnie przedłożyła zmodyfikowaną w stosunku do wcześniej przedłożonej kalkulację kosztu budowy jednego przyłącza bez uwzględniania jego długości oraz przy przyjęciu do kalkulacji części kosztów, które dotyczą również budowy sieci, ze względu na niemożliwość - na podstawie posiadanych kosztorysów inwestycji- rozdzielenia tych kosztów.

W dniu 28 marca 2014 r. (pismo znak: A.740.01/2013/14) Gmina przekazała ostateczne zobowiązanie do podjęcia działań mających na celu zapobieżenie zarzucanym naruszeniom. Wskazała, iż od dnia 1 stycznia 2014 r. stosuje nowe wzorce umów „Budowa odcinka sieci wodociągowej/kanalizacyjnej do granicy działki nr ...w miejscowości...”, z których zostało wykreślone postanowienie „*Realizujący zrzeka się prawa do opłaty związanej z służebnością przesyłu wody*”. Równocześnie Gmina zobowiązała się do aneksowania do dnia 30 czerwca 2014 r. wszystkich umów zawierających kwestionowane postanowienie dotyczące zrzeczenia się prawa do opłaty związanej ze służebnością przesyłu.

Gmina zobowiązała się ponadto do przygotowywania SIWZ do kolejnych przetargów na budowę sieci kanalizacyjnej w taki sposób, aby na podstawie przedłożonych przez wybranych w przetargu wykonawców kosztorysów możliwe było ustalenie kosztu wykonania 1 mb przyłącza.

Ceny przyłączy dla zainteresowanych Gmina będzie ustalać jako iloczyn kosztu budowy 1 mb przyłącza i długości przyłącza kanalizacyjnego.

Gmina oświadczyła, że już w przetargu ogłoszonym w dniu 18 marca 2014 r. wydzieliła koszty budowy przyłączy.

Gmina zobowiązała się ponadto, iż w przypadku kiedy właściciele nieruchomości nie będą zainteresowani podpisaniem umów cywilnych w sprawie budowy przyłączy w ramach inwestycji gminnej w oparciu o kalkulację wynikającą z iloczynu średniej ceny budowy 1 mb przyłącza i jego długości, zrezygnuje z budowy tych przyłączy w ramach danej inwestycji.

W toku postępowania Prezes UOKiK ustalił następujący stan faktyczny:

Właścicielem infrastruktury kanalizacyjnej na terenie gminy Lisia Góra jest Gmina, a właścicielem infrastruktury wodociągowej Związek Międzygminny ds. Zaopatrzenia Wsi w Wodę.

Rozbudowa sieci wodociągowej i kanalizacyjnej na terenie Gminy Lisia Góra leży w gestii Gminy Lisia Góra. Natomiast usługi z zakresu zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków na terenie Gminy świadczy Gminna Spółka Komunalna sp. z o.o. z siedzibą w Lisiej Górze (dowód: pismo Gminy z 15.05.2012 r., pismo Gminnej Spółki Komunalnej sp. z o.o. w Lisiej Górze z dnia 15.06.2012 r. L.dz. 62/06/2012).

Na terenie Gminy Lisia Góra sieci kanalizacyjne i przyłącza kanalizacyjne budowane są dwoma metodami, tj.:

- inwestycji prowadzonej przez Gminę w ramach, której budowane są sieci kanalizacyjne wraz z przyłączami. Budowa prowadzona jest na podstawie wydanego dla Gminy pozwolenia na budowę (dowód: pismo Gminnej Spółki Komunalnej sp. z o.o. w Lisiej Górze z dnia 15.06.2012 r. L.dz. 62/06/2012),
- indywidualnie na obszarze, gdzie istnieją sieci kanalizacyjne. W przypadku tej metody, gdy studzienka kanalizacyjna lub sieć leży poza granicą nieruchomości gruntowej odbiorcy, odbiorca buduje fragment sieci i zawierana jest z nim umowa o finansowanie inwestycji pod nazwą „Budowa odcinka sieci wodociągowej/kanalizacyjnej do granicy działki nr ...w miejscowości...”, na podstawie której Gmina zwraca odbiorcy koszty budowy w/w odcinka sieci (dowód: pismo Gminy z 15.05.2012 wraz z załącznikiem - wzorcem umowy).

W przypadku sieci wodociągowej, ze względu na fakt, iż główne sieci wodociągowe zostały wybudowane wcześniej, mamy do czynienia jedynie z jedną metodą, tj. metodą indywidualną. Odbiorca buduje fragment sieci od granicy nieruchomości do miejsca włączenia do sieci głównej, a Gmina zawiera z nim umowę o finansowanie inwestycji pod nazwą „Budowa odcinka sieci wodociągowej/kanalizacyjnej do granicy działki nr ...w miejscowości...”, na podstawie której Gmina zwraca odbiorcy koszty budowy w/w odcinka sieci (dowód: pismo Gminy z 15.05.2012 wraz z załącznikiem - wzorcem umowy).

Na obszarach, gdzie Gmina prowadzi inwestycje budowy sieci kanalizacyjnej buduje równocześnie przyłącza kanalizacyjne.

Budowę prowadzi przedsiębiorca wyłoniony przez Gminę w drodze przetargu na realizację całej inwestycji, tj. sieci kanalizacyjnej dla danej miejscowości wraz z przyłączami (dowód: pismo Gminnej Spółki Komunalnej sp. z o.o. w Lisiej Górze z dnia 15.06.2012 r. znak: L.dz. 62/06/2012).

W przypadku przyłączy budowanych w ramach inwestycji Gminy pobierana jest od mieszkańców opłata w zryczałtowanej wysokości 1414,00 zł (dowód: pismo Gminy z dnia 15.05.2012 r., pismo Gminnej Spółki Komunalnej w sp. z o.o. w Lisiej Górze z dnia 15.06.2012 r. znak: L.dz. 62/06/2012).

Na budowę przyłącza zawierana jest pomiędzy Gminą, a mieszkańcem „Umowa cywilna nr ...”, której przedmiotem jest budowa przyłącza kanalizacji sanitarnej w działce właściciela (dowód: załącznik do pisma Gminy z dnia 26.08.2013 r.).

Gmina nie umiała wskazać w jaki sposób określona została cena ryczałtowa budowy przyłącza kanalizacyjnego w przypadku jego budowy w ramach inwestycji.

Wyjaśniła jedynie, że *„kalkulacja była robiona kilka lat temu w oparciu o łączne koszty przyłączy wykazanych w dokumentacji oraz ich liczbę”*. Równocześnie oświadczyła, że nie posiada dokumentu potwierdzającego wyliczenia opłaty ryczałtowej za budowę przyłącza kanalizacyjnego (dowód: pismo Gminy z dnia 13.07.2012 r.).

Dodatkowo wskazała, że *„kwota na jaką został wyceniony koszt budowy przyłącza jest kwotą umowną i brak szczegółowych wyliczeń. Nie jest to średnia wynikająca z budowy wszystkich przyłączy, bo z pewnością byłaby ona dużo wyższa”* (dowód: pismo Gminy z dnia 26.08.2013 r.).

Przyłącza budowane w ramach zryczałtowanej ceny mają od kilku (około 9 m) do kilkudziesięciu metrów długości. Gmina nie potrafiła podać dokładnej długości najdłuższego i najkrótszego przyłącza kanalizacyjnego (dowód: pismo Gminy z dnia 13.07.2012 r.).

Gmina, określiła cenę ryczałtową budowy przyłącza w oderwaniu od rzeczywistych kosztów budowy (dowód: pismo Gminy z dnia 26.08.2013 r. i z dnia 23.10.2013 r. znak: A.740.01.2013).

W toku postępowania antymonopolowego Gmina dokonywała prób oszacowania kosztu budowy jednego przyłącza, ale okazało się, że jest to operacja nie do przeprowadzenia, ze względu na fakt, iż w pozycjach kosztorysu ujęte zostały koszty budowy zarówno przyłączy, jak i sieci. Nie było również możliwości wyliczenia kosztu budowy 1 mb przyłącza.

