

DECYZJA

z dnia 13 lutego 2009 r.

w sprawie uznania za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszenia zakazu nadużywania pozycji dominującej przez Dolnośląską Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o. we Wrocławiu
(Nr RWR-1/2009)

- I. Na podstawie art. 11 ust. 1 i 2 w związku z art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 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 w związku z § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 lipca 2007 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. Nr 134, poz. 939) po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, uznaje się za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, praktykę polegającą na nadużywaniu przez spółkę działającą pod firmą Dolnośląska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu pozycji dominującej na regionalnym rynku dystrybucji paliw gazowych obejmującym teren południowo-zachodniej części Polski, poprzez narzucenie w umowach o przyłączenie do sieci gazowej zobowiązania, zgodnie z którym przyszli odbiorcy gazu ubiegający się o ww. przyłączenie zobowiązani są do wpłacenia zaliczki z tytułu opłaty za przyłączenie stanowiącej 100% jej wysokości, co stanowi uciążliwy warunek umowy o przyłączenie do sieci gazowej, przynoszący spółce działającej pod firmą Dolnośląska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. we Wrocławiu nieuzasadnione korzyści i stwierdza się zaniechanie jej stosowania z dniem 21 maja 2008 r.
- II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy w związku z § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 lipca 2007 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. Nr 134 poz. 939), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nakłada na spółkę działającą pod firmą Dolnośląska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu karę pieniężną w wysokości 178 647,47 zł (słownie złotych: sto siedemdziesiąt osiem tysięcy sześćset czterdzieści siedem 47/100), płatną do budżetu państwa za naruszenie zakazu określonego w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ww. ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

UZASADNIENIE

Do Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów we Wrocławiu wpłynęło w dniu 28 kwietnia 2008 r. pismo (zawiadomienie) z Najwyższej Izby Kontroli Delegatura we Wrocławiu w sprawie podejrzenia nadużywania przez Spółkę działającą pod firmą Dolnośląski Operator Systemu Dystrybucyjnego Spółka z o.o. z siedzibą we Wrocławiu pozycji dominującej na rynku poprzez narzucenie w umowach o przyłączenie do sieci gazowej zobowiązania, zgodnie z którym osoby i podmioty ubiegający się o przyłączenie zobowiązane są do wpłacenia zaliczki z tytułu opłaty za przyłączenie stanowiącej 100% oszacowanych kosztów przyłączenia, co mogło stanowić uciążliwy warunek umowy o przyłączenie do sieci, przynoszący spółce Dolnośląski Operator Systemu Dystrybucyjnego Spółka z o.o. we Wrocławiu nieuzasadnione korzyści, poprzez możliwość obrotu środkami klientów do czasu realizacji umowy, która miała miejsce niejednokrotnie po wielu miesiącach, co może naruszać zakaz określony w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ww. ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej również jako „ustawa antymonopolowa”).

Najwyższa Izba Kontroli Delegatura we Wrocławiu (NIK) skontrolowała Dolnośląskiego Operatora Systemu Dystrybucyjnego Spółka z o.o. we Wrocławiu (dalej również jako „DOSD”) w zakresie obsługi odbiorców gazu ziemnego w latach 2005 - 2007 (I półrocze). Kontrolą objęto działalność dystrybucyjną prowadzoną przez ówczesną Dolnośląską Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o. we Wrocławiu.

Badania kontrolne wykazały, iż w okresie od 1 stycznia 2005 r. do 30 czerwca 2007 r. w umowach o przyłączenie do sieci gazowej Spółka określała wysokość opłaty za przyłączenie, obligując jednocześnie wnioskodawców (w przypadku realizacji przyłącza przez Dolnośląską Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o. do wpłacenia zaliczki tytułem realizacji przyłącza. Poszczególne Oddziały określały inne terminy na wpłatę przedmiotowych zaliczek i tak: Oddział Wałbrzych wyznaczał 60-dniowy termin na wpłatę zaliczki od dnia zawarcia umowy, natomiast Oddział Wrocław i Oddział Zgorzelec - 14 dni od daty zawarcia umowy. [...]

Spółka w okresie objętym kontrolą Najwyższej Izby Kontroli pobrała od wnioskodawców za przyłączenie do sieci gazowej zaliczki z tytułu realizacji umów przyłączeniowych (zaliczki stanowiły 100% szacunkowo wyliczonej kwoty wartości opłaty przyłączeniowej uiszczanej przez klienta Spółki, do rozliczenia po wykonaniu przyłączenia. [...]) Najwyższa Izba Kontroli zwróciła uwagę, iż pobierane zaliczki stanowiły de facto nieoprocentowane pożyczki udzielone Spółce przez przyszłych odbiorców gazu. NIK negatywnie przy tym oceniła stanowisko zaprezentowane przez byłego Prezesa Spółki, iż główną przyczyną żądania od przyszłych klientów Spółki zaliczek była konieczność poprawy i utrzymania minimalnej płynności finansowej, a także traktowanie tego systemu rozliczeń jako skutecznego sposobu egzekwowania opłaty za przyłączenie.

Reasumując, analiza dokumentów i informacji zebranych w toku przedmiotowej kontroli przez Najwyższą Izbę Kontroli, dała podstawę do przyjęcia, iż mogło nastąpić naruszenie przez DOSD art. 9 ust. 1 i 2 pkt 1 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. [...]

Wobec powyższego Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej również jako „Prezes Urzędu” lub „organ antymonopolowy”) - postanowieniem Nr 157/2008 z dnia 15 maja 2008 r. - wszczął postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem nadużywania przez Spółkę działającą pod nazwą Dolnośląski Operator Systemu Dystrybucyjnego Spółka z o.o. z siedzibą we Wrocławiu pozycji dominującej na regionalnym rynku dystrybucji paliw gazowych obejmującym teren południowo-zachodniej części Polski (województw lub ich części: lubuskiego, dolnośląskiego, wielkopolskiego) poprzez narzucenie w umowach o przyłączenie do sieci gazowej zobowiązania, zgodnie z którym przyszli odbiorcy gazu ubiegający się o ww. przyłączenie zobowiązani są do wpłacenia zaliczki z tytułu opłaty za przyłączenie stanowiącej 100% oszacowanych kosztów przyłączenia, co może stanowić uciążliwy warunek umowy o przyłączenie do sieci gazowej, przynoszący spółce Dolnośląski Operator Systemu Dystrybucyjnego Spółka z o.o. we Wrocławiu nieuzasadnione korzyści, poprzez możliwość obrotu środkami przyszłych odbiorców gazu do czasu realizacji umowy, która miała miejsce niejednokrotnie po wielu miesiącach od daty jej zawarcia, co mogło naruszać zakaz określony w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. [...]

Odnosząc się do - przedstawionego w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego - zarzutu ww. Spółka, w piśmie z dnia 3 czerwca 2008 r. stwierdziła, iż obowiązek wniesienia pełnej opłaty przyłączeniowej dotyczył wszystkich wnioskodawców, z wyłączeniem tych, którzy wnosili o realizację przyłączenia przez wykonawców wybranych przez siebie i zawierali z nimi stosowne umowy o wykonanie robót. Spółka wskazała, iż według niej podstawą prawną pobierania opłaty przyłączeniowej przed wykonaniem przyłączenia jest przede wszystkim brak prawnego zakazu takiego ułożenia stosunków umownych między stronami, a nawet wyraźnego dopuszczenia takiej możliwości w art. 488 par. 1 k.c.

Natomiast podstawy ekonomiczne przedmiotowej opłaty - według spółki DSG - były następujące.

W umowie przyłączeniowej świadczenia stron nie są ekwiwalentne. Świadczenie przedsiębiorstwa gazowniczego ma wartość średnio czterokrotnie wyższą od świadczenia podmiotu przyłączanego, tj. opłaty przyłączeniowej (z wyłączeniem przyłączy innych przedsiębiorstw gazownicznych). Doświadczenia z okresu, gdy opłata przyłączeniowa była wnoszona po wykonaniu przyłączenia wskazywały, że wiele osób, dla których zostało wykonane przyłączenie do sieci gazowej nie wykonywało w ogóle obowiązku wniesienia opłaty przyłączeniowej. Windykacja należności od tych osób nie tylko trwała długo, ale też była nie zawsze skuteczna, co powodowało straty Spółki, zwiększające koszty działalności, a tym samym ceny usług świadczonych przez Spółkę. Wnoszenie opłat przyłączeniowych po zawarciu umowy, ale przed przyłączeniem zmniejszyło ryzyko Spółki w tym zakresie.

Jednocześnie w piśmie z dnia 13 czerwca 2008 r. spółka DSG nie zakwestionowała treści postanowienia nr 167/2008 z dnia 5 czerwca 2008 r. odnośnie postawionego zarzutu w zakresie użytych sformułowań. [...]

Przeprowadzone przez organ antymonopolowy postępowanie dowodowe pozwoliło na ustalenie następującego stanu faktycznego.

- I. 1. Dolnośląska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. (dalej również jako „DSG” lub „Spółka”) jest przedsiębiorstwem energetycznym, którego przedmiotem działalności jest głównie dystrybucja paliw gazowych w systemie sieciowym. DSG obejmuje swoim zasięgiem teren południowo-zachodniej Polski. [...] W ramach Spółki działają trzy Oddziały: Zakład Gazowniczy Wrocław, Zakład Gazowniczy Wałbrzych i Zakład Gazowniczy Zgorzelec. [...]
- I. 2. Spółka DSG (dawniej „DOSD”) w umowach o przyłączenie do sieci gazowej określała m.in. wysokość opłaty za przyłączenie, obligując jednocześnie wnioskodawców (w przypadku realizacji przyłącza przez Spółkę) do wpłacenia zaliczek tytułem realizacji przyłącza w wysokości 100% opłaty przyłączeniowej. Powszechnie stosowany zapis par. 2 ust. 4 umowy o przyłączenie był następujący: „Opłatę za przyłączenie w kwocie określonej w ust. 3 Przyłączany zobowiązuje się wpłacić zaliczkowo na konto bankowe [...] w terminie 14 dni od daty zawarcia niniejszej umowy, wskazując przy wpłacie numer umowy przyłączeniowej. Za datę uiszczenia opłaty przyłączeniowej uważa się datę jej wpływu na rachunek bankowy Przedsiębiorstwa Gazowniczego”. Powyższy sposób uiszczania opłaty przyłączeniowej dotyczył wszystkich grup odbiorców. Niemniej jednak poszczególne Oddziały Spółki określały inne terminy na wpłatę przedmiotowych zaliczek, i tak Oddział Wałbrzych wyznaczał 60-dniowy termin na wpłatę zaliczki od dnia zawarcia umowy, natomiast Oddział Wrocław i Oddział Zgorzelec stosował 14-dniowy termin od daty zawarcia umowy. [...]

