

Sygn. akt VII AGa 1762/18



WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 2 października 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VII Wydział Gospodarczy w składzie:

Przewodniczący: SSA Ewa Stefańska (spr.)

Sędziowie: SA Jan Szachulowicz

SO del. Katarzyna Kisiel

Protokolant: sekr. sądowy Katarzyna Mikiciuk

po rozpoznaniu w dniu 19 września 2018 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa Gminy S.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o nadużywanie pozycji dominującej

na skutek apelacji powódki

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z dnia 13 kwietnia 2015 r., sygn. akt XVII AmA 38/14

I. oddala apelację;

II. zasądza od Gminy S. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 900 zł (dziewięćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego i kasacyjnego.

Katarzyna Kisiel

Ewa Stefańska

Jan Szachulowicz

Sygn. akt VII AGa 1762/18**Uzasadnienie**

Decyzją z dnia 30 grudnia 2013 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

I. na podstawie art. 10 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm., zwanej dalej „ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów”, „ustawą” lub „u.o.k.i k.”) uznał za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 1 i ust. 2 ustawy praktykę polegającą na nadużywaniu przez Gminę S. pozycji dominującej na lokalnym rynku hurtowego odbioru i oczyszczania ścieków pochodzących z gmin ościennych M. i S., w związku z bezpośrednim narzucaniem nieuczciwych cen za usługę przyjęcia ścieków z urządzeń kanalizacyjnych gmin ościennych i ich oczyszczenia, w następstwie stosowania dla dostawców hurtowych ceny za tę usługę w wysokości odpowiadającej cenie określonej w taryfie za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzania ścieków obowiązującej odbiorców z Gminy S., sporządzonej w oparciu o kalkulację obejmującą koszty związane z eksploatacją i utrzymaniem oczyszczalni i całej sieci kanalizacyjnej na terenie Gminy S. przez co narzucane ceny: uwzględniają całkowite koszty oczyszczenia wód przypadkowych i infiltracyjnych z terenu Gminy S. oraz uwzględniają koszty utrzymania i eksploatacji całej sieci kanalizacyjnej na terenie Gminy S., oraz nakazał zaniechania stosowania ww. praktyki;

II. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nałożył na Gminę S. karę pieniężną w wysokości 8.690 zł, płatną do budżetu państwa w związku z dopuszczeniem się naruszenia zakazu określonego w art. 9 ust. 1 i ust. 2 ustawy.

Powód Gmina S. wniósł odwołanie, w którym zaskarżył decyzję w całości, wnosząc o jej zmianę poprzez umorzenie postępowania antymonopolowego na podstawie art. 93 w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i

konsumentów oraz art. 105 § 1 k.p.a. z powodu upływu terminu przedawnienia, jak również z uwagi na to, że Gmina S. nie nadużywała pozycji dominującej, ewentualnie o wydanie decyzji w oparciu o art. 12 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i zobowiązanie Gminy S. do zmiany sposobu ustalania ceny za przyjęcie i oczyszczenie 1m³ ścieków odebranych od Przedsiębiorstwa (...) „(...)” spółki z o.o. oraz Gminy S. zgodnie z zasadami kalkulacji przedstawionymi w piśmie Gminy S. z dnia 14 października 2013 r. skierowanym do Przedsiębiorstwa (...) „(...)” spółki z o.o. oraz odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej w wysokości 8.690 zł, ewentualnie o uchylenie zaskarżonej decyzji w całości. Zaskarżonej decyzji zarzucił:

1) naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

a) art. 74 w związku z art. 7 ust. 1 pkt 3 ustawy o samorządzie gminnym oraz art. 7 ustawy o gospodarce komunalnej poprzez uznanie, że do zadań użyteczności publicznej wykonywanych na podstawie porozumień międzygminnych przez samorządowy zakład budżetowy Gminy S. stosuje się przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, pomimo iż porozumienia te mają charakter publicznoprawny, a nie cywilny;

b) art. 93 w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz w związku z art. 105 § 1 k.p.a. poprzez niewłaściwe zastosowanie i uznanie praktyki za ograniczającą konkurencję pomimo upływu terminu przedawnienia do wydania decyzji w tej sprawie;

c) art. 9 ust. 1 i art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że Gmina S. dopuściła się praktyki ograniczającej konkurencję polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku hurtowego odbioru i oczyszczania ścieków pochodzących z gmin ościennych M. i S. w związku z bezpośrednim narzucaniem nieuczciwych cen za usługę przyjęcia ścieków z urządzeń kanalizacyjnych gmin ościennych i ich oczyszczenia w następstwie stosowania dla dostawców hurtowych ceny za tę usługę w wysokości odpowiadającej cenie określonej w taryfie za zbiorowe

zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków obowiązującej odbiorców z Gminy S.;

d) art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez niewłaściwe zastosowanie i nałożenie kary pieniężnej w wysokości 8.690 zł, pomimo braku ku temu podstaw;

e) art. 111 w związku z art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez niewłaściwe zastosowanie i nałożenie kary pieniężnej w wysokości 8.690 zł, nie uwzględniając wszystkich czynników branych pod uwagę przy ustalaniu wysokości kary, określonych w art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów;

2) naruszenie przepisów postępowania, tj.:

a) art. 11 k.p.a. oraz art. 107 § 1 i 3 k.p.a. w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez brak odniesienia się w uzasadnieniu decyzji do kwestii przedawnienia określonej w art. 93 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów;

b) art. 10 § 1 k.p.a. w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez wydanie decyzji przez upływem terminu wyznaczonego do zakończenia postępowania, pozbawiając odwołującego możliwości wypowiedzenia się co do zebranego w sprawie materiału dowodowego;

c) art. 10 § 1 w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez określenie nieadekwatnego (zbyt krótkiego) terminu na realne zapoznanie się z zebrany materiałem dowodowym i ustosunkowanie się do niego;

d) art. 74 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 81 k.p.a. w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez uwzględnienie zarzutów, do których odwołujący nie mógł się ustosunkować;

e) art. 233 § 1 k.p.c. w związku z art. 84 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez naruszenie zasady wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego, w tym m. in. pominięcie kalkulacji ceny za

przyjęcie i oczyszczenie 1m³ ścieków odebranych od Przedsiębiorstwa (...) „(...)” spółki z o.o. oraz Gminy S. zgodnie z zasadami kalkulacji przedstawionymi w piśmie Gminy S. z dnia 14 października 2013 r. skierowanym do Przedsiębiorstwa (...) „(...)” spółki z o.o. oraz pominięcie stanowiska Gminy S. wyrażonego w piśmie z dnia 3 grudnia 2013 r.

Pozwany Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wnosił o oddalenie odwołania.

Wyrokiem z dnia 13 kwietnia 2015 r. Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie.

Wyrok Sądu Okręgowego został wydany w oparciu o poniższe ustalenia faktyczne i rozważania prawne.