W ocenie Gminy pozycje nr 250-385 przedłożonego kosztorysu powykonawczego z dnia 15 maja 2012 r. to były pozycje kosztów, na podstawie których mógł zostać oszacowany koszt budowy przyłącza. Nastąpiła jednakże zmiana stanowiska Gminy ze względu na fakt, iż wskazane pozycje kosztów takie jak:

- „wykopy w drodze asfaltowej z wymianą gruntu”,
- „zasypywanie wykopów z wymianą gruntu w gminnej drodze asfaltowej”,
- „przejście przekopem przez przepusty i rowy melioracyjne”,
- „skrzyżowanie z gazem średnio i niskoprężnym”,
- „drogi asfaltowe rozbiórki”,
- „naprawa nawierzchni dróg asfaltowych”,
- „naprawa rowu przydrożnego i wjazdów”,

dotyczą prac wykonywanych między innymi poza nieruchomością gruntową odbiorcy, a więc prac związane z budową sieci, a nie przyłącza. Tak więc określenie kosztu budowy przyłącza na podstawie kosztorysu powykonawczego było niemożliwe.

Dodatkowo wyliczenie kosztu jednostkowego przez Gminę prowadzone było na podstawie kosztorysu z roku 2012, a cena ryczałtowa była ustalona i pobierana, jak wskazała Gmina, przez wiele lat (dowód: pismo Gminy z dnia 13.07.2012 r., z dnia 26.08.2013 r. i z dnia 23.10.2013 r. znak: A.740.01.2013 wraz z załącznikiem kosztorysem powykonawczym).

Gmina nie ma możliwości prawnych podłączenia osób, które nie przystąpiły do projektu budowy przyłączy przez Gminę w tym samym czasie co osób, które wybudowałyby przyłącza w systemie indywidualnym. W przypadku inwestycji to Gmina otrzymuje pozwolenie na budowę dotyczące całości inwestycji, tj. sieci wraz z przyłączami i jest odpowiedzialna za przebieg całości prac (dowód: pismo Gminy z dnia 13.07.2012 r. i z dnia 26.08.2013 r., pismo Gminnej Spółki Komunalnej sp. z o.o. w Lisiej Górze z dnia 15.06.2012 L.dz. 62/06/2012).

Osoby, które przystąpiły do projektu inwestycyjnego prowadzonego przez Gminę podłączane są do sieci kanalizacyjnej na bieżąco w trakcie realizacji inwestycji, a osoby budujące przyłącza w systemie indywidualnym mogą zostać podłączone dopiero po zakończeniu inwestycji i oddaniu jej do użytkowania.

Kwestię niezadowolenia mieszkańców Gminy Lisia Góra z narzuconego im „obowiązku” i wysokości wpłaty 1414 zł na budowę przyłącza kanalizacyjnego w czasie trwania inwestycji wyraził skarżący się do Prezesa UOKiK konsument – mieszkaniec gminy Lisia Góra.

Inaczej sytuacja przedstawia się w przypadku istniejących głównych sieci wodociągowych i kanalizacyjnych. Począwszy od listopada 2009 r. w przypadku, kiedy przyszły odbiorca wyraża chęć podłączenia do istniejącej sieci wodociągowej lub kanalizacyjnej, ale nieruchomość zlokalizowana jest w miejscu, gdzie konieczne jest wybudowanie fragmentu sieci łączącej główną sieć wodociągową lub kanalizacyjną z granicą nieruchomości gruntowej odbiorcy lub studzienką kanalizacyjną, Gmina podpisuje z przyszłym odbiorcą - na etapie powstawania dokumentacji projektowej inwestycji - umowę o finansowanie inwestycji pod nazwą „Budowa odcinka sieci kanalizacyjnej do granicy działki nr ...w miejscowości...” (dowód: załącznik do pisma Gminy z dnia 15.05.2012 r., pismo Gminy z 13.07.2012 r.).

Odbiorca buduje przyłącze wodociągowe lub kanalizacyjne oraz fragment sieci od granicy nieruchomości lub studzienki kanalizacyjnej do miejsca włączenia, a następnie Gmina zwraca mu koszty budowy odcinka sieci od granicy nieruchomości do miejsca włączenia. Warunkiem zwrotu kosztów jest podpisanie umowy o finansowanie inwestycji pod nazwą „Budowa odcinka sieci kanalizacyjnej do granicy działki nr ...w miejscowości...” oraz dostarczenie:

- inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej,
- protokołu odbioru robót,
- rozliczenia pełnej kwoty – kosztorys powykonawczy.

Stosownie do zapisu § 7 w/w umowy „*Realizujący* [przyszły odbiorca usług zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków – przyp. UOKiK] *zrzeka się prawa do opłaty związanej z służebnością przesyłu wody*” (dowód: pismo Gminy z dnia 15.05.2012 r.).

Zapis dotyczący zrzeczenia się prawa do opłaty związanej ze służebnością przesyłu wody zawarty jest w umowach dotyczących budowy zarówno odcinka sieci kanalizacyjnej, jak i wodociągowej.

Gmina podpisała od roku 2009 łącznie 57 umów o finansowanie inwestycji pod nazwą „Budowa odcinka sieci kanalizacyjnej do granicy działki nr ...w miejscowości...”.

Treść tych umów ulegała niewielkim zmianom, ale zawsze w umowach znajdował się zapis dotyczący zrzeczenia się prawa do opłaty związanej ze służebnością przesyłu (dowód: 57 szt. umów – załączniki do pisma Gminy z dnia 13.02.2014 r.). We wcześniejszych latach gmina stosowała zapis o zrzeczeniu się opłaty związanej ze służebnością przesyłu wody lub ścieków. W późniejszym okresie zapis dotyczył jedynie wody.

Gmina po wszczęciu postępowania antymonopolowego podjęła działania mające na celu zaprzestanie stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

I tak w przypadku zarzutu określonego w pkt I.1 sentencji niniejszej decyzji Gmina zobowiązała się do przygotowywania SIWZ do kolejnych przetargów na budowę sieci kanalizacyjnej w taki sposób, aby na podstawie przedłożonych przez wybranych w przetargu wykonawców kosztorysów możliwe było ustalenie kosztu wykonania 1 mb przyłącza.

Ceny przyłączy dla zainteresowanych będą ustalane jako iloczyn kosztu budowy 1 mb przyłącza i długości przyłącza.

Już w przetargu ogłoszonym w dniu 18 marca 2014 r, Gmina wydzieliła koszty budowy przyłączy.

Gmina zobowiązała się ponadto, iż w przypadku kiedy właściciele nieruchomości nie będą zainteresowani podpisaniem umów cywilnych w sprawie budowy przyłączy w ramach inwestycji gminnej w oparciu o kalkulację wynikającą z iloczynu średniej ceny budowy 1 mb przyłącza i jego długości zrezygnuje z budowy tych przyłączy w ramach danej inwestycji.

W przypadku zarzutu określonego w pkt I.2 sentencji niniejszej decyzji Gmina wykreśliła we wzorcu umowy o finansowanie inwestycji pod nazwą „Budowa odcinka sieci wodociągowej/kanalizacyjnej do granicy działki nr ...w miejscowości...” stosowanych od dnia 1 stycznia 2014 r. postanowienie „*Realizujący zrzeka się prawa do opłaty związanej z służebnością przesyłu wody*”.

Równocześnie Gmina zobowiązała się do aneksowania do dnia 30 czerwca 2014 r. wszystkich umów zawierających kwestionowane postanowienie dotyczące zrzeczenia się prawa do opłaty związanej ze służebnością przesyłu.

W dniu 7 maja 2014 r. Prezes UOKiK zakończył zbieranie materiału dowodowego i poinformował Gminę o możliwości zapoznania się z materiałem zgromadzonym w aktach sprawy w siedzibie Delegatury UOKiK w Krakowie. Gmina nie skorzystała z przysługującego jej uprawnienia.

Mając powyższe ustalenia na uwadze Prezes UOKiK zważył, co następuje:

Interes publiczny

W pierwszej kolejności konieczne jest stwierdzenie, że niniejsza sprawa ma charakter antymonopolowy, a zatem, iż w jej okolicznościach doszło do naruszenia interesu publicznoprawnego.

Art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ogranicza zastosowanie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wyłącznie do podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Warunkiem koniecznym do uruchomienia procedur i zastosowania instrumentów określonych w ustawie jest zatem, aby działania przedsiębiorców – którym zarzucono naruszenie jej przepisów – stanowiły potencjalne zagrożenie interesu publicznego, nie zaś jednostki lub grupy.

Takie stanowisko konsekwentnie prezentuje Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwany dalej SOKiK). W wyroku z dnia 27 czerwca 2001 r. (sygn. akt XVII Ama 92/00) Sąd stwierdził, że „*interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem 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*”.

