

Sygn. akt VI A Ca 760/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 marca 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Jacek Sadowski

Sędzia SA – Małgorzata Kuracka (spr.)

Sędzia SO (del.) – Magdalena Sajur – Kordula

Protokolant: – sekr. sąd. Beata Pelikańska

po rozpoznaniu w dniu 5 marca 2015 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa Gminy Miejskiej K.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o nadużywanie pozycji dominującej i nałożenie kary pieniężnej

na skutek apelacji powódki

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

z dnia 12 marca 2014 r., sygn. akt XVII AmA 13/12

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że nadaje mu treść:

„I zmienia zaskarżoną decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 30 grudnia 2013 roku nr (...) w punkcie II w ten sposób, że nałożoną na Gminę Miejską K. karę pieniężną w wysokości 804 722 zł (osiemset cztery tysiące siedemset dwadzieścia dwa złote) obniża do kwoty 268 240 zł (dwieście sześćdziesiąt osiem tysięcy dwieście czterdzieści złotych);

II oddala odwołanie w pozostałej części;

III zasądza od Gminy Miejskiej K. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 270 zł (dwieście siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania;

2. oddala apelację w pozostałej części;

3. koszty postępowania apelacyjnego między stronami wzajemnie znosi.

Sygn. akt VI A Ca 760/14

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 30 grudnia 2011 r., nr (...) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego przeciwko Gminie Miejskiej K., uznał za praktykę ograniczającą konkurencję działania Gminy Miejskiej K., polegające na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku organizowania

podłączenia do miejskiej sieci wodociągowej i kanalizacyjnej obejmującym obszar Gminy Miejskiej K., na którym prowadzone są prace związane z przyłączeniem nowych odbiorców usługi zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków zgodnie z procedurą Lokalnych Inicjatyw Inwestycyjnych określanych symbolem L II, polegające na zobowiązaniu mieszkańców do współfinansowania budowy sieci wodociągowej i kanalizacyjnej w ramach Lokalnych Inicjatyw Inwestycyjnych i uznał, że stanowi to naruszenie art. 9 ust. 1 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, na lokalnym rynku wykonywania przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych, obejmującym obszar Gminy Miejskiej K., na której prowadzone są prace związane z przyłączeniem nowych odbiorców usługi zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków zgodnie z procedurą Lokalnych Inicjatyw Inwestycyjnych, poprzez powierzenie wyłącznego wykonywania przyłączy przedsiębiorcy wybranemu przez Jednostkę Organizacyjną Gminy Miejskiej K. Zarząd (...) i uznał, że stanowi to naruszenie art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Nadto nakazał zaniechanie stosowania tych praktyk. Prezes nałożył też, na Gminę Miejską K., karę pieniężną w wysokości 804.722,00 zł, płatną do budżetu państwa, z tytułu naruszenia zakazu określonego w art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ww. ustawy oraz obciążył Gminę Miejską K. kosztami postępowania antymonopolowego zobowiązując tę Gminę do zwrotu kosztów postępowania w kwocie 47,00 zł.

Od powyższej decyzji powód Gmina Miejska K. wniosła odwołanie, zarzucając Prezesowi UOKiK naruszenie: art. 9 ust. 1 i art. 10, art. 9 ust 2 pkt 5, a także art. 106 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50 poz. 331 z późn. zm.). Powód wniósł o uchylenie zaskarżonej decyzji w całości, ewentualnie zaś, o uchylenie zaskarżonej decyzji w części dotyczącej orzeczonej kary, względnie o zmianę zaskarżonej decyzji w tej części, poprzez zmniejszenie wysokości kary pieniężnej maksymalnie do kwoty 0,01% przychodu.

Wyrokiem z dnia 12 marca 2014 r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił odwołanie oraz zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 360 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Sąd Okręgowy ustalił, że na terenie Gminy K. obowiązuje Regulamin dostarczania wody i odprowadzania ścieków uchwalony Uchwałą nr (...) Rady Miasta K. z dnia 8 lutego 2006 r. Stosownie do § 30 ww. Regulaminu Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. w K. (zwane dalej MPWiK) wydaje warunki przyłączenia nieruchomości do miejskiej sieci wodociągowej i kanalizacyjnej, które to warunki określają między innymi miejsce i sposób włączenia, parametry techniczne przyłącza, ciśnienia i ilości wody wymaganej dla zaopatrzenia nieruchomości, dane szczegółowe dotyczące wodomierza głównego i urządzenia pomiarowego, terminu ważności warunków.