Postanowieniem z dnia 11 grudnia 2012 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wszczął postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem nadużywania przez Gminę S. pozycji dominującej na lokalnym rynku hurtowego odbioru i oczyszczania ścieków pochodzących z gmin ościennych M. i S., w związku z bezpośrednim narzucaniem nieuczciwych cen za usługę przyjęcia ścieków z urządzeń kanalizacyjnych gmin ościennych i ich oczyszczenia, w następstwie stosowania dla dostawców hurtowych ceny za tę usługę w wysokości odpowiadającej cenie określonej w taryfie za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzania ścieków obowiązującej odbiorców z Gminy S., sporządzonej w oparciu o kalkulację obejmującą koszty związane z eksploatacją i utrzymaniem oczyszczalni i całej sieci kanalizacyjnej na terenie Gminy S., co może stanowić naruszenie art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Na terenie Gminy S. działalność w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków prowadzi zakład budżetowy gminy - Zakład (...) w S.. Gmina poprzez swój zakład budżetowy prowadzi również działalność hurtową polegającą na odbiorze i oczyszczaniu ścieków pochodzących z gmin ościennych M. i S.. Gmina S. jest właścicielem

oczyszczalni ścieków i sieci kanalizacyjnej na jej terenie, za wyjątkiem odcinka o długości 1,6 km, który został wybudowany ze środków Gminy M. i jest jej własnością. Gmina S. również partycypowała w kosztach budowy kolektora sanitarnego na terenie Gminy S. o długości 3,4 km. Odcinkiem tym płyną ścieki zarówno z terenu Gminy S., jak i Gminy M.. Nakłady finansowe związane z budową w/w odcinka nigdy nie zostały Gminie S. zwrócone. Z uwagi na uwarunkowania lokalne, tj. niedysponowanie nieruchomością, na której mogłaby zostać wybudowana oczyszczalnia oraz brak możliwości finansowych, Gmina S. zmuszona jest odprowadzać ścieki do oczyszczalni na terenie Gminy M.. Gminy ościenne M. i S. nie mają możliwości odprowadzania ścieków do innej oczyszczalni. Aglomeracja S., w której skład wchodzi gminy S., M. i S., realizowała Krajowy Program Oczyszczania Ścieków Komunalnych. Część z pozyskanych w ramach tego Programu środków przeznaczono na modernizację oczyszczalni ścieków w S., jako oczyszczalni aglomeracyjnej.

Dla gmin ościennych M. i S., Gmina S. stosuje cenę za usługę hurtowego odbioru i oczyszczania ścieków taką samą, jak obowiązująca na terenie Gminy S. cena za zbiorowe odprowadzanie ścieków, wprowadzana w danym roku taryfą za zbiorowe odprowadzanie ścieków. Uchwałą nr (...) Rady Miejskiej w S. z dnia 29 listopada 2012 r. ustalono dopłatę dla gospodarstw domowych z terenu Gminy S. za zbiorowe odprowadzanie ścieków w roku 2013 w wysokości 0,93 zł/m³ netto.

Odnosnie ścieków pochodzących z Gminy M., umowę na odprowadzanie i oczyszczanie ścieków podpisało w dniu 1 lipca 2008 r. Przedsiębiorstwo (...) (...) spółka z o.o. z siedzibą w M.. Zgodnie z § 4 ust. 1 tej umowy „ilość zrzucanych ścieków ustala się na podstawie wskazań przepływomierza wg protokołu odczytu”. Przepływomierz zlokalizowany jest na granicy sieci dostawca - odbiorca. W § 5 ust. 1 umowy ustalona została cena odbioru i oczyszczania 1m³ ścieków w wysokości 3,25 zł netto. W tym samym dniu zawarty został aneks do przedmiotowej umowy. Przewidziano w nim, że do

ilości ścieków 8000 m³/miesiąc stosowana jest cena odbioru i oczyszczania ścieków w wysokości 3,25 zł/m³, a powyżej tej ilości cena obniżona o 50%, w związku z traktowaniem tych ilości za wody obce, infiltracyjne napływające do sieci dostawcy na jego terenie. Kolejny aneks został podpisany w dniu 14 stycznia 2009 r. i określał cenę usługi w wysokości 3,45 zł/m³ netto do ilości ścieków 8500 m³/miesiąc, a powyżej tej ilości - cenę obniżoną o 50%. Analogiczne zasady ustalania cen wprowadzone zostały aneksami w latach 2010 i 2011, zmianie ulegała jedynie wysokość ceny. Począwszy od roku 2012 nie były stosowane upusty cenowe w przypadku dostarczania ścieków w ilości przekraczającej wielkość określoną przez dostawcę i odbiorcę. Od 2010 r. Przedsiębiorstwo (...) (...) spółka z o.o. zwracało uwagę Zakładowi (...) w S., że jest on dostawcą hurtowym ścieków i ceny dla gminy ościennej powinny być ustalane według innych zasad, niż ceny taryfowe.

Z Gminą S. umowa na odprowadzanie ścieków do urządzeń kanalizacyjnych Gminy S. została zawarta w dniu 2 grudnia 2004 r. Zgodnie z § 4 ust. 1 tej umowy „ilość zrzucanych ścieków ustala się na podstawie wskazań przepływomierza wg protokołu odczytu”. Dla Gminy S. cena odbioru i oczyszczania ścieków była i jest jednakowa dla całej ilość zrzucanych ścieków. Podpisanie w/w umowy było poprzedzone podpisaniem w dniu 27 grudnia 2000 r. przez Gminę S. z Gminą S. umowy o wspólnej realizacji zadania inwestycyjnego - (...) (...) w S. . Zgodnie z § 4 tej umowy Gmina S. zobowiązana była do przekazania Gminie S. środków finansowych z tytułu udziału w koszcie inwestycji, zaś w § 6 umowy strony ustaliły, że ścieki pochodzące z Gminy S. będą przyjmowane do oczyszczalni w S.. Gmina S. wskazała, że nie prowadziła pisemnych negocjacji w sprawie zmiany warunków umowy na odprowadzanie ścieków z dnia 2 grudnia 2004 r. w zakresie wysokości cen za odprowadzanie ścieków.

W dniu 1 lutego 2013 r. Gmina S. wystosowała do Gminy S. pismo informujące, że „w związku ze wszczęciem przez Prezesa Urzędu Ochrony

Konkurencji i Konsumentów Delegatura w K., postępowania antymonopolowego w stosunku do Gminy S., z podejrzeniem nadużywania pozycji dominującej na lokalnym rynku hurtowego odbioru i oczyszczania ścieków pochodzących z Gmin: M. oraz S., Zakład (...) w S. jako przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne został zobowiązany do zmiany umowy i zasad rozliczania za odbieranie ścieków z Gminy S. i skalkulowania ceny hurtowej zgodnie z obowiązującymi przepisami przy uwzględnieniu wszystkich kosztów, które dotychczas nie były wliczane w cenę (...) Skalkulowana według powyższych zasad cena hurtowa ścieków dostarczanych z Gminy S. od 1 marca 2013 roku wynosić będzie 6,06 złotych netto za 1m³". W odpowiedzi na to pismo, w dniu 20 lutego 2013 r. Gmina S. zwróciła się do Gminy S. o utrzymanie w mocy dotychczas obowiązującej umowy. Ponadto oświadczyła, że „Gmina S. nie wnioskuje do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o wszczęcie postępowania antymonopolowego w stosunku do Gminy S. , gdyż uważała, że dotychczas funkcjonujący system nie dyskryminował dostawców ścieków. Stoimy na stanowisku, że proponowane zmiany nie będą korzystne dla Gminy -mając powyższe na uwadze prosimy o zachowanie istniejącego sposobu wzajemnych rozliczeń”.