Podobnie na temat interesu publicznego SOKiK wypowiedział się w wielu innych wyrokach, np. z dnia 30 maja 2001 r. (sygn. akt XVII Ama 80/00), z dnia 4 lipca 2001 r. (sygn. akt XVII Ama 108/00), z dnia 6 czerwca 2001 r. (sygn. akt XVII Ama 78/00).

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

Przedmiotowe postępowanie podjęte zostało w interesie publicznym. Kwestionowane narzucanie opłaty za budowę przyłącza kanalizacyjnego w ramach prowadzonych przez Gminę Lisia Góra inwestycji budowy sieci kanalizacyjnej w miejscowościach położonych na terenie gminy Lisia Góra, czy też narzucanie uciążliwych warunków umów o finansowanie inwestycji pod nazwą „Budowa odcinka sieci wodociągowej/kanalizacyjnej do granicy działki nr ...w miejscowości...” było stosowane w sposób powszechny. Tym samym praktyki te wymierzone były w każdego aktualnego i przeszłego odbiorcę zainteresowanego korzystaniem z usług zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków na terenie Gminy Lisia Góra, który w ramach prowadzonych przez Gminę inwestycji, czy też w systemie indywidualnym chciał zostać podłączony do sieci wodociągowej i kanalizacyjnej w celu korzystania z usług zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków.

Przyjąć należy, że oceniane praktyki dotyczyły zarówno przedsiębiorców, jak i konsumentów – tj. osób fizycznych dokonujących czynności prawnych niezwiązanych bezpośrednio z ich działalnością gospodarczą lub zawodową.

Wobec powyższego, uznać należy, iż w niniejszej sprawie niewątpliwie doszło do naruszenia interesu publicznoprawnego.

Strona postępowania

Stosownie do treści art. 4 pkt 1 lit. a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów pod pojęciem przedsiębiorcy rozumie się przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej a także: osobę fizyczną, osobę prawną, jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej.

Zgodnie z ustawą z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2013, poz. 672), pod pojęciem przedsiębiorcy należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną i jednostkę organizacyjną niebędącą osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonującą we własnym imieniu działalność gospodarczą (art. 4 ust. 1 ww. ustawy). Właściwa dla przedsiębiorcy działalność gospodarcza to zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły (art. 2 ww. ustawy).

Gmina, jest jednostką samorządu terytorialnego w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2013r., poz. 594) - zwanej dalej „ustawą o samorządzie gminnym” - posiadającą osobowość prawną. Do zadań własnych gminy należy w szczególności zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty wynikających z art. 7 tej ustawy, w tym między innymi z zakresu wodociągów i zaopatrzenia w wodę oraz kanalizacji (art. 7 ust. 1 pkt 3).

Biorąc pod uwagę, iż zadania własne gminy są traktowane jako zadania o charakterze użyteczności publicznej, należy przyjąć, iż wskazana powyżej działalność Gminy polega na organizowaniu usług o charakterze użyteczności publicznej.

Tak więc Gmina Lisia Góra posiada przymiot przedsiębiorcy w rozumieniu cytowanego wyżej art. 4 pkt 1 a) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W świetle orzecznictwa i poglądów doktryny uznaje się, że do działalności publicznej gminy w zakresie zaspokajania potrzeb wspólnoty, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym - o ile wywołuje skutki praktyk monopolistycznych - ustawa antymonopolowa ma zastosowanie (tak: St. Gronowski „Ustawa antymonopolowa. Komentarz” CH BECK 1996 s. 37 i nast. oraz E. Modzelewska-Wąchal „Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz” Twigger 2002, str. 34 i nast.).

Tak więc do Gminy Lisia Góra, jako przedsiębiorcy, znajdują zastosowanie przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Rynek właściwy i pozycja Gminy na rynku właściwym

Ponieważ istotą praktyk ograniczających konkurencję, określonych w art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców, Prezes UOKiK winien na wstępie ustalić rynek właściwy w danej sprawie, a następnie określić siłę rynkową jego uczestników.

Rynek właściwy – stosownie do definicji zawartej w art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów - to 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.

Rynkiem właściwym od strony produktowej w niniejszej sprawie jest rynek organizowania wykonywania sieci kanalizacyjnych i wodociągowych oraz przyłączy kanalizacyjnych wykonywanych w ramach inwestycji prowadzonych przez Gminę, obejmujący teren gminy Lisia Góra. Jak bowiem ustalono rozbudowa sieci wodociągowej i kanalizacyjnej na terenie gminy Lisia Góra leży w gestii Gminy Lisia Góra. Natomiast Gmina nie świadczy usług z zakresu zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków, ponieważ na terenie Gminy świadczy te usługi Gminna Spółka Komunalna sp. z o.o. z siedzibą w Lisiej Górze (dowód: pismo Gminy z 15.05.2012 r., pismo Gminnej Spółki Komunalnej sp. z o.o. w Lisiej Górze z dnia 15.06.2012 r. L.dz. 62/06/2012).

Na Gminie – zgodnie z przepisami art. 7 ustawy o samorządzie gminnym - ciąży obowiązek zaspokajania potrzeb z zakresu wodociągów i kanalizacji, czyli organizowanie wykonania tych sieci.

Gmina w analizowanej sprawie w ramach prowadzonych inwestycji budowy sieci kanalizacyjnych przejęła także dodatkowo organizację budowy przyłączy kanalizacyjnych.

Rynkiem geograficznym jest w tym wypadku teren Gminy Lisia Góra. Rynek geograficzny jest wyznaczony kompetencjami gminy w zakresie jej zadań własnych określonych w/w przepisami do terenu danej gminy.

Gmina Lisia Góra w ramach zadań własnych prowadzi w miejscowościach położonych na jej terenie inwestycje kanalizacyjne polegające na budowie sieci kanalizacyjnej. Gmina rozszerzyła swoje działania i oprócz sieci kanalizacyjnych w ramach zadania inwestycyjnego buduje również przyłącza kanalizacyjne. Ogłaszała przetargi na wykonywanie sieci kanalizacyjnej i przyłączy do niej w miejscowościach położonych na jej terenie.

Gmina następnie podpisuje z wykonawcami wyłonionymi w ramach przetargu, w przypadku każdej miejscowości gdzie prowadzi inwestycje kanalizacyjne, umowy na budowę sieci kanalizacyjnej wraz z przyłączami.

Natomiast na obszarach gminy Lisia Góra, gdzie istnieją sieci wodociągowe i kanalizacyjne, Gmina organizuje wykonanie sieci w części między granicą nieruchomości odbiorcy, a siecią główną i określa zasady rozliczenia (zwrotu) poniesionych z tego tytułu przez Odbiorcę nakładów finansowych.

Ponieważ na terenie gminy Lisia Góra to do zadań Gminy należy rozbudowa sieci (urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych) przyszły odbiorca nie posiada wyboru i jedynie na podstawie umowy zawartej z Gminą może uzyskać zwrot poniesionych nakładów na budowę sieci.

Art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zawiera bezwzględny zakaz nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym. Aby zatem działania przedsiębiorcy zakwalifikować jako jedną z wymienionych w art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów praktyk ograniczających konkurencję, należy uprzednio dowieść, że przedsiębiorca ten pozycję dominującą na rynku właściwym posiada.

Przez pozycję dominującą – zgodnie z treścią art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów - rozumie się pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów. Domniemywa się, że przedsiębiorca posiada pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku przekracza 40%.

Pozycję Gminy na lokalnym rynku organizowania wykonywania sieci kanalizacyjnych i wodociągowych oraz przyłączy kanalizacyjnych obejmującym teren gminy Lisia Góra wyznacza art. 7 ust. 1 pkt 3 ustawy o samorządzie gminnym oraz formy dysponowania siecią wodociągową i kanalizacyjną i zasady jej rozbudowy obowiązujące na terenie gminy Lisia Góra.

Ponadto w czasie trwania inwestycji kanalizacyjnej w danej miejscowości, przyłącza kanalizacyjne w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu, może wykonać tylko wykonawca wyłoniony przez Gminę w drodze przetargu. Gdyby przyłączy wykonał inny wykonawca podłączenie do sieci nastąpiłoby dopiero po zakończeniu i odbiorze inwestycji, a nie w czasie jej trwania, jak to ma miejsce w przypadku przyłączy wykonywanych w ramach inwestycji. Przystępując do inwestycji gminnej odbiorca podpisuje z Gminą, a nie z wykonawcą przyłącza umowę, której przedmiotem jest budowa przyłącza kanalizacji sanitarnej w działce właściciela. Gmina w umowie tej nazywała się „Inwestorem zastępczym” (dowód: załączniki do pisma Gminy z 26.08.2013 r.).

