

**11
DECYZJA**

z dnia 18 lutego 2009 r.

w sprawie uznania za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszenia zakazu nadużywania pozycji dominującej przez Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o. o. z siedzibą w Gostyniu
(Nr RPZ-2/2009)

- I. Na podstawie art. 11 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy i §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 wszczętego z urzędu postępowania antymonopolowego, w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję, określoną w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ww. ustawy, nadużywanie przez Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Gostyniu pozycji dominującej na lokalnym rynku zbiorowego zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków obejmującym obszar gminy Gostyń, polegające na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na lokalnych rynkach projektowania i wykonawstwa przyłączy do sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej, poprzez wykorzystywanie wydawania warunków technicznych przyłączy do sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej do promocji własnych usług w zakresie prac związanych ze sporządzaniem projektów budowlanych przyłączy wodociągowych i kanalizacji sanitarnej oraz wykonawstwem przyłączy wodociągowych i kanalizacji sanitarnej i stwierdza się zaniechanie jej stosowania z dniem 14 listopada 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 i §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) w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w związku z naruszeniem art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ww. ustawy, nakłada się na Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Gostyniu karę pieniężną w wysokości 2.020,00 zł (słownie: dwa tysiące dwadzieścia złotych) płatną do budżetu państwa.

UZASADNIENIE

Postanowieniem z dnia 17 października 2008 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatura w Poznaniu (dalej: Prezes Urzędu) wszczął z urzędu postępowanie wyjaśniające, którego celem było wstępne ustalenie, czy w związku z wydawaniem przez Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Gostyniu warunków technicznych przyłączenia do sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej, nastąpiło naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Postępowanie wszczęte zostało w związku ze skargą osoby zajmującej się sporządzaniem projektów budowlanych przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych, która zarzuciła, że Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Gostyniu narusza równe prawa konkurencji, zamieszczając w wydawanych warunkach technicznych [...] dodatkowe informacje o świadczeniu usług w zakresie sporządzania projektów budowlanych przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych oraz wykonywania takich przyłączy. Autor skargi wskazał, że Przedsiębiorca wykorzystuje wydawany dokument jako nośnik informacji, a każdy podmiot ubiegający się o przyłączenie do gminnej sieci wodociągowej lub kanalizacji sanitarnej musi wystąpić o wydanie warunków technicznych tego rodzaju przyłączy. Jako dowód przedłożył kopię warunków technicznych wydanych przez Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z dnia 25 września 2008 r. [...]

Przedsiębiorca poinformował, że od dnia 1 stycznia 2008 r. nie wykonał żadnego przyłącza w 100% samodzielnie, otrzymywał wyłącznie zlecenia na realizację różnych elementów składających się na przyłącza np. montaż nawiertek, wykonanie wcinki. Ponadto wskazał, że w 2008 r. otrzymał 5 zleceń na sporządzenie projektów budowlanych przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych.

Analiza materiału dowodowego zgromadzonego w toku postępowania wyjaśniającego dała podstawę do uznania, że Przedsiębiorca mógł dopuścić się naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Postanowieniem z dnia 12 listopada 2008 r. Prezes Urzędu wszczął zatem z urzędu postępowanie antymonopolowe, zarzucając Przedsiębiorcy nadużywanie pozycji dominującej na lokalnym rynku zbiorowego zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków, poprzez wykorzystywanie wydawania warunków technicznych do promocji własnych usług w zakresie prac związanych ze sporządzaniem projektów budowlanych przyłączy wodociągowych i kanalizacji sanitarnej oraz wykonawstwem przyłączy wodociągowych i kanalizacji sanitarnej, co może naruszać art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na lokalnych rynkach projektowania i wykonawstwa przyłączy do sieci wodociągowej lub kanalizacyjnej.

