Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

ZAKRES INTERWENCJI ORGANU ANTYMONOPOLOWEGO W DZIAŁALNOŚĆ GOSPODARCZĄ GMIN

Zbigniew Jurczyk

Warszawa 2011

Zbigniew Jurczyk

Zakres interwencji organu antymonopolowego w działalność gospodarczą gmin

Sprawy gminne z zakresu konkurencji

W trakcie wykonywania określonych przepisami prawa zadań gospodarczych gmina i jej jednostki organizacyjne biorą udział w obrocie gospodarczym, stając się aktywnymi uczestnikami życia gospodarczego. Zadania te można podzielić na nałożone przez przepisy prawa, zwane zadaniami własnymi, oraz pozostałe zadania gospodarcze, w których zaangażowanie gminy jest regulowane postanowieniami ustawy o gospodarce komunalnej[1]. Dla realizacji tych zadań gminy w wyniku przekształceń ustrojowych zgromadziły i stały się właścicielem niezbędnego majątku produkcyjnego lub innych aktywów, takich jak nieruchomości gruntowe i niegruntowe oraz urządzenia komunalne. Działalność gospodarcza gmin skupia się więc przede wszystkim na gospodarce komunalnej, przez którą rozumie się zadania o charakterze użyteczności publicznej, mające na celu bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności przez świadczenie usług powszechnie dostępnych[2]. Zgodnie zaś z orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego, zadaniami o charakterze użyteczności publicznej są zadania wykonywane przez państwowe i komunalne jednostki, których działalność nie jest nastawiona na zysk, polegające na zaspokajaniu potrzeb społecznych o charakterze ogólnym[3].

Zadania z zakresu gospodarki komunalnej, należące do zadań własnych, gminy mogą prowadzić samodzielnie lub wspólnie z innymi gminami – w formie międzygminnego związku (na przykład związku wodociągów i kanalizacji), gminnego zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego. Gmina może powierzać na podstawie umowy realizację usług komunalnych także osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym niemającym osobowości prawnej. Osobom fizycznym bardzo często powierzane jest zarządzanie cmentarzami komunalnymi. Szczególną cechą działalności tych podmiotów jest to, że rynki przypisane działalności komunalnej są albo niekonkurencyjne, bądź wręcz zmonopolizowane przez gminy (usługi cmentarne, wodno-kanalizacyjne), albo z racji pełnienia przez gminy roli organizatora tych rynków (komunikacja zbiorowa, organizacja targowisk) konkurencja na nich z woli gmin może być wykluczona lub istotnie zniekształcona. W ten sposób gminy lub ich przedsiębiorstwa niejednokrotnie stały się ostatnimi monopolami działającymi w gospodarce lub przedsiębiorcami o silnej pozycji dominującej, mogącymi w istotny sposób zakłócać warunki konkurencji na rynkach świadczenia usług użyteczności publicznej i pozostałej działalności gospodarczej. Z tego też powodu, aby przeciw-działać zachowaniom antykonkurencyjnym gmin w zakresie usług o charakterze użyteczności publicznej, ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów zawiera szerszą definicję działalności gospodarczej i przedsiębiorcy od tych, które podaje ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. I tak, przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna, a także jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizująca lub świadcząca usługi o charakterze

[1] Ustawa z 20.12.1996 r. o gospodarce komunalnej (DzU z 5.02.1977 r., nr 9, poz.43)

[2] Art. 1 ust. 2 ustawy o gospodarce komunalnej

[3] Por. uchwała TK z 12.03.1997 r. (sygn. akt W.8/96)

użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej[4].

Zainteresowanie organu antymonopolowego działalnością gospodarczą gmin w tym zakresie wynika z tego, że gminy są organizatorem usług zbierania i wywozu odpadów stałych, właścicielem wysypisk, infrastruktury wodno-ściekowej, drogowej i komunikacyjnej, w tym przystanków autobusowych, organizatorem komunikacji zbiorowej, właścicielem licznych lokali użytkowych, zarządzają komunalnymi zasobami mieszkalnymi, są właścicielami i zarządcami cmentarzy komunalnych, właścicielami targowisk i hal targowych, regulatorem rynku usług taksówkowych. Chociaż interwencje podejmowane przez prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) dotyczą z reguły działalności z zakresu użyteczności publicznej, zdarzają się również przypadki interwencji w działalność komercyjną gminy, pod warunkiem, że jest ona silnym graczem na tym rynku, jak na przykład na rynku najmu lub sprzedaży lokali użytkowych, dzierżawy gruntów czy organizowania handlu targowiskowego.

Wszystkie działania w tych obszarach regulowane są zasadniczo przepisami prawa, które gminom nadają w niektórych wypadkach wyłączność prowadzenia tego rodzaju działalności lub czynią je odpowiedzialnymi za realizację, jak na przykład w zakresie zarządzania cmentarzami komunalnym albo organizacji systemu zbierania i unieszkodliwiana odpadów komunalnych. Dysponowanie tymi prawami nie wyklucza jednak, że do tej działalności gmin nie mają zastosowania przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jeżeli działania te zakłócają lub eliminują konkurencję.

Warunkami podjęcia interwencji prezesa UOKiK w stosunku do gmin lub działających w jej imieniu jednostek są:

- działalność gmin jest zgodna z definicją działalności gospodarczej zawartą w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów;
- działalność tę prowadzą jednostki, którym można przypisać status przedsiębiorcy według tej ustawy;
- działalność ta jest sprzeczna z interesem publicznym;
- przedsiębiorca, przeciwko któremu wszczęto postępowanie antymonopolowe ma pozycję dominującą lub zawarł antykonkurencyjne porozumienie z innym przedsiębiorcą;
- porozumienie to ma charakter horyzontalny albo wertykalny i nie podlega wyłączeniu spod zakazu z mocy ustawy lub przepisów wykonawczych.

Ustawa antymonopolowa, stojąc na straży konkurencji, broni tym samym prawnej i ekonomicznej samodzielności podmiotów gospodarczych, aby każdy z nich uczestniczył w życiu gospodarczym oraz rywalizacji ekonomicznej na równych prawach i nie był dotknięty dyskryminacyjnymi zachowaniami podmiotów silniejszych, o pozycji dominującej, oraz aby takimi zachowaniami nie byli dotknięci także konsumenci. Ma również przeciwdziałać monopolizacji rynków przez zawieranie przez przedsiębiorców niedozwolonych porozumień. Ochrona konsumentów – mieszkańców przed monopolistycznymi działaniami gmin jest szczególnie waż-na, bowiem niektóre wydatki na usługi o charakterze użyteczności publicznej mają istotne znaczenie w budżetach domowych lokalnej społeczności (ceny wody, biletów za przejazd komunikacją zbiorową, opłaty za wywóz odpadów).

Nie w każdym jednak wypadku zastosowanie ustawy antymonopolowej może mieć miejsce, nawet jeśli jest to spór z przedsiębiorcą mającym pozycję dominującą. Celem ustawy nie jest bowiem, w przeciwieństwie do spraw cywilnych, ochrona interesów, w których mamy do

[4] Art. 4 pkt 1a ustawy z 16.02. 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (DzU z 2007 r., nr 50, poz. 331)

czynienia z ochroną praw podmiotowych i indywidualnych. Jej celem jest wyłącznie ochrona interesu publicznoprawnego. Wynika to wprost z art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Tam, gdzie nie jest naruszony interes publicznoprawny w aspekcie funkcjonowania i rozwoju konkurencji, spory pomiędzy stronami podlegają właściwości sądu cywilnego lub gospodarczego. Zachowanie rynkowe podmiotu gospodarczego z kolei może być sprzeczne z interesem publicznym, gdy skutkami takiego zachowania, sprzecznego z ustawą antymonopolową, dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku względnie gdy działania te wywołują inne nie-korzystne zjawiska[5]. Taka interpretacja interesu publicznego wyłącza możliwość podejmowania przez organ antymonopolowy działań w celu ochrony interesów indywidualnych. Sądy wielokrotnie potwierdziły to podejście, uznając że „postępowanie antymonopolowe nie może dotyczyć spraw jednostkowych"[6]. Z ko-lei Sąd Najwyższy (SN) rozwinął tę myśl, dodając, że prezes UOKiK „ingeruje, gdy w wyniku pewnych ogólnych zjawisk zagrożona jest sama instytucja konkurencji. Nie odnosi się to do roszczeń indywidualnych"[7]. Stwierdził również, że „ustawa chroni konkurencję jako mechanizm regulujący sposób funkcjonowania gospodarki. Czyni to w interesie publicznym"[8].

Jeśli chodzi o rozwinięcie pojęcia niekorzystnych skutków na rynku, najczęściej rozumie się przez nie naruszenie interesów konsumentów. Relacje po-między indywidualnym a publicznym pogwałceniem interesów SN wyjaśnia w ten sposób, że naruszenie indywidualnego interesu nie wyklucza dopuszczalności równoczesnego uznania, że dochodzi do naruszenia interesu publicznego: „jeżeli indywidualne pogwałcenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów mogłoby w jakikolwiek sposób prowadzić do ustanowienia lub utrwalenia monopolistycznych praktyk rynkowych, które wywołują lub mogą wywoływać zakazane skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej"[9]. Zwrócenie większej uwagi na ten aspekt prawa antymonopolowego wynika z tego, że gminne sprawy antymonopolowe, obejmując rynki usług użyteczności pub-licznej, z natury rzeczy uzasadniają z tego powodu interwencje prezesa UOKiK w działalność gospodarczą gmin. Jest to też jedna z przyczyn, dla których interwencje są tak liczne.

Działalność gospodarcza gmin odbywa się na rynkach lokalnych, których zasięg jest wyznaczony granicami administracyjnymi każdej gminy. Wynika to z odpowiednich przepisów, które wyznaczają ramy prawne ich działalności. Z tego powodu mamy więc tyle rynków lokalnych, ile jest gmin w Polsce, przy czym rynki te, przynajmniej w zakresie zadań, którymi gminy są obciążone, nie przenikają się wzajemnie (mieszkańcy danej gminy nie mogą zaspokoić swoich potrzeb, realizując je na rynku gmin ościennych). Trzeba dodać, że mimo iż są to rynki lokalne, nierzadko dwa z nich – rynek dostawy energii cieplnej oraz zbierania i składowania odpadów stałych – są przedmiotem penetracji wielkich koncernów europejskich, zwłaszcza w dużych i średnich miastach.

Rynki te zatem nie są rynkami konkurencyjnymi, co sprawia, że gminy oraz gminne jednostki lub działający w ich imieniu przedsiębiorcy prywatni, realizując świadczenia użyteczności publicznej dysponują siłą rynkową, która może zaburzać warunki konkurencji albo powodować eksploatację ekonomiczną słabszych uczestników tych rynków, w tym szczególnie konsumentów. Niejednokrotnie też, na co wskazują decyzje prezesa UOKiK, odbywa się to w celu ochrony interesów własnych przedsiębiorców komunalnych albo uprzywilejowanych

[5] Wyrok SA z 24.01.1991 r. (sygn. akt XV Amr 8/90).

[6] Wyrok SOKiK z 28.05.2001 r. (sygn. akt XVII Ama 82/00)

[7] Wyrok SN z 29.05.2001 r. (sygn. I CKN 121/98)

[8] Wyrok SN z 5.06.2008 r. (sygn. II SK 40.70)

[9] Wyrok SN z 26.02.2004 r. (sygn. III SK 2/04)

przez gminę przedsiębiorców prywatnych. I tutaj często pomiędzy UOKiK a gminami występuje różnica zdań. Gminy w zakresie niektórych rynków dążą do pełnej monopolizacji, podczas gdy Urząd uważa, że powinny zostać zachowane warunki konkurencji. Takie sytuacje najczęściej zachodzą na rynkach: zbierania i składowania odpadów stałych, usług cmentarnych oraz komunikacji zbiorowej. Z doświadczenia decyzyjnego Urzędu wynika też, iż gminy większe są bardziej otwarte na reguły konkurencji niż gminy średnie i małe.

Jak widać, specyfika gospodarczej działalności gmin jest taka, że odbywa się ona w dużej mierze na rynkach zdominowanych, zaś praktyki ograniczające konkurencję lub prowadzące do eksploatacji konsumentów i innych przedsiębiorców dotyczą z reguły nadużywania pozycji dominującej. Naużywania pozycji dominującej – a nie jej posiadania – zakazuje art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, wymieniając najczęściej spotykane praktyki tego rodzaju. Przez pozycję dominującą rozumie się pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu skuteczne zapobieganie konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie warunków do działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów, przy czym domniemywa się, że przedsiębiorca ma taką pozycję, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40%[10]. Kryterium ilościowe nie jest jednak wystarczające do stwierdzenia pozycji dominującej. Są to również bariery wejścia na dany rynek, przewaga finansowa lub techniczna danego podmiotu, do-stęp do rynków zaopatrzenia lub zbytu, udziały w rynku konkurentów, czyli wszystkie czynniki jakościowe, które dają podmiotowi gospodarczemu siłę rynkową po-zwalającą na zachowanie niezależne w stosunku do pozostałych uczestników rynku właściwego. Przez zachowanie niezależne rozumie się zdolność do narzucania innym uczestnikom tego rynku swoich warunków funkcjonowania, do pogarszania pozycji konkurencyjnej bezpośrednich rywali lub nawet eliminowania ich z rynku.

Silniejszą jeszcze od dominującej jest pozycja monopolistyczna. Ma ją pod-miot gospodarczy, który nie spotyka się z konkurencją na rynku krajowym lub lokalnym. Przykładem jest monopol naturalny, zaś miejsce jego funkcjonowania to właśnie sektor komunalny, a w nim takie dziedziny, jak: zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków, zaopatrzenie w ciepło zintegrowaną siecią cieplną, komunikacja tramwajowa, jedyne w gminie składowisko lub jedyne targowisko albo giełda towarowa (na przykład kwiatowa). Obok monopolu rynkowego – mającego ekonomiczne źródło, występuje również monopol prawny, który wynika z przepisów prawa, jeśli zastrzegają one wyłączność prowadzenia aktywności w danej dziedzinie na rzecz wybranego podmiotu, co jest charakterystyczne w działalności użyteczności publicznej gmin.