Tak więc w czasie trwania inwestycji kanalizacyjnych w poszczególnych miejscowościach gminy Lisia Góra, przyszły odbiorca usługi zbiorowego odprowadzania ścieków, nie mógł zostać podłączony do sieci w tym samym czasie, co w przypadku kiedy przyłączy wykonane było w zakresie inwestycji prowadzonej przez Gminę. Oznacza to, że tylko Gmina w czasie trwania inwestycji w danej miejscowości organizowała wykonanie tych przyłączy i decydowała, kto może wykonywać przyłącza, w jakiej ilości i w jakim terminie osoby przystępujące i nieprzystępujące do inwestycji gminnej zostaną podłączone do sieci kanalizacyjnej.

Gmina przyznała sobie prawo organizowania rynku wykonywania przyłączy kanalizacyjnych na całym jej terenie w czasie inwestycji kanalizacyjnej w danej miejscowości poprzez wyłanianie wykonawcy i decydowanie o dacie podłączenia w przypadku, kiedy przyszły odbiorca nie przystąpił do inwestycji.

W świetle powyższego należy uznać za uprawdopodobnione, że Gmina w trakcie trwania inwestycji kanalizacyjnej w danej miejscowości posiadała pozycję dominującą na rynku organizowania wykonywania sieci kanalizacyjnych i przyłączy kanalizacyjnych w tej miejscowości.

Pozycję dominującą na rynku budowy sieci wodociągowych i kanalizacyjnych Gmina posiadała również po zakończeniu inwestycji. Tak więc na obszarach Gminy, gdzie sieci istniały, przyszły odbiorca usług zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków podpisywał z Gminą umowę o finansowanie inwestycji pod nazwą „Budowa odcinka sieci wodociągowej/kanalizacyjnej do granicy działki nr ...w miejscowości...”. Chodziło tu o budowę przez odbiorcę odcinka sieci od granicy nieruchomości lub studzienki kanalizacyjnej pierwszej od strony budynku do sieci głównej. To Gmina ustalała zasady rozliczenia (zwrotu) kosztów poniesionych w związku z budową tego fragmentu sieci i to w przypadku gminy Lisia Góra tylko Gmina – zgodnie z art. 31 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu lub art. 49 § 2 k.c. – mogła zawrzeć umowę o odpłatne przekazanie gminie urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych.

Tak więc zostało uprawdopodobnione, że Gmina posiada pozycję dominującą na lokalnym rynku organizowania wykonywania sieci kanalizacyjnych i wodociągowych oraz przyłączy kanalizacyjnych obejmującym teren gminy Lisia Góra, co wynika między innymi wprost z przepisów, tj. wyżej cytowanego art. 7 ust. 1 pkt 3 ustawy o samorządzie gminnym oraz formy dysponowania siecią wodociągową i kanalizacyjną, i zasad jej rozbudowy obowiązujących na terenie Gminy Lisia Góra, a ustalonych przez Gminę.

Na wyznaczonym wyżej rynku właściwym Gmina nie spotyka się z żadną konkurencją. Posiada więc na tym rynku siłę ekonomiczną, przy użyciu której może

zapobiegać nie tylko efektywnej konkurencji, ale i działać w dużym stopniu niezależnie od zachowania swych kontrahentów.

Ad. I.1 sentencji decyzji

Nadużywanie pozycji dominującej poprzez narzucanie nieuczciwych cen (art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów)

Art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, iż „zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym”. Przykłady nadużywania pozycji dominującej ustawodawca zdefiniował w art. 9 ust. 2 pkt 1-7 tej ustawy.

W celu uprawdopodobnienia stosowania przez Gminę praktyki określonej w art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów - ponieważ uprawdopodobnione zostało powyżej, że Gmina posiada pozycję dominującą na rynku właściwym - konieczne jest dodatkowo uprawdopodobnienie kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek:

- narzucania cen,
- nieuczciwego charakteru narzucanych cen.

Narzucanie ceny

Narzucenie ceny ma miejsce wówczas, gdy dominant - wykorzystując posiadaną siłę rynkową i sytuację przymusową kontrahentów, wynikającą z braku rzeczywistych alternatyw zaopatrzenia na rynku - wymusza na nich określoną cenę za usługę.

Mając jednocześnie na względzie to, że przedmiotem analizy jest działalność Gminy powiązana bezpośrednio ze świadczeniem usług w zakresie zbiorowego odprowadzania ścieków, a więc dobra o charakterze powszechnym, niezbędne dla normalnego funkcjonowania każdego odbiorcy, stwierdzić należy, że dając odbiorcy wybór jedynie pomiędzy zawarciem umowy a jej niezawarciem i pozbawieniem odbiorcy możliwości odprowadzania ścieków w tym samym terminie w jakim z usługi tej mogą korzystać odbiorcy, którzy przystąpili do inwestycji Gminy, Gmina narzuca kontrahentowi ceny dotyczące tego rodzaju działalności, tj. opłaty za finansowania przyłączy kanalizacyjnych.

Czynnikiem umożliwiającym Gminie jednostronne dyktowanie warunków umów jest siła rynkowa, albowiem Gmina na lokalnym rynku organizowania wykonywania sieci kanalizacyjnych i wodociągowych oraz przyłączy kanalizacyjnych obejmującym teren gminy Lisia Góra funkcjonuje w warunkach odizolowania od potencjalnych konkurentów, co wynika wprost z obowiązujących w tym zakresie przepisów prawa, dysponuje zatem potencjałem niezbędnym do narzucenia swoim odbiorcom postanowień umów.

To Gmina decyduje, że osoba budująca przyłączy w systemie indywidualnym zostanie później podłączona do sieci kanalizacyjnej niż osoba, która podpisała umowę o finansowanie oraz narzuca przyszłym odbiorcom opłatę za budowę przyłączy kanalizacyjnego wprowadzoną umową o budowę przyłączy kanalizacji sanitarnej.

W analizowanej sprawie uprawdopodobnione zostało, że kwestionowana cena została narzucona ponieważ przyszły odbiorca chcąc być podłączony do sieci kanalizacyjnej w trakcie trwania inwestycji musiał podpisać umowę o budowę i ponieść zryczałtowany koszt budowy przyłączy określony przez Gminę. Nieprzyjmując tej oferty odbiorca wykonujący przyłączy w systemie indywidualnym mógł zostać podłączony do sieci w terminie późniejszym, tj. dopiero po odbiorze inwestycji (dowód: pismo Gminy z dnia 13.07.2012 r. i z dnia 26.08.2013 r., pismo Gminnej Spółki Komunalnej sp. z o.o. w Lisiej Górze z dnia 15.06.2012 L.dz. 62/06/2012).

Tak więc okres oczekiwania na podłączenie w przypadku osób, które nie przyjęły narzuconego warunku cenowego umowy o finansowanie był dłuższy.

Potwierdzeniem narzucania ceny ryczałtowej za budowę przyłącza kanalizacyjnego w ramach inwestycji jest również skarga konsumenta skierowana do Prezesa UOKiK.

Cena nieuczciwa

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie wprowadza jednoznacznych kryteriów jakościowych, pozwalających na dokonanie oceny, czy dane warunki umowy, w tym również cena, są uczciwe, czy też nie. Biorąc jednakże pod uwagę zadania Prezesa UOKiK, ingerencja z jego strony w przypadku cen, winna dotyczyć cen stosowanych ze szkodą dla konsumentów i kontrahentów przez przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą.

W ocenie Prezesa UOKiK, za cenę nieuczciwą należy uznać cenę narzuconą przez przedsiębiorcę o pozycji dominującej z racji posiadania siły rynkowej, a ustaloną niezgodnie z zasadami jej ustalania określonymi przez stosowne dla danego rodzaju działalności przepisy prawa.