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego Przedsiębiorca wyjaśnił, że od chwili powstania przedmiotem jego działalności było świadczenie usług projektowania i wykonawstwa w zakresie branży wodociągowo-kanalizacyjnej. Pomimo stosownych zapisów w umowie Spółki przez wiele lat nie świadczył usług projektowania przyłączy, co rodziło wiele wątpliwości związanych m.in. z koniecznością rozstrzygnięcia, czy jego pracownicy objęci są zakazem konkurencji w zakresie prowadzenia tego rodzaju działalności. W lipcu 2008 r., w związku z sugestiami władz miasta i rady nadzorczej, Przedsiębiorca podjął decyzję o rozszerzeniu zakresu prowadzonej działalności na świadczenie usług projektowania przyłączy. Przedsiębiorca wskazał, że podstawą tego rodzaju sugestii były ustalenia, że faktycznie działalność projektową na terenie gminy wykonują wyłącznie pracownicy Spółki, prowadzący działalność gospodarczą poza godzinami pracy w Zakładzie, co wzbudzało podejrzenia wykorzystywania do tej działalności sprzętu Spółki. Z uwagi na fakt, że projektowanie stanowiło przedmiot działalności, której do tej pory nie prowadził, Przedsiębiorca podjął decyzję, by poinformować mieszkańców, że w razie potrzeby w przypadku planowanej budowy przyłączy możliwe jest skorzystanie z jego usług, zarówno w zakresie projektowania, jak i wykonawstwa przyłączy. Stosowna informacja wywieszona została na tablicy ogłoszeń w siedzibie ZWiK Sp. z o.o., a ponadto w okresie od dnia 4 lipca do dnia 13 listopada 2008 r. informacja ta była zamieszczana w wydawanych warunkach technicznych. Przedsiębiorca podkreślił, że w jego ocenie informacja ta nie miała jednak na celu promowania własnych usług, bowiem promocja zawiera zawsze w sobie elementy wartościujące. [...]

Pismem z dnia 17 grudnia 2008 r. ZWiK Sp. z o.o. przedłożył, poświadczony za zgodność z oryginałem, kopie warunków technicznych przyłączenia do sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej wydane od dnia 1 października 2008 r.

Prezes Urzędu ustalił, co następuje.

Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Gostyniu jest przedsiębiorcą wpisanym do Krajowego Rejestru Sądowego pod nr 0000064569. Prowadzi działalność m.in. w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków na obszarze gminy Gostyń, projektowania budowlanego urbanistycznego i technologicznego oraz wykonywania robót ogólnobudowlanych w zakresie przesyłowych i rozdzielczych obiektów liniowych (rurociągów, linii elektroenergetycznych i telekomunikacyjnych) i inżynierskich gdzie indziej niesklasyfikowanych. Jedynym wspólnikiem Spółki jest Gmina Gostyń [...].

W ramach działalności polegającej na zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków ZWiK Sp. z o.o. wydaje, na wniosek osób ubiegających się o przyłączenie nieruchomości do sieci, tzw. warunki techniczne przyłączenia do sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej (dalej: warunki techniczne). Wydanie przez ZWiK Sp. z o.o. warunków technicznych rozpoczyna procedurę przyłączania nieruchomości do sieci. Dokument ten jest niezbędny do sporządzenia projektu budowlanego przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych oraz zawarcia umowy o przyłączenie nieruchomości do sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej.

Art. 19 ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (Dz. U. z 2006 r. Nr 123, poz. 858) stanowi, że warunki przyłączania do sieci powinny być określone w uchwalonym przez radę gminy regulaminie dostarczania wody i odprowadzania ścieków. Zgodnie z §27 ust. 1 Regulaminu zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków realizowanych na terenie gminy Gostyń, zatwierdzonego uchwałą nr XLVII/584/06 Rady Miejskiej w Gostyniu z dnia 24 lutego 2006 r., jeżeli są spełnione warunki techniczne, umożliwiające podłączenie nieruchomości do sieci, ZWiK Sp. z o.o., w terminie 14 dni od otrzymania prawidłowo wypełnionego wniosku wraz z kompletem załączników, wydaje osobie ubiegającej się o podłączenie nieruchomości do sieci dokument pod nazwą: „warunki techniczne przyłączenia do sieci wodociągowej i/lub kanalizacyjnej”. Z ust. 2 §27 wynika, że dokument ten powinien określać co najmniej: miejsce i sposób przyłączenia nieruchomości do sieci wodociągowej i/lub kanalizacyjnej, w tym miejsce zainstalowania wodomierza głównego i/lub urządzenia pomiarowego, parametry techniczne przyłącza, maksymalną ilość wody dostarczanej do nieruchomości z podziałem na poszczególne cele, maksymalną ilość ścieków odprowadzanych z nieruchomości oraz okres ważności wydanych warunków przyłączenia, nie krótszy niż 1 rok.

W 2008 r. (do dnia 16 października) Przedsiębiorca wydał 73 warunki techniczne przyłączenia do sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej [...].

W warunkach technicznych wydanych w okresie od dnia 4 lipca do dnia 13 listopada 2008 r. Przedsiębiorca zamieszczał informację o następującej treści: „Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. informuje, że z dniem 04.07.2008 r. rozpoczęto świadczenie usług w zakresie sporządzania projektów budowlanych przyłączy wodociągowych i kanalizacji sanitarnej wraz z uzgodnieniami, mapami zasadniczymi oraz powykonawczą inwentaryzacją geodezyjną. Informujemy również, że Zakład prowadzi działalność w zakresie wykonawstwa przyłączy wodociągowych i kanalizacji sanitarnej. Wszelkich szczegółowych informacji udziela dział techniczny, pokój nr 09, w siedzibie Spółki, przy ul. Nad Kanią 77”. Warunki techniczne wydane przez Przedsiębiorcę od dnia 14 listopada 2008 r. nie zawierają zapisu o przytoczonej wyżej treści.