- I. 3. Zasady i warunki działalności przedsiębiorstw energetycznych (a zatem i Spółki DSG) określa ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (Dz. U. z 2006 r. Nr 89, poz. 89 ze zm.). Na jej podstawie wydano akty wykonawcze, które szczegółowo regulują prawa i obowiązki zarówno przedsiębiorstw energetycznych, jak i odbiorców energii elektrycznej, ciepła oraz paliw gazowych. I tak, cały rozdział 2 rozporządzenia Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 6 kwietnia 2004 r. w sprawie szczegółowych warunków do przyłączenia podmiotów do sieci gazowych, ruchu i eksploatacji tych sieci (Dz. U. Nr 105, poz. 1113 ze zm.) zawiera szczegółowe przepisy dotyczące przyłączenia podmiotów do sieci gazowej. Par. 3 ww. rozporządzenia stanowi, iż „przyłączenie do sieci gazowej następuje z uwzględnieniem zasady równoprawnego traktowania podmiotów ubiegających się o przyłączenie, na podstawie umowy o przyłączenie, po spełnieniu technicznych warunków przyłączenia określonych przez przedsiębiorstwo gazownicze, zwanych dalej „warunkami przyłączenia”. Natomiast par. 9 „rozporządzenia przyłączeniowego” stanowi m.in., iż umowa o przyłączenie określa w szczególności termin realizacji przyłączenia (pkt 2), a także wysokość opłaty za przyłączenie oraz sposób jej regulowania (pkt 3).

Kwestia opłat przyłączeniowych jest regulowana także w przepisach aktualnie obowiązującego rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 6 lutego 2008 r. w sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryf oraz rozliczeń w obrocie paliwami gazowymi (Dz. U. Nr 28, poz. 165), jak również wcześniej obowiązującego rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 15 grudnia 2004 r. w sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryf oraz rozliczeń w obrocie paliwami gazowymi (Dz. U. Nr 277, poz. 2750). W obu ww. rozporządzeniach znajdują się zapisy stanowiące, iż opłata za przyłączenie pobierana jest jednorazowo, ale przedsiębiorstwo energetyczne może na wniosek przyłączanego podmiotu opłatę rozłożyć na raty. Warunki pobierania opłaty w ratach, w tym pokrywania związanych z tym kosztów, określa umowa o przyłączenie.

Spółkę obowiązuje aktualnie Taryfa dla usług dystrybucji paliw gazowych nr 1 zatwierdzona w drodze decyzji z dnia 10 kwietnia 2008 r. przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki. Taryfa ta - ustalona na okres od dnia 25 kwietnia 2008 r. do 31 marca 2009 r. - określa wysokość cen i stawek opłat pobieranych przez Spółkę od odbiorców gazu. W pkt 10 tej taryfy znajdują się szczegółowe zasady rozliczeń za przyłączenie do sieci dystrybucyjnej, w tym m.in. podział na grupy przyłączeniowe oraz tabela stawek opłat przyłączeniowych. Pkt 10.5 ww. Taryfy stanowi, iż „opłata za przyłączenie pobierana jest jednorazowo. Operator może na wniosek przyłączanego podmiotu opłatę rozłożyć na raty. Warunki pobierania opłaty w ratach, w tym pokrywania związanych z tym kosztów, określa umowa o przyłączenie”. Natomiast pkt 10.11 przedmiotowej taryfy określa, że „opłata za przyłączenie jest ustalana i pobierana w wysokości wynikającej z taryfy obowiązującej w dniu zawarcia umowy o przyłączenie”. Wcześniej (tj. w okresie od 1 kwietnia 2006 r. do 24 kwietnia 2008 r.) obowiązywała Taryfa dla paliw gazowych Nr 2 różniąca się od aktualnej Taryfy jedynie w zakresie cen za paliwo gazowe. [...]

- I. 4. Podmioty przyłączane do sieci dystrybucyjnej zalicza się do następujących grup przyłączeniowych [...]

- I. 5. Proces przyłączania do sieci gazowej Spółki klientów z grup taryfowych A, B i C szczegółowo regulują odpowiednie Procedury Zintegrowanego Systemu Zarządzania: „PSD - Przyłączenie do sieci dystrybucyjnej” i „IRE - Inwestycje i remonty”. Składa się on z następujących etapów: złożenie w Spółce wniosku o określenie warunków przyłączenia do sieci gazowej, wydanie przez Spółkę warunków przyłączenia do sieci gazowej lub odmowa ich wydania, złożenie w Spółce wniosku o zawarcie umowy o przyłączenie do sieci gazowej, wysłanie przez Spółkę projektu umowy przyłączeniowej z prośbą o jej podpisanie i odesłanie lub ewentualne zgłoszenie zastrzeżeń, po podpisaniu umowy przyłączeniowej następuje uruchomienie procesu inwestycyjnego - tj. opracowanie dokumentacji, a następnie wykonanie przyłącza - zgodnie z zapisami umowy przyłączeniowej, zawarcie umowy sprzedaży gazu.

Przygotowana przez DSG umowa przyłączeniowa jest wysyłana pocztą do klienta z prośbą o jej podpisanie lub osobiste dostarczenie do Spółki w terminie określonym w piśmie przewodnim do umowy, lub zgłoszenie zastrzeżeń. W przypadku uwag klienta co do treści umowy mogą być one zgłoszone telefonicznie lub na piśmie (np. e-mail). Uwzględnione uwagi klienta nie mogą jednak stawiać go w uprzywilejowanej sytuacji wobec innych przyłączanych. Należy zaznaczyć, iż kwestionowany zapis umowy przyłączeniowej dotyczący konieczności wpłacenia zaliczki z tytułu opłaty za przyłączenie stanowiącej 100% jej wysokości nie podlegał negocjacom.

Na prośbę klienta może być przygotowana umowa o przyłączenie przewidująca realizację przyłączenia przez Spółkę, w oparciu o sporządzoną przez klienta i odkupioną przez Spółkę dokumentację projektową, lub przewidującą realizację przyłączenia przez klienta, a następnie zwrot nakładów poniesionych na realizację przyłączenia w wysokości nie wyższej od tej jaką poniosłaby Spółka realizując tę inwestycję. Na etapie składania wniosku o zawarcie umowy przyłączeniowej, w wariantcie przewidującym realizację przyłączenia przez klienta, podmiot przyłączany staje się inwestorem przyłączenia i zobowiązuje się do jego wykonania zgodnie z wymogami prawa. Tym samym podmiot przyłączany dokonuje na własny rachunek wyboru projektanta oraz wykonawcy robót budowlanych i zawiera z nimi stosowne umowy. W trakcie procesu inwestycyjnego Spółka jest informowana o rozpoczęciu robót budowlanych, uczestniczy w odbiorze technicznym i próbie szczelności wybudowanego przyłącza oraz dokonuje jego włączenia do czynnej sieci gazowej po zakończeniu budowy. Rozliczenie wzajemnych zobowiązań i zwrot nakładów podmiotowi przyłączanemu - w przypadku realizacji przyłączenia przez klienta - następuje po zakończeniu inwestycji, na podstawie udokumentowanych kosztów realizacji. Zwracana podmiotowi przyłączanemu kwota nakładów pomniejszana jest o opłatę przyłączeniową, ustalaną i wyliczoną w oparciu o rzeczywistą długość przyłącza i stawki wynikającej z Taryfy obowiązującej w dniu zawierania umowy przyłączeniowej. Zawarcie umowy sprzedaży gazu (umowy kompleksowej stanowiącej połączenie umowy o świadczenie usługi dystrybucyjnej i umowy sprzedaży paliwa gazowego) następuje w identyczny sposób jak w przypadku realizacji przyłączenia w całości przez Spółkę. [...]

- I. 6. Jak wynika z zebranego materiału dowodowego, w okresie od dnia 1 stycznia 2005 r. do dnia 31 grudnia 2007 r. wykonano 9494 przyłączy, w tym 6949 przyłączy zostało wykonanych przez DSG. [...]

- I. 7. W okresie od 1 stycznia 2005 r. do 31 grudnia 2007 r. zawarto ogółem 6804 umów o przyłączenie, w których wnioskodawcy byli zobligowani do zaliczkowego wpłacenia opłaty za przyłączenie stanowiącej 100% jej wysokości, z czego w 2005 r. zawarto 2284 takich umów o przyłączenie, w 2006 r. zawarto 2326 takich umów o przyłączenie, zaś w 2007 r. zawarto 2339 takich umów o przyłączenie. Spółka wyjaśniła, iż z 2339 umów o przyłączenie do sieci gazowej zawartych w 2007 r. w 50 przypadkach opłata przyłączeniowa była rozłożona na raty. Jednocześnie Spółka wyjaśniła, że w każdym przypadku, w którym klient zwrócił się z wnioskiem/prośbą o rozłożenie opłaty przyłączeniowej na raty, Spółka wyrażała zgodę na takie rozwiązanie. Zgodnie z par. 37 ust. 1 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 6 lutego 2008 r. w sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryf oraz rozliczeń w obrocie paliwami gazowymi, opłata za przyłączenie jest pobierana jednorazowo. Przedsiębiorstwo energetyczne może, na wniosek przyłączanego podmiotu, rozłożyć przedmiotową opłatę na raty (par. 37 ust. 2 zd. 1). Tak więc przepis ten - zdaniem Spółki - nie przewiduje rozkładania opłaty przyłączeniowej na raty bez stosownego wniosku klienta. [...]