Procedura podłączenia do sieci wodociągowej i kanalizacyjnej na terenie gminy Miejskiej K. przebiega w następujący sposób: Przyszli usługobiorcy składają do MPWiK „Wniosek o zawarcie umowy przyłączeniowej”. Spółka działając stosownie do art. 30 Regulaminu dostarczania wody i odprowadzania ścieków podpisuje z przyszłym odbiorcą usług zbiorowego zaopatrzenia w wodę i/lub zbiorowego odprowadzania ścieków „Umowę przyłączeniową”. MPWiK określa osobom ubiegającym się o przyłączenie warunki przyłączenia nieruchomości do miejskiej sieci wodociągowej i/lub kanalizacyjnej, w których to warunkach wskazane jest między innymi miejsce i sposób włączenia, parametry techniczne przyłącza, ciśnienia i ilości wody wymaganej dla zaopatrzenia nieruchomości, dane szczegółowe dotyczące wodomierza głównego i urządzenia pomiarowego, terminu ważności warunków. Po zakończeniu prac związanych z budową przyłączy sporządzany jest „protokół odbioru przyłącza wodociągowego/ kanalizacyjnego/ odcinka przyłącza kanalizacyjnego/zabudowy zestawu wodomierzowego w układzie równoległym/zabudów zestawów wodomierzowych przy punktach czerpalnych”. Następnie po uiszczeniu przez przyszłego odbiorcę określonej w taryfie dla zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków „opłaty wynikającej z kosztów przyłączenia” podpisywana jest umowa o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków. Zgodnie z § 6 ust. 1 pkt 6 Regulaminu dostarczania wody i odprowadzania ścieków odbiorca usługi zobowiązany jest do utrzymania w należytych stanie przyłączy/ odcinków przyłączy wodociągowych i/lub kanalizacyjnych pozostających w jego posiadaniu i niezwłocznego usuwania ich awarii. Stosownie do § 6 ust. 1 pkt 5 Regulaminu dostarczania wody i odprowadzania ścieków odbiorca usługi obowiązany jest do zabezpieczenia wodomierzy i urządzeń pomiarowych przed uszkodzeniami. Oprócz wyżej opisanej procedury

podłączania nowych odbiorców do sieci wodociągowej i kanalizacyjnej na terenie Gminy część inwestycji związanych z budową sieci oraz przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych prowadzona jest w oparciu o procedurę L II.

Dnia 24 września 1997 r. Rada Miasta K. podjęła Uchwałę nr (...) (tekst jednolity Uchwała nr(...) Rady Miasta K. z dnia 28 czerwca 2006 r.) w sprawie kierunków działania Prezydenta Miasta K. w zakresie organizowania, realizacji i dofinansowywania lokalnych inicjatyw inwestycyjnych. Stosownie do zapisu § 3 ust. 1 i 2 przedmiotowej Uchwały w trybie LII mogą być realizowane między innymi inwestycje z zakresu:

- a) sieci, obiektów i urządzeń wodociągowych,
- b) przyłącza wodociągowe do wodomierza głównego z wyłączeniem studzienki wodomierzowej,
- c) sieci, obiektów, i urządzeń kanalizacji sanitarnej lub ogólnospławnej w wydzielonej geodezyjnie drodze,
- d) odcinka przyłącza kanalizacji sanitarnej lub ogólnospławnej do pierwszej studzienki usytuowanej na tym przyłączy licząc od strony sieci wraz z tą studzienką, a w przypadku braku studzienki do granicy nieruchomości.

