



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

RKR-411-15/12/BR- 10 /13

Kraków, dn. 14 lutego 2013r.

DECYZJA Nr RKR - 1 /2013

I. Stosownie do art. 104 § 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2000 r., Nr 98, poz. 1071 ze zm.), w związku z art. 83 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz na podstawie art. 12 ust. 1 ww. *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, zgodnie z 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):

1. po uprawdopodobnieniu, w toku postępowania antymonopolowego nadużywania pozycji dominującej przez Zakład Gospodarki Komunalnej w Wieliczce sp. z o.o. z siedzibą w Wieliczce na lokalnym rynku zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków na terenie Gminy Wieliczka polegającego na narzucaniu przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści poprzez posługiwanie się w treści umów o świadczenie usług dostawy wody i odprowadzania ścieków postanowieniami umownymi zgodnie, z którymi:
 - a) *Przedsiębiorstwo nie ponosi odpowiedzialności odszkodowawczej za przerwy w dostawie wody spowodowane:*
 - a. *brakiem wody w ujęciu*
 - b. *potrzebą zwiększenia dopływu wody do hydrantów przeciwpożarowych,*
 - c. *przerwami w zasilaniu energetycznym urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych*
 - b) Odbiorca zobowiązany jest do natychmiastowego powiadomienia Przedsiębiorstwa o stwierdzeniu zerwania plomby wodomierza jego osłon, uszkodzeniu wodomierza jego przemieszczenia lub zaborze. W przypadku kradzieży wodomierza lub wskazania, że ww. uszkodzenia zawinione zostały przez Odbiorcę ilość pobranej wody ustala się odpowiednio do ilości, która mogła przepłynąć pełnym przekrojem rury przyłącza wodociągowego od dnia ostatniego odczytu.

co narusza zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 ww. *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*;

oraz

2. po przedłożeniu przez Zakład Gospodarki Komunalnej w Wieliczce sp. z o.o. z siedzibą w Wieliczce zobowiązania zmierzającego do zapobieżenia naruszeniom określonym w pkt I.1 niniejszej decyzji, poprzez:
 - a) wykreślenie z wzorców umów o świadczenie usług dostawy wody i odprowadzania ścieków postanowienia, o którym mowa w pkt I.1 a niniejszej decyzji, tj.:

Przedsiębiorstwo nie ponosi odpowiedzialności odszkodowawczej za przerwy w dostawie wody spowodowane:

brakiem wody w ujęciu

potrzebą zwiększenia dopływu wody do hydrantów przeciwpożarowych,

przerwami w zasilaniu energetycznym urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych

i wprowadzenie nowych wzorców umów nie zawierających kwestionowanego postanowienia;

- b)** wykreślenie z wzorców umów o świadczenie usług dostawy wody i odprowadzania ścieków postanowienia, o którym mowa w pkt I.1 b niniejszej decyzji i zastąpienia go w nowych wzorcach umów postanowieniem:

Odbiorca zobowiązuje się do natychmiastowego powiadomienia Przedsiębiorstwa o stwierdzeniu zerwania plomby wodomierza jego osłon, uszkodzeniu wodomierza, jego przemieszczenia lub kradzieży.

- c)** podpisywanie z nowymi odbiorcami umów według nowych wzorców niezawierających postanowień kwestionowanych przez Prezesa UOKiK;

- d)** przedłożenie do podpisania wszystkim kontrahentom, z którymi podpisane były umowy zawierające kwestionowane postanowienia, nowych umów;

nakłada się na Zakład Gospodarki Komunalnej w Wieliczce sp. z o.o. z siedzibą w Wieliczce obowiązek wykonania tego zobowiązania.

II. Stosownie do art. 104 § 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2000 r., Nr 98, poz. 1071 ze zm.), w związku z art. 83 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz na podstawie art. 12 ust. 2 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zgodnie z 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 zobowiązania, o którym mowa w pkt I.2 sentencji niniejszej decyzji do dnia 30 czerwca 2013 r.

III Stosownie do art. 104 § 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2000 r., Nr 98, poz. 1071 ze zm.), w związku z art. 83 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz na podstawie art. 12 ust. 3 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zgodnie z 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 Zakład Gospodarki Komunalnej w Wieliczce sp. z o.o. z siedzibą w Wieliczce obowiązek złożenia informacji o stopniu realizacji przyjętych zobowiązań nałożonych w

punkcie I.2 sentencji niniejszej decyzji **do dnia 31 lipca 2013 r.**, przy czym sprawozdanie powinno zawierać w szczególności:

- a) informacje dotyczące liczby konsumentów, z którymi zawarto nowe umowy w miejsce umów zawierających kwestionowane postanowienia;
- b) kopie 5 przykładowych umów o świadczenie usług zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków zawartych z konsumentami w okresie od daty uprawomocnienia się niniejszej decyzji do dnia sporządzenia sprawozdania.

UZASADNIENIE

W dniu 19 września 2012 r. postanowieniem nr RKR-229/2012 Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura UOKiK w Krakowie (zwany dalej „Prezesem UOKiK”) wszczął postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem nadużywania przez Zakład Gospodarki Komunalnej w Wieliczce sp. z o.o. z siedzibą w Wieliczce (zwana dalej Spółką lub ZGK) pozycji dominującej na lokalnym rynku zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków na terenie Gminy Wieliczka polegającego na:

1. narzucaniu przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści poprzez narzucanie przyszłym odbiorcom uciążliwych dla nich i przynoszących Zakładowi Gospodarki Komunalnej w Wieliczce sp. z o.o. z siedzibą w Wieliczce nieuzasadnione korzyści technicznych warunków podłączenia do sieci wodociągowej i sieci kanalizacyjnej, w świetle których odbiorcy są zobowiązani do wykonania na własny koszt części robót nie stanowiących - co do zakresu - prac związanych z budową przyłącza, o którym mowa w art. 2 pkt 5 i 6 i art. 15 ust. 2 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.), tj.:
 - wykonania fragmentu sieci wodociągowej od granicy nieruchomości do miejsca włączenia oraz włączenia do sieci wodociągowej,
 - wykonania fragmentu sieci kanalizacyjnej od granicy nieruchomości do miejsca włączenia oraz włączenia do sieci kanalizacyjnej,
 - co może stanowić naruszenie art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.
2. narzucaniu przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści poprzez narzucanie uciążliwych warunków umów o świadczenie usług dostawy wody i odprowadzania ścieków przynoszących Zakładowi Gospodarki Komunalnej w Wieliczce sp. z o.o. z siedzibą w Wieliczce nieuzasadnione korzyści w drodze posługiwania się w ich treści postanowieniami umownymi, zgodnie z którymi:

Przedsiębiorstwo nie ponosi odpowiedzialności odszkodowawczej za przerwy w dostawie wody spowodowane:

*brakiem wody w ujęciu
potrzebą zwiększenia dopływu wody do hydrantów przeciwpożarowych,
przerwami w zasilaniu energetycznym urządzeń wodociągowych i
kanalizacyjnych*

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

3. narzucaniu przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści poprzez narzucanie uciążliwych warunków umów o świadczenie usług dostawy wody i odprowadzania ścieków przynoszących Zakładowi Gospodarki Komunalnej w Wieliczce sp. z o.o. z siedzibą w Wieliczce nieuzasadnione korzyści w drodze posługiwania się w ich treści postanowieniem umownym, zgodnie z którym Odbiorca zobowiązany jest do natychmiastowego powiadomienia Przedsiębiorstwa o stwierdzeniu zerwania plomby wodomierza jego osłon, uszkodzeniu wodomierza jego przemieszczenia lub zaborze. W przypadku kradzieży wodomierza lub wskazania, że ww. uszkodzenia zawinione zostały przez Odbiorcę ilość pobranej wody ustala się odpowiednio do ilości, która mogła przepłynąć pełnym przekrojem rury przyłącza wodociągowego od dnia ostatniego odczytu. - co może stanowić naruszenie art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Zgodnie z art. 104 § 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2000 r., Nr 98, poz. 1071 ze zm.) – zwanej dalej K.p.a. decyzje rozstrzygają sprawę co do jej istoty w całości lub w części albo w inny sposób kończą sprawę w danej instancji.

Prezes UOKiK działając stosownie do art. 104 § 2 K.p.a., w związku z art. 83 ww. *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, w przedmiotowej decyzji rozstrzygnął sprawę co do części, tj. zarzutów określonych w pkt 2 i 3 postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego.

Zgodnie z doktryną decyzje rozstrzygające sprawę co do jej istoty w całości i decyzje rozstrzygające sprawę co do jej istoty w części są decyzjami merytorycznymi. K.p.a. w przepisie art. 104 § 2 przewiduje wydanie decyzji częściowej, nie określa żadnych przesłanek dopuszczalności wydania decyzji częściowej. Należy w związku z tym przyjąć, że dopuszczalność wydania decyzji częściowej wiąże się z charakterem przedmiotu postępowania, który może być w tym sensie podzielny, że „możliwe będzie rozstrzygnięcie kolejno co do istoty o kilku elementach składających się na całe uprawnienie lub obowiązki”. Zgodnie z zasadą prawdy materialnej decyzja częściowa może być wydana wówczas, gdy część sprawy została dostatecznie wyjaśniona i jest tego rodzaju, że może być przedmiotem odrębnego rozstrzygnięcia (tak: A. Wróbel, Komentarz do art. 104 kodeksu postępowania administracyjnego, LEX el./2012 i J. Borkowski Komentarz, 1996, s. 454).

Zarzut określony w pkt 1 postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego zostanie rozstrzygnięty w odrębnej decyzji.

Wszczęcie postępowania antymonopolowego poprzedziło przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego (sygn. akt RKR-400-4/12/BR) mającego na celu ustalenie stosowanych na terenie gminy Wieliczka zasad zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków.

Postanowieniem nr RKR-230/2012 z dnia 19 września 2012 r. zaliczone zostały w poczet dowodów informacje i dokumenty uzyskane przez Prezesa UOKiK w postępowaniu wyjaśniającym, prowadzonym pod sygnaturą akt RKR-400-4/11/BR.

Ustosunkowując się w dniu 17 października 2012 r. do zarzutów przedstawionych w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego (pismo ZGK znak: DR/4063/2012) Spółka wskazała, iż:

W przypadku zarzutu drugiego uznaje przedstawiony zarzut za zasadny i zobowiązuje się do podjęcia działań zmierzających do zapobieżenia naruszeniu poprzez wprowadzenie nowych wzorców umów niezawierających kwestionowanego postanowienia i wyeliminowanie z obrotu umów zawierających kwestionowane warunki poprzez zawarcie umów według nowego wzorca z dotychczasowymi odbiorcami do dnia 30 czerwca 2013 r. Równocześnie zwróciła się o wydanie decyzji na podstawie art. 12 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*.

ZGK wskazała, że dokonała zmiany wzorców umów o świadczenie usług zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków. Umowy według nowego wzorca są zawierane z nowymi odbiorcami, jak również prowadzona jest wymiana umów z dotychczasowymi odbiorcami w celu wyeliminowania z obrotu umów zawierających postanowienie kwestionowane przez Prezesa UOKiK. Do wymiany pozostało jeszcze około 76% umów.

ZGK zobowiązała się do podpisania nowych umów z dotychczasowymi odbiorcami do dnia 30 czerwca 2013 r.

Również w przypadku zarzutu trzeciego ZGK uznała stanowisko Prezesa UOKiK i zobowiązała się do podjęcia działań zmierzających do zapobieżenia naruszeniu poprzez wyeliminowanie z nowych wzorców umów kwestionowanego postanowienia. Równocześnie Spółka zwróciła się o wydanie decyzji na podstawie art. 12 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*.

W dniu 17 października 2012 r. (pismo ZGK znak: DR/4063/2012) Spółka przedłożyła nowe wzorce umów o świadczenie usług zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków niezawierające kwestionowanych przez Prezesa UOKiK postanowień.

Spółka w nowych wzorcach umów:

- W przypadku postanowienia *Przedsiębiorstwo nie ponosi odpowiedzialności odszkodowawczej za przerwy w dostawie wody spowodowane: brakiem wody w ujęciu, potrzebą zwiększenia dopływu wody do hydrantów przeciwpożarowych, przerwami w zasilaniu energetycznym urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych*

wykreśliła go i w żadnym z postanowień nowych wzorców umów nie ograniczyła swojej odpowiedzialności za nienależyte świadczenie usług.

- W przypadku postanowienia: *Odbiorca zobowiązany jest do natychmiastowego powiadomienia Przedsiębiorstwa o stwierdzeniu zerwania plomby wodomierza jego osłon, uszkodzeniu wodomierza jego przemieszczenia lub zaborze. W przypadku kradzieży wodomierza lub wskazania, że ww. uszkodzenia zawinione zostały przez Odbiorcę ilość pobranej wody ustala się odpowiednio do ilości, która*

mogła przepłynąć pełnym przekrojem rury przyłącza wodociągowego od dnia ostatniego odczytu

wykreśliła go i zastąpiła postanowieniem:

Odbiorca zobowiązuje się do natychmiastowego powiadomienia Przedsiębiorstwa o stwierdzeniu zerwania plomb wodomierza, jego osłon, uszkodzeniu wodomierza, jego przemieszczenia lub kradzieży.