- I. 8. W okresie od 1 stycznia 2005 r. do 31 grudnia 2007 r. spółka DSG pobrała na poczet opłat przyłączeniowych kwotę [...]
- I. 9. W umowach o przyłączenie do sieci gazowej spółka DSG stosowała zapisy dotyczące odpowiedzialności stron za niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie umowy (vide: par. 4 umowy). Niemniej jednak Spółka nie egzekwowała w rzeczywistości postanowień w zakresie odpowiedzialności wnioskodawcy (podmiotu przyłączanego) za niedotrzymanie zapisów umowy przyłączeniowej dotyczącego obowiązku zawarcia z DSG umowy handlowej, ponieważ m.in. zapisy o karach za brak zawarcia umowy handlowej wprowadzono przede wszystkim w celu podkreślenia konsekwencji wynikających z podania we wniosku niewłaściwych danych, a także w celu możliwości egzekwowania tych kar w sytuacji definitywnego odstąpienia klienta od zawarcia umowy handlowej. Ponadto zakładając, że klient jedynie opóźnia zawarcie umowy, a nie zrezygnował z niej całkowicie, nie egzekwowano kar, aby nie zaczynać wieloletniej współpracy z odbiorcą od karania za opóźnienia. W tym przypadku cel marketingowy był celem nadrzędnym. [...]
- I. 10. Pan Ryszard O. - Prezes Zarządu spółki DSG stwierdził iż „DSG realizowała i realizuje bardzo duży program inwestycyjny niezbędny do zachowania bezpieczeństwa użytkownika gazu i ciągłości dostaw. Środki są niewystarczające. [...] W tej sytuacji przedpłaty znacznie poprawiły utrzymanie minimalnej płynności finansowej. Przepisy prawa tego nie zabraniają (kodeks cywilny dopuszcza możliwość takiego zapisu w umowie). Wcześniej wniesienie opłaty istotnie zmniejsza prawdopodobieństwo rezygnacji klienta z przyłączenia. Doświadczenia wcześniejsze pokazywały, że po wykonaniu przyłącza od części klientów wyegzekwowanie opłaty było trudne”. [...]
- I. 11. [...] Średni czas wykonania przyłącza wyniósł 258 dni. [...]
- I. 12. Spółka DSG w latach 2007-2008 nie korzystała i nie korzysta z żadnych komercyjnych kredytów obrotowych. Jednakże, w związku z polityką Grupy Kapitałowej PGNiG, spółki zależne mogą zaciągać pożyczki u właściciela. [...]
- I. 13. Spółka DSG (działając jeszcze pod nazwą „DOSD”) zaniechała pobierania opłat z tytułu przyłączenia stanowiącej dla odbiorców z grupy B z dniem 20 maja 2008 r., tj. z dniem wydania przez Dyrektora Generalnego Spółki polecenia służbowego zakazującego pobierania opłaty przyłączeniowej przed wykonaniem przyłączenia, w odniesieniu do wszystkich klientów DOSD (obecnie „DSG”) należących do kategorii konsumentów oraz innych podmiotów przyłączanych do sieci średniego i niskiego ciśnienia (bez przyłączanych innych przedsiębiorstw gazowniczych). Jednakże z uwagi na to, że Oddziały Spółki zlokalizowane są w trzech różnych miastach województwa dolnośląskiego (Wrocław, Wałbrzych i Zgorzelec) poszczególne Oddziały zaprzestały pobierania przedmiotowej opłaty w następujących terminach: Oddział Zarząd Przedsiębiorstwa - z dniem 20 maja 2008 r., Zakład Dystrybucji Gazu Wrocław - z dniem 20 maja 2008 r., Zakład Dystrybucji Gazu Wałbrzych - z dniem 21 maja 2008 r., Zakład Dystrybucji Gazu Zgorzelec - z dniem 20 maja 2008 r. [...]
- I. 14. W myśl postanowień par. 2 ust. 4. nowego wzorca umowy o przyłączenie do sieci gazowej (dot. odbiorców z grupy B) „Przyłączany po wykonaniu przyłącza przez Operatora, zobowiązuje się zapłacić opłatę przyłączeniową w terminie 14 dni od daty doręczenia na rachunek bankowy [...]”. W przypadku odbiorców z grupy A i C w nowych wzorcach przedmiotowej umowy zapis par. 2 ust. 5 stanowi, iż „Przyłączany zobowiązuje się zapłacić opłatę za przyłączenie w dwóch częściach: a) 50% kwoty określonej w ust. 3 (tj. opłaty za przyłączenie) po poniesieniu przez Operatora kosztów przyłączenia w wysokości co najmniej równiej tej części opłaty za przyłączenie, b) pozostałą część opłaty za przyłączenie wyliczonej po wykonaniu przyłączenia [...]”. Jednocześnie należy zaznaczyć, iż odbiorcy z grupy B stanowią 99,9% odbiorców gazu, np. w 2007 r. wszystkie umowy o przyłączenie do sieci gazowej były zawarte wyłącznie odbiorcami zaliczanymi do ww. grupy. [...]
- I. 15. Spółka DSG w latach 2007-2008 nie pobrała żadnej opłaty z tytułu przyłączenia do sieci gazowej stanowiącej 100% jej wysokości w stosunku do odbiorców z grupy A. W stosunku do odbiorców gazu należących do grupy B po dniu 21 maja 2008 r. DSG zawierała umowy o przyłączenie do sieci gazowej, w myśl których Przyłączany był zobowiązany zapłacić całą opłatę przyłączeniową dopiero po wykonaniu przyłącza przez DSG.
- Co prawda jedna umowa zawarta w dniu 29 maja 2008 r. (w więc już po dniu 21 maja 2008 r.) przewidywała wniesienie przez Przyłączanego pełnej opłaty przyłączeniowej z góry, niemniej jednak powyższe wynikało wskutek ewidentnej omyłki pracownika Spółki. Wpłacona przez klienta opłata została niezwłocznie zwrócona na jego konto i jednocześnie do klienta skierowany został aneks do przedmiotowej umowy zmieniający termin wniesienia opłaty przyłączeniowej po zakończeniu robót budowlanych.
- W dniu 16 czerwca 2008 r. wpłynęła na konto Spółki ostatnia opłata z tytułu przyłączenia stanowiąca 100% jej wysokości dla odbiorców grupy C (umowa z G.EN. GAZ ENERGIA S.A.), jednakże w dniu 11 września 2008 r. wysłano do klienta aneks do umowy umożliwiający zwrot pobranej opłaty przyłączeniowej oraz wniesienia opłaty w dwóch częściach. Ponadto do wszystkich (1108) klientów, którzy wpłacili opłatę za przyłączenie do sieci gazowej, a przyłączenie zostało zrealizowane do dnia 20 maja 2008 r., spółka DSG wysłała pisma dotyczące możliwości zwrotu wniesionej opłaty przyłączeniowej. Z liczby 1108 klientów jedynie 34 zacyczyło sobie zwrotu przedmiotowej opłaty. Odnotowano 7 przypadków, w których reakcją na przesłane klientom pisma, były pisemne odpowiedzi z wyraźnym stwierdzeniem, że nie życzą sobie zwrotu wpłaconych kwot z takich tytułów. Pozostali adresaci ww. pism Spółki nie zajęli żadnego stanowiska, a przesłane im pisma zbyli milczeniem, co dało spółce DSG przesłankę do założenia, iż nie chcą w tym zakresie prowadzić dalszej korespondencji. [...]
- I. 16. W piśmie z dnia 5 września 2008 r. spółka DSG wniosła o zastosowanie przez Prezesa UOKiK art. 12 ustawy z dnia z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów i wydanie decyzji w ww. trybie [...]
- I. 17. W celu wszechstronnego wyjaśnienia sprawy organ antymonopolowy zbadał dodatkowo, w jaki sposób pobieranie opłaty przyłączeniowej stosuje pięć pozostałych Operatorów Systemu Dystrybucyjnego na terenie Polski, tj. Górnośląski Operator Systemu Dystrybucyjnego Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze (GOSD), Karpacki Operator Systemu Dystrybucyjnego Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (KOSD), Mazowiecki Operator Systemu Dystrybucyjnego Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (MOSD), Wielkopolski Operator Systemu Dystrybucyjnego Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (WOSD) i Pomorski Operator Systemu Dystrybucyjnego Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (POSZ). [...] W umowach o przyłączenie do sieci gazowej ww. Spółek (poza spółką DSG - dawniej DOSD) znajdują się następujące zapisy odnośnie pobierania opłaty przyłączeniowej:
1. Górnośląski Operator Systemu Dystrybucyjnego Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze (GOSD):
- „Opłata za przyłączenie płatna będzie w dwóch ratach. Pierwszą ratę w wysokości.... Odbiorca wniesie w terminie 14 dni od dnia wpływu (...) podpisanej ze strony Odbiorcy umowy o przyłączenie. Druga rata, której wysokość z VAT zostanie określona po realizacji przyłączenia zostanie wniesiona przez Odbiorcę najpóźniej w terminie 21 dni od dnia zakończenia realizacji (...).” Spółka wyjaśniła dodatkowo, iż Podmiot przyłączany do sieci GOSD jest zobowiązany do wniesienia opłaty za przyłączenie w dwóch ratach: zaliczki w wysokości 50% opłaty za przyłączenie w ciągu 14 dni od daty zawarcia umowy o przyłączenie oraz drugiej raty (stanowiącej zazwyczaj drugie 50% opłaty za przyłączenie) do 21 dni od daty zakończenia realizacji zadania.