Zgodnie z § 11 tej uchwały Gmina za pośrednictwem miejskich jednostek organizacyjnych informuje mieszkańców o możliwości i warunkach realizacji zadań inwestycyjnych w trybie L II. W ślad za informacją o możliwości realizacji inwestycji wodociągowej lub kanalizacyjnej w trybie LII na danym terenie powoływane są przez przyszłych odbiorców usług Społeczne Komitety Budowy (zwane dalej „Komitetami”). Komitety samodzielnie podejmują decyzję o sposobie gromadzenia środków i ich wysokości. Podstawę szacunków wysokości wpłat jest wartość kosztorysowa poszczególnych zadań i koszt dokumentacji. Społeczne Komitety kierują do Gminy wstępne zgłoszenie zawierające zobowiązanie zrealizowania w ramach L II zadania i deklarują wysokość wnoszonego wkładu. Podstawą takiego zgłoszenia są deklaracje członków komitetów o pełnym i terminowym wywiązywaniu się z przypadających na nich zobowiązań.

Zgłoszenie wstępne o planowanym przygotowaniu inwestycji musi zawierać: 1. Informacje o wnioskodawcy:

- a) nazwę, adres, formę organizacyjno-prawną Komitetu;
- b) wstępną deklarację dotyczącą wielkości środków finansowych

2. Informacje o planowanym przedsięwzięciu inwestycyjnym:

- a) lokalizację i rodzaj planowanego zadania wraz z terminem realizacji,
- b) dane niezbędne dla określenia parametrów umożliwiających ocenę wniosków.

Ponadto Społeczne Komitety zobowiązane są do przygotowania dokumentacji inwestycji na którą składają się:

- a) pozwolenie na budowę,
- b) zaświadczenie o przyjęciu zgłoszenia inwestycji przez Urząd Miasta K. dla przyłączy,
- c) pozwolenie na budowę budynku wraz z przyłączami,
- d) ważne oświadczenie o warunkach przyłączenia nieruchomości,
- e) ważną opinię Zespołu Koordynującego Usytuowanie Projektowanych Sieci Uzbrojenia Terenu,
- f) zgodę na wejście w teren zarządcy drogi i innych właścicieli terenu, przez który przechodzi trasa sieci i przyłączy.

Następnie Społeczne Komitety składają do Miejskiej Jednostki Organizacyjnej wnioski o realizację inwestycji w danym roku budżetowym i podpisują porozumienie negocjacyjne.

Wniosek musi zawierać:

1. nazwę, adres, formę organizacyjno-prawną z zakresem działalności Komitetu,
2. rodzaj, lokalizację i parametry techniczno-ekonomiczne efektu inwestycji,
3. projekt i harmonogram finansowania, tj. proponowane źródła i warunki kompletnego finansowania w kolejnych latach realizacji inwestycji,
4. oświadczenie woli dotyczące zasad udziału w inwestycji oraz wyrażoną kwotowo deklarację udziału Komitetu. Konieczne są deklaracje finansowe wszystkich członków Komitetu,
5. informację określającą społeczne korzyści powstające w wyniku realizacji zadania,
6. inne dane niezbędne do oceny wniosku,
7. dla sieci: dokumentację projektową przedmiar robót, kosztorys inwestorski i pozwolenie na budowę,
8. dla przyłącza: dokumentację projektową przedmiar robót, kosztorys inwestorski, zaświadczenie o przyjęciu zgłoszenia przez wydział Urzędu Miasta K. lub pozwolenie na budowę budynku wraz z przyłączami lub uzgodniony projekt z MPWiK oraz ważną opinię Zespołu Koordynującego Usytuowanie Projektowanych Sieci Uzbrojenia Terenu,
9. opis inwestycji uwzględniający stosunek do sąsiadującej infrastruktury miejskiej w aspekcie komplementarności i możliwości dalszej rozbudowy.

Zgodnie z § 6 analizowanej Uchwały o pozycji danego wniosku na liście zadań przyjętych do realizacji w trybie LII decyduje system kryteriów.

Jednym z kryteriów progowych jest deklaracja Komitetu o współfinansowaniu zadania, bowiem inwestycje w ramach LII finansowane są ze środków Gminy oraz przyszłych odbiorców usług zrzeszonych w Komitetach.