W każdej z gmin ościennych przepływomierz stanowiący podstawę rozliczeń za hurtowy odbiór i oczyszczanie ścieków zlokalizowany jest na granicy sieci dostawca-odbiorca, wskazuje ilość przepływającej mieszaniny ścieków zafakturowanych jako usługa zbiorowego odprowadzania ścieków na terenie danej gminy ościennej oraz wód infiltracyjnych i przypadkowych, które przedostały się do sieci kanalizacyjnej na terenie danej gminy ościennej. Od roku 2012 obie gminy ościenne płacą za oczyszczanie i przesył wód infiltracyjnych i przypadkowych przedostających się do sieci kanalizacyjnej na ich terenie taką samą cenę, jak za przesył i oczyszczanie ścieków. W okresie od 2008 do 2011 roku, w przypadku ścieków pochodzących z Gminy M. stosowany był upust cenowy dla części ścieków w związku z uznaniem ich za wody

infiltracyjne i przypadkowe. W przypadku wód przypadkowych i infiltracyjnych napływających do sieci na terenie Gminy S., Gmina nie rozlicza kosztów ich przesyłu i oczyszczania w taki sam sposób, jak w przypadku tego typu wód napływających z gmin ościennych. Całością kosztów przesyłu i oczyszczania wód przypadkowych i infiltracyjnych napływających do sieci na terenie Gminy S. obciążane są w jednakowy sposób zarówno gminy ościenne, jak i mieszkańcy Gminy S., tj. w sposób proporcjonalny do ilości zrzucanych ścieków, pomimo że wody te przedostają się do sieci również w tych jej fragmentach, z których nie korzystają gminy ościenne. Mieszkańcy Gminy S. nie są obciążani wprost kosztami oczyszczania i przesyłu wód przypadkowych i infiltracyjnych, tak jak ma to miejsce w przypadku gmin ościennych.

Wody przypadkowe i infiltracyjne napływające do sieci na terenie Gminy M. stanowią nawet do 24,8% ilości ścieków przepływających przez przepływomierz zlokalizowany na oczyszczalni, za których odbiór i oczyszczenie uiszczana jest Gminie S. należność jak za ścieki. W przypadku Gminy S. wody infiltracyjne i przypadkowe napływające do sieci na terenie tej gminy stanowiły do 14,3% ścieków dostarczanych hurtowo. Wody infiltracyjne i przypadkowe napływające do sieci kanalizacyjnej na terenie Gminy S. stanowią nawet do 56,8 % ścieków wpływających na oczyszczalnię. Koszty odbioru i oczyszczania wód przypadkowych i infiltracyjnych napływających do sieci na terenie Gminy S., czyli koszty odbioru i oczyszczania ścieków stanowiących różnicę pomiędzy ilością ścieków wpływających do oczyszczalni i ilością ścieków zafakturowanych, zaliczane są do kosztów stanowiących podstawę do ustalenia wysokości niezbędnych przychodów, będących podstawą do ustalenia taryfowej ceny zbiorowego odprowadzania ścieków, która stosowana jest również wobec dostawców hurtowych.

Ścieki zafakturowane przez Gminę S., w przypadku usługi hurtowego odbioru i oczyszczania ścieków dla gmin ościennych, to ilość mieszaniny ścieków oraz wód infiltracyjnych i przypadkowych ustalona na podstawie wskazań

przepływomierza zlokalizowanego na granicy sieci. Natomiast w przypadku odbiorców z Gminy S., ilość ścieków zafakturowanych to jedynie ilość ścieków ustalona na podstawie odczytu przepływomierzy zlokalizowanych w nieruchomościach odbiorców lub wskazań wodomierza w nieruchomości odbiorców lub norm zużycia wody - bez wód infiltracyjnych i przypadkowych napływających do sieci na terenie Gminy S..

Całkowita długość sieci kanalizacyjnej na terenie Gminy S. wynosi 63,8 km, a koszt utrzymania całej sieci jest podstawą do ustalania niezbędnych przychodów stanowiących podstawę do obliczenia ceny taryfowej. Niezbędne przychody związane z przesyłem (odbiorem) stanowią 18% całości niezbędnych przychodów stanowiących podstawę ustalenia ceny taryfowej zbiorowego odprowadzania ścieków. Z terenu Gminy M. ścieki płyną odcinkiem sieci o długości 2,9 km leżącym na terenie Gminy S.. W tym: 1,6 km tego odcinka sieci zostało wybudowane ze środków finansowych Gminy M. i stanowi jej własność, a 1,3 km zostało wybudowane ze środków Gminy S.. W przypadku Gminy S. ścieki płyną odcinkiem 5,9 km sieci kanalizacyjnej na terenie Gminy S., w tym odcinkiem 3,4 km wybudowanym przy współudziale środków finansowych Gminy S.. Koszty przesyłu (odbioru) stanowią 18% całości kosztów odprowadzania ścieków.

Po otrzymaniu zawiadomienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego, Gmina S. sporządziła nową kalkulację cen hurtowych odbioru i oczyszczania ścieków. zaproponowała zaliczenie do niezbędnych przychodów kosztów oczyszczania całości wód infiltracyjnych i przypadkowych, z tym, że ilość ścieków ustalana byłaby jako suma zafakturowanych ścieków w związku ze świadczeniem usług zbiorowego odprowadzania ścieków przez Gminę i gminy ościenne. Gmina ta określiła cenę hurtową dla Gminy M. w wysokości 6,50 zł/m³, a dla Gminy S. 6,06 zł/m³. W cenie tej zawarty jest zysk w wysokości 12%. Cena ustalona dla Gminy S. według zasad tych samych, co ceny hurtowe,

wynosiła 7,21 zł/m³, przy cenie taryfowej obowiązującej w roku 2013 w wysokości 4,95 zł/m³.

Z przedłożonej kalkulacji wynika, że Gmina S. przyjęła wartość amortyzacji urządzeń związanych z oczyszczaniem ścieków i przyporządkowała tę pozycję kosztów wszystkim trzem dostawcom ścieków, na podstawie klucza podziałowego ustalonego jako iloraz ilości ścieków dostarczanych przez daną gminę pomniejszoną o ilość wód infiltracyjnych i całkowitą ilość oczyszczanych ścieków bez wód infiltracyjnych. W przypadku kosztów odbioru, amortyzacja dla poszczególnych gmin została określona dla tych odcinków sieci, z jakich korzysta dana gmina i proporcjonalnie do ilości ścieków przepływających z danej gminy danym odcinkiem sieci. W przypadku Gminy M. naliczona została amortyzacja fragmentu sieci o długości 1,6 km, który jest jej własnością. W przypadku tego odcinka Gminie M. zostało naliczone 96% amortyzacji, ponieważ tyle procentowo ścieków przepływających tym odcinkiem pochodzi z tej Gminy. Również w przypadku Gminy S. naliczona została amortyzacja fragmentu sieci o długości 3,4 km, który został wybudowany przy udziale jej środków. W przypadku tego odcinka Gminie S. zostało naliczone 17 % amortyzacji, ponieważ tyle procentowo ścieków przepływających tym odcinkiem pochodzi z tej Gminy. Pozostałe koszty odbioru zostały przyporządkowane kluczem podziałowym, ustalonym jako iloraz ilości ścieków dostarczonych przez daną gminę pomniejszonych o przyjęty procentowy udział wód infiltracyjnych i przypadkowych w ilości dostarczanych ścieków (M. - 20%, S. 13%) i całkowitej ilości ścieków bez wód infiltracyjnych. W kalkulacji kosztów odbioru Gmina M. została obciążona 9% całkowitej ilości tych kosztów, a Gmina S. - 3%.