Zaprezentowane powyżej stanowisko organu antymonopolowego odnośnie narzucania nieuczciwej ceny znajduje potwierdzenie zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie. I tak:

- za praktykę należy uznać działania przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą polegające na przerzucaniu na kontrahenta kosztów, których zgodnie z przepisami prawa nie jest on zobowiązany ponieść (tak: C. Banasiński i E. Piontek „*Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*” pod redakcją LexisNexis 2009 str. 290 i nast.,
- decyzja Prezesa UOKiK nr RKR– 37/2007 z dnia 20 kwietnia 2007 r. i wyrok SOKiK z dnia 26 listopada 2008 r. (sygn. akt XVII AmA 67/07), gdzie za praktykę ograniczającą konkurencję uznano przerzucanie na kontrahenta kosztów, których zgodnie z przepisami prawa nie jest on zobowiązany ponieść,
- wyrokiem z dnia 21 kwietnia 2005 r. (sygn. akt. XVII Ama 109/04) SOKiK uznał, iż narzucenie ceny nieuczciwej może wystąpić w postaci wprowadzenia jednolitego systemu ustalania cen dostawy nieuwzględniającego różnic kosztów dotyczących różnych odbiorców i naruszenia zasady ekwiwalentności świadczeń,
- wyrokiem z dnia 8 grudnia 2004 r. (sygn. akt XVII Ama 95/03) SOKiK uznał, iż ceny aby nie były nieuczciwe i nadmiernie wygórowane powinny być oparte na konkretnej kalkulacji kosztów,
- wyrokiem z dnia 25 maja 2004 r. (sygn. akt III SK 50/04) Sąd Najwyższy stwierdził, iż nieuczciwa cena może być odniesiona także do przypadku, w którym przedsiębiorca kalkulując cenę uwzględnia koszt, który nie został przez niego poniesiony w związku ze świadczeniem usługi na rzecz konkretnego kontrahenta,
- Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 12 lutego 2009 r. (sygn. akt III SK 29/08) stwierdził, iż *„dla przyjęcia, że cena jest nieuczciwa konieczne jest wykazanie braku ekwiwalentności ceny oraz jej nieadekwatności”*. Narzucanie ceny nieuczciwej ma miejsce wówczas kiedy podmiot dominujący na rynku właściwym kalkuluje cenę w ten sposób, *„że uwzględnia koszt, który nie został przez niego poniesiony w związku ze sprzedażą towaru lub świadczeniem usługi na rzecz konkretnego kontrahenta, przy czym nie ma znaczenia gdyby się okazało, że w taki sposób skalkulowana cena nie jest nadmiernie wygórowana. Wystarczy bowiem jej kwalifikacja w aspekcie nieuczciwości”*.

Zarzut postawiony Gminie to narzucanie odbiorcom nieuczciwej opłaty za budowę przyłącza kanalizacyjnego wprowadzonej umową w związku z jej ustaleniem w jednakowej, zryczałtowanej wysokości dla przyłącza kanalizacyjnego, nieopartej na indywidualnej kalkulacji kosztów i na kalkulacji sporządzonej dla danej inwestycji oraz w wysokości

niezależnej od długości budowanego przyłącza - co stanowi naruszenie art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 w/w ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Mimo – jak wyżej wskazano - braku ustawowych kryteriów ceny nieuczciwej, to za taką cenę należy w analizowanym przypadku uznać cenę narzuconą przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą z racji posiadania siły rynkowej, a nieekwiwalentną w stosunku do własnego świadczenia, pobieraną za usługę lub towar, których kontrahent w ogóle nie otrzymał. Powyższe stanowisko znalazło potwierdzenie w powołanych wyżej wyrokach sądowych.

W przedmiotowej sprawie opłata za wykonanie przyłącza kanalizacyjnego w ramach prowadzonej przez Gminę inwestycji została ustalona arbitralnie przez Gminę w zryczałtowanej wysokości 1 414 zł niezależnie od długości wykonanego faktycznie przyłącza kanalizacyjnego i kosztu właściwego dla danej inwestycji.

Jak wskazała Gmina *„kalkulacja była robiona kilka lat temu w oparciu o łączne koszty przyłączy wykazanych w dokumentacji oraz ich liczbę”*. Gmina równocześnie oświadczyła, że nie posiada dokumentu potwierdzającego wyliczenia opłaty ryczałtowej za budowę przyłącza kanalizacyjnego (dowód: pismo Gminy z dnia 13.07.2012 r.).

Dodatkowo Gmina wskazała, że *„kwota na jaką został wyceniony koszt budowy przyłącza jest kwotą umowną i brak szczegółowych wyliczeń. Nie jest to średnia wynikająca z budowy wszystkich przyłączy”* (dowód: pismo Gminy z dnia 26.08.2013 r.).

Gmina w toku postępowania antymonopolowego usiłowała dokonać wyliczeń ceny w oparciu o poz. 250-385 przedłożonego przez siebie kosztorysu powykonawczego z dnia 15 maja 2012 r. Jednakże okazało się to niemożliwe ze względu na fakt, iż SIWZ, a w oparciu o nie kosztorys powykonawczy zostały sporządzone w taki sposób, że niemożliwe było na ich podstawie określenie samych kosztów budowy przyłączy. Między innymi takie pozycje kosztów, jak „wykopy w drodze asfaltowej z wymianą gruntu”, „zasypywanie wykopów z wymianą gruntu w gminnej drodze asfaltowej”, „przejście przekopem przez przepusty i rowy melioracyjne”, „skrzyżowanie z gazem średnio i niskoprężnym”, „drogi asfaltowe rozbiórki”, „naprawa nawierzchni dróg asfaltowych”, „naprawa rowu przydrożnego i wjazdów” wskazywały, iż są to prace wykonywane poza nieruchomością gruntową odbiorcy, a więc prace związane z budową sieci, a nie z przyłącza. Tak więc określenie kosztu budowy przyłącza było niemożliwe. Dodatkowo wyliczenia Gminy były prowadzone na podstawie kosztorysu z roku 2012, a cena ryczałtowa była ustalona i pobierana, jak wskazała Gmina, przez wiele lat (dowód: pismo Gminy z dnia 13.07.2012 r., z dnia 26.08.2013 r. i z dnia 23.10.2013 r. znak: A.740.01.2013 wraz z załącznikiem kosztorysem powykonawczym).

Powyższe fakty świadczą o braku ze strony Gminy wiedzy co do rzeczywistego kosztu budowy przyłączy kanalizacyjnych w przypadku każdej z inwestycji prowadzonych przez Gminę. Należy zwrócić uwagę, iż w przypadku każdej z inwestycji prowadzonych w poszczególnych miejscowościach na terenie Gminy Lisia Góra koszt jednostkowy budowy przyłączy mógł być inny ze względu na różne uwarunkowania zewnętrzne. Gmina natomiast przyjmowała od kilku lat do rozliczeń z mieszkańcami jednakowy koszt ryczałtowy budowy przyłączy kanalizacyjnych w żaden sposób niepowiązany z kosztami danej inwestycji.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę, iż przyłącza budowane w ramach zryczałtowanej, jednolitej ceny 1414 zł miały od kilku (około 9 m) do kilkudziesięciu metrów długości. Gmina nie potrafiła wskazać dokładnej długości najdłuższego i najkrótszego przyłącza kanalizacyjnego oraz struktury budowanych przyłączy ustalonej w oparciu o długość (dowód: pismo Gminy z dnia 13.07.2012 r.).

Przyłącza kanalizacyjne w ramach inwestycji Gminy buduje przedsiębiorca wyłoniony przez Gminę w drodze przetargu na realizację całej inwestycji jaką jest budowa sieci

kanalizacyjnej dla danej miejscowości wraz z przyłączami (dowód: pismo Gminnej Spółki Komunalnej w sp. z o.o. w Lisiej Górze z dnia 15.06.2012 r. znak: L.dz. 62/06/2012).

Co za tym idzie Gmina określiła wcześniej cenę ryczałtową budowy przyłącza w oderwaniu od rzeczywistych kosztów budowy.

Należy przyjąć, że większość pozycji kosztów budowy przyłącza kanalizacyjnego jest w jakiejś części zależna od długości przyłącza. Jednakże Gmina nie dość, że nie sporządzała nawet szacunkowej kalkulacji, z której by wynikało jakie pozycje kosztów zostały przyjęte do ustalenia ceny, to również nie potrafiła określić jaki jest koszt budowy 1 mb przyłącza w prowadzonych inwestycjach lub jaka jest zależność pomiędzy długością przyłącza, a jego ceną.