Udział Komitetu w L II może stanowić udział rzeczowy lub udział finansowy. Określa go następujący wzór: $U_i = W_z - U_{\text{ŚWM}} - U_{\text{GFOŚ}} - U_E$

Gdzie

$$U_{\text{ŚWM}} = (W_z - U_{\text{GFOŚ}}) \times U_o / „M \quad U_e = WZ \times U\%M$$

$$WZ = K_p + KR$$

U_i - udział Komitetu

W_z - wartość zadania

$U_{\text{ŚWM}}$ - udział środków własnych Gminy

U_E - udział środków eksploatatora

$U\%M$ - procentowy udział środków własnych Gminy

$U_{\text{GFOŚ}}$ - udział środków z funduszu GFOŚ

K_p - koszt przygotowania zadania do realizacji

KR - koszt realizacji

Na poczet udziału rzeczowego Komitetu (U_i) zalicza się udokumentowane nakłady poniesione przez niego na przygotowanie inwestycji, tj. sporządzenie dokumentacji technicznej, geodezyjnej, prawnej zgodnej z zakresem realizowanej inwestycji. Stosownie do § 7 analizowanej Uchwały, jeżeli przy rozliczeniu końcowym zadania LII udział rzeczowy przekracza udział Komitetu, to różnica nie jest zaliczana na poczet udziału Komitetu i nie podlega zwrotowi. Pełną wartość inwestycji LII tworzą koszty dokumentacji wykonanej przed rozpoczęciem inwestycji, wykonawstwo, odtworzenie nawierzchni, koszty dokumentacji powykonawczej, opłaty odbiorowe i inne opłaty, których Gmina nieookreśliła.

Jako orientacyjny udział rzeczowy Komitetu w kosztach inwestycji zaliczane są udokumentowane nakłady poniesione na przygotowanie inwestycji, tj. na dokumentację projektową, geodezyjną i prawną zgodną z zakresem realizacji inwestycji. Ostateczne uściślenie udziału rzeczowego Komitetu następuje w aneksie do umowy o realizację inwestycji przygotowywanym po rozstrzygnięciu przetargu na dane zadanie. Procentowy udział środków w zadaniach realizowanych w trybie LII w zakresie budowy odcinka przewodu kanalizacyjnego od miejsca włączenia do sieci kanalizacyjnej do pierwszej studzienki licząc od strony sieci wraz z tą studzienką lub w przypadku braku studzienki do granicy nieruchomości wynosi 80% dla Gminy i 20% dla Komitetu. W przypadku budowy sieci wodociągowej w trybie LII za przyłącze wodociągowe uznawany jest odcinek przewodu od instalacji wewnętrznej w budynku do miejsca włączenia do sieci głównej znajdującej się poza nieruchomością gruntową odbiorcy. Dofinansowanie Gminy wynosi z reguły 50% kosztów budowy ww. odcinka. Wysokość dofinansowania nie jest uzależniona od długości odcinka przewodu przebiegającego poza granicą nieruchomości gruntowej odbiorcy.

W przypadku inwestycji w trybie LII dotyczącej sieci kanalizacyjnej finansowanie odbywa się w następujący sposób: 100 % kosztów budowy przyłącza, w rozumieniu art. 2 ust. 6 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu, tj. odcinka od instalacji wewnętrznej w budynku do pierwszej studzienki licząc od strony budynku pokrywa przyszły odbiorca usług; 100 % kosztów budowy sieci (jako rury głównej najczęściej biegnącej w drodze np. gminnej/osiedlowej) pokrywa MPWiK z wyjątkiem sporządzenia dokumentacji technicznej, geodezyjnej, prawnej zgodnej z zakresem realizowanej inwestycji, jak również pozwolenia na budowę, które to przygotowuje na własny koszt Komitet; Gmina wspólnie z Komitetem pokrywa koszt budowy części sieci od rury głównej do studzienki kanalizacyjnej - ponieważ Gmina uznaje ten odcinek za przyłącze. Udział w kosztach wynosi 80% Gmina, 20% Komitet. Jeżeli chodzi o inwestycje dotyczące sieci wodociągowej realizowane w trybie LII to: 100 % kosztów budowy sieci (jako rury głównej najczęściej biegnącej w drodze np. gminnej/osiedlowej) pokrywa MPWiK z wyjątkiem sporządzenia dokumentacji technicznej, geodezyjnej, prawnej zgodnej z zakresem realizowanej inwestycji, jak również pozwolenia na budowę, które przygotowuje na własny koszt Komitet, 100 % kosztów budowy przyłącza na odcinku od instalacji wewnętrznej w budynku do wodomierza z wyłączeniem studni wodomierzowej pokrywa przyszły odbiorca usług. Jeżeli wodomierz znajduje się w budynku mieszkalnym koszty budowy przewodu od budynku do włączenia do sieci pokrywane są w trybie inwestycji LII;