Gmina S. w sposób odrębny ustala wartość niezbędnych przychodów na potrzeby określania cen i stawek opłat w taryfach zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków oraz na potrzeby cen hurtowych. W kalkulacji cen hurtowych zaplanowano wzrost w roku 2013 w stosunku do roku

2012 kosztów o: amortyzacja +8,17%, energia i gaz +16%, materiały +24%, opłaty za korzystanie ze środowiska +15%, świadczenia na rzecz pracowników +6%, usługi obce +8%, opłata za trwały zarząd +2764,76%, wynagrodzenia +6%, koszty wydziałowe i działalności pomocniczej +6%, podczas gdy we wniosku taryfowym za okres 01/01 -31/12/2013 Tabela C wartość niezbędnych przychodów w stosunku do przychodów wykonanych wzrosła o +2,8 %. Do ustalenia cen za odprowadzanie ścieków w przypadku usługi zbiorowego odprowadzania ścieków przyjęto obniżone stawki amortyzacji, lecz takiej obniżki nie zastosowano w przypadku kalkulacji cen hurtowych. Wzrosty wartości pozycji kosztów ujętych w kalkulacji ceny hurtowej Gmina oparła na własnych prognozach, lecz nie zastosowała tych prognoz do ustalania taryfowych cen i stawek opłat.

Dochody uzyskane przez Gminę S. w roku 2012 obejmowały: dochody uzyskane z majątku Gminy 2.280.001 zł oraz pozostałe bieżące dochody 23.019.367 zł. Pismem z dnia 17 grudnia 2013 r. Gmina została zawiadomiona o zakończeniu zbierania materiału dowodowego i możliwości zapoznania się z materiałem zgromadzonym w aktach sprawy. Strona skorzystała z możliwości zapoznania się z aktami administracyjnymi.

Stan faktyczny sprawy został ustalony przez Sąd Okręgowy na podstawie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach postępowań administracyjnego i sądowego, które nie zostały przez strony zakwestionowane.

Zdaniem Sądu Okręgowego odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego, Sąd pierwszej instancji wskazał, że nie mogą one odnieść skutku, ponieważ ewentualne uchybienia proceduralne w postępowaniu administracyjnym mogą zostać naprawione w postępowaniu sądowym, mającym na celu merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy, przy uwzględnieniu zasad rozkładu ciężaru dowodu i obowiązków stron w postępowaniu dowodowym.

W ocenie Sądu pierwszej instancji, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów prawidłowo określił jako dominującą pozycję powoda na rynku właściwym, tj. lokalnym rynku hurtowego odbioru i oczyszczania ścieków pochodzących z gmin ościennych M. i S.. Wskazał, że pozycję tę wyznaczają należąca do niego sieć kanalizacyjna i brak innej możliwości odprowadzania ścieków przez gminy ościenne, ze względu na nieistnienie alternatywnej oczyszczalni spełniającej wymóg natychmiastowej dostępności bez ponoszenia nakładów inwestycyjnych.

Sąd Okręgowy nie zgodził się z poglądem powoda, że świadczone przez niego usługi zaliczają się do zadań z zakresu użyteczności publicznej, do których nie stosuje się przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Wskazał, że zgodnie z treścią art. 4 pkt 1 lit. a tej ustawy, przez przedsiębiorcę rozumie się m.in. osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów ustawy - Prawo przedsiębiorców. Ponieważ powód jest gminą, która poprzez Zakład (...) w S. świadczy na zasadach komercyjnych usługi hurtowego odbioru i oczyszczania ścieków, należy uznać, że posiada on status przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 2009 r., sygn. akt III SK 29/08). Sąd pierwszej instancji podkreślił, że powód nie opierał świadczenia swoich usług na porozumieniu międzygminnym zawartym z gminami ościennymi, o którym mowa w art. 74 ustawy o samorządzie gminnym, lecz funkcjonował na podstawie umów cywilnoprawnych zawartych z gminą i spółką prawa handlowego.

Za niezasadny uznał również zarzut dotyczący przedawnienia możliwości wszczęcia postępowania antymonopolowego. Wyjaśnił, że zgodnie z treścią art. 93 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, postępowania w sprawie

stosowania praktyk ograniczających konkurencję nie wszczyna się, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania, upłynął rok. Sąd Okręgowy zauważył, że powołany przepis dotyczy wszczęcia postępowania, a nie - jak twierdził powód w odwołaniu - wydania decyzji w tym postępowaniu. Ponadto ocenił, że wskazywane przez powoda daty zawarcia umów, których przedmiotem było świadczenie usług na rzecz gmin ościennych, nie pozwalają na uznanie, że w tym czasie doszło do zaprzestania stosowania praktyki. Zdaniem Sądu pierwszej instancji, daty zawarcia umów byłyby podstawą przyjęcia zaprzestania stosowania praktyki jedynie w przypadku praktyk określonych w art. 9 ust. 2 pkt 4 i 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, które wiążą się z zawieraniem umów. Natomiast w przedmiotowej sprawie powód stosował praktykę określoną w art. 9 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zaś zaprzestanie stosowania tej praktyki przez wszczęciem postępowania antymonopolowego nie nastąpiło, na co dowodem jest pobieranie przez powoda zakwestionowanych opłat za odbiór ścieków także w 2013 r., kiedy miało miejsce wszczęcie postępowania. Sąd Okręgowy nie podzielił również poglądu powoda o niewłaściwym zastosowaniu art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Wskazał, że zgodnie z powołanymi przepisami zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców, przy czym nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności m.in. na bezpośrednim lub pośrednim narzucaniu nieuczciwych cen, w tym cen nadmiernie wygórowanych albo rażąco niskich, odległych terminów płatności lub innych warunków zakupu albo sprzedaży towarów. Wyjaśnił, że bezspornie powód posiada na rynku właściwym pozycję dominującą, ze względu na brak alternatywnej możliwości oczyszczania ścieków przez ościenne gminy, które były zmuszone do korzystania z usług powoda, akceptując ustalone przez niego ceny.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji, powód stosował nieuczciwe ceny, ponieważ w ich ramach przypisywał dostawcom hurtowym koszty oczyszczania wód przypadkowych i infiltracyjnych napływających do sieci na całej jej długości, które okresowo stanowią ponad 50% wszystkich ścieków napływających, podczas gdy aż 83% sieci znajdowało się na terenie Gminy S.. Ponadto przyjęte przez powoda ceny hurtowego świadczenia usługi były nieuczciwe, ponieważ nie uwzględniały rzeczywistych kosztów związanych z usługą dla poszczególnych odbiorców hurtowych, uwzględniając jednocześnie koszty, które nie były ponoszone w związku ze świadczeniem dla nich usługi. W niniejszej sprawie występował brak alternatywy dla świadczonych przez powoda usług i stosowanie nieuczciwej ceny, która była narzucana gminom ościennym, co potwierdza nieuwzględnienie przez powoda wniosków dostawców o zmianę kalkulacji. Według Sądu Okręgowego, okoliczności te wypełniają przesłanki określone w art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących nałożonej kary pieniężnej, Sąd Okręgowy wskazał, że powód nie wyjaśnił, z jakich przyczyn kara ta powinna zostać obniżona. Stwierdził, że w przypadku dopuszczenia się stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Zgodnie zaś z treścią art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przy ustalaniu wysokości kar należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy. Wprawdzie nałożenie kary ma charakter fakultatywny, lecz w niniejszej sprawie było to uzasadnione wagą naruszonego dobra i interesem publicznym. Nałożona kara powinna spełniać rolę prewencyjną, zarówno w ujęciu ogólnym, poprzez