2. Karpacki Operator Systemu Dystrybucyjnego Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (KOSD):
„Opłatę za przyłączenie (...) Podmiot wnosi w całości nie później niż 14 dni od daty wykonania usługi i wystawienia faktury (...)”. Spółka wyjaśniła dodatkowo, iż zapisy w umowach o przyłączenie do sieci KOSD nie nakładają na wnioskodawców obowiązku wpłacania zaliczek z tytułu opłat za przyłączenie. Niemniej jednak klient ma możliwość wnieść zaliczkę na poczet przedmiotowej opłaty i niektórzy klienci z tej możliwości korzystają.
3. Mazowiecki Operator Systemu Dystrybucyjnego Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (MOSD):
„Opłata za przyłączenie zostanie wpłacona przez Podmiot ubiegający się o przyłączenie w terminie do dnia ... (max. 30 dni od daty wystawienia faktury), na podstawie faktury wystawionej przez Przedsiębiorstwo gazownicze w dniu zawarcia Umowy”. Spółka wyjaśniła dodatkowo, iż w projektach umów o przyłączenie do sieci gazowej, w których realizacja inwestycji leży po stronie Spółki, przedstawiana jest klientom propozycja jednorazowego uregulowania opłaty za przyłączenie przed rozpoczęciem budowy odcinka sieci gazowej służącej do przyłączenia obiektu. Niemniej jednak - zdaniem Spółki - istnieje możliwość rozłożenia tej opłaty na raty. W 2007 r. wśród 7622 zawartych umów o przyłączenie do sieci gazowej, na mocy których Spółka realizowała całość prac związanych z budową odcinków sieci gazowej służącej do przyłączania obiektu, w 28 przypadkach, na podstawie pisemnych wniosków złożonych przez klientów, opłata za przyłączenie była rozłożona na raty.
4. Wielkopolski Operator Systemu Dystrybucyjnego Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (WOSD):
„Opłatę za przyłączenie Podmiot wnosi w częściach, w następujących terminach i wysokości: kwota... w terminie do dnia... Do każdej kwoty zostanie doliczony należny podatek VAT w wysokości 22%”. Spółka wyjaśniła dodatkowo, iż w praktyce opłata za przyłączenie pobierana jest jednorazowo po zakończeniu inwestycji. W szczególnych przypadkach ww. opłata - za zgodą stron - może być pobierana w innych terminach (również ratalnie).
5. Pomorski Operator Systemu Dystrybucyjnego Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (POSD):
„Przyłączenie instalacji gazowej Podmiotu do sieci gazowej zrealizowane zostanie przez Przedsiębiorstwo Gazownicze najpóźniej w terminie do dnia... Przedsiębiorstwo Gazownicze przystąpi do realizacji przyłączenia po wniesieniu przez Podmiot opłaty za przyłączenie (...)”. Spółka wyjaśniła dodatkowo, iż opłata za przyłączenie pobierana jest jednorazowo, w całości przed przystąpieniem do realizacji umowy. Niemniej jednak POSD przychyliła się do wniosków konsumentów i zgadza się na wnoszenie opłaty przyłączeniowej w ratach, które niejednokrotnie rozkładane są na wiele miesięcy po wykonaniu przyłącza.
Tak więc zaliczkę z tytułu opłaty za przyłączenie stanowiącej 100% jej wysokości oprócz Uczestnika pobierają jeszcze dwie spółki dystrybucyjne (MOSD i POSD). Natomiast trzy pozostałe spółki (KOSD, GOSD i WOSD) nie pobierają opłaty przyłączeniowej w pełnej wysokości przed wykonaniem przyłącza, np. KOSD i WOSD pobiera ją jednorazowo dopiero po wykonaniu przyłącza, a GOSD pobiera zaliczkę w wysokości 50% opłaty przyłączeniowej przed rozpoczęciem budowy przyłącza i 50% po jego wykonaniu. [...]

Mając na uwadze powyższe ustalenia organ antymonopolowy zważył, co następuje.

1. Określenie zarzutu

Spółce DSG postawiony został zarzut nadużywania pozycji dominującej na regionalnym rynku dystrybucji paliw gazowych obejmującym teren południowo-zachodniej części Polski poprzez narzucenie w umowach o przyłączenie do sieci gazowej zobowiązania, zgodnie z którym przyszli odbiorcy gazu ubiegający się o ww. przyłączenie zobowiązani są do wpłacenia zaliczki z tytułu opłaty za przyłączenie stanowiącej 100% jej wysokości, co mogło stanowić uciążliwy warunek umowy o przyłączenie do sieci gazowej, przynoszący spółce Dolnośląska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. we Wrocławiu nieuzasadnione korzyści, poprzez możliwość obrotu środkami przyszłych odbiorców gazu do czasu realizacji umowy, która miała miejsce niejednokrotnie po wielu miesiącach od daty jej zawarcia, co mogło naruszać zakaz określony w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

2. Interes publicznoprawny

Podstawą do zastosowania przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumenta jest uprzednie stwierdzenie przez Prezesa Urzędu, czy w niniejszej sprawie wszczęcie i przeprowadzenie postępowania antymonopolowego było zasadne z punktu widzenia interesu publicznoprawnego. W świetle art. 1 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumenta celem regulacji w niej przyjętych jest zapewnienie rozwoju konkurencji, ochrona przedsiębiorców narażonych na stosowanie praktyk ograniczających konkurencję i ochrona interesów konsumentów. Tak określony cel ustawy pozwala przyjąć, iż ma ona charakter publicznoprawny i służy ochronie ogólnospołecznego interesu. Powyższe przesądza o wyłączeniu możliwości podejmowania przez organ antymonopolowy działań w celu ochrony wyłącznie interesów indywidualnych. Taką interpretację potwierdza orzecznictwo Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (patrz wyroki z dnia 28.05.2001, sygn. akt XVII Ama 82/00; z dnia 4.07.2001, sygn. akt XVII Ama 108/00; z dnia 30.05.2001 r., sygn. akt XVII Ama 80/00; z dnia 6.06.2001, sygn. akt XVII Ama 78/00) i Sądu Najwyższego (wyrok z dnia 27 sierpnia 2003 r., sygn. akt I CK 184/03).

Tym samym nie każde naruszenie prawa w stosunkach cywilno-prawnych kwalifikuje sprawę do postępowania w trybie ww. ustawy. Odmienne niż to ma miejsce w postępowaniu cywilnym ukierunkowanym na ochronę praw podmiotowych stron, postępowanie w trybie ustawy antymonopolowej ma za swój przedmiot ochronę interesu publicznoprawnego, co ma miejsce wtedy, gdy skutkami działań sprzecznych z ustawą dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku, bądź gdy wywołują one inne niekorzystne zjawiska na rynku wymagające ingerencji ze strony organów działających w trybie tej ustawy.

Czynnikiem umożliwiającym podejmowanie przez spółkę DSG działań będących przedmiotem postawionych w niniejszej sprawie zarzutów jest niewątpliwie jego siła rynkowa. Dla naruszenia interesu publicznego w takiej sytuacji wystarczające jest dowolne nadużycie siły rynkowej w relacjach ze słabszymi uczestnikami rynku, bowiem już sam fakt nadużycia posiadanej na rynku pozycji dominującej narusza interes publiczny. W okolicznościach przedmiotowej sprawy, praktyki eksploatacyjne urzeczywistniają się poprzez stosunki umowne, albowiem spółka DSG posługiwała się w obrocie prawnym wzorcem umownym zawierającym kwestionowane pod kątem naruszenia art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zapisy. Nie budzi więc wątpliwości, iż w takich okolicznościach interwencja Prezesa Urzędu podjęta w formie wszczęcia postępowania antymonopolowego na gruncie tej ustawy stała się konieczna i ma na celu ochronę interesu społecznego wszystkich potencjalnych odbiorców gazu na terenie działania spółki DSG.

3. Rynek właściwy

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na rynku właściwym. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów definiuje rynek właściwy jako rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki

konkurencji (art. 4 pkt 9 ww. ustawy). Przez towary należy rozumieć zarówno rzeczy, jak i energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane (art. 4 pkt 7 ww. ustawy). Pojęcie rynku właściwego odnosi się przedmiotowo do wszystkich wyrobów (usług) jednego rodzaju, które ze względu na swoje szczególne właściwości odróżniają się od innych wyrobów (usług) w taki sposób, że nie istnieje możliwość dowolnej ich zamiany. Rynek właściwy produktowo obejmuje wszystkie towary, które służą zaspokajaniu tych samych potrzeb nabywców, mają zbliżone właściwości, podobne ceny i reprezentują podobny poziom jakości. Niezbędnym elementem rynku właściwego jest także jego wymiar geograficzny, oznaczający konieczność wskazania obszaru, na którym warunki konkurencji, mające zastosowanie do określonych towarów, są jednakowe dla wszystkich konkurentów. Zatem, aby wyznaczyć rynek właściwy, określoną działalność poddaje się analizie z punktu widzenia produktowego (asortymentowego), a także geograficznego.

W przedmiotowej sprawie rynek właściwy i zasięg działalności prowadzonej przez spółkę DSG pokrywają się.

Rynkiem właściwym produktowo w przedmiotowej sprawie jest rynek dystrybucji paliw gazowych za pośrednictwem sieci gazowych, do tych bowiem sieci powinni zostać włączeni nowi odbiorcy gazu przed podpisaniem umowy o dostawę gazu. Produkt ten nie ma substytutów. Okoliczność powyższa wynika z faktu, iż odbiorcy gazu nie mają możliwości przyłączenia się do alternatywnego dostawcy gazu i korzystania z jego usług. Za alternatywne źródło dostaw gazu za pośrednictwem sieci gazowych, mogłaby być uznana jedynie oferta dostawy gazu na terenie działania spółki DSG porównywalna lub korzystniejsza od warunków dostawy gazu od ww. Spółki. Aby nowe źródło zaopatrzenia mogło być uznane za alternatywne w stosunku do posiadanych musi ono spełniać wymóg natychmiastowej dostępności bez ponoszenia nakładów inwestycyjnych (Wyrok SOKiK z dnia 31 maja 2000 r., sygn. akt XVII Ama 44/00). Takie alternatywne źródło dostaw gazu na terenie działania DSG nie występuje.