Drugim rodzajem praktyk zakazanych ustawą antymonopolową są porozumienia przedsiębiorców; tutaj gmina może być zarówno ich sprawcą, jak i ofiarą. Zakazane są porozumienia, których skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszanie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym[11]. Za porozumienia uznaje się umowy zawierane między przedsiębiorcami, związkami przedsiębiorców oraz przedsiębiorcami i ich związkami, uzgodnienia dokonane w jakiejkolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki, a także uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych. Porozumienia mogą być zawierane pomiędzy bezpośrednimi konkurentami (porozumienia horyzontalne) lub przedsiębiorstwami znajdującymi się na różnych szczeblach obrotu gospodarczego (porozumienia wertykalne). W dziedzinie go-spodarki komunalnej porozumienia najczęściej występują na rynku usług cmentarnych oraz zbierania i składowania odpadów stałych (komunalnych) i są to z reguły porozumienia cenowe albo ograniczające dostęp do rynku lub eliminujące z niego przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem. W większości mają charakter porozumień wertykalnych, zawieranych pomiędzy gminą i wybranym przez nią

[10] Art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

[11] Art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

przedsiębiorcą, realizującym w jej imieniu usługi komunalne.

Gmina jako przedsiębiorca w postępowaniu antymonopolowym

W wyniku napływających z obszaru konkurencji skarg na zachowanie gmin przy realizacji jej zadań własnych, organ antymonopolowy już na początku swej działalności stanął przed następującym zagadnieniem prawnym: czy jako centralny organ administracji rządowej właściwy w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów może w prawnoprocesowych formach dokonywać oceny zachowania gminy i podległych jej jednostek w zakresie wykonywania tych za-dań? Innymi słowy, problem sprowadzał się do pytania – czy gmina ma legitymację bierną w postępowaniach antymonopolowych i czy prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów dla realizacji swych ustawowych obowiązków może podejmować działania władcze, czyli wszczynać postępowania administracyjne i wydawać decyzje administracyjne w stosunku do gminy posiadającej samo-dzielność chronioną sądownie?

Odpowiadając na tak postawione pytanie, przede wszystkim należy zaznaczyć, że samodzielność gminy nie wyklucza podporządkowania jej działania obowiązującemu prawu. Organy samorządu terytorialnego – jako organy władzy publicznej – zobowiązane są na mocy art. 7 Konstytucji RP działać na podstawie i w granicach prawa. Oznacza to, że wszelkie akty prawne i czynności organów gminy, takie jak wydawanie przepisów prawnych, podejmowanie uchwał, decyzji oraz czynności prawnych muszą być zgodne z obowiązującym w Polsce ustawodawstwem, w tym z ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów.

Początkowe interwencje prezesa UOKiK w działalność komunalną gmin były jednak mocno kontestowane. Gminy uważały bowiem, że w żadnym razie nie można przypisać im przy realizacji zadań własnych statusu podmiotu gospodarczego; długo nie mogły pogodzić się z tym, że stały się stroną w postępowaniach o naruszenie reguł konkurencji. Trwało to prawie całą ostatnią dekadę XX wieku i to pomimo tego, że Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK)[12] podzielił punkt widzenia organu antymonopolowego. Co prawda, w pierwszych wyrokach Sąd wspominał – z uwagi na ówczesne prawne poję-cie działalności gospodarczej, w którym nie mieściła się działalność komunalna gmin nienastawiona na zysk – o ostrożnym stosowaniu przepisów ustawy do tej działalności. Nie miał jednak wątpliwości, że jeśli negatywne zachowania podmiotów realizujących te zadania noszą znamiona praktyk monopolistycznych i wywołują skutki, którym ta ustawa ma zapobiegać (*analogia legis*), to nie ma powodów, aby jej przepisy w stosunku do tych podmiotów (w tym gmin) nie mogły być stosowane odpowiednio. Sąd argumentował, że powyższa analogia ma przeciwdziałać sytuacjom, aby na tym samym rynku, jedynie ze względu na podmiotowe wyodrębnienie osób wykonujących określone świadczenie, jeden pod-miot mógł w stosunkach cywilnoprawnych stosować praktyki monopolistyczne, a inny nie. Zastosowanie do gminy ustawy antymonopolowej jest – zdaniem Sądu – również usprawiedliwione cywilnoprawną naturą praktyk monopolistycznych, bowiem w zakresie stosunków cywilnoprawnych gmina występuje w obrocie gospodarczym w takim samym charakterze, jak inne podmioty gospodarcze. Trudno byłoby zatem znaleźć argumentację przemawiającą za tym, że gmin występujących w stosunkach cywilnoprawnych o charakterze gospodarczym nie obowiązują jakiekolwiek rygory, o których mowa w ustawie antymonopolowej[13]. W jednym z wyroków, odnośnie do stwierdzonej praktyki naruszającej konkurencję w wyniku różnicowania podmiotowego opłat za dostawę wody i odprowadzanie ścieków, Sąd stwierdził: „Trudno zgodzić się z poglądem gminy, że ustalanie opłat za wodę i odprowadzanie ścieków jest publiczną działalnością gminy. Gmina ustala opłaty dla podległego sobie podmiotu gospodarczego z uwagi na posiadane w nim udziały. Ustalanie opłat wiąże się więc z działalnością gminy o charakterze zarobkowym. Takie

[12] W tym okresie Sąd Antymonopolowy

[13] Wyrok SA z 23.04.1992 r. (sygn. akt XVII Amr 5/92) oraz z 20.02.1993 r. (sygn. akt XVII Amr 35/92)

działania gminy podlegają, o ile nie wprost, to w każdym razie odpowiedniej ocenie ustawy antymonopolowej”[14].

Sąd nie miał natomiast żadnych wątpliwości co do przypadków, w których gmina prowadzi działalność zarobkową. Wtedy działalność taka podlega w pełni rygorom ustawy antymonopolowej. Dotyczy to w szczególności sytuacji, gdy na mocy odpowiedniej regulacji wręcz monopolizuje ona niektóre rynki i ma władzę rynkową pozwalającą dyktować kontrahentom i konsumentom warunki funkcjonowania na rynku[15]. Co do innych jednostek komunalnych realizujących zadania własne, SOKiK jednoznacznie orzekł, że są one podmiotami gospodarczymi w rozumieniu przepisów prawa, a zatem odnoszą się do nich wprost regulacje antymonopolowe. Podmioty te nie mogą być zwolnione z prowadzenia przeciwko nim postępowań antymonopolowych tylko dlatego, że wykonują uchwały organów gminy. Organ antymonopolowy bada bowiem skutki rynkowe tych uchwał, które przeniesione na szczebel podmiotu realizacyjnego mogą być przyczyną zakazanych praktyk ograniczających konkurencję.

W tej kwestii wypowiedział się także Trybunał Konstytucyjny w uchwale z 27 września 1994 r. w sprawie powszechnie obowiązującej wykładni art. 85 i 87 ustawy o samorządzie terytorialnym. Trybunał uznał, że możliwe jest ustanowienie przez ustawodawcę kontroli lub nadzoru nad określonymi formami prawnymi działalności komunalnej gminy, wykonywanego w innym trybie i przez inne organy działające za pomocą sobie właściwych środków prawnych. „Takiego charakteru nie można odmówić organom działającym na podstawie ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym. W razie więc stwierdzenia praktyk monopolistycznych w działalności podmiotu wykonującego zadania w zakresie administracji publicznej Urząd Antymonopolowy może wydawać decyzje nakazujące zaniechanie takich praktyk”[16].

Wątpliwości formalne co do traktowania gminy jak podmiotu gospodarczego ustąpiły gdy została przeredagowana w ustawie antymonopolowej w 1995 r. definicja podmiotu gospodarczego (obecnie przedsiębiorcy) przez objęcie nią jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej, prowadzących działalność gospodarczą albo organizujących lub świadczących usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu (ówczesnej) ustawy o działalności gospodarczej. W tym stanie rzeczy zostało przesądzone, że gmina w zakresie działalności gospodarczej o charakterze użyteczności publicznej i wszystkie jednostki użyteczności publicznej podlegle władzom publicznym są zaliczane do podmiotów gospodarczych, przeciwko którym może być prowadzone wprost postępowanie antymonopolowe.

Na wszystkie wątpliwości gmin, kiedy występuje ona w roli władzy pub-licznej (*imperium*), a kiedy w roli przedsiębiorcy (*dominium*), odpowiedział Sąd Najwyższy w wyroku z 2008 r., rozstrzygając, że „Przedmiotem oceny prezesa UOKiK oraz SOKiK nie jest legalność podjętych przez jednostkę samorządu terytorialnego decyzji lub wydawanych aktów prawa miejscowego z zakresu organizowania usług użyteczności publicznej, lecz ocena tego, w jaki sposób wpłyną one na konkurencję na rynku, którego zasad funkcjonowania dotyczą”. I dalej: „Jako przedsiębiorca, jednostka samorządu terytorialnego ma obowiązek uwzględnić w swojej działalności zakazy wynikające z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nawet wtedy, gdy wydaje akty prawa miejscowego lub decyzje administracyjne, związane z organizowaniem usług użyteczności publicznej”. Nadmienił również, że przedsiębiorcą jest także osoba prawna

[14] Wyrok SA z 25.05.1994 r. (sygn. akt XVII Amr 34/95)

[15] Wyrok SA z 11.05.1994 r. (sygn. akt XV Amr 64/93)

[16] Wyrok SA z 28.06.1995 r. (sygn. akt XVII Amr 13/95)

organizująca lub świadcząca usługi o charakterze użyteczności publicznej. „Uzasadnieniem dla traktowania gmin jako przedsiębiorców w obszarze, w którym korzystają z przysługujących im kompetencji władczych i wydają akty prawa miejscowego, jest dotychczasowa praktyka wskazująca jednoznacznie, iż interwencja prezesa Urzędu jest najczęściej jedynym skutecznym instrumentem kontroli działalności gmin w tym zakresie i ochrony interesów ekonomicznych ich mieszkańców, na co wskazuje chociażby liczba spraw prowadzonych przeciwko jednostkom samorządu terytorialnego”[17].

Oprócz braku legitymacji biernej w postępowaniu antymonopolowym, gminy, podważając nieuzasadnione – ich zdaniem – interwencje prezesa UOKiK w realizację przez nie zadań własnych, powołują się często na art. 353[1] oraz na art. 140 Kodeksu cywilnego. Pierwszy odnosi się do zasady samodzielności gospodarczej przedsiębiorców, która przejawia się w obrocie gospodarczym, zwłaszcza w swobodzie kontraktowej, na którą składa się zarówno swoboda zawierania umów, jak i swoboda kształtowania ich treści. Bazując na przepisie tego artykułu, gminy uważały, że organ antymonopolowy narusza te swobody, kwestionując niektóre ich działania. Stanowisko organu antymonopolowego jest jednak takie, że swoboda umów nie może być traktowana jako dowolność, bowiem jej granice są zakreślone ustawami, do których – w wypadku posiadania przez podmiot pozycji dominującej – należy również ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Gmina nie może zatem dowolnie zrywać czy wy-powiadać umowy, chociażby taka możliwość była zastrzeżona w umowie. Jak stwierdził SOKiK, wypowiadanie przez gminę umów w warunkach nadużycia pozycji dominującej, ograniczania samodzielności jej kontrahentów i nieliczenia się z ich uzasadnionymi potrzebami jest praktyką monopolistyczną, zaś taka czynność prawna dotknięta jest sankcją nieważności[18]. Sąd Najwyższy dodał, że nawet „działania w pełni legalne, w postaci zastrzeżenia ważnego postanowienia umownego w ramach dopuszczalnej swobody kontraktowej, wcale jeszcze nie wyklucza uznania go za praktykę antykonkurencyjną, jeżeli tylko spełnia ustawowe przesłanki przesądzające o uznaniu go za taką praktykę[19].

Z kolei, powołując się na art. 140 k.c., gminy uważały, że organ antymonopolowy nie ma prawa wtrącać się do tego, w jaki sposób rozporządzają one i korzy-stają ze swojego mienia. W sprawach antymonopolowych dotyczy to najczęściej cmentarzy komunalnych, wysypisk gminnych, przystanków autobusowych, placów i hal targowiskowych czy lokali użytkowych. I znowu, zgodnie z orzecznictwem, ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów jest jednym z tych aktów normatywnych, do których artykuł ten odsyła dla określenia granic wykonywania przez właściciela swego prawa dysponowania rzeczą. Organ antymonopolowy nie zabrania gminie – jako właścicielowi majątku komunalnego – pobierania pożytków i innych dochodów z użytkowania tego majątku, o ile nie są one konsekwencją stosowania zakazanych praktyk monopolistycznych[20]. SOKiK w jednym z wyroków stwierdził, że pomimo przepisów k.c. dotyczących możliwości pobierania przez właściciela pożytków z rzeczy, pobieranie czynszu najmu lub dzierżawy lokali użytkowych w nadmiernej wysokości przez dominanta rynkowego – często gminę – może być nielegalne na gruncie prawa antymonopolowego[21].

Bywa też, że gminy lub komunalne podmioty prawne bronią się przed stawianymi zarzutami praktyk monopolistycznych, argumentując, że przecież wykonują jedynie decyzje czy też akty prawa miejscowego stanowione przez gminę. Otóż, nie zawsze istnienie normy prawa

[17] Wyrok SN z 20.11.2008 r. (sygn. akt III SK 12.08)

[18] Wyrok SA z 26.1.1994 r.(sygn. akt AMR 24/94)

[19] Wyrok SN z 14.05.1999 r. (sygn. akt I CKN 1152/97)

[20] Wyrok SA z 14.06.1995 r. (sygn. akt XVII Amr 11/95)

[21] Wyrok SOKiK z 27.06.2001 r. (sygn. akt XVII Ama 88/00)

miejscowego uchwalonej przez gminę będzie zwalniać jednostki gminne lub same gminy od zarzutu naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji. Kluczowy jest tu art. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stanowiący, że przepisów tej ustawy nie stosuje się do ograniczeń konkurencji dopuszczonych na podstawie odrębnych ustaw. Wynika z tego, że jedynie wówczas, gdy delegacja ustawowa dopuszcza takie ograniczenia, można tworzyć przepisy prawa miejscowego zawierające regulacje ograniczające konkurencję.