W tym stanie rzeczy, zryczałtowana cena za wykonanie przyłącza kanalizacyjnego w ramach inwestycji prowadzonej przez Gminę, w ocenie Prezesa UOKiK:

- Nie uwzględniała różnic kosztów dotyczących odbiorców posiadających przyłącza różnej długości i naruszała zasadę ekwiwalentności świadczeń. Zawsze bowiem koszty budowy przyłącza o długości 9 m będą niższe od kosztów budowy kilkunastometrowego przyłącza między innymi ze względu na koszty użytych materiałów, czy też koszty robocizny przy wykonaniu wykopu pod przyłącze i jego zasypania.
- Nie została oparta o wycenę kosztów prac dotyczących budowy przyłącza dokonaną na podstawie planowanych lub wykonanych kosztów konkretnej inwestycji ponieważ Gmina nie zleciła wykonawcy określenia oddzielnie kosztu wykonania samych przyłączy.

Należy dodatkowo podkreślić, iż zgodnie ze stanowiskiem zaprezentowanym w wyżej powołanym wyroku Sądu Najwyższy z dnia 12 lutego 2009 r. (sygn. akt III SK 29/08) nie ma znaczenia do oceny nieuczciwego charakteru analizowanej ceny to, że w przypadku niektórych długich przyłączy cena skalkulowana przez Gminę w oparciu o koszty, które nie zostały przez nią poniesione w związku z wykonaniem usługi budowy przyłącza kanalizacyjnego na rzecz konkretnego kontrahenta, może okazać się, iż nie jest ceną nadmiernie wygórowaną. Wystarczy bowiem kwalifikacja ceny w aspekcie nieuczciwości.

Co za tym idzie w ocenie nieuczciwości stosowanej przez Gminę ryczałtowej ceny za budowę przyłącza kanalizacyjnego nie ma znaczenia stanowisko prezentowane przez Gminę w toku postępowania, że gdyby cena została ustalona na podstawie średnich kosztów budowy wynikających z kosztów realizowanych inwestycji i dla średniej długości przyłącza, to byłaby to kwota w niektórych przypadkach znacznie wyższa od ceny ryczałtowej. Nie zmienia to bowiem faktu, iż przy przyjętej metodzie ustalania zryczałtowanej ceny budowy przyłącza kanalizacyjnego co najmniej część odbiorców ponosi koszty w nieuzasadniony sposób wyższe niż rzeczywiste koszty wybudowania przyłączy do ich instalacji, a więc pobierana od nich opłata ma nieuczciwy charakter.

W związku z powyższym, w ocenie Prezesa UOKiK zostało uprawdopodobnione, że stosowana przez Gminę zryczałtowana cena budowy przyłącza kanalizacyjnego w ramach inwestycji Gminy stanowi cenę nieuczciwą.

Mając powyższe na uwadze – w ocenie Prezesa UOKiK - zostały zatem uprawdopodobnione wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wymagane do uznania postawionego zarzutu za uzasadniony.

Zobowiązania przedsiębiorcy – pkt I.3 a, b, c sentencji decyzji

Zgodnie z art. 12 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jeżeli w toku postępowania antymonopolowego zostanie uprawdopodobnione, że przedsiębiorca stosuje praktykę, o której mowa w art. 6 lub 9 ustawy lub w art. 81 lub 82 Traktatu WE, a przedsiębiorca zobowiąże się do podjęcia określonych działań zmierzających do zapobieżenia tym naruszeniom Prezes Urzędu może, w drodze decyzji, nałożyć obowiązek wykonania tych zobowiązań.

W toku przeprowadzonego postępowania Gmina przedstawiła zobowiązania do podjęcia określonych działań zmierzających do zapobieżenia naruszeniu określonemu w pkt I.1 sentencji niniejszej decyzji.

Zgodnie z deklaracją Gminy przygotowywać będzie ona SIWZ do kolejnych przetargów na budowę sieci kanalizacyjnej wraz z przyłączami w taki sposób, aby na podstawie przedłożonych przez wybranych w przetargu wykonawców kosztorysów możliwe było ustalenie kosztu wykonania 1 mb przyłącza kanalizacyjnego, tj. wydzielanie kosztów wykonania przyłączy.

Ceny przyłączy dla zainteresowanych przystąpieniem do inwestycji będą ustalane jako iloczyn kosztu budowy 1 mb przyłącza i długości przyłącza.

Jak oświadczyła Gmina już w przetargu ogłoszonym w dniu 18 marca 2014 r. wydzieliła koszty budowy przyłączy (dowód: pismo Gminy z 28.03.2014 r. znak: A.740.01.2013/14).

Gmina zobowiązała się ponadto, iż w przypadku kiedy właściciele nieruchomości nie będą zainteresowani podpisaniem umów cywilnych w sprawie budowy przyłączy w ramach inwestycji gminnej budowy sieci kanalizacyjnej wraz z przyłączami w oparciu o kalkulację wynikającą z iloczynu średniej ceny budowy 1 mb przyłącza i jego długości zrezygnuje z budowy tych konkretnych przyłączy w ramach danej inwestycji .

W ocenie Prezesa UOKiK działania objęte złożonym przez Gminę zobowiązaniami zmierzają do zapobieżenia zarzucanemu jej naruszeniu art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zmiana zasad ustalania cen za budowę przyłączy kanalizacyjnych oraz możliwość rezygnacji z ich wykonania doprowadzą do wyeliminowania zakwestionowanych praktyk. Również określony przez Gminę termin na wykonanie podjętego zobowiązania uznać należy, za uzasadniony.

W tej sytuacji Prezes UOKiK orzekł, jak w punkcie I.3 a, b, c sentencji niniejszej decyzji.

Ad I.2 sentencji decyzji

Nadużywanie pozycji dominującej poprzez narzucanie uciążliwych warunków umów przynoszących narzucającemu nieuzasadnione korzyści (art. 9 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów)

Zarzut postawiony Gminie to nadużywanie pozycji dominującej na lokalnym rynku organizowania wykonywania sieci kanalizacyjnych i wodociągowych oraz przyłączy kanalizacyjnych obejmującym teren gminy Lisia Góra, w związku z narzucaniem przyszłym odbiorcom uciążliwych dla nich i przynoszących Gminie Lisia Góra nieuzasadnione korzyści umów o finansowanie inwestycji pod nazwą „Budowa odcinka sieci wodociągowej/kanalizacyjnej do granicy działki nr ...w miejscowości...” w związku z zawarciem w § 7 tej umowy zapisu „Realizujący zrzeka się prawa do opłaty związanej z

szużebnością przesyłu wody”, co może stanowić naruszenie zakazu, o którym mowa w art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 w/w ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,

Dla uprawdopodobnienia stosowania przez Gminę praktyki ograniczającej konkurencję będącej przedmiotem powyższego zarzutu – mając na uwadze, wcześniejsze uprawdopodobnienie posiadania przez Gminę pozycji dominującej na rynku właściwym - niezbędne jest uprawdopodobnienie spełnienia trzech przesłanek wynikających bezpośrednio z art. 9 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, tj. że :

- Gmina narzuca określone warunki umów,
- narzucane warunki umów mają uciążliwy charakter,
- narzucane warunki umów przynoszą Gminie nieuzasadnione korzyści.

Narzucanie warunków umów

Narzucanie uciążliwych warunków umów jest jednym z przejawów nadużywania pozycji dominującej. Ma miejsce wówczas, gdy dominant - wykorzystując posiadaną siłę rynkową i sytuację przymusową kontrahentów, wynikającą z braku rzeczywistych alternatyw zaopatrzenia na rynku - wymusza na nich określone zachowania.

Okolicznością umożliwiającą podejmowanie przez Gminę działań będących przedmiotem rozpatrywanego zarzutu jest posiadanie przez nią siły rynkowej wynikającej wprost z obowiązujących przepisów.

Jednym z tych przepisów jest wcześniej powołany art. 7 ustawy o samorządzie gminnym, który stanowi, że 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.

Ponieważ na terenie gminy Lisia Góra to do zadań Gminy należy rozbudowa sieci (urządzeń wodociagowych i kanalizacyjnych) jedynie na podstawie umowy zawartej z Gminą przyszły odbiorca może uzyskać zwrot poniesionych nakładów na budowę sieci.