oddziaływanie na ogół adresatów norm prawnych, jak i w ujęciu indywidualnym, gdyż ma zabezpieczać przed ponownym naruszeniem dobra prawnego przez powoda. Kara ta powinna oddziaływać również represyjnie, stanowiąc dla ukaranego dolegliwość za naruszenie prawa.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów rozważył wszelkie okoliczności mające wpływ na wymiar kary, uwzględniając zarówno okoliczności obciążające, jak i łagodzące. Pomimo, że w art. 106 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wysokość kary, jaka może zostać wymierzona, nawiązuje od przychodu przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 15 ustawy, to w przedmiotowej sprawie powinien mieć zastosowanie przepis art. 4 ust. 1 ustawy o dochodach jednostek samorządu terytorialnego. Przychodem w niniejszej sprawie jest więc dochód osiągnięty przez gminę z tytułu wpływów ze źródeł dochodów, uzyskany w roku podatkowym poprzedzającym dzień wszczęcia postępowania na podstawie ustawy, w rozumieniu przepisów podatku dochodowym. Dochód ze źródeł dochodów uzyskany przez gminę S. w 2012 roku wynosił 2.280.001 zł, więc nałożona kara w wysokości 8.690 zł stanowi 0,038 % dochodu z jej majątku. Zdaniem Sądu Okręgowego kara ta jest adekwatna do stopnia nadużywania przez ten powoda pozycji dominującej, spełnia zarazem funkcje represyjną i prewencyjną.

Od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie apelację wniósł powód Gmina S.. Apelacją powód zaskarżył wyrok w całości, wnosząc o jego zmianę poprzez zmianę zaskarżonej decyzji i niestwierdzenie stosowania przez Gminę S. praktyki ograniczającej konkurencję, polegającej na nadużyciu pozycji dominującej na rynku hurtowego odbioru i oczyszczania ścieków pochodzących z gmin ościennych M. i S. w związku z bezpośrednim narzucaniem nieuczciwych cen za usługę przyjęcia ścieków z urządzeń kanalizacyjnych gmin ościennych i ich oczyszczania, w następstwie stosowania dla dostawców hurtowych ceny za tę usługę w wysokości odpowiadającej cenie określonej w

taryfie za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków obowiązującej odbiorców z Gminy S., sporządzonej w oparciu o kalkulację obejmującą koszty związane z eksploatacją i utrzymaniem oczyszczalni i całej sieci kanalizacyjnej na terenie Gminy S., przez co narzucane ceny uwzględniają całkowite koszty oczyszczania wód przypadkowych i infiltracyjnych z terenu Gminy S., oraz uwzględniają koszty utrzymania i eksploatacji całej sieci na terenie Gminy S., ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zmianę punktu II decyzji i uchylenie nałożonej na powoda kary pieniężnej, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1) naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na wynik sprawy, tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, niewłaściwą ocenę materiału dowodowego i wyciągnięcie niewynikających z niego wniosków, a w konsekwencji uznanie, iż zachowanie powoda stanowiło praktykę ograniczającą konkurencję, podczas gdy:

a) fakt, że uwzględnione zostały w kalkulacji ceny odbioru ścieków z gmin ościennych koszty oczyszczania wód przypadkowych i infiltracyjnych, bez analizy innych pozycji kosztowych, nie jest wystarczający do uznania, że cena nie jest uczciwa,

b) fakt, że cena za usługę odbioru hurtowego ścieków jest na poziomie ceny taryfowej za zbiorowe odprowadzanie ścieków obowiązującej odbiorców z Gminy S., nie jest wystarczający do uznania, że cena nie jest uczciwa;

2) obrazę prawa procesowego, tj. art. 328 § 2 k.p.c. poprzez pominięcie w uzasadnieniu wyroku wyjaśnienia, na jakiej podstawie Sąd uznał, że powód narzucił odbiorcom ceny;

3) naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 93 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów na skutek wszczęcia postępowania pomimo upływu terminu przedawnienia wszczynania;

4) naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że powód dopuścił się praktyki ograniczającej konkurencję, polegającej na nadużyciu pozycji dominującej na rynku hurtowego odbioru i oczyszczania ścieków pochodzących z gmin ościennych M. i S. w związku z bezpośrednim narzucaniem nieuczciwych cen za usługę przyjęcia ścieków z urządzeń kanalizacyjnych gmin ościennych i ich oczyszczania, w następstwie stosowania dla dostawców hurtowych ceny za tę usługę w wysokości odpowiadającej cenie określonej w taryfie za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków obowiązującej odbiorców z Gminy S., sporządzonej w oparciu o kalkulację obejmującą koszty związane z eksploatacją i utrzymaniem oczyszczalni i całej sieci kanalizacyjnej na terenie Gminy S., przez co narzucane ceny uwzględniają całkowite koszty oczyszczania wód przypadkowych i infiltracyjnych z terenu Gminy S., oraz uwzględniają koszty utrzymania i eksploatacji całej sieci na terenie Gminy S., pomimo, że brak jest podstaw do przypisania powodowi ww. praktyki, bowiem w szczególności:

a) o charakterze nieuczciwym ceny nie przesądza fakt, że cena za usługę odbioru hurtowego jest na poziomie ceny za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków obowiązującej odbiorców z Gminy S.,

b) o charakterze nieuczciwym ceny nie przesądza fakt, że uwzględnione zostały w kalkulacji koszty oczyszczania wód przypadkowych i infiltracyjnych, w sytuacji, gdy nie została przeprowadzona analiza innych pozycji kosztowych,

c) z przepisów prawa i praktyki w sektorze wodociągowo-kanalizacyjnym, dotyczących alokacji kosztów, nie wynika, iż wszystkie koszty związane z usługą muszą być ściśle przyporządkowane poszczególnych odbiorców, w tym hurtowych;

5) naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 w związku z art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że powód dopuścił się wymienionej

wyżej praktyki, pomimo, że zachowanie powoda nie naruszyło interesu gmin ościennych w stopniu uzasadniającym zastosowanie instrumentów ustawy antymonopolowej, bowiem cena pobierana przez powoda za usługę odbioru i oczyszczania ścieków z gmin ościennych nie została ustalona na poziomie nadmiernym lub nieuzasadnionym ekonomicznie;

6) naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 106 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez wymierzenie powodowi kary pieniężnej.