Przykładowo, art. 19 ust. 1 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzeniu ścieków stanowi, że rada gminy, po dokonaniu analizy projektów regulaminów dostarczania wody i odprowadzania ścieków opracowanych przez przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjne, uchwala regulamin do-starczania wody i odprowadzania ścieków, który jest aktem prawa miejscowego[22]. Właśnie w tychże regulaminach wstawiane są często postanowienia sprzeczne z ustawą o ochronie konkurencji i interesem konsumentów, na przykład wyłączające odpowiedzialność dostawcy wody za przerwy w dostawach lub niestosowanie rabatów za dostawy wody niezgodnej z wymaganymi parametrami. W tej kwestii SOKiK wielokrotnie podkreślał, że wymieniony przepis zawiera jedynie delegację do uchwalenia przez radę gminy regulaminu dostarczania wody i odprowadzania ścieków oraz wskazuje, co powinien zawierać taki regulamin, ale w żadnej mierze nie dopuszcza ograniczenia konkurencji[23]. A zatem uchwalenie przez gminy prawa miejscowego, w którym znajdują się postanowienia naruszające regulacje ustawy o ochronie konkurencji, nie jest wystarczającym powodem nieobjęcia tej działalności postępowaniem antymonopolowym. Takim powodem byłoby dopiero wskazanie w delegacji ustawowej, że takie ograniczenie konkurencji jest dopuszczalne. Tego typu przypadki są widoczne także na rynku zbierania i składowania odpadów stałych i innych. Stanowisko to nie może budzić wątpliwości po ukazaniu się, cytowanego wcześniej, orzeczenia SN z 20 listopada 2008 r.

Komunalne praktyki ograniczające konkurencję

Można wyróżnić cztery obszary działalności komunalnej gmin, na których dochodzi do najliczniejszych naruszeń ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Są to działania gmin na rynku dostawy wody i odprowadzania ścieków; zbierania i składowania odpadów stałych; udostępniania przystanków komunikacji miejskiej oraz usług cmentarnych i pogrzebowych.

Rynek dostawy wody i odprowadzania ścieków

Gospodarka wodno-kanalizacyjna prowadzona jest z reguły przez spółki gminne z ograniczoną odpowiedzialnością. Zdarza się także, iż jest ona zorganizowana w formie zakładu budżetowego albo też gmina, będąc właścicielem majątku produkcyjnego, powierza wykonywanie zadań zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzenia ścieków operatorowi prywatnemu. Z tego rynku najwięcej skarg dotyczy wysokości pobieranych opłat za wodę i ścieki. Skarżącymi są najczęściej mieszkańcy z mniejszych i biedniejszych miejscowości. Na przykład, na Dolnym Śląsku wiele skarg wpływa zwłaszcza z rejonu Wałbrzycha i Jeleniej Góry, gdzie świadczeniem tych usług zajmują się międzygminne związki. Z analizy badanych przypadków wynika, że dynamika wzrostu tych opłat w ostatnich latach jest znaczna i przewyższała wskaźniki inflacji.

[22] Ustawa z 7.06.2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzeniu ścieków (t.j. DzU z 2006 r., nr 123, poz. 885).

[23] Wyrok SOKiK z 2.07.2009 r. (sygn. akt XVII Ama 45/08)

Na rynku tym pierwszoplanowa rola należy jednak do gmin. Ustawodawca bowiem w rozdziale 5 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzeniu ścieków nałożył na organa gminy obowiązek zatwierdzania taryf na wodę i ścieki w formie uchwały. Przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne, w terminie 70 dni przed planowanym dniem wejścia taryfy w życie, przedstawia wójtowi (burmistrzowi, prezydentowi) wniosek o ich zatwierdzanie, łącznie z kalkulacją cen i stawek opłat. Następnie organ wykonawczy gminy sprawdza, czy taryfy zostały opracowane zgodnie z przepisami ustawy i przesyła je do zatwierdzenia radzie gminy, na co rada ma 45 dni. W świetle tych przepisów można uznać je za przepisy regulacyjne, a gminę regulatorem taryf na wodę i ścieki. Jest to jednak regulacja, którą można nazwać regulacją „miękką". Po pierwsze dlatego, że jeśli rada gminy ma wątpliwości i odmówi zatwierdzenia taryf, uznając że są one niezgodne z przepisami, a organ nadzoru orzeknie o nie-ważności uchwały o odmowie zatwierdzenia taryf, to zweryfikowane wcześniej przez organ wykonawczy gminy (wójta, burmistrza, prezydenta) taryfy wchodzą w życie po upływie 14 dni od dnia doręczenia przedsiębiorstwu wodociągowo-kanalizacyjnemu rozstrzygnięcia nadzorczego. Po drugie, jeżeli rada gminy nie podejmie uchwały w przewidzianym terminie z powodu wątpliwości co do wysokości taryf, wówczas jako taryfy zweryfikowane wchodzą w życie po upływie 70 dni od dnia złożenia wniosku o ich zatwierdzenie. Zatem przy różnicy zdań co do wysokości taryf pomiędzy przedsiębiorstwem wodociągowo-kanalizacyjnym a radą gminy stroną przegrywającą jest rada gminy.

Zdarza się też, że w tym sporze rada gminy albo radni szukają sojusznika w Urzędzie Ochrony Konkurencji i Konsumentów, wnosząc skargę przeciwko własnemu przedsiębiorstwu komunalnemu. Powstaje więc pytanie, czy zasadne jest, aby to radzie gminy – jako najwyższemu organowi gminy, pełniącemu funkcje właścicielskie w stosunku do przedsiębiorstw wodociągowo-kanalizacyjnych – przypisane zostało zatwierdzanie taryf, czy też nie powinna to być instytucja niezależna i bardziej profesjonalna – na przykład Regionalna Izba Obrachunkowa. Ważne w tym kontekście jest również to, że organy nadzorcze nie sprawdzają, czy taryfy sporządzone zostały poprawnie pod względem kalkulacji nie-zbędnych przychodów, kosztów i ich alokacji. Obowiązkiem tych organów jest bowiem ocena sporządzenia taryf pod względem formalnym, to znaczy, czy nie zostały opracowane z naruszeniem prawa. Rzadko też rady gmin, gdy poziom taryf budzi ich wątpliwości, korzystają z pomocy specjalistów z tej dziedziny.

W zagadnienia wysokości taryf organ antymonopolowy wchodzi bardzo rzadko, jeśli taryfy są zatwierdzone uchwałą rady. Skoro bowiem ustawodawca stworzył odrębną regulację dla tej działalności, to trudno znaleźć racjonalne uzasadnienie, aby takim regulatorem miał być ponadto jeszcze UOKiK. Częściej natomiast organ antymonopolowy wszczyna postępowania wyjaśniające bądź sformalizowane, gdy taryfy te nie zostały zatwierdzone przez radę gminy. Zarzutem jest wówczas nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez bezpośrednie lub pośrednie narzucanie cen nadmiernie wygórowanych lub nie-uczciwych. Podstawą prowadzenia takiego postępowania jest wówczas ustawa antymonopolowa i jej konkretne postanowienia co do danej praktyki, a nie ustawa o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzeniu ścieków. Nie wiążą go więc w żadnej mierze przepisy tej ustawy, a w szczególności dotyczące kalkulacji przychodów, kosztów i ich alokacji.

Udowodnienie stosowania ceny nadmiernie wygórowanej, której kryteria nie są formalnie określone, nie jest rzeczą prostą. Nie wchodząc w szczegóły pro-wadzonej w takim wypadku analizy, trzeba nadmienić, że fakt osiągania zysku przez monopolistę nie jest wystarczający do stwierdzenia zarzucanej mu praktyki antykonkurencyjnej. To stanowisko popiera SOKiK, wielokrotnie powtarzając, że przedsiębiorca prowadzący działalność z zakresu użyteczności publicznej ma prawo podnosić ceny do takiego poziomu, który pozwoli mu na osiąganie przeciętnego zysku.

Jak już wspomniano, przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie zawierają żadnych kryteriów, które pozwalają odróżnić ceny nadmiernie wygórowane od innych rodzajów cen. Organ antymonopolowy za cenę nadmiernie wygórowaną uważa cenę rażąco zawyżoną w stosunku do wartości ekonomicznej świadczenia i której kontrahent nie zaakceptowałby w razie spotkania się przedsiębiorcy dominującego z istotną konkurencją. Rozpatrując zagadnienie ceny nadmiernie wygórowanej, organ antymonopolowy wypracował cztery zasadnicze kryteria jej oceny. Są to: analiza kalkulacji kosztów, analiza wielkości zysku na sprzedaży i rentowności sprzedaży, dynamika wzrostu cen oraz analiza porównawcza ceny z cenami występującymi na rynkach porównywalnych.

Posługując się tego typu analizą, organ antymonopolowy orzekł między innymi, że Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Strzelinie nadużył pozycji dominującej na rynku dostawy wody i odprowadzania ścieków (obejmującym gminę Strzelin) w wyniku ustalenia nadmiernie wygórowanych opłat abonamentowych za wodomierze dla odbiorców z grupy „przemysł spożywczy", między innymi dlatego, że średnia stawka dla przemysłu spożywczego była 17-krotnie wyższa od średniej dla grupy „odbiorcy pozostali"[24]. Sąd, podtrzymując to rozstrzygnięcie dodał, że w przypadku zastanawiania się, czy cena ma charakter nadmiernie wygórowany, nie jest konieczne zbadanie wszystkich tych kryteriów, ale im więcej ich zostanie zastosowanych, tym bardziej wiarygodna będzie ocena legalności stosowanej praktyki. Podzielił również pogląd prezesa UOKiK, że zysk nie jest pierwszorzędną i jedyną przesłanką ustalenia, czy cena ma nadmiernie wygórowany poziom. Nie jest także istotny ogólny wynik finansowy przedsiębiorcy. W warunkach gospodarki rynkowej cena usług świadczonych przez firmy wodociągowo-kanalizacyjne musi bowiem pokrywać koszty oraz umożliwiać osiąganie zysku[25]. Całkowita wielkość zysku nie ma znaczenia dla ewentualnego stwierdzenia praktyki antymonopolowej, ponieważ zakazane jest stosowanie nadmiernie wygórowanych cen, nie zaś osiąganie choćby największego zysku[26].

W innym przypadku prezes Urzędu zakwalifikował jako cenę nadmiernie wygórowaną opłatę pobieraną przez Rejonowe Przedsiębiorstwo Wodo-ciągów i Kanalizacji w Tychach za dostawę wody w wyniku wliczania do niej nadmiernych kosztów ubytków wody na sieci przesyłowej. Nadmierny poziom strat wody, wliczany w koszty jej zakupu, oznacza bowiem rażące zawyżanie ceny wobec wartości usługi dostawy[27]. Wskutek kolejnych odwołań strony od tej decyzji wypowiedział się również Sąd Najwyższy w postępowaniu kasacyjnym. Między innymi stwierdził, że ceną nadmiernie wygórowaną jest cena, która obiektywnie jest istotnie za wysoka dla danego towaru w ustalonych w konkretnej sprawie warunkach rynkowych. Nie można natomiast łączyć ceny nadmiernie wygórowanej z samym naruszeniem zasady ekwiwalentności świadczeń, ponieważ cena wygórowana nie jest ceną ekwiwalentną. Nie należy także utożsamiać jej z samą wysokością marży zysku czy też rentownością stosującego ją podmiotu, gdyż ceną taką może być także cena zapewniająca niewielki zysk, jeżeli jej kalkulacja będzie uwzględniała wysoki poziom kosztów. Podkreślił również, że wykazanie w konkretnych okolicznościach faktycznych, iż stosowana cena jest nadmiernie wygórowana, napotyka wiele trudności wspólnych wszystkim praktykom antykonkurencyjnym o charakterze cenowym. Nie może bowiem prowadzić do kwalifikowania jako ograniczającej konkurencję ceny wyższej od ceny pobieranej przez konkurentów. Za najlepszą metodę badawczą takiej ceny uważa metodę kosztową (pozwalającą zestawić daną cenę z kosztami) oraz metodę porównawczą (pozwalającą weryfikować, czy w kalkulacji uwzględniono rozsądne koszty). Porównywanie danej ceny z cenami podmiotów działających na takich samych rynkach

[24] Decyzja prezesa UOKiK z 31.12.2008 r. (nr RWR 85/2008)

[25] Wyrok SOKiK z 15.07.2010 r. (sygn. akt XVII AmA 61/09)

[26] Wyrok SOKiK z 15.07.2010 r. (sygn. akt XVII AmA 61/09)

[27] Decyzja prezesa UOKiK 7.03.2007 r. (nr RKT-7/2007)

produktowych, w podobnych warunkach oraz stosujących analogiczne zasady kalkulacji taryf, Sąd uznał za jak najbardziej trafne[28].