W toku postępowania Prezes UOKIK ustalił następujący stan faktyczny:

Na terenie Gminy Wieliczka działalność w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków prowadzi Zakład Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z siedzibą w Wieliczce zarejestrowana w Krajowym Rejestrze Sądowym – Rejestrze Przedsiębiorców pod numerem KRS: 0000300629.

Usługi zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków świadczone są na terenie Gminy Wieliczka na podstawie „Umowy o dostarczanie wody”, „Umowy o odprowadzanie ścieków” lub „Umowy o dostarczanie wody i odprowadzanie ścieków” zawieranej przez odbiorców usług ze Spółką.

Wzorce analizowanych umów zawierały między innymi następujące warunki:

Umowa o dostarczanie wody:

- § 3 „Przedsiębiorstwo *nie ponosi odpowiedzialności odszkodowawczej za przerwy w dostawie wody spowodowane:*
 - *brakiem wody w ujęciu*
 - *potrzebą zwiększenia dopływu wody do hydrantów pożarowych,*
 - *przerwami w zasilaniu energetycznym urządzeń wodociągowych*
- § 6 ust. 1 pkt 6 *Odbiorca zobowiązany jest do natychmiastowego powiadomienia Przedsiębiorstwa o stwierdzeniu zerwania plomb wodomierza, jego osłon, uszkodzenia wodomierza, jego przemieszczeniu lub kradzieży. W przypadku kradzieży wodomierza lub wykazania, że ww. uszkodzenia zawinione zostały przez Odbiorcę ilość pobranej wody ustala się odpowiednio do ilości, która mogła przepłynąć pełnym przekrojem rury przyłącza wodociągowego w okresie od ostatniego odczytu wodomierza.*

2. Umowa o odprowadzanie ścieków

- § 5 ust. 1 pkt 5 *Odbiorca zobowiązany jest do natychmiastowego powiadomienia Przedsiębiorstwa o stwierdzeniu zerwania plomb wodomierza, jego osłon, uszkodzenia wodomierza, jego przemieszczeniu lub kradzieży. W przypadku kradzieży wodomierza lub wykazania, że ww. uszkodzenia zawinione zostały przez Odbiorcę ilość pobranych ścieków ustala się odpowiednio do ilości, która mogła przepłynąć pełnym przekrojem rury przyłącza wodociągowego w okresie od ostatniego odczytu wodomierza.*

3. Umowa o dostarczanie wody i odprowadzanie ścieków:

- § 3 „Przedsiębiorstwo *nie ponosi odpowiedzialności odszkodowawczej za przerwy w dostawie wody spowodowane:*
 - *brakiem wody w ujęciu*
 - *potrzebą zwiększenia dopływu wody do hydrantów pożarowych,*

- *przerwami w zasilaniu energetycznym urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych*

- § 6 ust. 1 pkt 6 *Odbiorca zobowiązany jest do natychmiastowego powiadomienia Przedsiębiorstwa o stwierdzeniu zerwania plomb wodomierza, jego osłon, uszkodzenia wodomierza, jego przemieszczeniu lub kradzieży. W przypadku kradzieży wodomierza lub wykazania, że ww. uszkodzenia zawinione zostały przez Odbiorcę ilość pobranej wody ustala się odpowiednio do ilości, która mogła przepłynąć pełnym przekrojem rury przyłącza wodociągowego w okresie od ostatniego odczytu wodomierza.*

Wyżej analizowane wzorce umów zostały wycofane przez Spółkę z obrotu prawnego z dniem 27 marca 2012 r.

W dniu 17 października 2012 r. zostały przedłożone przez Spółkę nowe wzorce umów o świadczenie usług zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków (pismo ZGK znak: DR/4063/2012), tj. wzorzec: umowy o dostarczanie wody, umowy o odprowadzanie ścieków, umowy o dostarczanie wody i odprowadzanie ścieków, z których wykreślone zostało kwestionowane postanowienia i:

a) W przypadku postanowienia:

Przedsiębiorstwo nie ponosi odpowiedzialności odszkodowawczej za przerwy w dostawie wody spowodowane:

brakiem wody w ujęciu

potrzebą zwiększenia dopływu wody do hydrantów przeciwpożarowych,

przerwami w zasilaniu energetycznym urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych

w żadnym z postanowień nowych wzorców umów ZGK nie ogranicza swojej odpowiedzialności za nienależyte świadczenie usług;

b) W przypadku postanowienia

Odbiorca zobowiązany jest do natychmiastowego powiadomienia Przedsiębiorstwa o stwierdzeniu zerwania plomby wodomierza jego osłon, uszkodzeniu wodomierza jego przemieszczenia lub zaborze. W przypadku kradzieży wodomierza lub wskazania, że ww. uszkodzenia zawinione zostały przez Odbiorcę ilość pobranej wody ustala się odpowiednio do ilości, która mogła przepłynąć pełnym przekrojem rury przyłącza wodociągowego od dnia ostatniego odczytu

zastąpiono go w nowych wzorcach umów postanowieniem o treści:

Odbiorca zobowiązuje się do natychmiastowego powiadomienia Przedsiębiorstwa o stwierdzeniu zerwania plomby wodomierza jego osłon, uszkodzeniu wodomierza, jego przemieszczenia lub kradzieży.

Nowe postanowienie zawarte zostało w :

- § 5 ust. 8 Umowy o dostarczanie wody,
- § 5 ust. 7 Umowy o odprowadzanie ścieków,
- § 5 ust. 8 Umowy o dostarczanie wody i odprowadzanie ścieków.

Spółka podpisuje z nowymi odbiorcami umowy według nowego wzorca niezawierającego już kwestionowanych przez Prezesa UOKiK postanowień.

Ponadto ZGK rozpoczęła proces wymiany umów zawartych z kontrahentami według wzorca kwestionowanego przez Prezesa UOKiK na umowy według nowego wzorca.

Termin zakończenia procesu zmiany umów, mając na uwadze ilość umów pozostających do wymiany 10 700 szt., Spółka określiła na dzień 30 czerwca 2013 r.

W dniu 30 stycznia 2013 r. Spółka została zawiadomiona o zakończeniu zbierania materiału dowodowego w zakresie pkt 2 i 3 postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego i możliwości zapoznania się z materiałem zgromadzonym w aktach sprawy.