Po zamieszczeniu w wydawanych warunkach technicznych informacji o świadczeniu usług projektowych, Przedsiębiorca sporządził 4 projekty budowlane przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych. Nie wykonał natomiast w całości żadnego przyłącza. Zlecenia, które otrzymał dotyczyły wykonania poszczególnych elementów składających się na przyłącza np. montaż nawiertek, wykonanie wcinki, montaż przyłącza wody, przebudowa przyłącza wody.

Na obszarze gminy Gostyń usługi w zakresie sporządzania projektów budowlanych przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych świadczy, oprócz ZWiK Sp. z o.o., 9 innych przedsiębiorców. Wykonawstwem przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych zajmuje się, oprócz ZWiK Sp. z o.o., 18 przedsiębiorców.

Prezes Urzędu zważył, co następuje.

Przedsiębiorcy zarzucono nadużywanie pozycji dominującej na lokalnym rynku zbiorowego zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków, polegające na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na lokalnym rynku projektowania i wykonawstwa przyłączy do sieci wodociągowo-kanalizacyjnej lub wodociągowej i kanalizacji sanitarnej, poprzez wykorzystywanie wydawania warunków technicznych przyłączenia do tych sieci do promocji własnych usług w zakresie prac związanych ze sporządzaniem projektów budowlanych oraz wykonawstwem przyłączy wodociągowych i kanalizacji sanitarnej, co może naruszać art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Podstawową przesłanką zastosowania przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest ustalenie, że w rozpatrywanej sprawie doszło do zagrożenia lub naruszenia interesu publicznoprawnego. Art. 1 ust. 1 ustawy stanowi, że określa ona warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Celem ustawy jest więc ochrona konkurencji jako zjawiska charakteryzującego funkcjonowanie gospodarki przed zachowaniami przedsiębiorców (ich związków), które wolność konkurencji w sposób sprzeczny z prawem zakłócają.

W wyroku z dnia 24 stycznia 1991 r., sygn. akt Amr 8/90, Sąd Antymonopolowy podkreślił, że naruszenie interesu publicznoprawnego może mieć przykładowo miejsce, gdy skutkami działań sprzecznych z ustawą dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku. Podobne stanowisko zaprezentowane zostało w wyrokach Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2001 r., sygn. akt I KKN 1217/98 oraz Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 12 czerwca 2007 r., sygn. akt VI ACa 42/2007, w których argumentowano, że przepisy ustawy znajdują zastosowanie wówczas, gdy zagrożony lub naruszony jest interes publiczny, polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego. Rynek taki funkcjonować może prawidłowo wówczas, gdy zapewniona jest możliwość powstania i rozwoju konkurencji. Ustawa chroni zatem konkurencję jako zjawisko o charakterze instytucjonalnym. Za zagrożenie lub naruszenie konkurencji w takim rozumieniu należy uznać zaś - jak wskazano - jedynie takie działania, które dotyczą sfery interesów szerszego kręgu uczestników rynku gospodarczego, a więc gdy dotyczą konkurencji rozumianej nie jako sytuację pojedynczego przedsiębiorcy, lecz jako zjawisko charakteryzujące funkcjonowanie gospodarki.

Rozważając kwestię interesu publicznego warto również podkreślić, że ochrona konkurencji wynikająca z przepisów ustawy nie ogranicza się jedynie do sytuacji, kiedy doszło już do pokrzywdzenia kontrahenta przez dominanta, lecz obejmuje także istnienie samego stanu realnego zagrożenia dla zasad konkurencji. Stan takiego potencjalnego zagrożenia jest oceniany z punktu widzenia interesu publicznego jako niewłaściwy, a tym samym niedopuszczalny (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2003 r., sygn. akt I KKN 496/01).