koszt budowy przewodu od studni wodomierzowej do miejsca włączenia do sieci pokrywa w 50% Gmina, a w 50% Komitet. Udział współfinansowania nie zależy od odległości, w jakiej sieć główna przebiega w stosunku do granicy nieruchomości gruntowej odbiorcy.

Po zakończeniu realizacji danej inwestycji w trybie LII Miejska Jednostka Organizacyjna:

1. sporządza protokoły odbioru końcowego i w terminie 6 miesięcy, lecz nie później niż do 31 maja roku następnego przekazuje inwestycję do eksploatacji,
2. dokonuje w terminie 2 miesięcy po przekazaniu do eksploatacji, lecz nie później niż w terminie do 31 lipca roku następnego całkowitego rozliczenia rzeczowo- finansowego inwestycji. Przedkłada Wydziałowi Skarbu Miasta dokumenty niezbędne do zaksięgowania środka trwałego w ewidencji wytworzonych środków trwałych, również części finansowanej przez Komitety
3. zawiera umowy z eksploatatorem MPWiK.

Wydział Skarbu Miasta w terminie 14 dni po otrzymaniu kompletnego rozliczenia, lecz nie później niż do 15 sierpnia roku następnego dokonuje przejęcia majątku na majątek Gminy.

Wydział Skarbu Miasta przygotowuje w okresach kwartalnych, lecz nie później niż do 30 września roku następnego, zarządzenia Prezydenta w sprawie wniesienia wkładu niepieniężnego w postaci środków trwałych wytworzonych w trybie LII do (...) z przeznaczeniem na podwyższenie kapitału zakładowego MPWiK.

W roku 2009 inwestycje w trybie LII były prowadzone w przypadku sieci wodociągowej na terenie 11 obszarów, a w przypadku sieci kanalizacyjnej na terenie 28 obszarów. W roku 2010 natomiast budowa sieci wodociągowej dotyczyła 14 obszarów, a sieci kanalizacyjnej 36. W roku 2011 była to sieć wodociągowa na terenie 7 obszarów i sieć kanalizacyjna na terenie 43 obszarów.

Budowa sieci wodociągowej i kanalizacyjnej na terenie wszystkich ww. obszarów była ujęta w Uchwale Rady Miasta K. z dnia 16 kwietnia 2003 r. Nr (...) w sprawie Studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego Miasta K.. Osoby, które nie przystąpiły do Komitetu mogą zostać podłączone do sieci wodociągowej lub kanalizacyjnej na warunkach określonych przez zarządcę sieci, czyli MPWiK i zarządcę terenu.

Na obszarach, które nie przystąpią do inwestycji w trybie L II sieć wodociągowa, czy też kanalizacyjna budowana będzie w terminie późniejszym ze względu na konieczność nagromadzenia większych środków finansowych przez Gminę. Na Komitety przenoszona jest bowiem część obowiązków Gminy (w tym finansowych i organizacyjno-projektowych), co powoduje, iż taka inwestycja wymaga mniejszych nakładów Gminy.

Do wykonania przyłączy w systemie indywidualnym nie jest konieczne wykonanie przedmiarów i kosztorysów inwestorskich dla całej sieci wodociągowej i kanalizacyjnej wraz z przyłączami na danym obszarze, jak również uzyskania pozwolenia na budowę. Budowa pojedynczego przyłącza wodociągowego lub kanalizacyjnego, stosownie bowiem do art. 29 ust. 1 pkt 20 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2010 Nr 243 poz. 1623 ze zm.), nie wymaga pozwolenia na budowę. Wykonawcą inwestycji w trybie LII wyłania Jednostka Organizacyjna - Zarząd (...) (zwany dalej (...)). Może on ewentualnie powierzyć - na warunkach określonych w porozumieniu - organizację przetargu oraz nadzór nad wykonaniem danego przedsięwzięcia MPWiK, w której to Spółce Gmina posiada 100 % głosów na WZ A. W roku: - 2009 (...) przeprowadził 11 przetargów, a MPWiK S. A. 13, 2010 (...) 10, a MPWiK S. A. 25, - 2011 (...) 15, MPWiK S.A. 14.