Łatwiej jest udowodnić praktykę ceny nieuczciwej, niemającej charakteru ceny nadmiernie wygórowanej. Jest to możliwe na przykład wtedy, gdy przedsiębiorca wodno-kanalizacyjny z jakichś powodów obejmuje kalkulacją kosztów pozycje, które nie mają uzasadnienia lub są zawyżone[29]. Za cenę nieuczciwą prezes UOKiK uznał cenę stosowaną przez Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji „Nysa" ze Zgorzelca za dostawę wody ustalonej w taryfie, w sytuacji dostarczania wody o pogorszonej jakości, dopuszczonej warunkowo przez Inspekcję Sanitarną[30]. Przy rozpatrywaniu odwołania od tej decyzji SOKiK zdefiniował pojęcie ceny nieuczciwej jako ceny nieekwiwalentnej w stosunku do wartości oferowanej w zamian za usługi lub świadczenia. Ponadto, ceną nie-uczciwą określa się cenę ustaloną w sprzeczności z dobrymi obyczajami, rozumianymi jako normy postępowania nakazujące nienadużywania w stosunku do słabszego uczestnika obrotu posiadanej przewagi kontraktowej[31]. Sąd w uzasadnieniu uznał, że dla stwierdzenia praktyki, czyli wykazania nieuczciwości narzucania odbiorcom ceny, nie ma znaczenia sytuacja finansowa przedsiębiorcy czy przeniesienie ekonomicznych skutków bonifikat na podatników. Ceną nieuczciwą była też cena hurtowa wody narzucona odbiorcy – Zakładowi Gospodarki Komunalnej w Świętej Katarzynie przez Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Oławie przez przyjęcie w jej kalkulacji zawyżonej wartości zakupu 1m^3 wody o 0,12 zł/m^3, co w efekcie zawyżyło cenę końcową wody dla odbiorców finalnych[32].

Warto odnotować istotną zmianę, jaka nastąpiła w orzecznictwie sądowym w odniesieniu do kwestii charakteru prawnego taryf na wodę i ścieki. SOKiK, kierując się wyrokami sądów administracyjnych przyjął, że w aktualnie obowiązującej wykładni prawa uchwała rady gminy zatwierdzająca taryfy na wodę i ścieki nie jest aktem prawa miejscowego. Jest natomiast aktem z zakresu administracji publicznej, czyli wyrazem władczego oddziaływania rady na kształt rozliczeń za usługi ze sfery publicznej pomiędzy przedsiębiorstwem wodociągowo-kanalizacyjnym a odbiorcami, jako podmiotami zewnętrznymi wobec rady gminy, w żaden sposób niepodporządkowanymi jej funkcjonalnie. Zatwierdzając taryfę, gmina kształtuje bowiem relację prawną (w zakresie rozliczeń) istniejącą pomiędzy tymi podmiotami[33]. Z kolei SOKiK, powołując się na to orzeczenie sądu administracyjnego dodał, że za niekwalifikowaniem taryf do aktów prawa miejscowego dostarcza argumentu także art. 40 ustawy o samorządzie gminnym. Ustęp 2 tego artykułu, który wskazuje w jakim zakresie organy samorządu mogą wydawać akty prawa miejscowego, nie wymienia wśród nich zasad prowadzenia gospodarki wodno-ściekowej gminy. Sąd podzielił więc stanowisko prezesa UOKiK co do tego, że ma on kompetencje do badania legalności taryf pod kątem ich zgodności z ustawą antymonopolową i odrzucił zarzut powoda, że organ antymonopolowy nie był uprawniony do ingerowania w uchwałę dotyczącą taryf[34].

Zmiana kwalifikacji prawnej uchwały rady gminy w sprawie zatwierdzania taryf na zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzenie ścieków, to znaczy uznanie, że nie stanowią one aktów prawa miejscowego, zmienia też charakter opłat (cen) wchodzących w skład tej taryfy. Nie mają one już charakteru cen sztywnych, których właściwością jest, że nie podlegają

[28] Wyrok SN z 18.02.2010 r.(sygn. akt III SK 24/09)

[29] Decyzja prezesa UOKiK z 15.02.2002 r. (nr RGD-6/2002)

[30] Decyzja prezesa UOKiK z 15.07.2008 r. (nr RWR – 29/2008)

[31] Wyrok SOKiK z 21.07.2009 r. (sygn. akt XVII AmA 73/08)

[32] Decyzja prezesa UOKiK z 14.12.2004 r. (nr RWR 39/2004)

[33] Wyrok NSA z 2.12 2003 r. (sygn. akt II SA /Kr 999/03), a także wyrok NSA z 21.07.2005 r. (sygn. akt OSK /1741/04)

[34] Wyrok SOKiK z 15.07.2010 r. (sygn. akt Ama 61/09)

negocjacjom z odbiorcami i tym samym nie istnieje możliwość ich obniżenia. Skoro są tylko wyrazem władczych relacji pomiędzy spółką wodno-kanalizacyjną a radą gminy, to ta cecha prawna taryf znika. Zmienia to położenie odbiorców w relacji z dostawcami wody, ponieważ w wypadku dużych odbiorców, mających znaczną siłę kontraktową, równoważącą w jakimś stopniu siłę ekonomiczną dostawców, mogą oni zostać zmuszeni do negocjacji. Opłaty te można natomiast kwalifikować jako ceny maksymalne, czyli nie mogą one być wyższe od poziomu opłat zatwierdzonych w taryfie.

Inną kategorią praktyk monopolistycznych stosowanych na rynku zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzenia ścieków jest zamieszczanie w umowach z odbiorcami zapisów, że dostawca wody nie ponosi odpowiedzialności za przerwy w dostawie spowodowane brakiem wody na ujęciu, awarią urządzeń lub sieci wodociągowej, zanieczyszczeniem wody na ujęciu w sposób niebezpieczny dla zdrowia oraz przerwą w dostawie energii elektrycznej zasilającej urządzenia wodociągowe. Takie postanowienia umowne są zakazaną w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów praktyką monopoli-styczną, gdyż dostawca wody mający pozycję monopolistyczną nie może uchy-lać się od odpowiedzialności umownej za swe zawinione zachowania, czyli od bycia w stałej gotowości dostarczania wody i odprowadzania ścieków. Przerzucenie całego ryzyka niezrealizowania umowy o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków w związku z wymienionymi przyczynami – zdaniem SOKiK – należy uznać za niedopuszczalne; również dlatego, że w ten sposób przedsiębiorca wodociągowo-kanalizacyjny unika odpowiedzialności z tytułu niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania i wypłaty odbiorcom ewentualnie należnego odszkodowania w razie poniesienia szkód[35]. W celu uniknięcia zarzutu nadużywania pozycji dominującej w tym zakresie, przedsiębiorcy ci muszą zatem doprecyzować zapisy umowne tak, aby wyłączenie ich odpowiedzialności z tytułu braku wody na ujęciach dotyczyło jedynie okoliczności, za które nie ponoszą odpowiedzialności.

Gminom stawiane są też zarzuty, że przejmując odpłatnie urządzenia wodociągowe i kanalizacyjne – do czego są zobowiązane na mocy art. 31 ust. 1 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzeniu ścieków – od osób, które wybudowały je z własnych środków, narzucają uciążliwe warunki umów przez uzależnienie ich przejęcia od wyrażenia zgody przez te osoby na ustanowienie nieodpłatnej służebności przesyłu. Podobną praktyką jest wymuszanie na odbiorcy wody wykonania na własny koszt części robót niezwiązanych z budową przyłącza[36].

Bezprawną praktyką antykonkurencyjną stosowaną przez przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjne jest też uzależnianie wznowienia dostarczania wody i odprowadzania ścieków (po ich wstrzymaniu na podstawie przyczyn, o których mówi art. 8 ust. 2 ustawy o zbiorowym zapatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzeniu ścieków, między innymi wskutek stwierdzenia nielegalnego poboru wody lub nielegalnego odprowadzania ścieków, czyli bez zawarcia umowy[37]) od pokrycia przez odbiorcę kosztów odcięcia i ponownego uruchomienia dostawy wody lub odbioru ścieków. Sąd apelacyjny, który wypowiedział się w tej kwestii, orzekł, że praktyka ta jest zakazana, gdyż samo ustanie przy-czyny przerwania dostaw wody lub odprowadzania ścieków powinno skutkować przywróceniem ciągłości świadczenia usług. Opłaty takiej nie przewidują też przepisy wspomnianej ustawy. Praktyką bezprawną jest także zamieszczanie w umowie przez przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne możliwości rozwiązania umowy z przyczyn, które wykraczają poza przyczyny enumerowane w przepisach

[35] Wyrok SA z 2009 r. (sygn. akt VI ACa 461/09)

[36] Decyzja prezesa z 23.07.2008 r. (nr RKR 14/2008)

[37] Zgodnie z art. 28 ust 1 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzeniu ścieków, kto dopuszcza się takich zachowań, podlega karze grzywny do 5000 zł

prawa. W Rybniku, na przykład, umowa mogła być rozwiązana przez dostawcę wody z trzymiesięcznym wypowiedzeniem, ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego, w razie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez odbiorcę. Również co do tego zachowania sąd apelacyjny zgodził się z organem antymonopolowym, że narzucenie odbiorcom wody takiego zapisu w umowie stanowiło nadmierną uciążliwość przez możliwość odcięcia dostępu do wody i kanalizacji w sposób wykraczający poza regulację ustawową[38].

Rynek zbierania i składowania odpadów komunalnych

Jest to szczególnie wrażliwy rynek jeśli chodzi o zakłócenia konkurencji ze strony gminy, zaś działalność organu antymonopolowego jest tu szczególnie intensywna. W przeciwieństwie do rynku zbiorowego zapatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzenia ścieków, stroną postępowań antymonopolowych są wprost gminy. Mają one bowiem na tym rynku pozycję monopolisty w zakresie działalności organizacyjnej podejmowanej dla utrzymania porządku i czystości na podległym im terenie. Monopol ten wynika z przepisów ustawy o samorządzie gminnym oraz ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach. Gminy mają obowiązek zapewnić czystość i porządek oraz warunki niezbędne do ich utrzymania, a zwłaszcza do wykonywania związanych z tym prac, tworząc w tym celu odpowiednie jednostki organizacyjne. Gmina, realizując te zadania, nie może jednak zapominać, że jest również przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, co oznacza, że ma obowiązek przestrzegania jej przepisów. Dlatego też podejmowane przez gminę działania w zakresie organizowania usług o charakterze użyteczności publicznej, w tym utrzymania porządku i czystości, podlega ocenie organów antymonopolowych[39].

Zakazana przez ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów jest działalność gminy polegająca na narzucaniu właścicielom nieruchomości nieuczciwych warunków zakupu usług wywozu komunalnych odpadów stałych, w wyniku przyjęcia normatywnego sposobu określania ich ilości, na jaką opiewać musi umowa wywozu. Gmina nie może pominąć przeprowadzenia w tej sprawie konsultacji z mieszkańcami, lub referendum, jak również ustalać norm w oderwaniu od wielkości rzeczywistych lub deklarowanych przez poszczególnych dostawców odpadów, a także nie uwzględnić wykonania badań, których przedmiotem byłoby określenie ilości przeciętnych dla określonych grup dostawców.

Zdaniem prezesa UOKiK, gmina Trzcianka jako monopolista na tym rynku, postępując właśnie w ten sposób osiągnęła korzyści o wiele większe, niż gdyby działała w warunkach rynku konkurencyjnego. Korzyściami tymi było uniknięcie kosztów i wysiłku organizacji konsultacji społecznych oraz kosztów przeprowadzenia stosownych badań. Wskutek takiego zachowania, jak stwierdził organ antymonopolowy, nie można wykluczyć, że w rezultacie mieszkańcy gminy zostali obciążeni kosztami usług w rozmiarach, które obiektywnie przekraczają ich potrzeby[40]. SOKiK całkowicie podzielił to stanowisko, stwierdzając że: „przepis art. 4 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nie upoważnia gminy do ustalenia regulacji dotyczących określenia ilości wywożonych nieczystości. Punkt 3 wskazanego przepisu uprawnia bowiem gminę do ustalania sposobu i częstotliwości pozbywania się odpadów komunalnych lub nieczystości z terenu nieruchomości, co nie jest równoznaczne z prawem ustalania norm

[38] Wyrok SA z 7.05.2010 r. (sygn. akt VIACa 1084/09)

[39] Wyrok SOKiK z 26.11.2003 r. (sygn. akt XVII Ama 8/03)

[40] Decyzja prezesa UOKiK z 19.12.2000 r. (nr RPZ-27/2000)

ilościowych odpadów produkowanych przez każde gospodarstwo domowe”[41].

Najbardziej jednak znacząca i budząca wiele kontrowersji jest działalność gmin dotycząca ograniczania konkurencji przez wykorzystywanie swoich ustawowych uprawnień w celu utrudniania prywatnym przedsiębiorcom, prowadzącym działalność gospodarczą z zakresu zbierania i utylizacji odpadów komunalnych, dostępu do tego rynku. Tutaj często gminy chronią swoje firmy komunalne lub własne interesy związane z gospodarowaniem składowiskiem odpadów stałych, utrudniając lub wręcz odmawiając udzielania zezwoleń przedsiębiorcom prywatnym na prowadzanie takiej działalności. Przedsiębiorcy ubiegający się o wyda-nie zezwolenia są zmuszani do odprowadzania odpadów zebranych z terenu gminy wyłącznie na składowisko przez nią wskazane, albo spotykają się z odmową przyjmowania tych odpadów na inne składowisko gminne, a także za składowanie pobierane są od nich opłaty w wysokości większej niż od podmiotu gminnego.

Kwestię dopuszczenia przedsiębiorców prywatnych do świadczenia usług odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z obszaru gminy reguluje art. 7 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach[42]. Inicjatywa podjęcia i prowadzenia działalności na tym rynku należy do przedsiębiorcy. Do-stęp do wykonywania tego rodzaju usług nie jest jednak całkiem wolny, ponieważ wymagane jest uzyskanie przez przedsiębiorcę (zgodnie z tym przepisem) zezwolenia, które w formie decyzji administracyjnej wydaje wójt, burmistrz lub prezydent miasta. Z ubiegania się o zezwolenie zwolnione są natomiast gminne jednostki organizacyjne zajmujące się odbieraniem odpadów komunalnych, co niewątpliwie już „na starcie” buduje przewagę rynkową firm gminnych w stosunku do przedsiębiorców prywatnych.

Aby otrzymać zezwolenie, przedsiębiorca niegminny musi spełnić wymagania, które są podane do wiadomości publicznej przez organ wykonawczy gminy. Jednym z wymagań – zgodnie z art. 8 ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i po-rządku w gminach – jest wskazanie we wniosku o udzielenie zezwolenia miejsca odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, wynikającego z wojewódzkiego planu gospodarki odpadami, do którego odpady mają być przekazywane.