Geograficzne granice rynku właściwego stanowi obszar działania DSG ustalony w stanie faktycznym sprawy, na którym to obszarze ww. Spółka nie spotyka się z konkurencją ze strony innych dostawców gazu, w związku z czym na terenie tym panują jednolite warunki konkurencji (monopol z DSG jako monopolistą).

Tak więc rynkiem właściwym w niniejszej sprawie jest rynek dystrybucji paliw gazowych obejmujący teren południowo-zachodniej części Polski: województwo dolnośląskie z wyłączeniem gmin: Dziadowa Kłoda, Międzybórz i Syców (powiat oleśnicki) oraz wyłączeniem powiatu górowskiego, następujące gminy województwa wielkopolskiego: Zbąszyń (powiat nowotomyski), Siedlce i Wolsztyn (powiat wolsztyński), następujące powiaty i gminy województwa lubuskiego: powiaty: krośnieński, świebodziński, zielonogórski, żagański, żarski i nowosolski z wyłączeniem gmin: Wschowa i Szlichtyngowa oraz gminy: Cybinka (powiat słubicki) i Torzym (powiat sulęciński).

4. Ustalenie pozycji rynkowej DSG na rynku właściwym

Art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów definiuje pozycję dominującą jako pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów; domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku przekracza 40%.

DSG na wyżej zdefiniowanym rynku właściwym jest monopolistą naturalnym, co wynika z faktu sieciowego charakteru urządzeń służących do dostarczania gazu i braku konkurentów. To właśnie dzięki sieci, Spółka w stosunku do swoich odbiorców posiada pozycję monopolu naturalnego. Ubiegający się o przyłączenie do sieci gazowej nie mają możliwości alternatywnego zakupu gazu od innego przedsiębiorcy. Spółka DSG nie spotyka się więc z żadną konkurencją, a oferowane przez nią usługi produktowe nie posiadają bliskich substytutów, w związku z czym zajmuje niekwestionowaną pozycję dominującą. Posiada zatem na tym rynku siłę ekonomiczną, przy użyciu której może zapobiegać nie tylko efektywnej konkurencji, ale i działać w dużym stopniu niezależnie od zachowania swych konkurentów, kontrahentów i konsumentów, a w szczególności eksploatować swoją pozycję rynkową ich kosztem. W przedmiotowej sprawie pozycja dominująca Spółki jest więc ewidentna, ponieważ DSG jest jedynym dostawcą paliw gazowych za pośrednictwem sieci. Tak więc na wyżej określonym regionalnym rynku dystrybucji paliw gazowych spółka DSG posiada pozycję monopolistyczną, która jest kwalifikowaną postacią pozycji dominującej. Jest więc poza sporem, iż Spółka będąc przedsiębiorstwem sieciowym dysponuje przewagą kontraktową nad swoimi kontrahentami w zakresie negocjowania warunków ich przyłączenia do sieci (w tym sposobu pobierania opłaty przyłączeniowej) i ma wystarczającą siłę by narzucić im treść umów jakiej nie byłby w stanie wynegocjować w warunkach istnienia konkurencji.

Z uwagi na powyższe, należy stwierdzić, iż spełnione zostały przesłanki warunkujące stwierdzenie posiadania przez DSG pozycji dominującej na wyznaczonym wyżej rynku właściwym.

5. Stwierdzenie praktyk ograniczających konkurencję

Zgodnie z art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. Nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności na narzucaniu przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści. Zachodzi zatem konieczność udowodnienia kumulatywnego spełnienia przez spółkę DSG określonych w cytowanym powyżej zapisie czterech przesłanek: posiadania na rynku właściwym pozycji dominującej, narzucania określonych warunków umów, uciążliwy charakter tych warunków, a także osiągnięcie przez przedsiębiorcę narzucającego warunki nieuzasadnionych korzyści.

Jak stwierdzono wyżej, spółka DSG posiada pozycję dominującą na lokalnym rynku dystrybucji paliw gazowych obejmującym teren południowo-zachodniej części Polski. [...] Tym samym pierwsza przesłanka praktyki z art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów została spełniona. Posiadanie pozycji dominującej samo przez się nie narusza prawa. Narusza prawo dopiero jej nadużywanie, przejawiające się w stosowaniu praktyk ograniczających konkurencję. Nie wszystkie jednak zachowania przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą mają postać takich praktyk, a tylko takie, które naruszają przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Drugą przesłanką niezbędną do wykazania stosowania przez Spółkę praktyk ograniczających konkurencję w rozumieniu art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest, aby określone warunki umów zostały kontrahentom narzucone. Narzucanie warunków umów ma miejsce wówczas, gdy dominant wykorzystując posiadaną siłę rynkową i sytuację przymusową kontrahentów, wynikającą z braku rzeczywistych alternatyw na rynku, wymusza na nich określone zachowania. Źródłem narzucania jest siła rynkowa przedsiębiorstwa pozwalająca na jednostronne dyktowanie warunków umów kontrahentom. Narzucanie warunków umowy musi mieć charakter przymusowy, tj. wymuszony przez przedsiębiorcę dominującego. Często rodzą się wątpliwości, czy dany uciążliwy warunek umowy jest narzucony kontrahentowi, czy też został wynegocjowany w ramach zasady swobody umów określonej w art. 3531 k.c. W świetle dotychczasowego orzecznictwa antymonopolowego o tym, czy w konkretnych warunkach

dominacji rynkowej treść umowy została kontrahentowi narzucona decyduje treść umowy i okoliczności jej zawarcia. Orzecznictwo ukształtowało zasadę racjonalnego postępowania kontrahenta przedsiębiorcy dominującego, ocenianą według hipotetycznego założenia istnienia konkurencji na rynku. Zgodnie bowiem z doświadczeniem życiowym, przedsiębiorca lub konsument zawierający umowę działają racjonalnie.

Narzucanie warunku umowy ma miejsce wówczas, gdy przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą wykorzystując sytuację przymusową kontrahenta (konsumenta), wynikającą z braku rzeczywistych alternatyw na rynku, wymusza na nim określone zachowanie. W niniejszej sprawie DSG jako dystrybutor (dostawca) gazu za pośrednictwem sieci gazowej zajmuje pozycję tzw. monopolisty naturalnego. Prowadzi swoją działalność gospodarczą w warunkach, w których odizolowane od potencjalnych konkurentów zarówno barierą kosztów niezbędnych dla uruchomienia działalności w danej dziedzinie, jak i ustanowioną wcześniej strukturą organizacyjną i technologiczną, dysponuje potencjałem wystarczającym do narzucenia swoim odbiorcom warunków umowy. Odbiorca podpisując umowę akceptuje warunki umowy z góry jednostronnie ustalone przez dominanta. Innymi słowy przystępuje do umowy bez indywidualnego negocjowania jej postanowień. W umowie tego typu (tzw. umowie adhezyjnej), gdzie dostawca jednostronnie ustala warunki świadczenia usług, odbiorca w ramach szeroko rozumianej swobody umów ma prawo przyjąć ofertę bądź umowy nie zawrzeć i w tym właśnie zakresie można mówić o tym, że dostawca usług narzuca jej treść kontrahentowi. DSG znajduje się więc w sytuacji uprzywilejowanej w stosunku do odbiorców gazu, którzy nie mając możliwości wyboru zmuszeni są korzystać z jego usług, a co za tym idzie do akceptowania niekorzystnych dla nich zapisów.

W stosunku do swoich odbiorców Spółka dysponuje w związku z tym przewagą kontraktową, która pozwala jej na całkowite dyktowanie warunków w stosunkach umownych. Świadczy o tym ocena potencjałów i możliwości, jakimi dysponują obie strony, z której wynika, że nie może być mowy o negocjacjach na równoprawnych i partnerskich warunkach. DSG prowadzi więc działalność gospodarczą w warunkach, w których - odizolowane od potencjalnych konkurentów zarówno barierą kosztów niezbędnych dla uruchomienia działalności w danej dziedzinie, jak i ustanowioną wcześniej strukturą organizacyjną i technologiczną - dysponuje potencjałem niezbędnym do narzucenia swoim odbiorcom warunków umowy. Sprzyja temu fakt, iż przy zawieraniu umów o przyłączenie do sieci gazowej przedsiębiorca posługuje się jednostronnie opracowanymi wzorcami umownymi, które przedstawiane są do podpisu odbiorcom usług. Stosowanie wzorców przy zawieraniu jednorodząjowych umów o charakterze masowym, jakimi niewątpliwie są ww. umowy przyłączeniowe, z uwagi na powszechność tego rodzaju usług, z definicji wymaga aprobaty przez odbiorców ich warunków, które są z góry jednostronnie ustalone przez profesjonalistę. Treść umów, do których przychylają się usługobiorcy jest więc tutaj arbitralnie ustalana przez dostawcę usług w formularzach wzorcowych, a odbiorca otrzymuje do podpisu gotową umowę, nie zaś jej projekt, który byłby punktem wyjścia do dalszych uzgodnień i rokowań. Nie zmienia tego w ocenie organu antymonopolowego fakt, że DSG zawierało umowy przyłączeniowe, których niektóre warunki podlegały pewnym uzgodnieniom z odbiorcami usług i których treść odbiega od treści stosowanych przez Spółkę wzorców. Podkreślenia wymaga, że wprowadzone do treści umów modyfikacje wynikały w dużej części z indywidualnych uwarunkowań odbiorców i nie dotyczyły istotnych warunków umowy (w tym kwestionowanego przez organ antymonopolowy sposobu pobierania opłaty przyłączeniowej). W ich przypadku można raczej mówić o dostosowaniu treści umów do istniejących warunków technicznych i organizacyjnych oraz zindywidualizowaniu ich treści pod kątem konkretnego kontrahenta, aniżeli o rzeczywistym i równorzędnym negocjowaniu ich warunków w zakresie praw i obowiązków. Odstępstwa od standardowej treści umowy wynikały tutaj w dużej mierze nie ze swobody kontraktowej stron, ale - jak wspomniano już wyżej - z konieczności dostosowania treści warunków umownych do określonych okoliczności faktycznych. Wprowadzone do treści umów zmiany uwarunkowane były zatem wymogami o obiektywnym charakterze, w konsekwencji czego umowy zostały w nieznacznym i nieistotnym zakresie zindywidualizowane pod kątem określonego odbiorcy.