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wnosił o oddalenie apelacji i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania apelacyjnego.

Wyrokiem z dnia 21 października 2016 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że uchylił zaskarżoną decyzję (sygn. akt VI ACa 979/15). Sąd ten przyjął za własne ustalenia stanu faktycznego dokonane przez Sąd pierwszej instancji, natomiast jako przyczynę uchylenia decyzji wskazał naruszenie art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że powód dopuścił się praktyki ograniczającej konkurencję, polegającej na nadużyciu pozycji dominującej na rynku hurtowego odbioru i oczyszczania ścieków pochodzących z gmin ościennych M. i S. w związku z bezpośrednim narzucaniem nieuczciwych cen za usługę przyjęcia ścieków z urządzeń kanalizacyjnych gmin ościennych i ich oczyszczania. Zdaniem tego Sądu nie można zasadnie zarzucać przedsiębiorcy nadużycia pozycji dominującej tylko dlatego, że oczekuje za swoje towary lub usługi zapłaty w wysokości wyższej niż kwota, która ustalona zostałaby na rynku o pluralistycznej strukturze. Perspektywa zdobycia pozycji dominującej i uzyskania możliwości pobierania cen monopolistycznych stanowi bowiem bardzo ważną zachętę do podejmowania przez przedsiębiorców trudu i ryzyka przeprowadzania inwestycji. Dlatego kategoryczne pozbawienie przedsiębiorcy prawa pobierania cen monopolistycznych prowadziłyby do zaniechania działań inwestycyjnych,

co najprawdopodobniej byłoby szkodliwe z punktu widzenia interesu publicznego.

Na skutek skargi kasacyjnej pozwanego, wyrokiem z dnia 20 marca 2018 r. Sąd Najwyższy uchylił zaskarżony wyrok i sprawę przekazał Sądowi Apelacyjnemu w Warszawie do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego (sygn. akt III SK 5/17).

W uzasadnieniu Sąd Najwyższy stwierdził, że zaskarżony wyrok opiera się na założeniu aksjologicznym leżącym u podstaw tzw. neoliberalnych doktryn ekonomicznych, zgodnie z którymi „chciwość jest dobra” dla społeczeństwa, ponieważ stanowi źródło i motor napędowy wszelkich decyzji biznesowych podejmowanych przez każdego przedsiębiorcę na każdym rynku. Tego rodzaju założenia aksjologiczne nie znalazły akceptacji Sądu Najwyższego, który wskazał, że nie przystają one do systemu konstytucyjnego opartego na społecznej gospodarce rynkowej. W państwie o społecznej gospodarce rynkowej pewne usługi, określane jako usługi publiczne z racji zaspokajania podstawowych współcześnie potrzeb, nie powinny być świadczone w oparciu o założenia biznesowe charakterystyczne dla ryzykownych działań innowacyjnych, napędzanych przez nadwyżki dostępnego kapitału. Tymczasem świadczenie usług z zakresu odprowadzania i oczyszczania ścieków ma w sobie istotny komponent publiczny (ochrona środowiska i poprawa jego jakości) (por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2017 r., sygn. akt III SZP 2/16, OSNP 2018 nr 1, poz. 10), niezależnie od tego, czy odbywa się na rzecz mieszkańców gminy i innych przynależnych jej podmiotów, czy na rzecz gmin sąsiednich (i ich mieszkańców).

Według Sądu Najwyższego, w sytuacji, gdy zarzut nadużycia pozycji dominującej adresowany jest do podmiotu takiego jak gmina, działającego na rynku infrastrukturalnym w zakresie usług użyteczności publicznej i motywowanego koniecznością zaspokojenia zbiorowych potrzeb mieszkańców, dla ustalenia pozycji dominującej na rynku właściwym nie jest konieczne

przeprowadzenie złożonych analiz, zwłaszcza gdy uwzględni się ustalenia faktyczne, zgodnie z którymi: 1) sąsiednie gminy nie posiadają nieruchomości, na której możliwe byłoby wybudowanie oczyszczalni ścieków pochodzących z gmin ościennych; 2) sąsiednie gminy partycypowały w ramach wspólnego projektu w budowie infrastruktury koniecznej do świadczenia usług, o które chodzi w niniejszej sprawie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Sąd Najwyższy wskazał, że zaskarżona decyzja opiera się na założeniu, zgodnie z którym ceną nieuczciwą jest cena nierzetelnie skalkulowana. O nierzetelności kalkulacji świadczy zaś ustalenie ceny w oparciu o koszty, które nie są rzeczywistymi kosztami świadczenia usług na rzecz każdej z ościennych gmin, oraz uwzględnienie w kalkulacji kosztów, które nie zostały poniesione w związku ze świadczeniem usługi dla każdej z ościennych gmin. U podstaw stanowiska organu leży przekonanie, że taryfowe ceny ustalane są w oparciu o pełne koszty prowadzenia działalności (w kategoriach dopuszczalnych przez rozporządzenie taryfowe), natomiast ceny hurtowe powinny być ustalane w oparciu o koszty w wysokościach uwzględnionych przy kalkulacji taryfy, lecz tylko i wyłącznie w zakresie (rozmiarze) w jakim dotyczą działań podejmowanych w związku ze świadczeniem usługi dla konkretnego odbiorcy hurtowego. W rezultacie ceny hurtowe powinny być niższe od cen taryfowych. Natomiast wyrok Sądu Apelacyjnego opierał się na założeniu, zgodnie z którym ceny taryfowe są cenami zaniżonymi ze względów społecznych, zatem nie obejmują pełnych kosztów świadczenia usługi odbioru i oczyszczania ścieków. W rezultacie - w ocenie Sądu Apelacyjnego - oparcie się na cenach taryfowych przy kalkulacji cen hurtowych nie oznacza, że doszło do narzucenia nieuczciwej ceny, ponieważ nierzetelnie skalkulowana cena hurtowa w oparciu o koszty wyliczone na użytek taryfy może okazać się ceną niższą od ceny hurtowej wyliczonej w oparciu o wszystkie koszty alokowane dla usługi świadczonej dla danego odbiorcy hurtowego.