Przyszły odbiorca na etapie wyrażenia chęci podłączenia do istniejącej sieci wodociagowej lub kanalizacyjnej, w przypadku kiedy jego nieruchomość zlokalizowana jest w miejscu, gdzie konieczne jest wybudowanie fragmentu sieci łączącej główną sieć wodociagową lub kanalizacyjną z granicą nieruchomości gruntowej odbiorcy lub studzienką kanalizacyjną, nie posiada wyboru, co do podpisania przedmiotowej umowy. Może on jedynie podpisać z Gminą - na etapie powstawania dokumentacji projektowej inwestycji - umowę o finansowanie inwestycji pod nazwą „Budowa odcinka sieci kanalizacyjnej do granicy działki nr ...w miejscowości...” zawierającą kwestionowane przez Prezesa UOKiK postanowienie, że „*Realizujący zrzeka się prawa do opłaty związanej z szużebnością przesyłu wody*” lub pozbawić się możliwości zwrotu poniesionych nakładów na budowę sieci albo pozbawić się w ogóle możliwości korzystania z usług zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków nie budując fragmentu sieci.

W przypadku odmowy podpisania umowy zawierającej kwestionowany warunek przyszły odbiorca usług zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków pozbawiłby się możliwości korzystania z tych usług ponieważ nie powstałaby dokumentacja tej inwestycji, a bez inwestycji brak byłoby technicznych możliwości świadczenia w/w usług.

Gmina prowadząc działalność gospodarczą w warunkach odizolowania od potencjalnych konkurentów barierą prawną dysponuje potencjałem niezbędnym do narzucenia swoim odbiorcom postanowień umów.

Należy tu dodatkowo wziąć pod uwagę, iż w efekcie końcowym w analizowanej sprawie mamy do czynienia z dobrem o charakterze powszechnym, niezbędnym dla normalnego funkcjonowania każdego gospodarstwa domowego, czyli dostawą wody i odbiorem ścieków. Dając zatem odbiorcy wybór jedynie pomiędzy przyjęciem warunku umowy i jego nie przyjęciem, Gmina narzuca kontrahentowi treść tych umów.

Uciążliwy charakter narzucanych warunków umów przynoszących nieuzasadnione korzyści:

Zgodnie z doktryną „przez uciążliwy warunek należy rozumieć każdy warunek oznaczający dla jednej ze stron umowy ciężar większy od powszechnie przyjętych w stosunkach danego rodzaju. Ustalenia te powinny być dokonywane według kryteriów obiektywnych.” (tak: Stanisław Gronowski, Ustawa antymonopolowa. Komentarz; C.H. Beck 1996 r., s.135).

„Należałoby tutaj, w szczególności rozważyć, czy w hipotetycznej sytuacji istnienia wolnej konkurencji, i tym samym swobody kształtowania przez obie strony treści umowy, przedsiębiorca byłby w stanie wynegocjować kwestionowane postanowienie umowy” (tak: Stanisław Gronowski, Polskie Prawo Antymonopolowe, zarys wykładu; Wydawnictwo Zrzeszenia Prawników Polskich, Warszawa 1998 r., s.146-147) .

Okolicznością świadczącą o uciążliwości warunku jest akceptacja przez stronę warunku dla niej mniej korzystnego, niż to jest zwyczajowo przyjęte w podobnych umowach przy jednolitych okolicznościach towarzyszących zawarciu umów. Oznacza przyjęcie przez stronę warunku niosącego ze sobą ciężar większy niż zwykle wynika z jej słabszej pozycji rynkowej, a co za tym idzie, słabszej siły przetargowej wobec podmiotu posiadającego pozycję dominującą.

Uciążliwym warunkiem w znaczeniu obiektywnym będą w szczególności warunki przewidujące świadczenia o charakterze nieekwiwalentnym, których w hipotetycznych warunkach istnienia konkurencji Gmina nie byłaby w stanie wynegocjować.

Stosownie do art. 31 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu osoby, które wybudowały z własnych środków urządzenia wodociągowe i urządzenia kanalizacyjne, mogą je przekazywać odpłatnie gminie na warunkach uzgodnionych w umowie.

Przekazywane urządzenia powinny odpowiadać warunkom technicznym określonym w odrębnych przepisach.

Co za tym idzie jedynym warunkiem jaki przyszedł odbiorca winien spełnić – zgodnie z obowiązującymi przepisami art. 31 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu – aby urządzenia wodociągowo-kanalizacyjne zostały przejęte przez Gminę jest ich wybudowanie zgodnie z warunkami technicznymi określonymi w odrębnych przepisach.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 2004 r. (sygn. akt II CK 404/03) „Osobie, która z własnych środków wybudowała urządzenia wodociągowe lub kanalizacyjne przysługuje roszczenie o ich odpłatne nabycie przez gminę. Jeśli chodzi o znaczenie swobody umów, obejmującej również jej zawarcie, to należy zwrócić uwagę na jej ograniczanie w zakresie usług o publicznym charakterze. Zarówno gminy, co jest zrozumiałe ze względu na silne uprawnienia władcze tych osób prawnych, jak i przedsiębiorstwa oraz inne instytucje zaopatrujące w towary lub świadczące usługi niesubstytucyjne, albo działające w warunkach naturalnego monopolu, co do zasady mają swobodę kontraktową.”

Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 lutego 2003 r. (sygn. akt II CK 40/02) „Odmowa odpłatnego przejęcia urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, o których mowa w art. 31 ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (Dz. U. Nr 72, poz. 747), przekazywanych przez osobę spełniającą przesłanki w tym przepisie przewidziane, może nastąpić wyłącznie z przyczyn określonych w art. 31 ust. 2 tej ustawy, niezależnie od daty wybudowania tych urządzeń.

W świetle brzmienia art. 31 omawianej ustawy nie może budzić wątpliwości, że na gminę nałożony został ustawowy obowiązek zawarcia wskazanej w tym przepisie umowy. Stanowi ona zdarzenie cywilnoprawne, będące - z mocy ustawy - podstawą powstania stosunku zobowiązaniowego między inwestorem, który poniósł koszty budowy urządzenia wodociągowo-kanalizacyjnego, a gminą (przedsiębiorstwem). Poza nakazem zawarcia umowy ustawa przesądziła o obowiązku odpłatnego przejęcia urządzenia ze wskazaniem podmiotu zobowiązanego do poniesienia ciężaru finansowego, będącego następstwem dopełnienia tego obowiązku. Niewykonanie tego zobowiązania przesądza o roszczeniu uprawnionego z tytułu niewykonania zobowiązania”.

Z kolei z treści przepisu art. 49 § 2 k.c., który obowiązuje w stosunku do osób, które występują z roszczeniem po dacie wejścia w życie ustawy z dnia 30 maja 2008 r. o zmianie ustawy - kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 116, poz. 731) wynika, że: *„Osoba, która poniosła koszty budowy urządzeń służących do doprowadzania lub odprowadzania płynów, pary, gazu, energii elektrycznej oraz innych urządzeń podobnych nie należących do części składowych nieruchomości i jest ich właścicielem, może żądać, aby przedsiębiorca, który przyłączył urządzenia do swojej sieci, nabył ich własność za odpowiednim wynagrodzeniem, chyba że w umowie strony postanowiły inaczej”.*

Co za tym idzie również w przypadku tego przepisu brak jest ustawowych, dodatkowych warunków odpłatnego przejęcia urządzeń wodociągowo-kanalizacyjnych, np. w postaci rezygnacji z prawa do opłaty związanej z służebnością przesyłu.

Zgodnie z doktryną warunek umowy można uznać za nieuczciwy w przypadku, kiedy jest on niezgodny z przepisami obowiązującymi dla danej branży. Jak podkreśla się w doktrynie: *„ocena, czy dany warunek może być uznany za nieuczciwy, dokonywana być musi każdorazowo na tle przepisów odrębnych regulujących dany rodzaj umowy”* (tak: E. Modzelewska-Wąchal *„Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz”*, Twigger 2002, str. 104).

W analizowanym przypadku zatem skoro przepisy nie stanowią, że warunkiem uzyskania zwrotu nakładów poniesionych na budowę urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych jest rezygnacja z opłaty za służebność przesyłu warunek ten należy uznać za nieuczciwy.

Nieuzasadnione korzyści Gminy wynikają w tym przypadku natomiast z wyeliminowania spoczywającego na niej obowiązku zawarcia umowy i ponoszenia ewentualnych kosztów związanych z ponoszeniem opłaty za służebność przesyłu.