W powyższym kontekście przywołać należy wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 18 października 2007 r. (sygn. akt XVII AmA 28/07), w którym wskazano, że w sytuacji, gdy zasadą jest zawieranie umów przez przystąpienie bez indywidualnego negocjowania ich postanowień, okoliczność, iż niewielka liczba umów zawarta została po przeprowadzeniu indywidualnych uzgodnień nie może zmienić oceny o adhezyjnej naturze umów zawieranych powszechnie przez dominanta z odbiorcami świadczonych przez niego usług.

Swoboda odbiorcy paliw gazowych w zakresie kształtowania warunków umownych jest więc ograniczona do minimum, a zawarcie umowy następuje poprzez przystąpienie do warunków, które ustala dostawca usług w formularzu wzorcowym. Stanowi to o adhezyjnej naturze tych umów, a jednocześnie o istocie narzucania warunków umownych w przedmiotowej sprawie. W tym miejscu należy zaakcentować, iż przyszły odbiorca gazu nie mógł negocjować i zmienić treści umowy przyłączeniowej w zakresie konieczności wpłacenia zaliczki z tytułu opłaty za przyłączenie stanowiącej 100% jej wysokości w terminie 14 dni (lub 60 dni w przypadku Oddziału w Wałbrzychu) po podpisaniu ww. umowy.

Wobec powyższego jest rzeczą bezsporną, iż przyszli odbiorcy gazu z terenu działania Spółki nie mieli żadnej możliwości negocjacji z DSG warunków umowy przyłączeniowej w zakresie sposobu wnoszenia opłaty za przyłączenie do sieci gazowej (tj. zaliczki stanowiącej 100% szacunkowo wyliczonej kwoty wartości tej opłaty). W okolicznościach niniejszej sprawy uznać należy więc za oczywiste, iż kwestionowane postanowienia o charakterze umownym zostały usługobiorcom przez Uczestnika narzucone. Tak więc druga przesłanka praktyki z art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. narzucanie określonych warunków umów) została spełniona.

Rozpatrując kwestię uciążliwości analizowanego warunku umowy należy zauważyć, że w orzecznictwie Sądu Antymonopolowego za uciążliwy uznano każdy warunek umowy, który stanowi dla jednej ze stron ciężar większy od powszechnie przyjętych w stosunkach danego rodzaju (por. wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 22 października 1993 r. sygn. akt XVII Amr 36/93). Jednocześnie podkreśla się, że ustalenia w tym zakresie powinny być dokonywane według kryteriów obiektywnych, w szczególności rozważyć należy, czy w hipotetycznej sytuacji istnienia konkurencji na danym rynku właściwym, czyli rzeczywistej swobody zawierania umów i kształtowania ich treści, dominat byłby w stanie wynegocjować takie postanowienia umowne (por. np. wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 29 grudnia 1992 r. sygn. akt XVII Amr 68/93).

Z kolei jako nieuzasadnione korzyści uznaje się stworzenie dominantowi sytuacji korzystniejszej niż taka, która odzwierciedla ekwiwalentność w danym i w podobnych stosunkach umownych. Nieuzasadnione korzyści osiągane przez przedsiębiorcę stosującego praktykę ograniczającą konkurencję, określoną w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stanowią więc odpowiednik uciążliwych warunków umów i oznaczają nieekwiwalentność wzajemnych świadczeń stron umowy oraz sytuację korzystniejszą od powszechnie przyjętych w stosunkach danego rodzaju.

W tym miejscu należy wskazać, iż zasady i warunki działalności przedsiębiorstw energetycznych (a zatem i spółki DSG) określa ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (Dz. U. z 2006 r. Nr 89, poz. 89 ze zm.). Ustawa ta szczegółowo reguluje kwestie umów o przyłączenie, określając ich niezbędną zawartość treściową, jak również rozkład ciężarów pomiędzy strony w zakresie finansowania i ponoszenia kosztów przyłączenia. I tak, przedsiębiorstwo energetyczne obciążono obowiązkiem zapewnienia realizacji i finansowania budowy i rozbudowy sieci, w tym potrzeby przyłączania podmiotów ubiegających się o przyłączenie (na warunkach określonych w przepisach wykonawczych). Z kolei przyszły odbiorca uiszcza opłatę za przyłączenie ustaloną w taryfie, która stosownie do art. 7 ust. 8 pkt 2 ustawy Prawo energetyczne, kalkulowana jest na podstawie jednej czwartej średniorocznych nakładów inwestycyjnych na budowę odcinków sieci służących do przyłączania tych podmiotów. Pozostałe koszty wydatkowane przez przedsiębiorstwo energetyczne na realizację przyłączenia, stanowią podstawę do ustalania w taryfie stawek opłat za przesyłanie lub dystrybucję paliw gazowych lub energii (art. 7 ust 10 ustawy Prawo energetyczne).

Na podstawie ustawy Prawo energetyczne wydano akty wykonawcze, które szczegółowo regulują prawa i obowiązki zarówno przedsiębiorstw energetycznych, jak i odbiorców energii elektrycznej, ciepła oraz paliw gazowych. I tak, cały rozdział 2 rozporządzenia Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 6 kwietnia 2004 r. w sprawie szczegółowych warunków do przyłączenia podmiotów do sieci gazowych, ruchu i eksploatacji tych sieci (Dz. U. Nr 105, poz. 1113 ze zm.) - dalej również jako „rozporządzenie przyłączeniowe” - zawiera szczegółowe przepisy dotyczące przyłączenia podmiotów do sieci gazowej. Par. 3 ww. Rozporządzenia stanowi, iż przyłączenie do sieci gazowej następuje z uwzględnieniem zasady równoprawnego traktowania podmiotów ubiegających się o przyłączenie, na podstawie umowy o przyłączenie, po spełnieniu technicznych warunków przyłączenia określonych przez przedsiębiorstwo gazownicze, zwanych dalej „warunkami przyłączenia”. Natomiast par. 9 „rozporządzenia przyłączeniowego” stanowi m.in., iż umowa o przyłączenie określa w szczególności termin realizacji przyłączenia (pkt 2), a także wysokość opłaty za przyłączenie oraz sposób jej regulowania (pkt 3).

Kwestia opłat przyłączeniowych jest regulowana także w przepisach aktualnie obowiązującego rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 6 lutego 2008 r. w sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryf oraz rozliczeń w obrocie paliwami gazowymi (Dz. U. Nr 28, poz. 165) - dalej również jako „rozporządzenie taryfowe” - jak również wcześniej obowiązującego rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 15 grudnia 2004 r. w sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryf oraz rozliczeń w obrocie paliwami gazowymi (Dz. U. Nr 277, poz. 2750). W obu ww. rozporządzeniach znajdują się zapisy stanowiące, iż opłata za przyłączenie pobierana jest jednorazowo, ale przedsiębiorstwo energetyczne może na wniosek przyłączanego podmiotu opłatę rozłożyć na raty. Warunki pobierania opłaty w ratach, w tym pokrywania związanych z tym kosztów, określa umowa o przyłączenie.

Spółkę obowiązuje aktualnie Taryfa dla usług dystrybucji paliw gazowych nr 1 zatwierdzona w drodze decyzji z dnia 10 kwietnia 2008 r. przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki. Taryfa ta - ustalona na okres od dnia 25 kwietnia 2008 r. do 31 marca 2009 r. - określa wysokość cen i stawek opłat pobieranych przez Spółkę od odbiorców gazu. W pkt 10 tej taryfy znajdują się szczegółowe zasady rozliczeń za przyłączenie do sieci dystrybucyjnej, w tym m.in. podział na grupy przyłączeniowe oraz tabela stawek opłat przyłączeniowych. Pkt 10.5 ww. Taryfy stanowi, iż „opłata za przyłączenie pobierana jest jednorazowo. Operator może na wniosek przyłączanego podmiotu opłatę rozłożyć na raty. Warunki pobierania opłaty w ratach, w tym pokrywania związanych z tym kosztów, określa umowa o przyłączenie”. Natomiast pkt 10.11 przedmiotowej taryfy określa, że „opłata za przyłączenie jest ustalana i pobierana w wysokości wynikającej z taryfy obowiązującej w dniu zawarcia umowy o przyłączenie”. Wcześniej (tj. w okresie od 1 kwietnia 2006 r. do 24 kwietnia 2008 r.) obowiązywała Taryfa dla paliw gazowych Nr 2 różniąca się od aktualnej Taryfy jedynie w zakresie wysokości cen za paliwo gazowe.

Tak więc ww. przepisy prawne określają jedynie, iż opłata za przyłączenie powinna być pobierana jednorazowo, ale przedsiębiorstwo energetyczne może na wniosek przyłączanego podmiotu rozłożyć ją na raty, nie narzucając jednakże w żaden sposób, w jakim okresie przyszły odbiorca gazu ma ją uiszczyć. Należy zaznaczyć, iż zaliczki z tytułu opłaty za przyłączenie stanowiącej 100% jej wysokości oprócz spółki DSG (dawniej DOSD) pobierają jeszcze dwie spółki dystrybucyjne (MOSD i POSD). Natomiast pozostałe trzy spółki (KOSD, GOSD i WOSD) nie pobierają opłaty przyłączeniowej w pełnej wysokości przed wykonaniem przyłącza, np. KOSD i WOSD pobiera ją jednorazowo dopiero po wykonaniu przyłącza, a GOSD pobiera zaliczkę w wysokości 50% opłaty przyłączeniowej przed rozpoczęciem budowy przyłącza i 50% po jego wykonaniu.