Według Sądu Najwyższego, powyższa rozbieżność stanowisk nie daje się jednoznacznie rozstrzygnąć w oparciu o dotychczasowe orzecznictwo w przedmiocie pojęcia nieuczciwej ceny. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2004 r. (sygn. akt III SK 50/04, OSNP 2005 nr 11, poz. 166) uznano, że cena jest nieuczciwa, gdy jej kalkulacja opiera się na kosztach, których przedsiębiorca nie ponosi świadcząc daną usługę. Pogląd ten przemawia za przyjęciem za zasadne stanowiska Prezesa Urzędu, zgodnie z którym do stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej przez narzucanie nieuczciwych cen wystarczy ustalenie, że cena została nierzetelnie skalkulowana. Nie ma wówczas znaczenia, czy poziom nierzetelnie skalkulowanej ceny można byłoby uznać za ekwiwalentny, gdyby obliczyć rzeczywisty koszt świadczenia usługi i zbadać, czy stosowana cena ma oparcie w tym prawdziwym koszcie, a nie w koszcie wirtualnym i przedstawionym wcześniej jako uzasadnienie ceny. Natomiast w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 13 lipca 2012 r. (sygn. akt III SK 44/11, OSNP 2013 nr 13-14, poz. 167) wskazano, że Prezes Urzędu powinien kierować się przy stosowaniu art. 9 ust. 2 pkt 1 u.o.k. i k. właśnie taką metodologią, skoro tej nacisk położono na ekwiwalentność ceny za świadczoną usługę (ustalaną na podstawie modelowej transakcji referencyjnej). Wówczas ceną nieuczciwą byłaby cena nieekwiwalentna, a nie tylko cena nierzetelnie skalkulowana.

Sąd Najwyższy stwierdził, że kluczowe znaczenie w niniejszej sprawie ma kwestia, czy ceny taryfowe powoda stanowią punkt odniesienia dla cen hurtowych dla kontrahentów, takich jak gminy ościenne, czy też ceny hurtowe dla podmiotów nie będących „przynależnymi” gminy S. są cenami rynkowymi niezależnymi od cen taryfowych przyjętych dla usługobiorców zlokalizowanych na obszarze tej gminy. Wskazał, że jeżeli rynek działa w taki sposób, iż to taryfy stanowią odniesienie dla cen hurtowych, to skalkulowanie ceny w oparciu o koszty z taryfy błędnie alokowane na użytek ustalenie ceny dla konkretnego dostawcy hurtowego można uznać za cenę nieuczciwą. Jeżeli natomiast rynek działa w taki sposób, że dla dostawców hurtowych określa się cenę umowną bez

związku z taryfami, to samo nierzetelne skalkulowanie ceny przez zastosowanie stawki z taryfy nie wystarcza do uznania ceny za nieuczciwą. Wówczas powód mógłby się bronić argumentując, że mimo zawyżenia pewnych elementów składowych ceny (przez uwzględnienie stawek z taryfy), cena ostatecznie nie była nieuczciwa mimo nierzetelnej kalkulacji, ponieważ nie uwzględniono albo zaniżono inne elementy składowe ceny na rynku hurtowym.

Mając na uwadze treść art. 9 ust. 2 pkt 1 u.o.k.i k. oraz ustalenia faktyczne w niniejszej sprawie, Sąd Najwyższy rozstrzygnął tę kwestię przyjmując, że skoro cena dla usługobiorcy hurtowego, takiego jak ościenne gminy, została określona przez powoda w umowie w drodze odesłania do ceny taryfowej dla określonej kategorii odbiorców, to tym samym powód uczynił cenę taryfową ceną referencyjną, której poziom może podlegać ocenie organu ochrony konkurencji z punktu widzenia jej nieuczciwego charakteru w oparciu o kalkulację kosztową stanowiącą podstawę kalkulacji cen taryfowych. Powód rozliczał się z kontrahentami na podstawie umów, w których cena za świadczone usługi jest taka sama jak obowiązująca na terenie powoda cena za zbiorowe odprowadzanie ścieków wprowadzona w danym roku taryfą za zbiorowe odprowadzenie ścieków i podlegała modyfikacjom w ślad za zmianami taryf. To oznacza, że powód powiązał cenę za usługi hurtowe, świadczone dla odbiorcy nieobjętego taryfą, z cenami ustalonymi w taryfie. Ta cena została uznana przez niego za cenę ekwiwalentną dla usługi hurtowego odbioru i oczyszczania ścieków, stanowiąc miarę („benchmark”) według którego ocenia się, czy cena jest nieuczciwa. Prezes Urzędu zweryfikował ten benchmark sprawdzając, jakie koszty składają się na cenę określoną w taryfie, a jakie koszty wiążą się ze świadczeniem usługi hurtowego odbioru i oczyszczania ścieków. Z przeprowadzonych na użytek postępowania administracyjnego analiz wynikało, że koszty te różnią się, zatem „benchmark” nie jest ekwiwalentny. Kalkulacja cen, na których opiera się cena umowna okazała się więc nierzetelna.

Sąd Najwyższy stwierdził, że skoro wolą powoda ceną właściwą w rozliczeniach z kontrahentami jest cena wynikająca z zatwierdzonej dla powoda taryfy, sporządzonej w oparciu o przygotowaną przez niego kalkulację kosztów, to powód nie może bronić się za pomocą argumentu, zgodnie z którym cena uznana przez niego samego za ekwiwalentną kosztowo i marżowo została wadliwie skalkulowana, gdyż nie obejmuje kosztów, które powód mógłby uwzględnić na wolnym rynku. Gdyby natomiast w umowach była określona cena, choćby i powielana z ceny taryfowej, ale bez odesłania do taryfy jako cennika opartego na określonej kalkulacji, powód mógłby się bronić, że cena ta jest ekwiwalentna, gdyż składają się na nią koszty, których nie uwzględnił w taryfie, o ile na rynku świadczenia usług hurtowych nie obowiązuje zasada związania dostawcy usług kalkulacjami kosztowymi leżącymi u podstaw taryfy. W toku ponownego rozpoznania sprawy powód popierał apelację, a pozwany wnosił o jej oddalenie.

Sąd Apelacyjny zważył:

Apelacja powoda nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych i Sąd Apelacyjny przyjmuje je za własne. Także rozważania prawne Sądu pierwszej instancji są prawidłowe. Ponadto, na podstawie art. 398²⁰ k.p.c., w niniejszym postępowaniu Sąd Apelacyjny jest związany wykładnią prawa dokonaną przez Sąd Najwyższy. Sąd Apelacyjny podziela pogląd Sądu Najwyższego dotyczący wykładni art. 9 ust. 2 pkt 1 u.o.k.i k. na gruncie okoliczności faktycznych niniejszej sprawy, który prowadzi do przyjęcia, że skoro wolą powoda ceną właściwą w rozliczeniach z kontrahentami jest cena wynikająca z zatwierdzonej dla powoda taryfy, sporządzonej w oparciu o przygotowaną przez niego kalkulację kosztów, to powód nie może bronić się za pomocą argumentu, zgodnie z którym cena uznana przez niego samego za ekwiwalentną kosztowo i marżowo została wadliwie skalkulowana, gdyż nie obejmuje kosztów, które powód mógłby

uwzględnić na wolnym rynku. Opierając się na ustaleniach faktycznych Sądu Okręgowego, Sąd Najwyższy wskazał, że powód powiązał cenę za usługi hurtowe, świadczone dla odbiorcy nieobjętego taryfą, z cenami ustalonymi w taryfie. Ta cena została uznana przez niego za cenę ekwiwalentną dla usługi hurtowego odbioru i oczyszczania ścieków, stanowiąc miarę („benchmark”) według którego ocenia się, czy cena jest nieuczciwa.