Kwestię wymagań precyzuje rozporządzenie ministra środowiska w sprawie szczegółowego sposobu określania wymagań jakie powinien spełniać przedsiębiorca ubiegający się o uzyskanie zezwolenia[43]. Rozporządzenie to w § 2 ust. 1 pkt 3 precyzuje, że miejsce odzysku i unieszkodliwiania odpadów komunalnych określa się w sposób precyzyjny, zrozumiały, niedyskryminancyjny, nieograniczający konkurencji oraz nieutrudniający dostępu do rynku przedsiębiorców świadczących usługi w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. W przepisach tych nie ma odesłania, że to gmina określa miejsce odzysku i unieszkodliwiania w sensie geograficznym, czyli wskazuje konkretne składowisko, na którym te zabiegi mają być wykonywane. O tym, że wybór miejsca składowania należy do przedsiębiorcy, przesądza art. 8 ust. 2 pkt 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, który mówi, że przedsiębiorca ubiegający się o zezwolenie na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości powinien we wniosku udokumentować gotowość ich przyjęcia przez przedsiębiorcę prowadzącego działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, spełniającego wymagania odnoszące się do miejsc odzysku lub

[41] Wyrok SOKiK z 26.11.2003 r. (sygn. akt XVII Ama 8/03)

[42] Ustawa z 13.09.1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. DzU z 2008 r., nr 5, poz. 236)

[43] Rozporządzenie ministra środowiska z 30.12.2005 r. sprawie szczegółowego sposobu określania wymagań jakie powinien spełniać przedsiębiorca ubiegający się o uzyskanie zezwolenia (DzU z 2006 r., nr 5, poz. 33)

unieszkodliwiania, o których mowa jest w art. 9 ust. 3 i 4 ustawy o odpadach[44]. Zatem to na przedsiębiorcy ubiegającym się o zezwolenie spoczywa obowiązek wskazania składowiska, na które mają trafić odpady, pod warunkiem, że jest ono urządzone zgodnie z przepisami o ochronie środowiska i ustawy o odpadach, a jednocześnie – w zgodzie z art. 9 ust. 2 tej ustawy – spełnione zostało kryterium wskazujące, że odpady, których nie można odzyskać lub unieszkodliwić w miejscu ich powstania, powinny być przekazywane do najbliższej położonych miejsc, w których mogą być poddane tym procesom (zasada bliskości). Na tym właśnie tle dochodzi do nadużycia pozycji dominujących przez gminy i zakłóceń konkurencji, ponieważ gminy najczęściej odmawiają udzielenia zezwolenia przedsiębiorcom, gdy we wniosku jest co prawda zachowana zasada bliskości położenia składowiska, ale jest to inne wysypisko, niż to, które wskazuje gmina. Wówczas przedsiębiorcy albo podporządkowują się woli gminy, albo rezygnują z prowadzenia działalności na jej rynku bądź zawiadamiają o takich praktykach organ antymonopolowy.

W aktualnym stanie prawnym miejsce składowania może być inne niż tylko to, które wskazuje gmina udzielająca zezwolenia. Przyjmując, że składowiskami czynnymi i legalnymi, spełniającymi normy ochrony środowiska są wszystkie składowiska wpisane do gminnych planów gospodarki odpadami (które są z kolei częścią powiatowego, a następnie wojewódzkiego planu gospodarki odpadami), to wybór przez przedsiębiorcę ubiegającego się o zezwolenie jednego z nich, które nie jest jednak składowiskiem gminnym, spełnia natomiast kryterium bliskości, będzie zgodne z regułami konkurencji określonymi w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. W związku z cytowanymi wyżej przepisami ustawy o odpadach i utrzymaniu czystości i porządku w gminach, gminy nie mogą przypisać sobie uprawnień, ponad te, które wynikają z uregulowań. Przepisy o ochronie środowiska nakładają na nie kluczowe zadania z tego zakresu, natomiast nie dają prawa do ograniczania konkurencji. W wyborze miejsc składowania, w granicach wymienionych wyżej przepisów, spełniają one rolę pasywną, a nie regulacyjną i nie mogą odmówić wydania zezwolenia, jeżeli spełnione są opisane wyżej formalne warunki jego uzyskania.

W sprawach praktyk antykonkurencyjnych z tego obszaru organ antymonopolowy najpełniej wypowiedział się w dwóch decyzjach, dotyczących zachowania gminy Gorzów Wielkopolski na rynku zbierania i składowania odpadów. Prezes UOKiK uznał za ograniczające konkurencję narzucanie przez gminę przedsiębiorcom ubiegającym się o zezwolenie na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gorzowa Wielkopolskiego – składowania ich wyłącznie na wysypisku należącym do Zakładu Utylizacji Odpadów Sp. z o.o. w Chróściku oraz nakazał zaniechanie tej praktyki[45].

Gmina Gorzów Wielkopolski wybudowała w Chróściku nowoczesne składowisko odpadów połączone z zakładem utylizacji, a jego prowadzenie powierzyła Zakładowi Utylizacji Odpadów, w którym ma 100% udziałów. W zarządzeniu prezydenta miasta określiła warunki wydania zezwolenia, a wśród nich podała, że przedsiębiorca ubiegający się o zezwolenie zobowiązany jest dostarczać zebrane odpady – zgodnie z art. 9 ust. 2 ustawy o odpadach – do najbliżej położnych miejsc, w których mogą być poddane odzyskowi lub unieszkodliwieniu, z uwzględnieniem najlepszej dostępnej techniki lub technologii, to jest do Zakładu Utylizacji Odpadów w Gorzowie Wielkopolskim. Wobec tego dyktatu, przedsiębiorcy, nie mając innego wyjścia a chcąc prowadzić działalność na rynku gminy Gorzów Wielkopolski, godzili się na wskazane składowisko. Tak między innymi postąpiła spółka Ragn-Sells Polska po dwuletniej

[44] Ustawa z 27.04.2001 r. o odpadach (t.j. DzU z 2007 r., nr 39, poz. 251)

[45] Decyzje prezesa UOKiK z 27.11.2003 r. (nr RWR 36/2003) oraz z 7.06.2006 r. (nr RWR 22 /200)

walce z gminą, pod-czas której wskazywała inne miejsce składowania, zawiadamiając jednocześnie UOKiK o takim zachowaniu gminy.

Organ antymonopolowy, uważając, że opisane działanie gminy jest zakazaną praktyką monopolistyczną, swoje stanowisko uzasadnił następująco: „Ograniczenie przez gminę Gorzów Wlkp. konkurencji w wyniku przyjęcia za-sady, iż odpady komunalne mogą być składowane wyłącznie na podległym jej wysypisku, niewątpliwie tę konstytucyjną zasadę wolności gospodarczej może naruszać. Ustawodawca bowiem nie wskazał wyraźnie, iż w zezwoleniu oraz w gminnym planie gospodarki odpadami należy umieścić tylko jedno miejsce składowania i unieszkodliwiania odpadów, a także, że lista przedsiębiorców prowadzących działalność w zakresie unieszkodliwiania odpadów, wskazanych w tym planie, nie może być aktualizowana. Należy przyjąć, iż gdyby ustawo-dawca chciał odebrać przedsiębiorcy prawo wyboru innego miejsca niż wskazane w planie składowiska, to musiałoby to zostać wyraźnie unormowane w art. 9 ustawy o odpadach, będącym kluczowym przepisem dla rozpatrywanego problemu. Tymczasem hipoteza tego artykułu takiego ograniczenia nie zawiera. Tym samym odmienna interpretacja art. 9 ust. 2 ustawy o odpadach, wprowadzona przez gminę w życie, zdaniem organu antymonopolowego, jest nieuzasadniona. Jednocześnie takie zachowanie Gminy można uznać za sprzeczne z zasadami podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej, określonymi w art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej".

Kluczowe jest też wyrażone w tej decyzji stanowisko wobec tego typu spraw: „Jeżeli jednak przedsiębiorca ubiegający się o uzyskanie zezwolenia posiada zapewnienie przyjęcia odpadów przez innego przedsiębiorcę, prowadzącego działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych i posiadającego w tym zakresie stosowne zezwolenia, to Gmina swoim działaniem nie jest upoważniona do odmowy wskazania tego wysypiska w wydawanym zezwoleniu, jeżeli zachowana jest zasada bliskości, o której mówi art. 9 ust. 2 ustawy o odpadach. Odmawiając wydania takiego zezwolenia, tworzy ona bowiem bariery dla rozwoju nieskrępowanej konkurencji zarówno pomiędzy przedsiębiorcami świadczącymi usługi w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, jak również na rynku składowania odpadów (tj. pomiędzy przedsiębiorcami prowadzącymi te składowiska), co odbywa się ze szkodą dla końcowych nabywców tych usług"[46].

SOKiK całkowicie podzielił rozstrzygnięcie organu antymonopolowego, stwierdzając że: „Gmina Gorzów Wlkp. w sposób ewidentny narzuciła przedsiębiorcy ubiegającemu się o zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie obrotu odpadami komunalnymi, możliwość składowania odpadów wyłącznie na składowisku należącym i prowadzonym przez Zakład Utylizacji Odpadów sp. z o.o., który to zakład jest spółką utworzoną przez gminę, w którym gmina posiada wszystkie udziały"[47]. Chociaż decyzja ta na szczeblu apelacji została umorzona ze względów formalnych z uwagi na to, że w obrocie prawnym funkcjonuje już inna, analogiczna decyzja prezesa UOKiK wydana w tej samej sprawie przeciwko gminie Gorzów Wlkp., i o takim samym rozstrzygnięciu końcowym, SOKiK w uzasadnieniu tego umorzenia ponownie podkreślił jej merytoryczną słuszność. Zgodził się ze stanowiskiem organu antymonopolowego, że ustawa o odpadach w art. 9 ust. 2 mówi o „najbliżej położonych miejscach", do których należy przekazywać odpady celem poddania ich odzyskowi bądź unieszkodliwianiu, a nie jednym „miejscu". Wobec tego, jeśli inne składowiska znaj-dujące się na terenie województwa spełniały wszelkie wymagania niezbędne do prowadzenia działalności w zakresie składowania i utylizacji odpadów komunalnych, a do tego ich położenie nie pozostawało w sprzeczności z „zasadą bliskości" wyrażoną w wymienionej ustawie, nie należało

[46] Decyzja prezesa UOKiK z 7.06.2006 r. (nr RWR 22/2006)

[47] Wyrok SOKiK z 28.11.2007 r. (sygn. akt Ama 78/06)

wyłączać ich z rynku[48].

Odbiciem stanowiska organu antymonopolowego przedstawionego w oma-wianych decyzjach jest wyrok sądu apelacyjnego rozpatrującego sprawę tego samego rodzaju, odnoszącą się tym razem do zachowania gminy Katowice. Sąd apelacyjny orzekł, że odpady w świetle art. 9 ust. 2 ustawy o odpadach powinny być przekazywane do najbliżej położonych miejsc, a nie do jednego najbliższego miejsca. Podkreślił także, że zapewnienie przedsiębiorcom możliwości szerszego wyboru spośród miejsc składowania odpadów wymienionych w planie gospodarki odpadami nie prowadzi do naruszenia reguł służących ekologicznej polityce państwa lub wymaganiom w zakresie ochrony środowiska. Sztywne określenie pojedynczych składowisk jawi się natomiast jako praktyka ograniczająca konkurencję. Rozstrzygnięcie kwestii, czy dane składowisko będzie przyjmować odpady spoza swojego terenu oraz czy można pozytywnie odpowiedzieć na wniosek przedsiębiorcy o nawiązanie współpracy w zakresie przyjmowania odpadów komunalnych pochodzących spoza gminy, na terenie której składowisko jest zlokalizowane, powinno należeć do właścicieli lub zarządców tych składowisk[49].

Innym przykładem antykonkurencyjnego zachowania, mającego na celu ochronę podmiotu komunalnego przed konkurencją ze strony prywatnego przedsiębiorcy, była sytuacja na rynku zbierania i składowania odpadów komunalnych na terenie gminy i miasta Oleśnica. W tym wypadku prywatny przedsiębiorca zwrócił się do Miejskiej Gospodarki Komunalnej – jednoosobowej spółki gminnej o wyrażenie gotowości zawarcia z nim umowy o składowanie odpadów komunalnych na zarządzanym przez nią wysypisku gminnym. Wnioskodawca spotkał się jednak z odmową zawarcia takiej umowy. Spółka MGK powoływała się w tym względzie na art. 140 k.c., twierdząc, że jako właściciel składowiska ponosi wszelkie koszty związane z jego eksploatacją oraz że składowisko ma służyć jak najdłużej mieszkańcom miasta i gminy Oleśnica, a ponieważ wnioskodawca działa na różnych rynkach, nie ma pewności, czy odpady nie będą pochodziły także z innych miejscowości. Zdaniem organu anty-monopolowego, głównym powodem tej odmowy było zachowanie przez MGK dotychczasowej pozycji monopolistycznej na rynku zbierania odpadów komunalnych[50]. Z tą oceną zgodził się również SOKiK, który podkreślił, że podmiot prowadzący jedyne składowisko na obszarze gminy jako monopolista nie miał prawa odmówić przyjmowania na nie odpadów w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Odnosząc się z kolei do korzystania z prawa własności, stwierdził, że prawo to nie ma charakteru bezwzględnego i podlega ograniczeniom wynikającym zarówno z zasady współżycia społecznego, jak i bez-względnie obowiązujących przepisów prawa, co wprost wynika z art. 140 k.c., definiującego treść prawa własności. Przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów należą właśnie do tej grupy przepisów, które mogą prawo własności ograniczać[51].