Organ antymonopolowy pragnie podkreślić, iż w obrocie gospodarczym pobieranie zaliczek na poczet wykonywanych w przyszłości usług funkcjonuje dość powszechnie i nie jest zjawiskiem nagannym (bezprawnym). Niemniej jednak - zdaniem Prezesa Urzędu - niedopuszczalne jest pobieranie na rynku silnie zdominowanym zaliczki w wysokości 100% kosztów usługi, w sytuacji gdy usługa ta jest wykonywana po wielu miesiącach od dnia wpłacenia zaliczki.

W okolicznościach niniejszej sprawy uciążliwość warunku umowy o przyłączenie do sieci gazowej przewidującego obowiązek wpłacenia zaliczki z tytułu opłaty za przyłączenie stanowiącej 100% jej wysokości jest bezsporna, bowiem średni czas wykonania przyłącza przez DSG wyniósł 258 dni (tj. ponad 8 miesięcy), a czas wykonywania przez Spółkę niemal 20% przyłączy przekroczył 400 dni. Przyszli odbiorcy gazu zmuszeni więc byli do udzielania DSG wielomiesięcznego nieoprocentowanego kredytu, co stanowiło dla nich uciążliwy warunek umowy, ponieważ mogli oni np. wpłacić przekazane DSG środki pieniężne na oprocentowaną lokatę bankową lub przeznaczyć na inne cele. Nastąpił więc tzw. proces utraty wartości pieniądza w czasie. Późniejsze otrzymanie dochodu pieniężnego lub - jak w niniejszym przypadku - konieczność wcześniejszego „zamrożenia” przez klientów Spółki swoich środków pieniężnych powoduje bowiem powstanie tzw. kosztów utraconych możliwości, bądź to w formie odroczonej konsumpcji, bądź też niezyskanego dochodu, który można byłoby uzyskać w przypadku dysponowania wpłaconymi Spółce środkami pieniężnymi. Doszło więc w niniejszej sytuacji do narzucenia przez Spółkę uciążliwych warunków umowy w zakresie sposobu pobierania opłaty przyłączeniowej do sieci gazowej. Tym samym Prezes Urzędu stwierdził, że trzecia przesłanka zarzucanej praktyki (tj. uciążliwy charakter warunków umów przyłączeniowych) została spełniona.

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 kwestionowane warunki umowne przynoszą przedsiębiorcy nieuzasadnione korzyści. Osiągane przez podmiot gospodarczy stosujący praktykę ograniczającą konkurencję określoną w ww. przepisie nieuzasadnione korzyści są odpowiednikiem uciążliwych warunków umów w warunkach ekwiwalentności wzajemnych świadczeń stron umowy i oznaczają sytuację korzystniejszą od powszechnie przyjętych w stosunkach danego rodzaju. Nieuzasadnione korzyści powinny pozostawać w normalnym związku przyczynowym z narzuconymi kontrahentowi uciążliwymi warunkami umowy.

Nieuzasadnione korzyści mogą pojawić się po stronie przedsiębiorcy narzucającego uciążliwe warunki umów już w chwili zawarcia umowy lub też w okresie późniejszym, gdy zaistnieją okoliczności przewidziane w umowie pozwalające na wykorzystanie uciążliwego zapisu. Należy podkreślić, iż nawet brak skutków praktyki ograniczającej konkurencję (w tym

przypadku faktycznego osiągnięcia przez DSG nieuzasadnionych korzyści z tytułu realizacji uciążliwych warunków umownych) nie stanowi przeszkody dla stwierdzenia naruszenia art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Dla bytu praktyki ograniczającej konkurencję określonej w tym przepisie 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. Stanowisko takie znajduje potwierdzenie w orzecznictwie antymonopolowym, zgodnie z którym dla zaistnienia praktyki ograniczającej konkurencję istotne jest, aby skutki praktyki ograniczającej konkurencję mogły wystąpić na rynku (por. np. wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 23 czerwca 1999 r. sygn. akt XVII Ama 26/99). W wyroku z dnia 7 lipca 2004 r. sygn. akt XVII Ama 65/03 Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów orzekł, iż nie jest konieczne udowodnienie faktycznego stosowania przez przedsiębiorcę praktyki monopolistycznej, ani też osiągnięcia z tego tytułu nieuzasadnionych korzyści. Z treści art. 1 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wynika bowiem, że jej reżimowi podlegają nie tylko praktyki ograniczające konkurencję, które wywołały bądź aktualnie wywołują skutki na terenie Polski, ale również praktyki, które choćby tylko hipotetycznie mogą wywoływać takie skutki. Podobne stanowisko wyraził wcześniej Sąd Najwyższy, który w wyroku z dnia 12 maja 1997 r. sygn. akt I CKN 114/97 wskazał, że istota rozpoznawanej sprawy nie sprowadza się do tego, czy przedsiębiorca, któremu postawiono zarzut naruszenia ustawy antymonopolowej odnosi korzyści z całości prowadzonej działalności gospodarczej, lecz do tego, czy w zawieranych umowach zastrzega sobie nieuzasadnione korzyści. Organ antymonopolowy ma zatem obowiązek oceniać zachowania przedsiębiorcy od strony skutków, jakie zachowania te mogą nawet hipotetycznie wywołać na rynku.

W niniejszej sprawie korzyści, które uzyskała spółka DSG kosztem odbiorców przyłączanych na podstawie zawartych umów można jednakże dość łatwo zidentyfikować, gdyż pozostają one w bezpośrednim związku przyczynowym z narzuconymi odbiorcami uciążliwymi warunkami umów o przyłączenie do sieci. Skoro bowiem odbiorcy obarczeni zostali obowiązkiem rodzajem konieczności wniesienia zaliczki z tytułu opłaty za przyłączenie stanowiącej 100% jej wysokości, rozliczanej dopiero po wykonaniu przyłącza (niejednokrotnie po kilkunastu miesiącach od jej wpłacenia), to zarazem Spółka była zwolniona z pozyskania kredytu bankowego lub oprocentowanej pożyczki obrotowej udzielonej przez PGNiG S.A w celu sfinansowania budowy przyłączy. Zresztą Prezes DSG sam przyznał, iż główną przyczyną żądania od przyszłych klientów Spółki przedmiotowych zaliczek była m.in. konieczność poprawy i utrzymania minimalnej płynności finansowej, co odbyło się kosztem przyszłych klientów, ponieważ zmuszeni byli oni do udzielenia spółce DSG darmowego kredytu. [...]

Pobierane przez DSG przedmiotowe zaliczki stanowiące 100% wysokości opłaty za przyłączenie stanowiły więc de facto nieoprocentowane pożyczki udzielone Spółce przez przyszłych odbiorców gazu. Wobec powyższego Prezes Urzędu stwierdził, że czwarta przesłanka zarzucanej praktyki (tj. osiąganie przez DSG nieuzasadnionych korzyści) została spełniona.

W związku z wykazaniem łącznego zaistnienia czterech przesłanek koniecznych do uznania zachowań przedsiębiorcy za praktykę ograniczającą konkurencję w rozumieniu art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, orzeczono jak w punkcie I sentencji niniejszej decyzji.

Należy podnieść w tym miejscu, iż praktyka polegająca na „narzucaniu uciążliwych warunków umów” finalizuje się co do zasady w chwili zawarcia określonej umowy odpowiadającej tym cechom (por. wyrok Sądu Najwyższego z 7 marca 2003 r. sygn. akt I CKN 79/01), zaś po zawarciu umowy, w wyniku której podmiot dominujący osiągnął lub może osiągnąć nieuzasadnioną korzyść mamy już do czynienia ze skutkami ww. praktyki. Wprawdzie w niniejszym postępowaniu zachowanie DSG, kwalifikowane jako naruszenie art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, cechuje się ciągłością przejawiającą się w narzucaniu, w określonym okresie, szeregu umów zawierających takie same i uciążliwe warunki, niemniej jednak charakter tej praktyki nakazuje przyjąć, iż w sytuacji gdy DSG nie zawiera już od dnia 21 maja 2008 r. umów przewidujących obowiązek wnoszenia przez odbiorców przedmiotowych zaliczek, to nie stosuje już ww. praktyki.

W kontekście przedstawionego powyżej charakteru praktyki z art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz zaprzestania przez DSG podpisywania umów zawierających kwestionowane przez Prezesa Urzędu postanowienie wyjaśnienia wymaga kwestia możliwości uwzględnienia wniosku DSG o wydanie decyzji na podstawie art. 12 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli w toku postępowania antymonopolowego zostanie uprawdopodobnione - na podstawie okoliczności sprawy, informacji zawartych we wniosku lub będących podstawą wszczęcia postępowania z urzędu - że został naruszony zakaz, o którym mowa w art. 6 lub art. 9, a przedsiębiorca lub związek przedsiębiorców, któremu jest zarzucane naruszenie tego zakazu, zobowiąże się do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zapobieżenia tym naruszeniom, Prezes Urzędu może, w drodze decyzji, zobowiązać przedsiębiorcę lub związek przedsiębiorców do wykonania tych zobowiązań.

W ocenie Prezesa Urzędu brzmienie ww. przepisu, choć nie wprost, to jednak dość jednoznacznie wskazuje, iż bezpośrednim celem nałożenia zobowiązań na przedsiębiorcę jest zaniechanie działań, co do których uprawdopodobniono, iż stanowią praktykę ograniczającą konkurencję. Wydanie decyzji, o której mowa w art. 12 ustawy, umożliwia szybkie zakończenie sprawy, w szczególności wiąże się z uniknięciem długotrwałych procedur odwoławczych oraz osiągnięciu pozytywnych skutków dla ochrony konkurencji poprzez niemal natychmiastowe usunięcie zagrożeń konkurencji zidentyfikowanych przez Prezesa Urzędu. W tym kontekście zasadne jest pytanie, czy możliwe jest wydanie takiej decyzji w sytuacji, gdy praktyka została zaniechana, a działania objęte zobowiązaniem nałożonym na przedsiębiorcę mają sprowadzać się wyłącznie do usunięcia skutków praktyki, z czym w przypadku proponowanego przez DSG zobowiązania mamy ewidentnie do czynienia. W ocenie Prezesa Urzędu jest to wysoce wątpliwe skoro zobowiązania mają zmierzać do zapobieżenia naruszeniom art. 6 lub 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a za takowe naruszenie nie może być uznana odmowa zaspokojenia roszczeń cywilnoprawnych powstałych w wyniku stosowania praktyki ograniczającej konkurencję.