W niniejszej sprawie Prezes Urzędu występuje w interesie publicznym. Kwestionowane działania ZWiK Sp. z o.o. mają charakter antykonkurencyjny. Mogą utrudniać rozwój konkurencji na rynkach projektowania i wykonawstwa przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych oraz negatywnie wpłynąć na pozycję konkurencyjną przedsiębiorców prowadzących działalność w zakresie projektowania i wykonywania takich przyłączy na obszarze gminy Gostyń. Poprzez promowanie swoich usług w warunkach technicznych ZWiK Sp. z o.o. mógł bowiem dotrzeć bezpośrednio do osób ubiegających się o przyłączenie nieruchomości do sieci gminnej, a tym samym potencjalnych odbiorców usług na rynkach projektowania i wykonawstwa przyłączy. Dzięki takim działaniom ZWiK Sp. z o.o. mógł uzyskać przewagę rynkową nad swoimi konkurentami. Skutki jego działań mogły zatem dotknąć każdego przedsiębiorcę, który świadczy bądź zamierza świadczyć na terenie gminy Gostyń usługi w zakresie projektowania i wykonawstwa przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych.

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na rynku właściwym. Przepis art. 4 pkt 9 ustawy 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. Na rynek właściwy składa się rynek produktowy oraz rynek geograficzny.

W przedmiotowej sprawie rynek właściwy wyznaczony jest przez rodzaj i zasięg działalności ZWiK Sp. z o.o.

ZWiK Sp. z o.o. prowadzi działalność gospodarczą w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków na terenie gminy Gostyń. Z uwagi na technologię dostarczania wody i odprowadzania ścieków rynek w aspekcie geograficznym wyznaczany jest przez znajdującą się na terenie gminy Gostyń sieć wodociągowo-kanalizacyjną, poprzez którą rozprowadzana jest woda oraz odprowadzane są ścieki. Na terenie gminy Gostyń odbiorcy nie mają alternatywnych źródeł pozyskania usług dostaw wody i odbioru ścieków. Aby nowe źródło zaopatrzenia mogło być uznane za alternatywne w stosunku do posiadanych musi ono spełniać wymóg natychmiastowej dostępności bez ponoszenia nakładów inwestycyjnych (tak np. wyrok SOKiK z dnia 31 maja 2000 r., sygn. akt XVII Ama 44/00). Na terenie gminy Gostyń takie alternatywne źródło zaopatrzenia - w odniesieniu do świadczonych przez ZWiK Sp. z o.o. usług dostaw wody i odprowadzania ścieków - nie występuje. Tak więc geograficzne granice rynku wyznacza w tym wypadku zasięg sieci, obejmujący obszar gminy Gostyń.

Rynkiem właściwym jest zatem w niniejszej sprawie lokalny rynek zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków, obejmujący obszar gminy Gostyń.

Na tak określonym rynku właściwym Przedsiębiorca działa w warunkach monopolu naturalnego, posiadając pozycję dominującą w rozumieniu art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z tym przepisem, przez pozycję dominującą rozumie się pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów. Domniemywa się jednocześnie, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40%.

ZWiK Sp. z o.o. jest jedynym podmiotem świadczącym usługi w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków na obszarze gminy Gostyń, co jest konsekwencją sieciowego charakteru urządzeń służących do dostarczania wody i odprowadzania ścieków. Jako właściciel sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej wydaje, na wniosek osób ubiegających się o przyłączenie do sieci, warunki techniczne. Osoby ubiegające się o przyłączenie do gminnej sieci wodociągowej lub kanalizacyjnej nie mają możliwości wyboru innego przedsiębiorcy, który świadczyłby usługi substytucyjne względem usług oferowanych przez ZWiK Sp. z o.o. Posiadając na ww. rynku pozycję dominującą, Przedsiębiorca dysponuje zarazem wystarczającymi możliwościami, aby wpływać na stan konkurencji na rynkach współzależnych, jakimi są rynki projektowania i wykonawstwa przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych. Na rynkach tych, pozostających w bezpośrednim związku z rynkiem zdominowanym przez ZWiK Sp. z o.o., mogły ujawnić się antykonkurencyjne skutki praktyki ZWiK Sp. z o.o., zakwestionowanej w niniejszym postępowaniu.