Strona nie skorzystała z możliwości zapoznania się z aktami.

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. 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 znaczy 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 Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów 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).

Powyższe stanowisko znalazło również potwierdzenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego, który w uzasadnieniu wyroku z dnia 29 maja 2001 r. (sygn. akt I CKN 1217/98) stwierdził, że *„ustawa antymonopolowa ma charakter publicznoprawny. Ingeruje, gdy w wyniku pewnych ogólnych zjawisk zagrożona jest sama instytucja konkurencji”*. W uzasadnieniu wyroku z dnia 26 lutego 2004 r. (sygn. akt III SK 2/04) Sąd Najwyższy dodał, iż naruszenie indywidualnego interesu (w powołanym wyroku – konsumenta), 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 Rzeczypospolitej Polskiej.

Również w uzasadnieniu wyroku z dnia 24 lipca 2003 r. (sygn. akt I CKN 496/01) Sąd Najwyższy zajął się tą kwestią i stwierdził, iż *„przy dokonywaniu oceny, czy doszło do naruszenia lub zagrożenia zasady wolnej konkurencji na rynku relewantnym, nie można poprzestać na zbadaniu sytuacji ewentualnego pokrzywdzenia bezpośrednich kontrahentów przedsiębiorcy dominującego na tym rynku. Potrzebne jest tu spojrzenie szersze,*

uwzględniające także to, w jaki sposób działania powodowego Przedsiębiorstwa odbijają się na interesach członków Spółdzielni, dotkniętych pośrednio działaniem powoda.(...) przy prawidłowo ustalonym rynku relewantnym, którym jest lokalny rynek zaopatrzenia w energię ciepłą, działania powoda naruszają interes o charakterze ogólniejszym - publicznoprawnym...”.

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”.

Przedmiotowe postępowanie podjęte zostało w interesie publicznym. Kwestionowane zasady prowadzenia działalności zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków stosowane były 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 i chcącym podpisać umowę na świadczenie tych usług. 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 za udowodnione, iż w niniejszej sprawie doszło do naruszenia interesu publicznoprawnego

Strona postępowania

Zgodnie z art. 4 pkt. 1 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* przez przedsiębiorcę rozumie się między innymi przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej. Z art. 4 ust. 1 *ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej* (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447 ze zm.) wynika, że przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna oraz jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, która we własnym imieniu wykonuje działalność gospodarczą.

W rozważanym przypadku podmiot będący stroną postępowania bez wątpienia posiada status przedsiębiorcy, gdyż jest to spółka prawa handlowego prowadząca działalność gospodarczą na podstawie wpisu do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, a więc podmiot prawa odznaczający się wyodrębnieniem organizacyjnym i majątkowym, prowadzący we własnym imieniu działalność gospodarczą. Zachowania niniejszego podmiotu podlegają zatem kontroli dokonywanej na gruncie *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*.

Tak więc do Spółki, jako przedsiębiorcy, znajdują zastosowanie przepisy *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*.

ZGK odpowiadając na zarzuty postawione w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego złożyła zobowiązanie do podjęcia działań zmierzających do zapobieżenia zarzucanym w pkt 2 i 3 sentencji postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego naruszeniom.

Wobec powyższego w niniejszej sprawie zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 12 ust. 1 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, a co za tym idzie niezbędne będzie jedynie uprawdopodobnienie, a nie wykazanie, przez Prezesa UOKiK na podstawie okoliczności sprawy i innych informacji będących podstawą wszczęcia postępowania, że Spółka stosuje praktyki, o których mowa w art. 9 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*.

Rynek właściwy

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.

Pod pojęciem towar – 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.

ZGK prowadzi działalność polegającą na świadczeniu usług zbiorowego zaopatrzenia wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków na terenie Gminy Wieliczka. Przedmiotowe usługi nie posiadają substytutów, a Spółka – prowadząc działalność w powyższym zakresie na wskazanym obszarze – nie spotyka się z żadną konkurencją. Brak jest na terenie objętym jej działalnością przedsiębiorców oferujących towary służące zaspokajaniu zbiorowych potrzeb ludności w zakresie zaopatrzenia w wodę i kanalizacji zamienne względem usług świadczonych w tym zakresie przez ZGK. Wynika to z uwarunkowań zarówno o charakterze prawnym, jak i technologicznym i organizacyjnym, gdyż świadczenie usług wodociągowych i kanalizacyjnych wymaga dysponowania odpowiednią infrastrukturą techniczną, co stwarza istotną barierę kosztową dla podjęcia działalności w tej dziedzinie. Z powyższych względów uznać należy, iż rodzaj działalności prowadzonej przez Spółkę w omawianym zakresie oraz jej zasięg geograficzny wyznaczają w niniejszej sprawie wymiar produktowy i terytorialny rynku właściwego, o którym mowa w art. 4 pkt 9 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*. Rynkiem właściwym w ujęciu produktowym jest wobec powyższego rynek usług polegających na dostarczaniu wody za pośrednictwem sieci wodociągowej i odprowadzaniu ścieków za pośrednictwem sieci kanalizacyjnej. Natomiast pod względem geograficznym – z uwagi na technologię dostarczania wody i odprowadzania ścieków – zakres rynku właściwego wyznacza zasięg istniejącej sieci wodociągowej i kanalizacyjnej eksploatowanej przez Spółkę, za pomocą której świadczy ona swoje usługi.

Właściwość produktową rynku analizowanego w niniejszym postępowaniu wyznacza rodzaj działalności prowadzonej przez ZGK oraz zakres usług świadczonych przez tego przedsiębiorcę na rzecz odbiorców wody i dostawców ścieków. Rynkiem właściwym w ujęciu produktowym jest w niniejszej sprawie rynek zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków.

Zbiorowe zaopatrzenie w wodę - zgodnie z art. 2 pkt 21 *ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu* - jest to działalność polegająca na ujmowaniu, uzdatnianiu i dostarczaniu wody prowadzona przez przedsiębiorstwo wodociągowo – kanalizacyjne.

Zbiorowe odprowadzanie ścieków natomiast zgodnie z art. 2 pkt 20 *ww. ustawy* to działalność polegająca na odprowadzaniu i oczyszczaniu ścieków prowadzona przez przedsiębiorstwo wodociągowo – kanalizacyjne.

W przedmiotowej sprawie rynkiem właściwym w ujęciu geograficznym jest obszar Gminy Wieliczka.

Pozycja dominująca

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%.