Nawet gdyby przyjąć odmienny pogląd oczywistym jest, że decyzja na podstawie art. 12 ustawy należy do kategorii decyzji uznaniowych. Wiąże się z tym postulat rozważenia przez Prezesa Urzędu kwestii, jakie orzeczenie w konkretnej sytuacji faktycznej, będzie lepsze dla interesu publicznoprawnego, w ochronie którego Prezes Urzędu występuje. W okolicznościach niniejszej sprawy, gdy DSG zmieniła kwestionowane przez organ antymonopolowy zapisy w umowach przyłączeniowych korzystniejsze z punktu widzenia kryterium interesu publicznoprawnego jest, w ocenie Prezesa Urzędu, wydanie decyzji na podstawie art. 11 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Przesądzającą w tym zakresie jest możliwość nałożenia kary pieniężnej na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy, która to możliwość jest wyłączona w przypadku decyzji zobowiązującej. Pozwala to bowiem, poprzez odpowiednie określenie wymiaru kary (uwzględniającego również fakt usunięcia skutków praktyki), zrealizowanie celu prewencyjnego i odstrasającego, tj. zapewnienia powstrzymania DSG przed naruszaniem przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów w przyszłości.

6. Zaniechanie praktyki ograniczającej konkurencję

Jak już stwierdzono, spółka DSG zrezygnowała z pobierania jakichkolwiek zaliczek od odbiorców gazu zaliczanych do grupy B przed wykonaniem przyłącza do sieci gazowej. O zaniechaniu tych działań świadczy wydanie przez Dyrektora Generalnego Spółki polecenia służbowego zakazującego pobierania opłaty przyłączeniowej przed wykonaniem przyłączenia, w odniesieniu do wszystkich klientów DSG (dawniej „DOSD”) należących do kategorii konsumentów oraz innych podmiotów przyłączanych do sieci średniego i niskiego ciśnienia (bez przyłączanych innych przedsiębiorstw gazowniczych). Jednakże z uwagi na to, że Oddziały Spółki zlokalizowane są w trzech różnych miastach województwa dolnośląskiego (Wrocław, Wałbrzych i Zgorzelec) poszczególne Oddziały zaprzęstały pobierania przedmiotowej opłaty w następujących terminach: Oddział Zarząd Przedsiębiorstwa - z dniem 20 maja 2008 r., Zakład Dystrybucji Gazu Wrocław - z dniem 20 maja 2008 r., Zakład Dystrybucji Gazu Wałbrzych - z dniem 21 maja 2008 r., Zakład Dystrybucji Gazu Zgorzelec - z dniem 20 maja 2008 r. W związku z powyższym organ antymonopolowy uznał, iż dzień zaprzestania pobierania przedmiotowych zaliczek przez Zakład Dystrybucji Gazu Wałbrzych, tj. 21 maja 2008 r. jest dniem zaniechania stosowania przez Spółkę zarzucanej jej praktyki, o której mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Tak więc przedmiotowa decyzja została wydana w oparciu o art. 11 ust. 1 i 2 ustawy antymonopolowej, zgodnie z którym nie wydaje się decyzji, o której mowa w art. 10, jeżeli zachowanie rynkowe przedsiębiorcy przestało naruszać zakazy określone w art. 9. W ww. przypadku organ antymonopolowy wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdzającą zaniechanie jej stosowania.

Wobec powyższego, orzeczono, jak w pkt I sentencji.

Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego m.in. w art. 9. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów wprowadziła zasadę fakultatywności kar nakładanych przez Prezesa Urzędu na przedsiębiorców, którzy dopuścili się naruszenia zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję. Prezes Urzędu wydając decyzję o nałożeniu kary pieniężnej działa zatem w ramach uznania administracyjnego, co oczywiście nie jest równoznaczne z dowolnością. W tym zakresie kieruje się on zasadą równości i proporcjonalności. Rozważając kwestię nałożenia kary organ antymonopolowy musi wziąć pod uwagę, czy w danych okolicznościach sprawy konieczne albo celowe jest jej nałożenie, a jeżeli tak, to w jakiej wysokości kara spełni założone funkcje. Przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa w art. 106-108 ustawy o ochronie konkurencji, Prezes Urzędu powinien wziąć pod uwagę w szczególności okres, stopień oraz okoliczność uprzedniego naruszenia przepisów ustawy (art. 111 ww. ustawy). W ocenie Prezesa Urzędu na wysokość kary musi mieć także wpływ stopień zagrożenia lub naruszenia interesu publicznoprawnego stosowanymi praktykami ograniczającymi konkurencję.

W punkcie I sentencji niniejszej Decyzji stwierdzono, iż spółka DSG dopuściła się naruszenia zakazu określonego w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy antymonopolowej.

W judykaturze wskazuje się, że w przypadku kar za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję przesłankami, które należy brać pod uwagę, są: potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy, skutki praktyki dla konkurencji lub kontrahentów, dopuszczalny poziom kary wynikający z przepisów ustawy oraz cele jakie kara ma osiągnąć (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r., sygn. akt I KKN 793/98).

W rozpatrywanym przypadku kara w wysokości 178 647,47 zł nałożona niniejszą decyzją stanowi ok. [tajemnica przedsiębiorstwa] przychodu Spółki. Jako podstawę obliczenia kary przyjęto przychód osiągnięty przez DSG w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, tj. 2008, który wynosił [tajemnica przedsiębiorstwa]. Organ antymonopolowy zaliczył przedmiotową praktykę spółki DSG do mniej poważnych (tzw. pozostałych) naruszeń prawa antymonopolowego. Kierując się naturą przedmiotowego naruszenia Prezes Urzędu ustalił kwotę wyjściową kary w wysokości 169.173,75 zł, co stanowi [tajemnica przedsiębiorstwa] przychodu i [tajemnica przedsiębiorstwa] maksymalnego wymiaru kary. Ważąc wysokość nałożonej kary pieniężnej Prezes Urzędu uwzględnił nie tylko charakter praktyki, ale również okoliczności obciążające i łagodzące, stanowiące ocenę podmiotowej strony czynu przedsiębiorcy.

Ustalając wymiar kary pieniężnej Prezes Urzędu zważył, iż stosowane przez Uczestnika praktyki ograniczające konkurencję miały charakter eksploatacyjny i polegały na wykorzystaniu posiadanej silnej pozycji rynkowej kosztem słabszych uczestników rynku, w efekcie czego naruszony został interes publicznoprawny. Mając na uwadze specyfikę rynku i działalności przedsiębiorcy, a w szczególności szkody dla uczestników rynku będące konsekwencją przedmiotowego naruszenia kwotę wyjściową kary zwiększono o 10%.

Ustalając wymiar kary pieniężnej uwzględniono również długotrwały charakter zarzucanej praktyki (ponad 3 lata), co skutkuje zwiększeniem kary pieniężnej o 20%.

Miarkując karę organ antymonopolowy postanowił wziąć także pod uwagę okoliczności obciążające (tj. uprzednie naruszenie przez Spółkę przepisów ustawy antymonopolowej), a także liczne okoliczności łagodzące. Do okoliczności łagodzących zaliczono to, iż środki finansowe pozyskane z przedpłat za przyłączenia do sieci gazowej niemal natychmiast były przeznaczane na niezbędne prace związane z procesem przyłączeniowym do sieci gazowej, tj. m.in. na dokumentację geodezyjną i projekty budowlane. Należy również zaznaczyć, iż Uczestnik nie obracał środkami klienta w celu sfinansowania innej działalności niż realizacja umowy o przyłączenie do sieci, natomiast w przeważającej mierze angażował własne środki (odbiorca pokrywa bowiem jedynie 25% kosztów przyłączenia a pozostałe 75% kosztów pokrywa Spółka). Ponadto, w każdym przypadku, w którym klient zwrócił się z wnioskiem (prośbą) o rozłożenie opłaty przyłączeniowej na raty, Spółka wyrażała zgodę na takie rozwiązanie. Okolicznością łagodzącą jest również bardzo dobra współpraca Spółki z organem antymonopolowym w toku postępowania oraz fakt zaniechania przedmiotowej praktyki niezwłocznie po wszczęciu postępowania antymonopolowego. Powyższe okoliczności łagodzące skutkowałyby obniżeniem wymiaru kary o 30%. Niemniej jednak uwzględnienie przez Prezesa Urzędu wspomnianego powyżej faktu wcześniejszego naruszenia przez przedsiębiorcę przepisów ustawy antymonopolowej (vide: decyzja DL WR 4/98 z dnia 23 lutego 1998 r.) powoduje podwyższenie wymiaru kary o 10%, co w konsekwencji skutkuje - przy uwzględnieniu sumarycznego wpływu ww. okoliczności łagodzących i obciążających - obniżeniem wymiaru kary nie o 30%, lecz o 20%, tj. do kwoty 178 647,47 zł.

Mając na uwadze wszystkie powyższe okoliczności, Prezes Urzędu uznał, że waga stwierdzonego niniejszą decyzją naruszenia ustawy o ochronie konkurencji oraz wskazane wyżej okoliczności obciążające i łagodzące przesądzają o zasadności nałożenia na spółkę DSG kary pieniężnej w wysokości 178 647,47 zł. W ocenie Prezesa Urzędu ustalona kara pełni rolę represyjno-wychowawczą i jest wystarczająca do wymuszenia przestrzegania obowiązującego porządku prawnego, a także pozostaje w proporcji do możliwości finansowych spółki DSG.

W świetle wszystkich wskazanych wyżej okoliczności zarówno nałożenie kary, jak i jej wysokość, jest w pełni uzasadnione. Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w pkt II sentencji. [...]