Przyszli odbiorcy usług - członkowie Komitetów nie mają wpływu na wybór wykonawcy również w części inwestycji dotyczącej ich indywidualnych przyłączy, tj. odcinka przewodu - w zależności od zasad podłączania do sieci - od granicy nieruchomości lub od studzienki kanalizacyjnej do instalacji wewnętrznej w budynku, czyli tych części, których koszt ponoszą w 100%.

Jeden przetarg rozpisywany przez (...) lub MPWiK dotyczył budowy - kilku przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych w rozumieniu Gminy, a w rozumieniu przepisów ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu fragmentu sieci i przyłączy - na terenie kilku obszarów, gdzie prowadzone były inwestycje w trybie L II. Również były rozpisywane przetargi dotyczące budowy sieci i przyłączy. Niekiedy przetarg dotyczył dodatkowo przyłączy gazowych.

W przypadku jednego z osiedli w K. - S. (...) przyszli odbiorcy dokonywali wpłat na rzecz Komitetu począwszy od roku 1997, a do chwili obecnej sieć kanalizacyjna i przyłącza na ich terenie nie zostały wykonane. Do roku 2006 były to kwoty około 2000 zł, a w roku 2011 konieczna była dopłata jeszcze około 3000 zł.

Uzyskane przez Gminę w roku 2010: dochody z majątku Gminy wynosiły 387 919 594 zł, pozostałe dochody Gminy (obejmujące m.in. spadki, zapisy, darowizny, odsetki od środków gromadzonych na rachunkach bankowych i inne) wynosiły 2 996 890 606 zł, co daje łączną kwotę 3 384 810 200 zł. Gmina dokonała - na wezwanie Prezesa Urzędu - weryfikacji ww. dochodów pismem z dnia 22 listopada 2011 r., w świetle którego: - dochody z majątku Gminy wynosiły

248 977 347,00 zł, pozostałe dochody Gminy (obejmujące m.in. spadki, zapisy, darowizny, odsetki od środków gromadzonych na rachunkach bankowych i inne) wynosiły 286 967 778,00 zł, co daje łączną kwotę 535 945 125 zł.

W oparciu o powyższe ustalenia faktyczne Sąd Okręgowy uznał, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy powołując przepisy ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (Dz. U. z 2006r. Nr 123, poz. 858, z późn. zm.) oraz § 5 pkt 7 rozporządzenia Ministra Budownictwa z dnia 28 czerwca 2006r. w sprawie określania taryf, wzoru wniosku o zatwierdzenie taryf oraz warunków rozliczeń za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków (Dz. U. Nr 127, poz. 886), wskazał, że brak jest nałożonego na właścicieli nieruchomości obowiązku partycypacji finansowej w realizacji przedsięwzięcia polegającego na budowie urządzeń wodociągowych lub kanalizacyjnych, ani też obowiązku ponoszenia opłat za przyłączenie do sieci wodociągowej lub sieci kanalizacyjnej. Również żaden z przepisów rozporządzenia taryfowego - którego przedmiotem regulacji jest właśnie problematyka wzajemnych rozliczeń za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków i usługi z nimi związane - nie wprowadza opłat z tytułu uczestnictwa w kosztach budowy sieci wodociągowo - kanalizacyjnych, ani opłat za przyłączenia się do takich. Bowiem § 5 rozporządzenia, który zawiera zamknięty katalog opłat jakie może ustalać w drodze taryfy, a tym samym pobierać każde przedsiębiorstwo wodociągowo - kanalizacyjne - przewiduje, iż taryfy zawierają: - cenę za m³ dostarczonej wody (pkt 1), - cenę za m odprowadzonych ścieków (pkt 3), - cenę za odprowadzanie ścieków opadowych i roztopowych kanalizacją deszczową (pkt 4), - stawki opłat abonamentowych z tytułu rozliczania odbiorcy za wykonanie ww. usług (pkt 2 i pkt 5), - stawkę opłaty za przekroczenie warunków wprowadzania ścieków przemysłowych do urządzeń kanalizacyjnych (pkt 6), - stawkę opłaty za przyłączenie do urządzeń wodociągowo - kanalizacyjnych (pkt 7).