W konsekwencji nie zasługuje na uwzględnienie podniesiony w apelacji zarzut naruszenia art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, wobec nieuwzględnienia poglądów powoda, że: o charakterze nieuczciwym ceny nie przesądza fakt, że cena za usługę odbioru hurtowego jest na poziomie ceny za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków obowiązującej odbiorców z Gminy S.; o charakterze nieuczciwym ceny nie przesądza fakt, że uwzględnione zostały w kalkulacji koszty oczyszczania wód przypadkowych i infiltracyjnych, w sytuacji, gdy nie została przeprowadzona analiza innych pozycji kosztowych; z przepisów prawa i praktyki w sektorze wodociągowo-kanalizacyjnym, dotyczących alokacji kosztów nie wynika, że wszystkie koszty związane z usługą muszą być ściśle przyporządkowane poszczególnych odbiorców, w tym hurtowych. Nietrafny jest również zarzut naruszenia art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 w związku z art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, wobec uznania, że powód dopuścił się praktyki, pomimo, że jego zachowanie nie naruszyło interesu gmin ościennych w stopniu uzasadniającym zastosowanie instrumentów ustawy antymonopolowej, bowiem cena pobierana przez powoda za usługę odbioru i oczyszczania ścieków z gmin ościennych nie została ustalona na poziomie nadmiernym lub nieuzasadnionym ekonomicznie. Powyższe twierdzenia powoda pozostają bowiem w sprzeczności z wykładnią prawa dokonaną w niniejszej sprawie przez Sąd Najwyższy.

Nie zasługuje na uwzględnienie również podniesiony przez powoda zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. poprzez niewłaściwą ocenę materiału dowodowego

i uznanie, że zachowanie powoda stanowiło praktykę ograniczającą konkurencję, podczas gdy: fakt, że uwzględnione zostały w kalkulacji ceny odbioru ścieków z gmin ościennych koszty oczyszczania wód przypadkowych i infiltracyjnych, bez analizy innych pozycji kosztowych, nie jest wystarczający do uznania, że cena nie jest uczciwa; fakt, że cena za usługę odbioru hurtowego ścieków jest na poziomie ceny taryfowej za zbiorowe odprowadzanie ścieków obowiązującej odbiorców z Gminy S., nie jest wystarczający do uznania, że cena nie jest uczciwa.

Pierwsza z podnoszonych przez powoda okoliczności nie może mieć wpływu na rozstrzygnięcie niniejszej sprawy, wobec dokonanej przez Sąd Najwyższy wykładni art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Sąd ten stwierdził, że w sytuacji, gdy zarzut nadużycia pozycji dominującej adresowany jest do podmiotu takiego jak gmina, działającego na rynku infrastrukturalnym w zakresie usług użyteczności publicznej i motywowanego koniecznością zaspokojenia zbiorowych potrzeb mieszkańców, dla ustalenia pozycji dominującej na rynku właściwym nie jest konieczne przeprowadzenie złożonych analiz, zwłaszcza gdy uwzględni się ustalenia faktyczne, zgodnie z którymi: sąsiednie gminy nie posiadają nieruchomości, na której możliwe byłoby wybudowanie oczyszczalni ścieków pochodzących z gmin ościennych, a ponadto gminy te partycypowały w ramach wspólnego projektu w budowie infrastruktury koniecznej do świadczenia przedmiotowych usług. Natomiast druga okoliczność nie znajduje potwierdzenia w materiale dowodowym, skoro znajdujące się w aktach sprawy administracyjnej umowy zawierają odwołanie do poziomu cen taryfowych. Przy tym, takie odwołanie należy uznać za wystarczające dla przyjęcia wykładni zastosowanej przez Sąd Najwyższy, nie jest natomiast konieczne istnienie bezpośrednich odwołań do metodologii przyjętej przy kalkulacji tych cen.

Nie ma racji powód zarzucając w apelacji naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. poprzez pominięcie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku wyjaśnienia, na jakiej

podstawie Sąd Okręgowy uznał, że powód narzucił odbiorcom ceny. Z uzasadnienia tego bowiem wynika, że okolicznością świadczącą o narzuceniu przez powoda cen usług był brak innej możliwości odprowadzania ścieków przez gminy ościenne, ze względu na nieistnienie alternatywnej oczyszczalni spełniającej wymóg natychmiastowej dostępności bez ponoszenia nakładów inwestycyjnych. Wskazać tu należy na fakt partycypowania przez gminy ościenne w budowie sieci w ramach dofinansowania przyznanego aglomeracji, co uniemożliwiło im budowę sieci alternatywnych. Istotnymi dowodami jest również prowadzona przez zainteresowane gminy korespondencja, w której powód odmówił zmiany sposobu rozliczania świadczenia usług. Przy tym, pismo Gminy S. nie może być uznane za przejaw akceptacji stosowanej przez powoda metodologii ustalania cen, a jedynie za wyraz braku jej zgody na zmianę poziomu cen. W tej sytuacji ceny hurtowe stosowane przez Gminę S. muszą być traktowane jako ceny narzucone gminom ościennym.

Nietrafny jest również zarzut naruszenia art. 93 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wobec wszczęcia postępowania pomimo upływu terminu przedawnienia. Sąd Apelacyjny aprobuje bowiem w całości pogląd Sądu pierwszej instancji, że wskazywane przez powoda daty zawarcia umów, których przedmiotem było świadczenie usług na rzecz gmin ościennych, nie pozwalają na uznanie, że w tym czasie doszło do zaprzestania stosowania praktyki. Byłyby one podstawą przyjęcia zaprzestania stosowania praktyk określonych w art. 9 ust. 2 pkt 4 i 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, które wiążą się z zawieraniem umów. Natomiast w przedmiotowej sprawie powód stosował praktykę określoną w art. 9 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przy czym przedmiotem analizy w postępowaniu antymonopolowym - wszczętym postanowieniem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 11 grudnia 2012 r. - były opłaty hurtowe za odbiór ścieków stosowane w latach 2012-2013. Nie można więc mówić o zaprzestaniu stosowania praktyki przed wszczęciem postępowania.

Nie zasługuje na uwzględnienie także podniesiony przez powoda zarzut naruszenia art. 106 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez wymierzenie powodowi kary pieniężnej. Trafnie bowiem wskazał Sąd pierwszej instancji, że w niniejszej sprawie nie wystąpiły przesłanki odstąpienia od wymierzenia powodowi fakultatywnej kary pieniężnej, z uwagi na wagę naruszonego przez powoda dobra i interes publiczny. Przeciwno wymierzeniu kary nie przemawia okoliczność, że powód jest gminą, skoro na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest on traktowany jako przedsiębiorca. Nie może wyrzucić takiego skutku także okoliczność, że powód nie miał świadomości naruszenia prawa, skoro wymierzenie sankcji administracyjnej nie jest uzależnione od winy. Natomiast okoliczność ta została uwzględniona przy wymiarze kary, podobnie jak pozostałe wskazane w decyzji okoliczności łagodzące. W ocenie Sądu Apelacyjnego, nałożona na powoda kara pieniężna jest proporcjonalna oraz spełnia rolę prewencyjną i represyjną.

Podstawą orzeczenia Sądu Apelacyjnego był art. 385 k.p.c. O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na zasadzie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w związku z art. 108 § 1 k.p.c.

Katarzyna Kisiel

Ewa Stefańska

Jan Szachulowicz