Odbiorcy wody i dostawcy ścieków z terenu Gminy Wieliczka- poza usługami zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków świadczonymi przez ZGK- nie mają alternatywnego źródła zaopatrzenia. Aby nowe źródło zaopatrzenia mogło być uznane za alternatywne w stosunku do posiadanych musi spełniać wymóg natychmiastowej dostępności bez ponoszenia nakładów inwestycyjnych (tak wyrok SOKiK z dnia 31 maja 2000 r., sygn. akt XVII Ama 44/00). Takie źródło w zakresie zbiorowej dostawy wody i zbiorowego odprowadzania ścieków na terenie ww. gminy nie występuje.

W sprawie będącej przedmiotem niniejszego postępowania uprawdopodobniono, że Spółka zajmuje pozycję dominującą na rynku zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków obejmującym teren Gminy Wieliczka. Jest bowiem wyłącznym dostawcą usług w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków na obszarze ww. Gminy.

ZGK jest tzw. monopolistą naturalnym, co wynika z faktu sieciowego charakteru urządzeń służących do dostarczania wody i odprowadzania ścieków. Na wyznaczonym wyżej rynku właściwym uczestnik nie spotyka się z żadną konkurencją w związku z czym zajmuje niekwestionowaną pozycję dominującą. 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.

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 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*.

W celu uprawdopodobnienia stosowania zarzucanych Spółce praktyk określonych w art. 9 ust. 2 pkt 6 *ustawy o ochronie konkurencji* konieczne jest również uprawdopodobnienie, że ZGK:

- narzuca określone warunki umów,
- narzucane warunki umów posiadają uciążliwy charakter,
- warunki umów przynoszą narzucającemu je przedsiębiorcy nieuzasadnione korzyści.

Narzucanie uciążliwych warunków umów, o którym mowa zarówno w pkt I.1 a, jak i I.1. b sentencji niniejszej decyzji, 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.

Zakwestionowane postanowienia określone w pkt. I.1 a i b sentencji decyzji znajdowały się w stosowanych przez Spółkę umowach dotyczących świadczenia usług zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków.

W umowach tego rodzaju warunki nie są negocjowane.

Tam gdzie dostawca jednostronnie ustala warunki świadczenia usług, odbiorca w ramach szeroko rozumianej swobody kontraktowania ma prawo przyjąć ofertę bądź umowy nie zawrzeć.

Mając jednocześnie na względzie, że przedmiotem działalności Spółki jest dostawa wody i odbiór ścieków - a więc dobra o charakterze powszechnym, niezbędne dla normalnego funkcjonowania każdego gospodarstwa domowego - stwierdzić należy, że dając odbiorcy wybór jedynie pomiędzy zawarciem umowy a jej niezawarciem, ZGK narzuca kontrahentowi treść tych umów.

W powyższych okolicznościach uznać należy zatem za uprawdopodobnione, iż warunki umów stosowanych przez ZGK nie tylko mogą, ale wręcz są jego kontrahentom narzucane.

Ad. I.1 a sentencji decyzji:

Kwestionowany przez Prezesa UOKiK zapis stanowił:

*Przedsiębiorstwo nie ponosi odpowiedzialności odszkodowawczej za przerwy w dostawie wody spowodowane:
brakiem wody w ujęciu
potrzebą zwiększenia dopływu wody do hydrantów przeciwpożarowych,
przerwami w zasilaniu energetycznym urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych*

Obowiązkiem przedsiębiorstwa wodociągowo – kanalizacyjnego jest, stosownie do art. 5 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*, zapewnienie zdolności posiadanych urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych do realizacji dostaw wody w wymaganej ilości i pod odpowiednim ciśnieniem oraz dostaw wody i odprowadzania ścieków w sposób ciągły i niezawodny.

Stosownie do art. 471 i następnych Kodeksu Cywilnego (zwanego dalej K.c.) dłużnik zobowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że jest ono następstwem okoliczności, za które odpowiedzialności nie ponosi.

Spółka we wzorcach analizowanych umów o świadczenie usług zaopatrzenia w wodę i o zaopatrzenie w wodę i odprowadzania ścieków, zastrzegła, że *nie ponosi odpowiedzialności odszkodowawczej za przerwy w dostawie wody spowodowane: brakiem wody w ujęciu, potrzebą zwiększenia dopływu wody do hydrantów przeciwpożarowych, przerwami w zasilaniu energetycznym urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych.*

W ocenie Prezesa UOKiK stosowanie w umowach postanowienia, zgodnie z którym Spółka nie ponosi odpowiedzialności odszkodowawczej za przerwy w dostawie wody spowodowane: brakiem wody w ujęciu, potrzebą zwiększenia dopływu wody do hydrantów przeciwpożarowych, przerwami w zasilaniu energetycznym urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych bez wskazania, że sytuacja taka może mieć miejsce jedynie w

okolicznościach, za które Spółka nie ponosi odpowiedzialności powoduje, że w pewnych przypadkach, wynikających z zaniedbań ZGK, działania Spółki mogą być niezgodne z przepisem art. 471 i następnymi K.c., jak również z przepisem art. 5 ust. 1 *ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu*, w świetle którego ZGK posiada obowiązek zapewnienia zdolności posiadanych urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych do realizacji dostaw wody w wymaganej ilości i pod odpowiednim ciśnieniem oraz dostaw wody i odprowadzania ścieków w sposób ciągły i niezawodny.

Brzmienie postanowień wzorca umowy stwarza zatem ZGK możliwość zwolnienia się z odpowiedzialności odszkodowawczej względem odbiorców w każdym przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania z powodu przerw lub ograniczeń w dostawie wody bez względu na przyczyny wystąpienia tych zakłóceń mimo, iż Spółka nie posiada uprawnień do zwolnienia się z ustawowego obowiązku zapewnienia odbiorcom świadczenia usług zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków w sposób ciągły i niezawodny.

Takie rozwiązanie kwestii odpowiedzialności dostawcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest – w ocenie Prezesa UOKiK - korzystniejsze od ogólnej zasady odpowiedzialności kontraktowej ujętej w art. 471 K.c.

W ocenie Prezesa UOKiK postanowienia umowne, na mocy których Spółka zwalniała się z odpowiedzialności za przerwy w świadczeniu usług w sytuacjach wyżej wskazanych, mają uciążliwy charakter.