Jak dostrzeżono w orzecznictwie, nadużycie pozycji dominującej na jednym rynku może mieć wpływ na inny, powiązany z nim rynek. W decyzji w sprawie ECS/AKZO IV/30.698 (Dz. Urz. Unii Europejskiej L nr 374/1985), Komisja Europejska określiła rynek produktowy jako rynek nadtlenków organicznych, mimo że nadużycie pozycji dominującej miało na celu wyeliminowanie konkurencyjnej spółki z innego rynku - rynku dodatków do mąki. Kwestia ta była również przedmiotem wielu rozstrzygnięć sądów polskich. I tak np. Sąd Antymonopolowy w uzasadnieniu wyroku z dnia 2 października 1996 r., sygn. akt XVII Amr 37/96 stwierdził, że Spółka prowadzi działalność gospodarczą na dwóch współzależnych rynkach usług lokalnych. Pierwszym z nich jest rynek usług cmentarnych, na którym prowadzona jest działalność w zakresie utrzymania i administrowania cmentarzami (zadania własne Gminy), gdzie Gmina posiada pozycję monopolistyczną (monopol naturalny). Drugim zaś rynkiem jest rynek usług pogrzebowych, na którym prowadzona jest działalność w warunkach konkurencji (...). Wykorzystując monopolistyczną pozycję na rynku usług cmentarnych związanych z wykonywaniem zadań własnych Gmina nie może ograniczać działalności na innym rynku - rynku usług pogrzebowych, gdzie działalność gospodarcza jest realizowana z wykorzystaniem jej mienia. Podobne stanowisko Sąd Antymonopolowy zajął w wyroku z dnia 20 września 1995 r., sygn. akt XVII Amr 28/95 oraz 17 kwietnia 2002 r., sygn. akt XVII Ama 69/01. Zagadnienie tzw. transferu nadużycia pozycji dominującej (posiadanej przez przedsiębiorcę na określonym rynku relewantnym) na inne rynki (niezdominowane przez tego przedsiębiorcę) było również przedmiotem zainteresowania doktryny. Stwierdzono m.in., że w sytuacji, gdy przedsiębiorca prowadzi działalność na kilku rynkach, z których nie wszystkie są przez niego zdominowane, może dysponować możliwością wywierania nacisku na uczestników rynków niezdominowanych, jeśli na rynku zdominowanym występują między nim a tymi uczestnikami relacje zależności (E. Modzelewska-Wąchał, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. Wyd. Twigger, Warszawa 2002 r. str. 97) [...].

Prezes Urzędu zarzucił Przedsiębiorcy naruszenie art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z tym przepisem, zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku, polegające na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. Zakaz wyrażony w ww. przepisie oznacza, że dominant nie może podejmować działań antykonkurencyjnych wobec innych przedsiębiorców.

Istotą zarzutu stawianego ZWiK Sp. z o.o. jest nadużywanie pozycji dominującej na lokalnym rynku zbiorowego zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków poprzez wykorzystywanie wydawania warunków technicznych przyłączenia do gminnej sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej do promocji własnych usług w zakresie prac związanych ze sporządzaniem projektów budowlanych przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych oraz ich wykonywaniem, co - w ocenie Prezesa Urzędu - przeciwdziała ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na lokalnych rynkach projektowania i wykonawstwa przyłączy do sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej.

Bezsporne jest, że ZWiK Sp. z o.o., w warunkach technicznych wydanych w okresie od dnia 4 lipca do dnia 13 listopada 2008 r. zamieszczał informację o treści: „Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. informuje, że z dniem 04.07.2008 r. rozpoczęto świadczenie usług w zakresie sporządzania projektów budowlanych przyłączy wodociągowych i kanalizacji sanitarnej wraz z uzgodnieniami, mapami zasadniczymi oraz powykonawczą inwentaryzacją geodezyjną. Informujemy również, że Zakład prowadzi działalność w zakresie wykonawstwa przyłączy wodociągowych i kanalizacji sanitarnej. Wszelkich szczegółowych informacji udziela dział techniczny, pokój nr 09, w siedzibie Spółki, przy ul. Nad Kanią 77”.

Kwestią sporną w ocenie strony było zagadnienie, czy działania ZWiK Sp. z o.o. wyczerpują przesłanki praktyki, określonej w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zdaniem Prezesa Urzędu, Przedsiębiorca wykorzystał fakt, że jest jedynym podmiotem uprawnionym do wydawania warunków technicznych do promowania własnych usług, które świadczy jednocześnie w zakresie sporządzania projektów budowlanych przyłączy oraz wykonawstwa przyłączy. Imienne wskazanie w ww. dokumentach ZWiK Sp. z o.o. jako przedsiębiorcy świadczącego tego rodzaju usługi stawia go automatycznie w zdecydowanie lepszej, uprzywilejowanej pozycji względem innych przedsiębiorców prowadzących tego rodzaju działalność na rynkach lokalnych. Taka informacja, choć z pozoru obojętna, niewątpliwie wyróżnia ZWiK Sp. z o.o. spośród konkurentów już na wstępnym etapie przyłączania nieruchomości do sieci.