Sąd Okręgowy wskazał przy tym, że opłata wprowadzona w § 5 pkt 7 rozporządzenia taryfowego nie jest równoznaczna z opłatą za usługę przyłączenia do sieci wodociągowej lub kanalizacyjnej. Stosownie bowiem do przepisu § 5 pkt 7: „Taryfy, w zależności od ich rodzaju i struktury, dla poszczególnych taryfowych grup odbiorców zawierają stawkę opłaty za przyłączenie do urządzeń wodociągowo - kanalizacyjnych, będących w posiadaniu przedsiębiorstwa, wynikającą z kosztów przeprowadzenia prób technicznych przyłącza wybudowanego przez odbiorcę usług; do stawki opłaty dolicza się podatek, o którym mowa w § 2 pkt 9.”

W ocenie Sądu nie jest zatem dopuszczalne, zarówno pobieranie przez gminę środków finansowych z tytułu opłat za wyrażenie zgody na przyłączenie do sieci, jak realizowanie inwestycji budowlanej w oparciu o środki finansowe pochodzące od mieszkańców.

Tym samym działania Gminy polegające na uzależnianiu przyłączenia nieruchomości do kanalizacji gminnej od uiszczenia na rzecz Gminy opłaty, czy też przerzucanie na kontrahenta kosztów, których zgodnie z przepisami prawa nie jest on zobowiązany ponieść, należało oceniać jako za praktykę nadużywającą pozycji dominującej.

Odnosząc się do zarzutu odwołania, iż udział mieszkańców gminy w komitetach społecznych i partycypacji w kosztach budowy infrastruktury był dobrowolny, Sąd Okręgowy miał na względzie mieszkańcy zostali de facto postawieni przed wyborem albo partycypacja w kosztach budowy infrastruktury i w miarę szybkie podłączenie do sieci wodociągowo-kanalizacyjnej - przy zastosowaniu zasady: im większy udział w kosztach inwestycji, tym szybsza jej realizacja, albo oczekiwanie na inwestycje gminy, które mogą zostać zrealizowane dopiero po upływie wielu lat, co oznacza w praktyce brak dostępu do sieci.

Dokonując powyższej oceny Sąd Okręgowy wskazał też, że udział w realizacji inwestycji w trybie L II nie gwarantował szybkiego przyłączenia, czego przykładem jest sytuacja komitetu na osiedlu S. (...), gdzie mimo dokonania wpłat na poczet budowy sieci, inwestycja nie została rozpoczęta mimo upływu ponad 15 lat.

Gdyby budowa sieci wodnokanalizacyjnej została zrealizowana, żaden z potencjalnych użytkowników sieci nie byłby skłonny dokonać darowizny na pokrycie kosztów takiej inwestycji. Nie sposób też zatem przyjąć, że wpłaty miały

charakter dobrowolny, skoro ekwiwalentem ze strony Gminy była możliwość szybszego korzystania z sieci wodno-kanalizacyjnej.

W tych warunkach nie sposób przyjąć, iż indywidualne decyzje o przystępowaniu do Komitetów i partycypacja w budowie sieci mały charakter dobrowolny, skoro na proces decyzyjny wpływ miały powyższe czynniki.

Świadczenia mieszkańców na rzecz gminy lub przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjnego w związku z przyłączeniem należących do nich nieruchomości do sieci wodociągowo-kanalizacyjnej (zarówno pieniężne, jak i rzeczowe) były w ocenie Sądu skutkiem nadużywania pozycji dominującej.

Odnosząc się z kolei do zarzutu powoda, że inicjatywa w zakresie realizowania inwestycji pochodziła od ubiegających się o przyłączenie, Sąd Okręgowy wskazał, że przyłączenie do sieci zawsze ma charakter dobrowolny. Należało mieć natomiast na względzie, że cały proces organizacji budowy przeprowadzony był przez Gminę i warunki w jakich zawiązywanie się lokalnych komitetów odbywało się, waloru swobodnego uznania nie noszą.