Wyłączenie odpowiedzialności odszkodowawczej ZGK w każdym przypadku ograniczeń lub wstrzymań w dostawie wody spowodowanych brakiem wody w ujęciu, potrzebą zwiększenia dopływu wody do hydrantów przeciwpożarowych, przerwami w zasilaniu energetycznym urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych jest bez wątpienia dla Spółki korzystne. ZGK nie musi bowiem liczyć się z koniecznością wypłaty odszkodowania swojemu kontrahentowi w sytuacji, gdy zgodnie z ogólną zasadą odpowiedzialności kontraktowej byłaby do tego zobowiązana.

Nieuzasadnione korzyści osiągnęte przez podmiot gospodarczy stosujący praktykę ograniczającą konkurencję z art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, są odpowiednikiem uciążliwych warunków umów narzuconych kontrahentowi w relacjach ekwiwalentności wzajemnych świadczeń stron umowy. Możliwość uniknięcia przez Spółkę odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy i wypłaty odbiorcom ewentualnego odszkodowania należy uznać – w ocenie Prezesa UOKiK - za nieuzasadnioną korzyść.

Bez znaczenia w niniejszej sprawie jest fakt, że ZGK w rzeczywistości nie osiągała korzyści wynikających z przedmiotowego postanowienia umownego.

W uzasadnieniu do wyroku z dnia 23 czerwca 2005 r. (sygn. akt Ama 44/04) Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, odnosząc się bezpośrednio do treści art. 1 ust. 2 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* podkreślił, iż ustawa ta reguluje zasady i tryb przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję nie tylko wtedy, gdy praktyki te faktycznie wywołują skutki, ale także wówczas, gdy skutki takie mogą wywołać.

Nie jest tym samym konieczne wystąpienie skutku praktyki. Wystarczającą przesłanką jest samo zagrożenie wystąpienia skutku w postaci dowolnej formy eksploatacji pozycji rynkowej.

Dla bytu praktyki ograniczającej konkurencję zdefiniowanej w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* wystarczająca jest sama możliwość osiągnięcia takich korzyści przez przedsiębiorcę zajmującego na rynku pozycję dominującą.

Mając powyższe na uwadze – w ocenie Prezesa UOKiK - zostały zatem uprawdopodobnione wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* wymagane do uznania postawionego w pkt I.1.a sentencji decyzji zarzutu za uzasadniony.

Ad I.1 b sentencji decyzji

Zakwestionowany zapis umowy *Odbiorca zobowiązany jest do natychmiastowego powiadomienia Przedsiębiorstwa o stwierdzeniu zerwania plomb wodomierza jego osłon, uszkodzeniu wodomierza jego przemieszczeniu lub zaborze. W przypadku kradzieży wodomierza lub wskazania, że ww. uszkodzenia zawinione zostały przez Odbiorcę ilość pobranej wody ustala się odpowiednio do ilości, która mogła przepłynąć pełnym przekrojem rury przyłącza wodociągowego od dnia ostatniego odczyt.*, zgodnie z którym Spółka określiła sposób naliczania należności za pobraną wodę względem odbiorców, o których mowa w tym postanowieniu, pozwolił ZGK na ustalanie należności odpowiednio do ilości wody, jaka mogła popłynąć pełnym przekrojem rury przyłącza wodociągowego w okresie od ostatniego odczytu wodomierza. W ten sposób arbitralnie uregulowano zasady ustalania ilości wody będącej podstawą rozliczania w wypadku zaistnienia opisanych zdarzeń. Ilości tej wody określone zostały na maksymalnym możliwym poziomie – w oderwaniu od faktycznego zużycia wody i wysokości rzeczywiście poniesionej szkody będącej skutkiem niedotrzymania warunków umowy przez usługobiorcę.

Oceniając, czy ww. sposób rozliczania odbiorców, zawarty w rozpatrywanym zapisie umów ma uciążliwy charakter zważyć należy, iż ani *ustawa o zbiorowym zaopatrzeniu*, ani 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* nie regulują sposobu rozliczeń w przypadku zaistnienia zdarzeń opisanych w zakwestionowanym postanowieniu umownym.

Pomocne w tym zakresie mogą okazać się przepisy *rozporządzenia taryfowego*. Pomocniczo można odwołać się do § 18 ust.1 tego rozporządzenia, w którym określony został sposób obliczania ilości pobranej wody w przypadku niesprawności wodomierza, zgodnie z którym ilość wody powinna być obliczana na podstawie średniego zużycia wody w okresie 3 miesięcy przed wykryciem niesprawności wodomierza, a gdy to nie jest możliwe – na podstawie zużycia wody w analogicznym okresie roku poprzedniego lub iloczynu średniomiesięcznego zużycia wody w roku ubiegłym i liczby miesięcy niesprawności wodomierza. Opisane w zakwestionowanym zapisie umowy zdarzenia odpowiadają sytuacjom określonym w *rozporządzeniu taryfowym*, gdyż w obu przypadkach brak jest możliwości ustalenia ilości pobranej wody za pomocą wskazań wodomierz i w związku z powyższym, ilość pobranej wody w ocenie Prezesa UOKiK winna być określana na podstawie ww. *rozporządzenia*.

Zdaniem Prezesa UOKiK o uciążliwości omawianego postanowienia stanowi między innymi możliwość pobierania w nieracjonalnej wysokości kary umownej w postaci rażąco wygórowanej zryczałtowanej należności za pobraną wodę, która nie uwzględnia praktyki rynkowej oraz realnej wartości możliwej do wystąpienia szkody będącej efektem naruszenia warunków umowy przez odbiorcę. Sąd Apelacyjny w wyroku z dnia 5 listopada 2008r. (sygn. akt VI ACa 525/08) wskazał, iż „(...) zapis umowny, który jednoznacznie wiąże należność za dostarczoną wodę w przypadku uszkodzenia urządzeń pomiarowych jedynie z techniczną przepustowością sieci, z całkowitym pominięciem choćby przybliżonej wielkości zużycia przez odbiorcę wody, musi zostać uznany za próbę nadmiernego obciążenia kontrahenta świadczeniem finansowym na rzecz Spółki, stanowiącym ekwiwalent jej nieuprawnionych korzyści”. W ww. wyroku Sąd wyraził również pogląd, iż *sposób ustalania należności za*

wodę w przypadkach uszkodzenia lub zaboru wodomierza przez odbiorcę nie powinien odbiegać od przewidzianych w tym zakresie regulacji prawnych, stanowiących wskazówki dla prawidłowego obliczania należności za wodę. Należy wskazać tu rozporządzenie Ministra Budownictwa z dnia 28 czerwca 2006 roku w sprawie określania taryf, wzoru wniosku o zatwierdzenie taryf oraz warunków rozliczeń za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków (Dz.U. Nr 127, poz. 886), zgodnie z którym podstawą do naliczenia należności za wodę w razie nieprawidłowości w działaniu wodomierza jest średniomiesięczne zużycie wody w okresie 3 miesięcy poprzedzających awarię bądź w analogicznym okresie roku ubiegłego, przy uwzględnieniu liczby miesięcy trwania niesprawności, przy czym – jak podkreślił Sąd – bez znaczenia pozostaje przyczyna niesprawności wodomierza.