Celem zamieszczenia tej treści informacji w warunkach technicznych, doręczanych osobom ubiegającym się o przyłączenie do sieci było, w ocenie Prezesa Urzędu, dotarcie do potencjalnych klientów na rynkach świadczenia usług projektowania przyłączy oraz ich wykonywania. Nie można bowiem pominąć analizując okoliczności sprawy, że ZWiK Sp. z o.o. rozpoczął faktyczne świadczenie usług projektowych z dniem 4 lipca 2008 r. Ponadto, pomimo prowadzenia działalności w zakresie wykonawstwa przyłączy, jego pozycja na rynku lokalnym była na tyle słaba, że w 2008 r. nie wykonał w całości żadnego przyłącza samodzielnie. Zatem informacje o świadczeniu tego rodzaju usług zawarte w warunkach technicznych umożliwiały Przedsiębiorcy bezpośredni, łatwy dostęp do potencjalnych klientów i wzmocnienie pozycji rynkowej. Niewątpliwie istotny jest także fakt, że warunki techniczne wydawane są na wstępnym etapie procedury przyłączania nieruchomości do sieci, kiedy zazwyczaj osoby składające wniosek o przyłączenie podejmują dopiero decyzję o wyborze przedsiębiorcy, któremu zlecają sporządzenie projektu bądź wykonanie przyłącza. Informacje zawarte w warunkach technicznych zwiększyły szanse ZWiK Sp. z o.o. na pozyskanie klientów. Przemawia to, w ocenie Prezesa Urzędu, za uznaniem, że ZWiK Sp. z o.o. wykorzystał wydawane warunki techniczne do promowania własnych usług.

Zdaniem Prezesa Urzędu, pogląd Przedsiębiorcy kwestionujący powyższe stanowisko z uwagi na brak elementów wartościujących informacji nie zasługuje na uwzględnienie. [...] Należy wskazać, że całokształt okoliczności sprawy, w szczególności charakter jego działań i ich potencjalne skutki, przesądzają o ich uznaniu za promowanie własnych usług. Zresztą, co przyznał sam Przedsiębiorca, celem zamieszczenia ww. informacji było poinformowanie mieszkańców, że w razie potrzeby w przypadku planowanej budowy przyłączy możliwe jest skorzystanie z jego usług zarówno w zakresie projektowania, jak i wykonawstwa przyłączy.

Zauważyć należy, że elementy formalne warunków technicznych określone w Regulaminie zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków realizowanych na terenie gminy Gostyń, odnoszą się wyłącznie do kwestii związanych bezpośrednio z przyłączeniem nieruchomości do sieci. Informacja o prowadzeniu działalności w zakresie sporządzania projektów przyłączy bądź wykonywania przyłączy niewątpliwie charakteru takiego nie ma. Nie jest związana ani z przedmiotem ani zakresem tego rodzaju dokumentu.

Skutki zarzuconej Przedsiębiorcy praktyki mogły ujawnić się na rynkach współzależnych, tj. projektowania i wykonawstwa przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych. Należy podkreślić, że są to rynki konkurencyjne, co oznacza, że przedsiębiorcy już na tych rynkach działający bądź dopiero zamierzający podjąć na nich działalność, w tym również ZWiK Sp. z o.o., powinni działać w warunkach pełnej i nieskrępowanej konkurencji, uwzględniającej m.in. równe zasady dostępu do klienta. Działania ZWiK Sp. z o.o. mogły bez wątpienia spowodować zaburzenia konkurencji na tych rynkach poprzez utrudnianie jego konkurentom dostępu do potencjalnych klientów. Dzięki nim ZWiK Sp. z o.o. mógł uzyskać przewagę rynkową nad innymi przedsiębiorcami prowadzącymi działalność w zakresie projektowania i wykonawstwa przyłączy wodociągowych i kanalizacji sanitarnej, którzy możliwościami takimi nie dysponowali. Wydanie warunków technicznych jest niezbędne do przyłączenia nieruchomości do sieci. Dokumenty te są doręczane osobom ubiegającym się o przyłączenie do sieci, a jednocześnie potencjalnym odbiorcom usług na rynku projektowania i wykonawstwa przyłączy. Promocja usług w warunkach technicznych niewątpliwie umożliwiła ZWiK Sp. z o.o. bezpośrednie dotarcie do tych podmiotów i to bez konieczności podejmowania innych działań (np. reklamowania usług w prasie, rozpowszechniania ulotek), które zmuszony byłby podjąć, gdyby nie wykorzystał do tego wydawanych warunków technicznych. Praktyka ZWiK Sp. z o.o. mogła zatem utrudnić rozwój konkurencji na rynkach projektowania przyłączy oraz ich wykonywania, poprzez pozbawienie przedsiębiorców równych szans w zakresie konkurowania o potencjalnych klientów.