Nie była to jedyna przeszkoda, z którą spotkał się ten przedsiębiorca, ujawniając swój zamiar wejścia na rynek gminy i miasta Oleśnica. Spółka MGK na-rzuciła mu również bezwzględne zobowiązanie się do niekwestionowania wskazań wagi na wysypisku, do przyznania MGK uprawnienia do wstrzymania się od przyjmowania odpadów od zleceniodawcy w razie upływu 14 dni od terminu płatności za świadczoną usługę ich składowania, a także do przedstawiania kopii umów wraz z podaniem częstotliwości wywozu odpadów od swoich klientów z terenu miasta i gminy Oleśnica. Organ antymonopolowy wszystkie te dodatkowe

[48] Wyrok SOKiK z 13.10.2009 r. (sygn. akt XVII AmA 76/09)

[49] Wyrok SA z 27.05.2009 r. (sygn. akt VIA Ca 1404/08)

[50] Decyzja prezesa UOKiK z 2.04.2003 r. (nr RW 6/2003)

[51] Wyrok SOKiK z 5.03.2003 r. (sygn. akt XVII Ama 40/02)

wymagania zakwalifikował jako rozmyślne praktyki, które miały na celu utrudnienie potencjalnemu konkurentowi funkcjonowanie na rynku. Odnośnie do żądania świadczenia udostępnienia kopii umów na wywóz odpadów stwierdził, że żądanie to jest w istocie ujawnieniem informacji będących tajemnicą przedsiębiorstwa bezpośredniemu rywalowi i stanowi zakazaną praktykę nadużywania pozycji dominującej, polegającą na uzależnieniu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę dodatkowego świadczenia, które nie jest ani rzeczowo, ani zwyczajowo związane z głównym przedmiotem umowy[52]. SOKiK, rozpatrując odwołanie od wydanej w tej sprawie decyzji, zwrócił uwagę jeszcze na to, że wymuszanie na konkurencie ujawniania tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z interesem publicznym, ponieważ może spowodować monopolizację rynku odbioru i składowania odpadów na terenie miasta i gminy Oleśnica[53].

Przejawem zakazanej praktyki antykonkurencyjnej na omawianym rynku, w której doszło do kierowania się partykularnym interesem gmin, jest także przypadek działalności Celowego Związku Gmin CZG-12. Jego członkami jest 14 gmin z województwa lubuskiego i zachodniopomorskiego. Związek ten jest właścicielem i administratorem składowiska zlokalizowanego w Długoszynie, z którego korzysta także przedsiębiorca „Veolia" Usługi dla Środowiska SA, świadczący usługi odbioru i wywozu odpadów komunalnych z terenu 13 gmin należących do Związku, w tym z Sulęcina. Spółka „Veolia" złożyła zawiadomienie do UOKiK, że Zakład Usług Komunalnych sp. z o.o. z Sulęcina jako jedyny otrzymuje od Związku 20% bonifikatę na magazynowanie odpadów komunalnych na składowisku w Długoszynie, zebranych z terenu gminy Sulęcin. Bonifikat ta-kich nie otrzymują inni przedsiębiorcy dostarczający odpady na to wysypisko, mimo że pochodzą one także z obszaru gmin wchodzących w skład CZG-12, w tym z gminy Sulęcin. Organ antymonopolowy zachowanie cenowe Związku, polegające na pobieraniu od podmiotu niegminnego wyższej opłaty za tę samą usługę, niż od podmiotu komunalnego należącego do gminy będącej członkiem Związku, uznał za antykonkurencyjne i utrudniające w praktyce spółce „Veolia" efektywne konkurowanie z firmą uprzywilejowaną[54].

Jak różnorodne są sposoby zdobywania rynku metodami naruszającymi reguły konkurencji, pokazuje działalność Towarzystwa Budownictwa Społeczne-go Wrocław sp. z o.o. oraz firmy WPO „Alba" SA. Towarzystwo zleciło spół-ce WPO „Alba" świadczenie usług wywozu odpadów stałych z jego zasobów mieszkaniowych. W tym celu spółka zawarła z najemcami mieszkań indywidualne wieloletnie umowy o odbiór odpadów. W umowach tych jednak umieszczono klauzulę, że „wypowiedzenie umowy jest skuteczne w przypadku dokonania tej czynności przez wszystkich odbiorców (zleceniodawców) korzystających z usług zleceniobiorcy", oraz że „zleceniobiorca uprawniony jest do jednostronnej zmiany wysokości wynagrodzenia", co w praktyce sprawiło, że zleceniobiorca nie-zadowolony z podwyżki został faktycznie pozbawiony możliwości odstąpienia od umowy i nawiązania jej z tańszym wykonawcą. W ocenie organu antymonopolowego, chociaż nie wydano w tej sprawie formalnej decyzji, narzucenie najemcom mieszkań wymienionych postanowień umownych nie tylko narusza interesy ekonomiczne konsumentów, ale przez zamknięcie rynku odbioru odpadów komunalnych – wyznaczonego granicami zasobów mieszkaniowych TBS – dla innych przedsiębiorców godzi także w efektywną konkurencję.

[52] Decyzja prezesa UOKiK z 13.12.2004 r. (nr RWR 38/2004)

[53] Wyrok SOKiK z 17.10.2006 r. (sygn. akt XVII AmA 34/05)

[54] Decyzja prezesa UOKiK z 13.11.2009 r. (nr RWR 30/2009)

Lokalny rynek dostępu do infrastruktury drogowej

Źródłem pozycji dominującej gmin na tym rynku są przepisy ustawy o drogach publicznych[55]. Artykuł 19 ust. 1 i ust. 5 tej ustawy stanowi, że organ administracji rządowej lub jednostki samorządu terytorialnego, do którego właściwości należą sprawy z zakresu planowania, budowy, przebudowy, remontu, utrzymania i ochrony dróg jest zarządcą drogi, zaś w granicach miasta na prawach powiatu zarządcą wszystkich dróg publicznych, z wyjątkiem autostrad i dróg ekspresowych, jest prezydent miasta. W świetle powyższego, gmina jest wyłącznie uprawniona do tworzenia przystanków komunikacji miejskiej na swoim obszarze, a także do wyrażania zgody na korzystanie z tychże przystanków przez inne podmioty. Również prawo do stawiania przystanków przysługuje wyłącznie gminie. W tym zakresie gmina ma monopol prawny, co oznacza, że przewoźnicy nie mogą wybudować własnych przystanków. Z kolei art. 1 ustawy wskazuje, że z drogi publicznej może korzystać każdy, zgodnie z jej przeznaczeniem, z ograniczeniami i wyjątkami przewidzianymi w przepisach prawa. Uprawnienie to obejmuje także przedsiębiorców wykonujących regularne przewozy osób w transporcie drogowym na podstawie zezwolenia udzielonego im przez właściwy organ lub też przedsiębiorców ubiegających się o udzielenie takiego zezwolenia. Przedsiębiorcy zajmujący się przewozem osób powinni mieć zatem na drodze publicznej możliwość zatrzymywania swoich pojazdów na przeznaczonych do tego przystankach autobusowych, w wydzielonych w pasie drogowym odpowiednio oznakowanych zatokach. Zatem każda odmowa gminy udostępnienia danemu przewoźnikowi przystanku autobusowego znajdującego się na trasie jego przejazdu, z którego mogą swobodnie korzystać inni przewoźnicy, może być poczytana jako praktyka ograniczająca konkurencję na rynku przewozu osób komunikacją autobusową i zakazana na mocy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Tego typu zachowania, czyli odmowa przewoźnikom wyrażenia zgody na korzystanie z przystanków komunikacji zbiorowej na przykład w centrum miasta, stanowiących własność gminy, są kwalifikowane najczęściej jako praktyki, które przeciwdziałają ukształtowaniu się warunków do rozwoju konkurencji i podziału rynku według kryteriów podmiotowych[56]. Takie praktyki organ antymonopolowy zwalcza systematycznie, a mimo to wciąż ujawniają się one w różnych miastach. Często kryje się za tym obrona własnych komunalnych przewoźników albo wybranych firm prywatnych. W Lublinie gmina odmówiła wyrażenia zgody na korzystanie z przystanków Lubelskiej Korporacji Komunikacyjnej sp. z o.o., a nie miała nic przeciwko temu, by z tych samych przystanków korzystała spółka z o.o. MPK Lublin, w której gmina Lublin ma 100% udziałów. Organ anty-monopolowy, badając tę sprawę nie miał wątpliwości, że takie działanie gminy było sprzeczne z regułami konkurencji i na nic się zdało odwołanie gminy od jego decyzji do SOKiK, a następnie złożenie apelacji. Sąd Apelacyjny, oddalając apelację stwierdził: „Aby zatem odmówić danemu przewoźnikowi możliwości zatrzymania pojazdów na pewnych przystankach, powinny istnieć rzeczywiste oraz istotne ku temu przyczyny, niepodlegające domysłom czy spekulacjom. Nadto urzeczywistnienie się tych przyczyn powinno być w niniejszym postępowaniu udowodnione, w przeciwnym bowiem wypadku obrany przez gminę sposób postępowania może być potraktowany jako naruszający zasady konkurencji. Dowodu w tym zakresie gmina Lublin nie przeprowadziła, nie składając żadnych wniosków w tym zakresie”[57].

Podobnie postąpiła gmina Rybnik, wypowiadając przewoźnikom prywatnym zrzeszonym w Stowarzyszeniu Prywatnych Przewoźników „Dewax” umowy o udostępnienie zatok

[55] Ustawa z 21.03.1985 r. o drogach publicznych (t.j. DzU z 2007 r., nr 19, poz. 115)

[56] Decyzja prezesa UOKiK z 8.03.2001 r. (nr RKT-7/2001)

[57] Wyrok SA z 8.01.2008 r. (sygn. akt VIA Ca 481/07)

przystankowych na terenie miasta Rybnika, uzasadniając to dużym natężeniem ruchu drogowego w centrum miasta oraz tym, że istnieją-ce zatoki są „ledwo wystarczające dla potrzeb komunikacji miejskiej". Ponadto gmina wskazała, że gdy chodzi o kierunek Rybnik – Żory, to na tej trasie „od zawsze" wykonuje przewozy PPKS Rybnik, w związku z czym przedsiębiorca ten jest uprzywilejowany w tym znaczeniu, że jako jedyny oferuje tabor „wysokopojemny" i obsługuje wszystkie przystanki. SOKiK, oddalając odwołanie gminy, przytoczył trafne argumenty obnażające monopolistyczne działania gmin w tego rodzaju praktykach i ich szkodliwe skutki z punktu widzenia interesu publiczne-go. Stwierdził, że „Umiejscowienie przystanku ma istotne znaczenie dla możliwości pozyskania pasażera. Jest faktem powszechnie znanym, że odległość do przystanku jest istotnym kryterium wyboru środka transportu. Jeśli więc wybór przystanku determinuje wybór przewoźnika, to ulega naruszeniu wolna konkurencja pomiędzy przewoźnikami. Przewoźnik traci w ten sposób wpływ na istotny czynnik, od którego zależy jakość oferty"[58].

Mniej więcej takich samych argumentów jak gmina Rybnik użyła także gmina Jelenia Góra[59], odmawiając udostępnienia prywatnemu przewoźnikowi przystanku miejskiego ważnego dla opłacalności przewozu osób na trasie Jelenia Góra – Kowary i Jelenia Góra – Karpacz. Dyskryminacja tego przewoźnika polegała na tym, że na rzeczonym przystanku bez przeszkód mogły zatrzymywać się autobusy należące do MZK, do PKS Jelenia Góra i do trzech mniejszych przewoźników. Stojąc na stanowisku, że problemy gminy w zakresie organizacji transportu zbiorowego nie mogą usprawiedliwiać ograniczenia dostępu do rynku podmiotom, które chcą na nim działać, prezes UOKiK nie przyjął tej linii obrony[60].

Nieco inną praktyką antymonopolową z rynku przewozu osób komunikacją zbiorową była praktyka gminy Wrocław, która nadużyła pozycji dominującej na rynku dystrybucji biletów komunikacji miejskiej przez ograniczanie liczby sprzedawców detalicznych biletów okresowych na okaziciela, co nie tylko ograniczyło konkurencję i działalność gospodarczą wielu kiosków Ruchu, które nie mogły sprzedawać tego rodzaju biletów, ale utrudniło także zaopatrywanie się w nie mieszkańcom Wrocławia. Gmina tłumaczyła ograniczenie liczby punktów sprzedaży biletów okresowych „nasyceniem rynku", czyli wystarczającą w jej odczuciu liczbą takich punktów. Prezes Urzędu nie podzielił jednak tego wy-jaśnienia i stwierdził, że gmina Wrocław utworzyła bezprawną barierę wejścia na rynek sprzedaży biletów okresowych komunikacji miejskiej, której przedsiębiorca ubiegający się o taką sprzedaż nie jest w stanie w żaden sposób pokonać, przez co ograniczyła wolność gospodarczą małych przedsiębiorców, niwecząc wykonywanie przez nich zamierzonej usługi handlowej[61].

Rynek usług cmentarnych i pogrzebowych

Znaczące w działalności komunalnej gmin są również interwencje organu antymonopolowego, wkraczające w zarządzanie cmentarzami komunalnymi i w wykonywanie na ich terenie usług pogrzebowych. Trzeba nadmienić, że do-chodzi tu do szczególnie licznych, zakazanych ustawą praktyk ograniczających konkurencję. Zajmowanie bowiem pozycji monopolu prawnego na rynku usług cmentarnych przez gminę lub podmiot działający w jej imieniu na terenie cmentarza komunalnego (a jest to najczęściej jednostka gminy bądź podmiot prywatny, któremu na podstawie umowy gmina powierzyła prowadzenie spraw cmentarnych), umożliwia monopolizację dochodowego rynku usług pogrzebowych, na którym

[58] Wyrok SOKiK z 24.04.2002 r. (sygn. akt XVII Ama 76/01)

[59] Wyrok SOKiK z 19.10.2006 r. (sygn. akt XVII AmA 62/05)

[60] Decyzja prezesa UOKiK z 23.03.2009 r. (nr RWR 4/2009)

[61] Decyzja prezesa UOKiK z 19.09.2003 r. (nr RWR 24/2003)

powinny panować reguły wolnej konkurencji. Usługami tymi są zarówno czynności związane z pochówkiem, w większości wykonywane na terenie cmentarza, jak i kopanie grobu i jego formowanie, murowanie kwater, budowa na-grobków, prowadzenie ceremonii pogrzebowej itp. Ten monopol prawny wynika z ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych[62], określającej co wchodzi w skład usług cmentarnych oraz wyznaczającej wójtów, burmistrzów i prezydentów jako odpowiedzialnych za utrzymanie cmentarzy i zarządzanie nimi, oraz z art. 7 ust. 1 pkt 3 ustawy o samorządzie gminnym, który sprawy cmentarzy komunalnych wprowadził do zadań własnych gminy.