W opinii Prezesa UOKiK, kwestionowana klauzula narusza również normy prawne określone w Kodeksie cywilnym dotyczące zasad odpowiedzialności za wyrządzoną szkodę. Zastosowanie powinien tutaj znaleźć art. 415 K.c., zgodnie, z którym „Kto z winy swej wyrządził drugiemu szkodę zobowiązany jest do jej naprawienia”, albo art. 471 K.c., który stanowi, że „Dłużnik zobowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi”. Z brzmienia powyższych przepisów w zestawieniu z art. 6 K. c. wynika, że ciężar dowodu co do wykazania przesłanek odpowiedzialności za wyrządzoną działaniem usługobiorcy szkodę obciąża poszkodowanego.

ZGK powinien zatem wykazać, że poniósł szkodę, wykazać jej wysokość oraz zdarzenie (działanie lub zaniechanie usługobiorcy), które spowodowało szkodę, a także związek przyczynowy pomiędzy szkodą a zawinionym działaniem lub zaniechaniem usługobiorcy. Tymczasem rozpatrywane postanowienie umowne zwalnia usługodawcę z tego obowiązku. Stawia go w sytuacji uprzywilejowanej w stosunku do kontrahentów.

W przypadku winy odbiorcy Spółka może dochodzić od usługobiorców na drodze roszczenia cywilnoprawnego, naprawienia poniesionej szkody (jeżeli wykaże, że zaistniały wszystkie przesłanki odpowiedzialności deliktowej bądź kontraktowej). Jej pokrycie może wiązać się na przykład z zapłatą. W ramach realizacji roszczeń odszkodowawczych dostawca może także dochodzić uiszczenia przez odbiorcę zapłaty za wodę pobraną w okresie od ostatniego odczytu wodomierza do czasu usunięcia powstałych z winy odbiorcy nieprawidłowości, a maksymalna ilość pobranej wody, za którą zapłaty może żądać dostawca w ramach odszkodowania, może być w istocie równa ilości wody, która mogła przepłynąć pełnym przekrojem rury przyłącza wodociągowego w okresie od ostatniego odczytu wodomierza. Jednakże to przedsiębiorca winien udowodnić, iż taki był faktyczny lub prawdopodobny pobór wody.

Określony w zakwestionowanym zapisie sposób rozliczenia nie może więc stanowić przyjętej w umowie podstawy do naliczania należności i ogólnie obowiązującej reguły.

Mając powyższe na uwadze uprawdopodobniona została uciążliwość rozpatrywanego zapisu.

Kolejną przesłanką niezbędną do stwierdzenia naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jest wykazanie, że narzucone warunki umowne przynoszą przedsiębiorcy nieuzasadnione korzyści. Osiągane przez podmiot gospodarczy stosujący praktykę ograniczającą konkurencję w ww. przepisie ustawy nieuzasadnione korzyści są odpowiednikiem uciążliwych warunków umów w warunkach nieekwiwalentności wzajemnych świadczeń stron umowy i oznaczają sytuację korzystniejszą od powszechnie przyjętych w stosunkach danego rodzaju.

Nieuzasadnione korzyści mogą pojawić się po stronie przedsiębiorcy narzucającego uciążliwe warunki umów już w chwili zawarcia umowy lub też w okresie późniejszym, gdy zaistnieją

okoliczności, przewidziane w umowie pozwalające na wykorzystanie uciążliwego zapisu. Należy podkreślić, iż sama możliwość wystąpienia skutków praktyki ograniczającej konkurencję nie stanowi przeszkody dla stwierdzenia naruszenia art. 9 ust.2 pkt 6 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*. Dla bytu praktyki nie jest bowiem konieczne wystąpienie negatywnego skutku w postaci eksploatacji pozycji rynkowej w warunkach ograniczonej konkurencji. Wystarczy, że zaistniało zagrożenie wystąpienia takiego skutku. Praktyką ograniczającą konkurencję jest już bowiem sama próba osiągnięcia przez przedsiębiorcę zajmującego pozycję dominującą, na rynku określonego skutku (por E. Modzelewska – Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wyd. Twigger, Warszawa 2002 s. 97).

Nieuzasadnione korzyści osiągnane przez ZGK w analizowanej sytuacji polegają na możliwości nałożenia na odbiorców nieracjonalnej wysokości kary umownej poprzez dopuszczenie na podstawie umowy, możliwości przyjęcia przez Spółkę założenia, że w analizowanych przypadkach każdorazowo następuje nieprzerwany, całodobowy pobór wody. Może to prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia dostawcy usług z tytułu zastrzeżenia zapłaty za pobraną wodę, w ilości, jaka mogła przepłynąć przekrojem rury przyłącza wodociągowego z dniem od ostatniego odczytu wodomierza. Dzięki spornemu postanowieniu umownemu przedsiębiorca ma możliwość zwolnienia się z obowiązku udowodnienia, jaki był rzeczywisty lub prawdopodobny pobór wody w okresie od ostatniego odczytu wodomierza do czasu usunięcia nieprawidłowości. Uniknięcie kosztów związanych z wykazaniem wysokości poniesionej szkody może być również dla ZGK źródłem dodatkowych korzyści, których osiągnięcie jest rezultatem zastosowania zakwestionowanego uciążliwego warunku umownego.

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

Dodatkowo należy wskazać na możliwości jakie posiada Spółka w celu zabezpieczenia przedsiębiorcy przed stratami wynikającymi z niewłaściwego postępowania odbiorców. Stosownie do art. 8 ust. 1 *ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu* przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne może odciąć dostawę wody lub zamknąć przyłącze kanalizacyjne, jeżeli przyłącze wodociągowe lub przyłącze kanalizacyjne wykonano niezgodnie z przepisami prawa lub został stwierdzony nielegalny pobór wody lub nielegalne odprowadzanie ścieków, to jest bez zawarcia umowy, jak również przy celowo uszkodzonych albo pominiętych wodomierzach lub urządzeniach pomiarowych.