Dla oceny ww. działań nie mają istotnego znaczenia zgłoszone przez Przedsiębiorcę zastrzeżenia, że już po zamieszczeniu kwestionowanej informacji w warunkach technicznych sporządził jedynie 4 projekty budowlane przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych i w 2008 r. nie wykonał samodzielnie w całości żadnego przyłącza, co wyklucza możliwość zakwalifikowania jego działań jako praktyki z art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Prezes Urzędu nie podziela również argumentów Przedsiębiorcy, że skoro do chwili rozpoczęcia przez niego działalności projektowej usługi w zakresie sporządzania projektów budowlanych przyłączy świadczył na rynku lokalnym tylko jeden przedsiębiorca, to pojawienie się na tym rynku kolejnego przedsiębiorcy, tj. ZWiK Sp. z o.o. nie przeciwdziała kształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji, ale pozwala warunkom te stworzyć.

W ww. kwestiach Prezes Urzędu zajmuje stanowisko odmienne. Podkreślenia wymaga bowiem, że zastosowanie art. 9 tej ustawy nie jest wyłączone w przypadku, gdy antykonkurencyjny cel zachowań przedsiębiorcy dominującego nie został zrealizowany. Zakazowi podlega już sama próba (zamiar) osiągnięcia przez przedsiębiorcę zajmującego pozycję dominującą na rynku określonego skutku, stanowiącego nadużycie w świetle art. 9 ustawy (por. E. Modzelewska-Wąchał, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Wyd. Twigger, Warszawa 2002, str. 97). Wystarczające jest zatem, aby zaistniało zagrożenie wystąpienia takiego skutku, co miało miejsce w niniejszej sprawie. Takie stanowisko znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie sądu antymonopolowego. Np. w wyroku z dnia 7 lipca 2004 r., sygn. akt XVII Ama 65/03, Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów stwierdził, że nie jest konieczne udowodnienie wystąpienia skutków stosowanej 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. Również we wcześniejszym wyroku Sądu Antymonopolowego z dnia 23 marca 1993 r., sygn. akt XVII Amr 59/93, wskazano, że skutek ograniczenia konkurencji, który może wystąpić lub nie, nie ma wpływu na istotę praktyki monopolistycznej.

Mając na uwadze powyższe, Prezes Urzędu uznał, że wykorzystując wydawane warunki techniczne do promocji własnych usług w zakresie projektowania i wykonawstwa przyłączy ZWiK Sp. z o.o. przeciwdziałał kształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na lokalnych rynkach projektowania i wykonawstwa przyłączy, co wyczerpuje przesłanki praktyki określonej w art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zgodnie z art. 11 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, nie wydaje się decyzji o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazującą zaniechanie jej stosowania, jeżeli zachowanie rynkowe przedsiębiorcy przestało naruszać zakazy określone w art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W takim przypadku Prezes Urzędu wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdzającą zaniechanie jej stosowania. Ciężar udowodnienia okoliczności, że praktyka została zaprzestana spoczywa na przedsiębiorcy (ust. 3 art. 11).

W niniejszej sprawie Przedsiębiorca wykazał, że zaniechał stosowania przypisanej mu praktyki ograniczającej konkurencję. Przedłożył warunki techniczne, w których nie zamieszczono informacji o usługach świadczonych przez niego w zakresie projektowania i wykonawstwa przyłączy. Z analizy przedłożonych dokumentów wynika, że począwszy od dnia 14 listopada 2008 r. (tj. następnego dnia po doręczeniu zawiadomienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego), Przedsiębiorca nie zamieszczał w wydanych warunkach technicznych kwestionowanej informacji. Z uwagi na powyższe, dzień 14 listopada 2008 r. przyjęto jako datę zaniechania praktyki stosowanej przez ZWiK Sp. z o.o.

Orzeczono zatem jak w pkt I sentencji.

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

Z powołanego wyżej przepisu wynika, że kara pieniężna ma charakter fakultatywny. Zatem o tym, czy w konkretnej sprawie w odniesieniu do wskazanego przedsiębiorcy zasadne jest nałożenie kary pieniężnej decyduje, w ramach uznania administracyjnego, Prezes Urzędu. Zwrócić należy uwagę, iż przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie określają jakichkolwiek przesłanek, od których uzależnione byłoby podjęcie decyzji o nałożeniu kary. Skuteczna polityka karania wymaga jednak, aby w przypadku stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorcę praktyki ograniczającej konkurencję zasadą było nakładanie kary pieniężnej (tak np. wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 8 listopada 2004 r., sygn. akt XVII Ama 81/03).