Z prawnego stanu bycia właścicielem cmentarza i wyłącznym realizatorem zadań cmentarnych gminy wnioskują, że mogą nim dowolnie zarządzać, niezależnie od tego, jakiego rodzaju skutki wywołuje to w sferze konkurencji. Sprowadza się to do zamykania cmentarzy komunalnych dla usług pogrzebowych wykonywanych przez przedsiębiorców prywatnych i zastrzegania ich wyłącz-nie dla zarządców cmentarzy, jeżeli prowadzą oni również taką działalność, co w praktyce jest regułą. Zarządcy cmentarzy, widząc swój wpływ na warunki konkurencji na rynku usług pogrzebowych, nawet jeśli wprost nie ograniczają dostępu do cmentarza, to starają się pogorszyć warunki konkurowania swoim rywalom, obciążając ich opłatami za korzystanie z urządzeń cmentarnych, którymi nie obarczają własnej działalności, albo zmuszając do przekazania części usług pogrzebowych wykonywanych na terenie cmentarza. Bywa też, że gminy w umowach o zarządzanie cmentarzem dają zarządcom wyłączność na wykonywanie tych usług lub zatwierdzają cenniki za korzystanie z urządzeń cmentarnych, od-noszące się tylko do ich konkurentów. Stosują takie praktyki po to, by rodziny zmarłych osób powierzały wykonywanie pochówków przedsiębiorcom, którzy wykonują kompleksowe usługi pogrzebowe, a po wtóre robią to taniej. Z danych posiadanych przez organ antymonopolowy wynika, że przedsiębiorcy będący jednocześnie zarządcami cmentarzy komunalnych i wykonawcami czynności pogrzebowych zagarniają nierzadko ponad 80% rynku usług pogrzebowych.

W Poznaniu gmina powierzyła zarządzanie swoimi cmentarzami Spółdzielni Pracy „Uniwersum", która równolegle wykonuje także usługi pogrzebowe. Co prawda, Spółdzielnia na mocy umowy z gminą była zobowiązana do umożliwienia innym przedsiębiorcom pogrzebowym dokonywania obrządku na terenie cmentarzy komunalnych, jednak ustalając ceny za korzystanie z urządzeń cmentarnych, które okazały się cenami nadmiernie wygórowanymi, zbudowała sobie tym sposobem bezprawną przewagę konkurencyjną nad swoimi rywalami[63].

W Sobótce zarządca cmentarza – Zakład Usług Komunalnych „Hadlu", którego jedynym udziałowcem jest gmina Sobótka, nadużył pozycji dominującej na lokalnym rynku usług cmentarnych przez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji w następstwie zakazywania przedsiębiorcom pogrzebowym samodzielnego kopania i formowania grobów ziemnych oraz wykopywania i murowania komór grobowych. Ustalenie tego typu zakazów przez ZUK wprowadziło na tyle skuteczne bariery dostępu do rynku, że przejął on cały subrynek usług pogrzebowych kosztem innych przedsiębiorców[64]. Broniąc się, ZUK podnosił, że było to podyktowane koniecznością ochrony porządku publicznego. Tego typu argumenty nie są jednak akceptowane przez organy antymonopolowe. SOKiK na tę obronę odpowiedział, że ewentualne nieprawidłowości w świadczeniu usług w zakresie wykonywania grobów ziemnych i murowanych „nie mogą tłumaczyć wprowadzenia przez administratora cmentarza całkowitego, nieograniczonego w czasie zakazu wykonywania tego typu usług przez wszystkich przedsiębiorców

[62] Ustawa z 31.01.1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych (t.j. DzU z 2000 r., nr 23. poz. 295, ze zm.)

[63] Wyrok SOKiK z 23.01.2007 r. (sygn. akt XVII AmA 41/06)

[64] Zob. decyzja prezesa UOKiK z 27.05.2008 r. (nr RWR 20/2008)

pogrzebowych”[65].

Szczególnie naganne, a przy tym dość typowe były praktyki, które miały miejsce w Zielonej Górze, gdzie zarządca cmentarzy – spółka gminna, prowadząca również konkurencyjną działalność na rynku usług pogrzebowych, ograniczyła konkurencję przez podział rynku według kryteriów podmiotowych. Będąc gospodarzem trzech cmentarzy komunalnych, obciążała konkurencyjnych przedsiębiorców pogrzebowych opłatami cmentarnymi za nadzór nad wykonywaniem usług pogrzebowych na cmentarzu w kwocie 400 zł oraz za każdorazowy wjazd na cmentarz w kwocie 85 zł i równocześnie nie obciążała tymi opłatami własnej działalności[66]. Stanowisko organu antymonopolowego co do pobierania tego typu opłat jest takie, że zgodnie z art. 140 k.c., gmina lub działający w jej imieniu podmiot realizujący gminne zadania własne mogą czerpać pożytki ze swojej własności, o ile nie narusza to ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W danej sprawie miałoby to miejsce, gdyby spółka gminna w takim samym wymiarze obciążała ustalonymi opłatami również koszty swojej działalności albo nie pobierała ich od nikogo, przez co warunki konkurencji byłyby równe dla wszystkich przedsiębiorców pogrzebowych.

Takie same skutki, jeśli chodzi o zakłócenie warunków konkurencji na rynku usług pogrzebowych, miało zawarcie przez gminę Bolesławiec z wybranym przez nią przedsiębiorcą umowy o administrowanie ośmioma cmentarzami leżącymi na jej terenie. W umowie tej zawarto postanowienie, że w przypadku wykonywania usługi pogrzebowej przez inny podmiot, jest on zobowiązany wnieść jednorazową opłatę w wysokości 428 zł. Pobieranie tej opłaty od innych przedsiębiorców pogrzebowych i niewliczanie jej do kosztów własnej działalności – w wyniku czego oferta cenowa administratora cmentarzy mogła być korzystniejsza od oferty cenowej konkurentów – było, zdaniem organu antymonopolowego, zakazaną praktyką monopolistyczną[67].

Obciążanie tego rodzaju opłatami tylko konkurentów przedsiębiorcy, które-mu gmina zleciła prowadzenie usług cmentarnych, może być także wynikiem porozumienia zawartego pomiędzy gminą a tym przedsiębiorcą. Taką właśnie, zakazaną w świetle postanowień ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów umowę zawarła gmina Dzierżoniów z przedsiębiorcą, któremu powierzyła zarządzanie cmentarzem komunalnym. Porozumienie to miało charakter zakazanego porozumienia cenowego, którego celem i skutkiem było ograniczenie dostępu do rynku usług pogrzebowych przedsiębiorcom pragnącym wykonywać tego typu usługi na cmentarzu komunalnym. Powstała w ten sposób przewaga konkurencyjna administratora cmentarza nad innymi przedsiębiorcami – których dostęp do cmentarza zależał od wpłaty 350 zł – spowodowała szybką monopolizację rynku usług pogrzebowych. Administrator cmentarza w ciągu dwóch lat zwiększył swój udział w tym rynku z 21,92% do 51,75%[68].

Najczęściej firmy administrujące cmentarzami komunalnymi uzasadniają pobieranie wspomnianych opłat związanymi z tym wydatkami i kosztami utrzymania cmentarza. Tego typu argumentacja jest jednak odrzucana zarówno przez UOKiK, jak i SOKiK. W jednym z wyroków ów sąd wypowiedział się, że okoliczność powoływania się na koszty utrzymania cmentarza komunalnego nie ma wpływu – z punktu widzenia regulacji zawartych w ustawie o ochronie

[65] Wyrok SOKiK z 10.11.2009 r. (sygn. akt AmA 63/08)

[66] Decyzja prezesa UOKiK z 10.09.2009 r. (nr RWR 24/2009)

[67] Decyzja prezesa UOKiK z 15.05.2006 r. (nr RWR 17/2006)

[68] Decyzja prezesa UOKiK z 29.11.2002 r. (nr RWR 24/2002)

konkurencji i konsumentów – na ocenę działań przedsiębiorców pobierających taką opłatę[69].

Posiadanie monopolu prawnego na rynku usług cmentarnych sprzyja również powstawaniu innych praktyk ograniczających konkurencję. I tak, gmina Wrocław nadużyła pozycji dominującej, dokonując zakazanego podziału rynku we-dług kryteriów podmiotowych w następstwie pobierania zróżnicowanych opłat za usługę kremacji w zależności od tego, czy dotyczyła ona ciała osoby mającej prawo stałego lub czasowego pobytu na terenie gminy Wrocław, czy też osoby spoza gminy. Zróżnicowanie kwot gmina uzasadniała tym, że mieszkańcy Wrocławia zobowiązani są za życia do wnoszenia wynikających z przepisów opłat i podatków lokalnych. Gmina otrzymuje też procentową część z podatków dochodowych swoich mieszkańców. Podatki te i opłaty przeznaczone są między innymi na utrzymanie substancji komunalnej, w tym cmentarzy. Zasadne jest zatem, aby po śmierci koszt kremacji mieszkańców Wrocławia był niższy, niż osób, które nie partycypowały wcześniej w utrzymaniu infrastruktury miejskiej. Organ anty-monopolowy miał jednak na to inny pogląd, stwierdzając że w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów różnicowanie podmiotowe ze względu na miejsce zamieszkania nie może znaleźć aprobaty i zakazał gminie tej praktyki[70].

Gmina Wrocław nadużyła pozycji dominującej na rynku usług cmentarnych również przez narzucanie uciążliwych warunków umów, przynoszących jej nie-uzasadnione przychody w wyniku odmowy zwrotu części opłaty za tak zwane przedłużenie ważności grobu na okres lat 10 w wypadku wcześniejszej ekshumacji zwłok, to jest przed terminem wygaśnięcia ważności grobu. Zdaniem organu antymonopolowego, nie było jakiegokolwiek uzasadnienia dla tego rodzaju praktyki troską o finanse publiczne, na co powoływała się gmina, bowiem bez zbędnej zwłoki zwalniane miejsce pochówku jest przekazywane innemu dysponentowi, za które musi on uiścić pełną opłatę[71]. SOKiK, rozpatrując odwoła-nie gminy i potwierdzając rozstrzygnięcie prezesa UOKiK, wyraził jednak inne zdanie w kwestii wysokości zwrotu wniesionej opłaty. Jego zdaniem, zwracana kwota powinna odpowiadać wysokości opłaty uiszczanej za wykonanie pochówku (liczonej za lata nieskorzystania z miejsca grzebalnego), jednak należy w niej uwzględnić koszty poniesione na utrzymanie cmentarza, wobec tego jej wysokość „co do zasady niewątpliwie będzie mniejsza od wysokości opłaty za wykonanie pochowku”[72].

Tego samego typu praktyki narzucania osobom uprawnionym do dysponowania grobami uciążliwych warunków umów użytkowania miejsca pod grób ziemny oraz pod budowę grobu murowanego zastosowała gmina Kraków na cmentarzach komunalnych, osiągając z tego tytułu nieuzasadnione korzyści. Sąd, oddalając od-wołanie gminy Kraków od wydanej w tej sprawie decyzji przez organ antymonopolowy, podniósł że: „Nie jest usprawiedliwieniem dla stosowania wykazanych w sprawie praktyk monopolowych okoliczność, że gmina jest zobowiązana do utrzymywania i racjonalnego gospodarowania gruntami cmentarnymi, że korzystanie z cmentarzy i urządzeń cmentarnych związane jest z koniecznością uzyskania stosownych zezwoleń i uiszczaniem opłat oraz że sprawując pieczę nad tere-nami cmentarnymi ponosi znaczne nakłady finansowe związane z utrzymaniem ich właściwego stanu technicznego, użytkowego i estetycznego”[73].

[69] Wyrok SOKiK z 21.02.2007 r. (sygn. akt AmA 30/06)

[70] Decyzja prezesa UOKiK z 27.10.2005 r. (nr RWR 67/2005)

[71] Decyzja prezesa UOKiK z 9.11.2004 r. (nr RWR 33/2004)

[72] Wyrok SOKiK z 2.11.2006 r. (sygn. akt XVII AmA 127/04)

[73] Wyrok SOKiK z 23.08.2006 r. (sygn. akt XVII Ama 83/05)

Kartele przetargowe

Prawdopodobieństwo występowania karteli przetargowych w obszarze działalności gospodarczej gmin jest szczególnie duże. Gminy w skali kraju są organizatorem setek, o ile nie tysięcy przetargów rocznie. W sumie jest to rynek zamówień, na którym wydawane są miliardy złotych ze środków publicznych. Przetargi są organizowane tam, gdzie na rynku może zmieścić się tylko jeden przedsiębiorca wykonujący zamówioną usługę lub dostawę. Taki rodzaj konkurencji przyjęto określać jako konkurencję o rynek. Polega ona na tym, że skoro na danym rynku może działać tylko jedna firma, to aby stać się jego beneficjentem, musi wygrać wolny przetarg o wytwarzanie lub świadczenie usług na prawie wyłączności[74].

Przetargi mogą być, niestety, również przedmiotem zmów monopolistycznych. Zmowy kartelowe mogą mieć charakter wertykalny lub horyzontalny. Pierwsza jest zmową pomiędzy organizatorem przetargu i firmą wygrywającą, druga zmową pomiędzy konkurentami uczestniczącymi w przetargach. W przypadku wertykalnego porozumienia przetargowego stroną porozumienia jest gmina, która jako organizator przetargu wchodzi w sekretną zmowę co do warunków przetargu z jednym z jego uczestników, innymi słowy „ustawia przetarg" pod z góry naznaczonego zwycięzcę.