Zgodnie z art. 28 ust 2 *ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu* w przypadku uszkodzenia wodomierza głównego, zerwania lub uszkodzenia plomby umieszczonej na wodomierzach, urządzeniach pomiarowych lub zaworze odcinającym, a także wpływaniu na zmianę, zatrzymanie lub utratę właściwości lub funkcji metrologicznych wodomierza głównego lub urządzenia pomiarowego możliwe jest nałożenie kary grzywny do 5 000 zł.

Dodatkowo należy w analizie przedmiotowego zapisu umów zwrócić uwagę na art. 28 ust. 5 *ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu*, który przewiduje możliwość orzeczenia przez sąd, na rzecz przedsiębiorstwa, nawiązki w przypadku uszkodzenia przez odbiorcę wodomierza głównego, zerwania lub uszkodzenia plomby.

W okolicznościach sprawy zostało zatem uprawdopodobnione spełnienie wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* wymagane do uprawdopodobnienia postawionego zarzutu w przypadku zapisów wzorców umów dotyczących usług zbiorowego zaopatrzenia w wodę zbiorowego odprowadzania ścieków.

Zobowiązanie przedsiębiorcy

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 Spółka przedstawiła zobowiązanie do podjęcia określonych działań zmierzających do zapobieżenia naruszeniom polegającym na nadużywaniu pozycji dominującej.

Zgodnie z deklaracją ZGK zaprzestała ona stosowania wzorców umów o świadczenie usług zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków zawierających postanowienia wskazane w pkt I.1a b niniejszej decyzji. ZGK przedłożyła nowe wzorce umów, które podpisuje z nowymi odbiorcami od dnia 27 marca 2012 r., a które nie zawierają warunków kwestionowanych przez Prezesa UOKiK. Spółka zobowiązała się ponadto do podpisania do dnia 30 czerwca 2013 r. umów według nowego wzorca z odbiorcami, z którymi podpisane były umowy zawierające kwestionowane warunki.

Zaproponowane przez przedsiębiorcę zmiany to:

1. W zakresie zarzutu, o którym mowa w pkt I.1 a sentencji decyzji

- wykreślenie z wzorców umów postanowienia:

Przedsiębiorstwo nie ponosi odpowiedzialności odszkodowawczej za przerwy w dostawie wody spowodowane:

brakiem wody w ujęciu

potrzebą zwiększenia dopływu wody do hydrantów przeciwpożarowych,

przerwami w zasilaniu energetycznym urządzeń wodociagowych i kanalizacyjnych

- wprowadzenie nowych wzorców umów, w przypadku których Przedsiębiorca w żadnym z postanowień nie ogranicza swojej odpowiedzialności za nienależyte świadczenie usług.

2. W zakresie zarzutu, o którym mowa w pkt I.1 a sentencji decyzji

- wykreślenie z wzorców umów postanowienia:

Odbiorca zobowiązany jest do natychmiastowego powiadomienia Przedsiębiorstwa o stwierdzeniu zerwania plomby wodomierza jego osłon, uszkodzeniu wodomierza jego przemieszczeniu lub zaborze. W przypadku kradzieży wodomierza lub wskazania, że ww. uszkodzenia zawinione zostały przez Odbiorcę ilość pobranej wody ustala się

odpowiednio do ilości, która mogła przepłynąć pełnym przekrojem rury przyłącza wodociągowego od dnia ostatniego odczytu

- i zastąpienia go postanowieniem:

Odbiorca zobowiązuje się do natychmiastowego powiadomienia Przedsiębiorstwa o stwierdzeniu zerwania plomb wodomierza jego osłon, uszkodzeniu wodomierza, jego przemieszczenia lub kradzieży.

W ocenie Prezesa UOKiK działania objęte złożonym przez Spółkę zobowiązaniem zmierzają do zapobieżenia zarzucanemu jej naruszeniu art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*. Zmiana stosowanych wzorców umów w zaproponowany przez ZGK sposób oraz zmiana umów dotychczas zawartych z odbiorcami usług doprowadzą do wyeliminowania zakwestionowanych warunków świadczenia usług. Również określony przez Spółkę termin na wykonanie podjętego zobowiązania uznać należy, za uzasadniony.

Tak więc w odniesieniu do naruszeń uprawdopodobnionych w niniejszej decyzji Spółka podjęła działania zmierzające do zapobieżenia tym naruszeniom oraz złożyło zobowiązanie do ich pełnego zrealizowania. W toku postępowania prowadzonego przez Prezesa UOKiK ZGK dokonała zmiany wzorców umownych w sposób uwzględniający zastrzeżenia zgłoszone przez Prezesa UOKiK i przystąpiła do wymiany umów zawartych z dotychczasowymi odbiorcami.

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. Spółka zadeklarowała dokonanie zmiany wszystkich dotychczas obowiązujących umów mającej na celu dostosowanie ich do zmienionych wzorców, poprzez podpisanie z dotychczasowymi odbiorcami umów według nowych wzorców.

W tej sytuacji Prezes UOKiK orzekł, jak w punkcie I.2 sentencji niniejszej decyzji.

Ad II sentencji decyzji

Zgodnie z art. 12 ust. 2 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, w decyzji, o której mowa w ust. 1, Prezes UOKiK może określić termin wykonania zobowiązania.

Określając w niniejszej sprawie terminy wykonania zobowiązania **do dnia 30 czerwca 2013 r.** Prezes UOKiK uwzględnił nie tylko okres wykonania zobowiązania wskazany przez ZGK, lecz również wziął pod uwagę ilość konsumentów, którym mają być przedłożone do podpisania nowe umowy w zamian za umowy, które zawierają postanowienie kwestionowane przez Prezesa UOKiK – 10 700 szt.

Uwzględniając powyższe, orzeczono jak w pkt II sentencji 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.

Spółka zobowiązana została do złożenia, w terminie do dnia do dnia 31 lipca 2013 r. sprawozdania o stopniu realizacji przyjętego w toku postępowania zobowiązania do podjęcia działań zmierzających do zapobieżenia zarzucanym naruszeniom.

Sprawozdanie powinno zawierać w szczególności:

- a. informacje dotyczące liczby konsumentów, z którymi zawarto nowe umowy w miejsce umów zawierających kwestionowane postanowienia;
- b. kopie 5 przykładowych umów o świadczenie usług zbiorowego zaopatrzenia w wodę

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

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* w związku z art. 479²⁸ §1 i §2 *Kodeksu postępowania cywilnego* – **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
Dyrektor Delegatury
Leszek Piekarz

Otrzymują:

1. Zakład Gospodarki Komunalnej
w Wieliczce sp. z o.o.
ul. J. Jędynaka 30
32-020 Wieliczka

2. a/a RKR