W art. 111 ww. ustawy ustawodawca wskazał okoliczności, które Prezes Urzędu winien uwzględnić decydując o wymiarze kary pieniężnej, wymieniając w szczególności: okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy. W orzecznictwie podkreśla się, że w przypadku orzekania o karach za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję należy brać pod uwagę: potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy, skutki praktyki dla konkurencji lub kontrahentów, dopuszczalny poziom kary wynikający z przepisów ustawy oraz cele jakie kara ma osiągnąć (tak np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r., sygn. akt I KKN 793/98). Rozstrzygając o celach kary, należy wskazać na jej funkcję represyjną, a więc dolegliwość finansową za stosowanie zakazanej przez ustawę praktyki, ale także prewencyjną, odstraszającą, której celem jest zapobieganie podobnym naruszeniom w przyszłości. Na wysokość kary powinien mieć także wpływ, w ocenie Prezesa Urzędu, stopień zagrożenia lub naruszenia interesu publicznoprawnego stosowaną przez przedsiębiorcę praktyką ograniczającą konkurencję.

Biorąc pod uwagę okoliczności sprawy Prezes Urzędu uznał uzasadnione i celowe nałożenie na ZWiK Sp. z o.o. kary pieniężnej za naruszenie zakazu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, określonej w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

[...] Prezes Urzędu uznał, że w odniesieniu do Przedsiębiorcy zasadne jest nałożenie kary w wysokości 2.020,00 zł. [...] Ustalając wysokość kary, Prezes Urzędu dokonał przede wszystkim oceny szkodliwości stwierdzonego naruszenia przepisów ustawy. Przedsiębiorcy przypisano nadużywanie pozycji dominującej polegające na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na rynkach współzależnych, którymi są rynki projektowania i wykonawstwa przyłączy. Zdaniem Prezesa Urzędu, na wagę tego naruszenia wpływ ma antykonkurencyjny charakter praktyki Przedsiębiorcy, która mogła wpływać na stan konkurencji na rynkach współzależnych poprzez pozbawienie przedsiębiorców równych szans konkurowania, w konsekwencji czego doszło do zagrożenia interesu publicznoprawnego. Z drugiej strony, brak podstaw do stwierdzenia, że bezpośrednim zamiarem Przedsiębiorcy było ograniczenie konkurencji. Praktyka Przedsiębiorcy zmierzała do zapewnienia mu możliwości dotarcia do potencjalnych klientów, a jej skutkiem mogło być jedynie zaburzenie konkurencji na rynkach projektowania i wykonawstwa przyłączy. Zwrócić należy także uwagę na incydentalny i niezaplanowany charakter działań Przedsiębiorcy, które były następstwem podjęcia działalności projektowej. W ocenie Prezesa Urzędu, biorąc pod uwagę istniejącą na rynku projektowania i wykonawstwa przyłączy konkurencję, potencjalne negatywne skutki praktyki ZWiK Sp. z o.o. były ograniczone i nie mogłyby same przez się doprowadzić do wywołania trwałych zmian konkurencji na tym rynku, a mogły tylko w pewnym stopniu ją zaburzyć. Z uwagi na powyższe, praktykę Przedsiębiorcy zaliczono do mniej poważnych tzw. pozostałych naruszeń konkurencji.

Za istotną okoliczność łagodzącą uznano zaniechanie przez Przedsiębiorcę stosowania praktyki niezwłocznie po wszczęciu postępowania antymonopolowego oraz krótki okres jej stosowania. Wpływ na zmniejszenie wysokości kary miała również postawa Przedsiębiorcy, która przyczyniła się do szybkiego i sprawnego przeprowadzenia postępowania antymonopolowego. Przedsiębiorca współpracował z Prezesem Urzędu, złożył szczegółowe wyjaśnienia i dostarczył bez zbędnej zwłoki wszystkie istotne dla rozstrzygnięcia sprawy dokumenty. Uwzględniono ponadto fakt, że jest to pierwsze naruszenie przepisów ustawy przez ZWiK Sp. z o.o., co decyduje o zwróceniu uwagi przede wszystkim na funkcję prewencyjną kary.

Biorąc zatem pod uwagę szkodliwość stwierdzonego naruszenia oraz wskazane okoliczności łagodzące, Prezes Urzędu uznał za uzasadnione nałożenie na ZWiK Sp. z o.o. kary pieniężnej w wysokości 2.020,00 zł po zaokrągleniu (...). Zdaniem Prezesa Urzędu, kara w tej wysokości jest adekwatna do stopnia, okresu oraz okoliczności naruszenia przez ZWiK Sp. z o.o. przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Pełni ponadto rolę prewencyjną, zapobiegając ponownym naruszeniom przepisów ustawy i stanowi wystarczającą dolegliwość finansową za stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję.

Z powyższych względów orzeczono jak w pkt II sentencji decyzji. [...]