W polskiej ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, właśnie z uwagi na szczególną szkodliwość zmów kartelowych, zostały one objęte odrębnym po-stanowieniem. Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy, zakazane jest uzgadnianie przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Do typowych taktyk uzgadniania ofert należą:

- rotacja ofert, która polega na tym, że konkurenci umawiają się, iż będą zwyciężać w przetargach na zmianę; w kolejnych przetargach tylko jeden z nich dostarcza ofertę zwycięską, zaś pozostali – oferty z ceną zbyt wysoką;
- podział rynku; w tym wypadku oferenci umawiają się, kto z nich wygra na danym rynku według kryterium geograficznego lub innego; dla ukrycia oferty zwycięskiej nie musi być ona wygrywająca od razu, gdy uzgodniono, że pierwszy zwycięzca rezygnuje z kontraktu torując drogę do jego realizacji przedsiębiorcy z góry wytypowanemu;
- podział zysku; oferenci wyznaczają z góry, kto wygra przetarg, nie składając ofert lub składając oferty komplementarne gorsze (wyższe ceny); w zamian wygrywający wypłaca pozostałym sumę pieniędzy, która pochodzi z dodatkowych zysków, osiągniętych wskutek zawartego porozumienia;
- wywieranie presji, gdy niektórzy oferenci opierają się, odmawiając przy-stąpienia do zmowy; zdarzają się nawet groźby użycia przemocy fizycznej.

W zmowach kartelowych, w przeciwieństwie do wcześniej omówionych praktyk monopolistycznych, to nie gminy są najczęściej ich sprawcami. Inicjatorami i stronami porozumienia są z reguły przedsiębiorcy niezwiązani z gmina-mi, działający w skali rynku krajowego albo tylko lokalnego. Porozumienia kartelowe wymierzone są w innych przedsiębiorców, którzy uczestniczą w danym przetargu, ale nie są stronami porozumienia oraz przynoszą szkody ekonomiczne gminom, podnosząc koszty wykonania zamówienia. Gminy są więc ofiarami karteli przetargowych, z tego też powodu powinny zwracać szczególną uwagę na

[74] Z. Jurczyk: *Podstawy współczesnej regulacji w sektorach infrastrukturalnych*, tom 7, *Ekonomia*, Wydawnictwa Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2000, s. 61.

tę stronę przetargów. Oceniając wrażliwość gmin na ten aspekt organizowanych przez nie przetargów według liczby spraw, które trafiają do organu anty-monopolowego, można odnieść wrażenie, że temu zagadnieniu gminy nie poświęcają wiele uwagi. Trzeba jednak dodać, że nie jest łatwo odkryć i udowodnić zmowę pomiędzy uczestnikami przetargu (czy to w wymiarze horyzontalnym, czy wertykalnym), czyli że przetarg został ukartowany. Z doświadczenia organu antymonopolowego wynika, że nawet jeśli takie zawiadomienia o podejrzeniu ukartowanego przetargu napływają – najczęściej ze strony przegranych przedsiębiorców – to rzadko przeprowadzone postępowanie wyjaśniające potwierdza stawiane zarzuty.

Na podstawie dotychczasowej praktyki z zakresu karteli przetargowych można wskazać najbardziej symptomatyczne sygnały, że dany przetarg może być przedmiotem porozumienia:

- interesowanie się przez zwycięzcę kolejnością miejsc uczestniczących w przetargu przedsiębiorców i następnie złożenie rezygnacji, by umożliwić realizację zamówienia przez firmę, która zajęła miejsce drugie, z wyższą ceną;
- istnienie związków rodzinnych wśród uczestników przetargu;
- prowadzenie odrębnych działalności pod tym samym adresem;
- istnienie powiązań gospodarczych, technologicznych i prawnych (ten sam park maszynowy, zobowiązania obligacyjne lub wieloletnia współpraca uczestników przetargu – raz jako firma prowadząca, innym razem jako podwykonawca);
- korzystanie z tej samej skrzynki elektronicznej oraz strony internetowej;
- udział w dotychczasowych przetargach tych samych firm, przy rzucającej się w oczy rotacji ofert zwycięskich;
- nieuzupełnienie dokumentacji przetargowej oferty zwycięskiej po wezwaniu organizatora przetargu;
- powtarzalność tego typu zachowań.

We Wrocławiu działał kartel, którego stronami byli dwaj przedsiębiorcy biorący udział w przetargu zorganizowanym przez gminę, dotyczącym świadczenia usług kontroli biletów w środkach komunikacji miejskiej. Informacje o tym oraz istotne dane prezes UOKiK uzyskał od firmy konkurencyjnej, która współpraco-wała z tymi przedsiębiorcami w przetargach wcześniejszych. Zgodnie z przyjętym planem, miasto Wrocław zostało podzielone na trzy rejony (rynki), a każdy z nich miał być obsługiwany tylko przez jedną firmę, która uzyskała największą liczbę punktów. Obaj przedsiębiorcy złożyli oferty na obsługę każdego z tych rejonów, ale w taki sposób, by podzielić się rynkiem. W tym celu uzgodnili swoje oferty – na wszystkie trzy rejony były one niemal identyczne. Zmawiający się przedsiębiorcy przedstawili jednakową cenę i identyczne cztery wskaźniki, które gmina opracowała dla tego przetargu, zmieniając się jedynie miejscami w zależności od rejonu, tak że jeden z nich zdobył zamówienie na obsługę rejonu I i III, a drugi rejonu II. Dokonując analizy całego zgromadzonego materiału, prezes Urzędu doszedł do konkluzji, że nie było możliwe, aby odkryta zgodność ofert była przypadkowa oraz aby spółka „Iven" wygrywając w rejonie II podała identyczne współczynniki jak spółka „Aspa-Redis" w rejonie I i III. W jego przekonaniu, między przedsiębiorstwami nastąpiła uzgodniona rotacja ofert, bo-wiem jedynym wytłumaczeniem tak daleko idącej zbieżności współczynników przetargowych może być tylko wspólne przygotowanie ofert. Ważną okolicznością takiej oceny zachowań było również to, że w trakcie prowadzonego postępowania antymonopolowego nie potrafili oni racjonalnie wytłumaczyć, skąd się wzięła ta zbieżność[75].

SOKiK, podtrzymując decyzję organu antymonopolowego, że wygrywający przetarg działali w porozumieniu, podniósł, iż wykazanie istnienia zmowy prze-targowej jest niezwykle trudne dowodowo. „Podmioty, które dopuszczają się takich działań mając świadomość ich

[75] Decyzja prezesa UOKiK z 2.07.2003 r. (nr RWR 12/2003)

nielegalnego charakteru, zwykle tuszują swe porozumienie. Zatem oceniać je możemy zwykle po rezultatach, przesłankach i całokształcie okoliczności sprawy, które to w tej konkretnej sprawie, zdaniem sądu, jednoznacznie dowodzą wystąpienia zmowy przetargowej. Nie da się bowiem inaczej racjonalnie wytłumaczyć podania przez powódkę i zainteresowanych zbliżonych parametrów ofert zgłoszonych do przetargu, a pozostałe okoliczności sprawy zgodnie i jednoznacznie wskazują na uzgodnienie między podmiotami warunków składanych ofert, co stanowi niedozwoloną praktykę ograniczającą konkurencję"[76].

W Poznaniu z kolei kartel przetargowy uformował się na lokalnym rynku usług oczyszczania placów i ulic. O podejrzeniu zawarcia nielegalnego porozumienia organ antymonopolowy został powiadomiony przez prezydenta miasta Poznania. Porozumienie było dobrze skonstruowane, obejmowało ceny i zachowanie umawiających się stron przed przetargiem oraz w trakcie przetargu. Zostało wy-mierzone w pozostałych uczestników przetargu, których łącznie było kilkunastu.

W zmowie wzięło udział pięciu przedsiębiorców. Polegała ona na tym, aby odpowiednio zróżnicować (pod względem ceny) złożone przez nich oferty, a następnie, korzystając z możliwości jakie daje ustawa o zamówieniach pub-licznych, doprowadzić do celowego wykluczenia niektórych oferentów będących członami porozumienia. Chodziło o oferentów, których oferty były najkorzystniejsze cenowo, a wykluczenie miało nastąpić przez niezłożenie przez nich w określonym terminie wymaganych przez art. 22 ust. 5 tej ustawy oświadczeń o pozostawaniu w stosunku zależności lub dominacji z innymi uczestnikami po-stępowania lub zamawiającym albo osobami po stronie zamawiającego biorący-mi udział w postępowaniu. W ten sposób przedsiębiorcy ci mieli doprowadzić do tego, że przetarg wygrywał przedsiębiorca będący członkiem tajnego poro-zumienia, oferujący wyższą cenę. Takie działanie podejmowano jednak dopiero wówczas, gdy stwierdzono, że wykluczenie nie spowoduje wyboru przedsiębiorcy spoza porozumienia, którego oferta cenowa jest bardziej atrakcyjna od oferty przedsiębiorcy będącego w porozumieniu, na rzecz którego działał wykluczony. Innym sposobem wygrania przetargu przez wytypowanego przedsiębiorcę oferującego odpowiednio wysoką cenę było celowe wycofanie się pozostałych oferentów po otwarciu ofert, gdy wiadomo było, jakie oferty wpłynęły. W rezultacie zwyciężyła oferta droższa od tych, które przepadły z powodu niedostarczenia wymaganych przez gminę dokumentów, zgodnie ze „specyfikacją istotnych warunków zamówienia". Na to, że takie zachowania były wynikiem wcześniejszego porozumienia, wskazywały silne związki prawne, gospodarcze i organizacyjne, takie jak umowy dzierżawy pojazdów samochodowych pomiędzy firmami ubiegającymi się o realizację przedmiotu przetargu, zarówno przed, jak i po przeprowadzeniu przetargu, umowy obligacyjne dotyczące wykonania określonych prac związanych z oczyszczaniem miasta czy związki rodzinne. O koordynacji zachowań świadczył także fakt, że oferty stron zawierały takie same błędy. W rezultacie, w ocenie prezesa UOKiK, tylko zawarcie wcześniejszego porozumienia uzasadniało tego typu zachowanie stron w czasie przetargu[77].

W Lublinie kartel przetargowy objął rynek usług utrzymania, kompleksowej konserwacji i renowacji zieleni komunalnej. W porozumieniu kartelowym wzięło udział czterech przedsiębiorców, w tym spółka gminna Miejskie Przedsiębiorstwo Zieleni. Przedmiotem zmowy był podział rynku, a polegał on na tym, że uczestnicy przetargu nie składali konkurencyjnych ofert w rejonie (było ich 12), w którym miała wygrać wskazana oferta zwycięska, przy czym wszystkie oferty pod względem ceny były zbliżone do maksymalnych cen zakreślonych przez organizatora przetargu – gminę Lublin. Warto dodać, że zawiadomienie do Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o podejrzeniu zawarcia nielegalnego porozumienia wniosła

[76] Wyrok SOKiK z 17.04.2008 r. (sygn. akt XVII AmA 117/05)

[77] Decyzja prezesa UOKiK z 21.09.2005 r. (nr RPZ-28/2005)

Delegatura Najwyższej Izby Kontroli w Lublinie.

O tym, że doszło do uzgodnionego działania oferentów w związku z dwoma przetargami w wyżej wymienionym zakresie, zorganizowanymi przez gminę Lublin, zaważyły następujące okoliczności:

- posądzeni o zmowę przedsiębiorcy utrzymywali między sobą kontakty w sprawie uzgodnienia warunków przetargu i uczestnictwa w nim;
- wspólne występowanie przez nich z wnioskami związanymi z przetargiem, na przykład o przedłużenie do trzech lat okresu obowiązywania zawartych umów
- o wykonywanie usługi, a także podejmowanie jednakowych działań w określonych sytuacjach zaistniałych w toku postępowań przetargowych;
- złożenie ofert, które wzajemnie ze sobą nie kolidowały;
- zbieżność cen oferowanych przez strony porozumienia z ustaloną przez zamawiającego szacunkową wartością zamówienia.

W uzasadnieniu stwierdzenia zawarcia przez czterech przedsiębiorców zakazanej praktyki porozumienia przetargowego, opisanej w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, organ antymonopolowy stwierdził, że przedsiębiorcy ci dokonali podziału przedmiotu zamówienia, uzgadniając, których rejonów będzie dotyczyć oferta każdego z nich, przy jednoczesnym założeniu braku kolizji ofert. „Porozumienie zmierzało w istocie do zniweczenia zamawiającemu możliwości wyboru najkorzystniejszej spośród ofert składanych przez wykonawców, przy zachowaniu mechanizmu konkurencji i współzawodnictwa uczestników rynku, działających w warunkach niepewności co do zachowań konkurentów”[78].

[78] Decyzja prezesa UOKiK z 10.06.2008 r. (sygn. akt nr RLU 21/2008)

Reasumpcja

Przedstawiona działalność interwencyjna organu antymonopolowego, odnosząca się do praktyki gospodarczej gmin, pokazuje wagę i skalę tych interwencji. Mają one zasadnicze znaczenie dla konkurencji i tym samym dla możliwości pro-wadzenia działalności gospodarczej przez przedsiębiorców (przeważnie małych i średnich) na lokalnych rynkach, tak bardzo zależnych od tego, jak zachowują się na nich gminy. Interwencje te są również znaczące dla cen świadczonych przez gminę usług o charakterze użyteczności publicznej. Działalność decyzyjna organu antymonopolowego nie dotyczy wyłącznie wyżej przedstawionych rynków i zagadnień, jest bowiem znacznie szersza, tym niemniej są to rynki kluczowe i co ważne, liczba nadużyć, które zaburzają konkurencję wcale nie spada.

dr Zbigniew Jurczyk
dyrektor Delegatury
Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
we Wrocławiu

Artykuł został opublikowany w numerze specjalnym "Kontroli Państwowej" nr 3/2010, będącym zapisem seminaryjnego posiedzenia Kolegium NIK, poświęconego aktywności gospodarczej gmin.