Przepisy dotyczące służebności przesyłu (art. 305¹ – 305⁴ K.c.) zostały wprowadzone w celu uregulowania stosunków prawnych dotyczących urządzeń przesyłowych między przedsiębiorcami przesyłowymi i właścicielami nieruchomości, na których takie urządzenia znajdują się, oraz ułatwienia dalszych inwestycji w sieci przesyłowe, gdyż służebność taka może być ustanowiona także w odniesieniu do urządzeń dopiero planowanych.

Służebność przesyłu określa zakres w jakim przedsiębiorca przesyłowy może korzystać z cudzej nieruchomości, na której znajdują się (lub mają się znajdować) jego urządzenia przesyłowe.

Źródłem służebności przesyłu powinna być umowa zawarta w formie aktu notarialnego między przedsiębiorcą przesyłowym i właścicielem gruntu, na którym są lub mają zostać zainstalowane urządzenia przesyłowe. Umowa ta powinna szczegółowo określać zakres czynności, które przedsiębiorca przesyłowy może wykonywać w stosunku do nieruchomości, a tym samym, jakie działania przedsiębiorcy w stosunku do nieruchomości jej właściciel powinien akceptować.

Należy pamiętać, że służebność przesyłu wiąże się z opłatą na rzecz osoby budującej urządzenia wodociągowo-kanalizacyjne.

Co do wysokości tej opłaty, to zgodnie z opracowaniem Instytutu Infrastruktury Liniowej (<http://www.sluzebnosc-przesylu.pl/sluzebnosc-przesylu>) ponieważ przepisy nie ustalają zasad określania wynagrodzenia za służebność przesyłu stosowana jest metodyka wynikająca z dostępnej literatury, studium przypadków oraz wyroków sądów. Zgodnie z literaturą przedmiotu oraz orzecznictwem sądowym wynagrodzenie za służebność przesyłu powinno odpowiadać wysokości czynszu dzierżawnego za grunt niezbędny do obsługi infrastruktury (pas służebności przesyłu). Należy także określić udział właściciela infrastruktury w korzystaniu z obciążonej nieruchomości. Stawki dzierżawy powinny być ustanowione na podstawie analizy umów dzierżawy gruntów o podobnych właściwościach produkcyjnych i możliwościach użytkowania (tzn. za grunty obciążone podobną infrastrukturą).

Tak więc – w ocenie Prezesa UOKiK - zostało uprawdopodobnione, że warunek umowy stanowiący, iż „*realizujący zrzeka się prawa do opłaty związanej z służebnością przesyłu wody*” jest warunkiem uciążliwym dla przyszłych odbiorców, ponieważ zakres wynikających z niego obowiązków jest szerszy niż przewidują to przepisy prawa i pozbawia inwestora możliwości uzyskania przychodu z tytułu służebności przesyłu.

Nieuzasadnioną korzyść w tym przypadku dla Gminy stanowi zwolnienie z obowiązku przeprowadzenia procedury związanej z ustanowieniem służebności przesyłu i z wypłaty wynagrodzenia za służebność przesyłu.

Ponieważ oceniane w tym miejscu relacje mają charakter stosunków umownych, czyli takich, w których zakres praw i obowiązków jest z góry ograniczony, nadmierne uprawnienia i korzyści jednej ze stron wiążą się zawsze z odpowiadającymi im uciążliwościami nakładanymi na drugą.

Zobowiązania przedsiębiorcy – pkt I.3 d, e sentencji decyzji

Zgodnie z art. 12 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jeżeli w toku postępowania antymonopolowego zostanie uprawdopodobnione, że przedsiębiorca stosuje praktykę, o której mowa w art. 6 lub 9 ustawy lub w art. 81 lub 82 Traktatu WE, a przedsiębiorca zobowiąże się do podjęcia określonych działań zmierzających do zapobieżenia tym naruszeniom Prezes Urzędu może, w drodze decyzji, nałożyć obowiązek wykonania tych zobowiązań.

W toku przeprowadzonego postępowania Gmina przedstawiła zobowiązanie do podjęcia określonych działań zmierzających do zapobieżenia naruszeniu określonemu w pkt I.2 niniejszej decyzji.

Gmina we wzorcach umów o finansowanie inwestycji pod nazwą „Budowa odcinka sieci wodociągowej/kanalizacyjnej do granicy działki nr ...w miejscowości...” stosowanych od dnia 1 stycznia 2014 r. wykreśliła postanowienie „*Realizujący zrzeka się prawa do opłaty związanej z służebnością przesyłu wody*”.

Równocześnie zobowiązała się do aneksowania do dnia 30 czerwca 2014 r. wszystkich umów zawierających postanowienie dotyczące zrzeczenia się prawa do opłaty związanej ze służebnością przesyłu.

W tej sytuacji Prezes UOKiK orzekł, jak w punkcie I.3 sentencji niniejszej decyzji.

Ad II sentencji decyzji

Zgodnie z art. 12 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nałożono na Gminę obowiązek wykonania przyjętego zobowiązania w terminie do dnia 30 czerwca 2014 r., aprobując w tym zakresie przedstawioną przez nią propozycję.

Określając termin Prezes UOKiK uwzględnił nie tylko okres wykonania zobowiązania wskazany przez Gminę, lecz również wziął pod uwagę skomplikowany charakter zobowiązania.

W orzecznictwie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów dotyczącym praktyk polegających na narzucaniu uciążliwych warunków umów przyjmuje się, że brak zmiany wszystkich umów, mimo zmiany wzorca - wyklucza uznanie, że przedsiębiorca zaniechał praktyki (tak: wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 16 kwietnia 2007 r. sygn. akt XVII Ama 53/06). Ustalenie, że przedsiębiorca zawiera umowy z nowymi kontrahentami nie zawierające już postanowień, które mogą być uznane za przejaw stosowania tego rodzaju praktyk, w tym ustalenie, że przedsiębiorca dokonał zmiany wzorca umów, nie jest wystarczającym warunkiem jednoczesnego stwierdzenia zaniechania dotychczas stosowanej praktyki.

W analizowanej sprawie Gmina zadeklarowała dokonanie zmiany wszystkich dotychczas obowiązujących umów mającej na celu dostosowanie ich do zmienionych wzorców, poprzez podpisanie aneksów.

W związku z powyższym orzeczono jak w punkcie II sentencji niniejszej decyzji.

Ad III sentencji decyzji

Stosownie do art. 12 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w decyzji, o jakiej mowa w ust. 1, Prezes UOKiK nakłada na przedsiębiorcę obowiązek składania w wyznaczonym terminie informacji o stopniu realizacji zobowiązań.

Zgodnie z w/w przepisem Gmina została zobowiązana do złożenia, w terminie do dnia 15 lipca 2014 r. sprawozdania o stopniu realizacji przyjętego przez nią w toku postępowania zobowiązania do podjęcia działań zmierzających do zapobieżenia zarzucanym Gminie naruszeniom. Prezes UOKiK uznał, iż sprawozdanie, o jakim mowa powyżej powinno obejmować w szczególności:

- 1) przykładowy SIWZ przygotowany w taki sposób, że możliwe jest na jego podstawie ustalenie kosztu wykonania 1 mb przyłącza, tj. wydzielanie kosztów wykonania przyłączy;
- 2) 5 przykładowych wyliczeń ceny przyłączy dla zainteresowanych przystąpieniem do projektu,
- 3) informacje o ilości:
 - mieszkańców gminy zainteresowanych budową przyłączy w ramach inwestycji budowy sieci kanalizacyjnych wraz z przyłączami ,
 - mieszkańców, którzy nie wyrazili chęci przystąpienia do w/w inwestycji .
- 4) informacje dotyczące liczby odbiorców, którym doręczono aneksy do umów o finansowanie inwestycji pod nazwą „Budowa odcinka sieci wodociągowej/kanalizacyjnej do granicy działki nr ...w miejscowości...” wraz z kopiami 5 przykładowych aneksów skierowanych do odbiorców.

W związku z powyższym orzeczono jak w punkcie III sentencji niniejszej decyzji.

Pouczenie:

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479²⁸ § 2 K.p.c. – **od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu**

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

z upoważnienia Prezesa
Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Zastępca Dyrektora Delegatury
Waldemar Jurasz

Otrzymują:

1. Gmina Lisia Góra
Urząd Gminy
ul. 1 Maja 7
33-140 Lisia Góra

2. RKR a/a