Bez wpływu na sprawę pozostawał w ocenie Sądu Okręgowego również zarzut, iż w niektórych przypadkach, koszty budowy był zwracany, skoro były to koszty nienależnie przez Gminę pobierane. Budowa sieci wodociągowej i kanalizacyjnej jest zadaniem własnym gminy, a zatem ewentualny udział mieszkańców gminy w kosztach jej budowy jest w istocie subsydiowaniem (finansowaniem) gminy przez mieszkańców i jest dopuszczalny wyłącznie w przypadkach określonych przepisami. Natomiast przedstawiona przez powoda argumentacja w istocie potwierdza, że mieszkańcy Gminy Miasta K. finansowali inwestycje komunalne, a ich udział był zróżnicowany i wynosił od 20% kosztów urządzeń kanalizacyjnych do 50% kosztów urządzeń wodociągowych - niezależnie od kosztów wykonania dokumentacji projektowej i uzyskania zezwolenia budowlanego.

Także argument dotyczący dopuszczalności finansowania inwestycji komunalnych w zakresie budowy sieci wodociągowej i kanalizacyjnej przez mieszkańców gminy na podstawie przepisów ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie Sąd Okręgowy uznał za bezzasadny.

Sąd Okręgowy miał w tym zakresie na uwadze, że argument ten został podniesiony dopiero na etapie odwołania, nie był zaś podnoszony podczas postępowania antymonopolowego, a nadto, że powołana ustawa nie była wskazana jako podstawa prawna uchwały nr(...) Rady Miasta K. z dnia 24 września 1997r. w sprawie kierunków działania Prezydenta Miasta K. w zakresie organizowania, realizacji i dofinansowywania lokalnych inicjatyw inwestycyjnych.

Wskazał też, że działalność pożytku publicznego lub wolontariat w świetle przepisów powołanej ustawy oparte są na zasadzie całkowitej dobrowolności, a współpraca pomiędzy jednostką samorządu terytorialnego a lokalną inicjatywą mieszkańców nie powinna być narzucana przez tę jednostkę. Warunku tego sposób działania powoda nie spełnia, co wynika z ustaleń pozwanego, które świadczą, że mieszkańcy uczestniczący w komitetach działali w warunkach przymusu ekonomicznego. Dodatkowym argumentem podważającym zasadność zarzutu powoda była w ocenie Sądu okoliczność, że świadczenia mieszkańców - członków komitetów miały wyłącznie charakter pieniężny, ewentualnie rzeczowy, ponieważ tylko taki udział przewidywała uchwała nr (...) Rady Miasta K. dopuszczająca pokrycie udziału finansowego oraz świadczenie rzeczowe w postaci dokumentacji projektowej wykonanej przez komitety na własny koszt. Brak było zapisów o kryteriach oceny wkładu pracy społecznej w realizację inicjatywy lokalnej, które mają szczególnie znacznie przy ocenie wniosku, stosownie do treści art. 19c w/w ustawy o działalności pożytku (...).

Brak też w treści w/w uchwały zapisów, które określałyby zasady rozliczenia i zwrotu przez gminę lub przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne środków wniesionych przez mieszkańców - członków komitetów na poczet budowy sieci wodociągowej lub kanalizacyjnych. Należy bowiem pamiętać o treści art. 31 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu (...), zgodnie z którym osoby, które wybudowały z własnych środków urządzenia wodociągowe i urządzenia kanalizacyjne, mogą je przekazywać odpłatnie gminie lub przedsiębiorstwu wodociągowo-kanalizacyjnemu, na warunkach uzgodnionych w umowie, a należność za przekazane urządzenia wodociągowe i urządzenia kanalizacyjne może być rozłożona na raty lub uwzględniona w rozliczeniach za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków. Skoro zatem urządzenia sieci i urządzenia wodociągowe lub kanalizacyjne wybudowane

lub współfinansowane przez komitety stanowią następnie własność komunalnego przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjnego, to - stosownie do powołanego przepisu - gmina lub to przedsiębiorstwo powinny zwrócić członkom komitetów poniesione przez nich koszty.

W ocenie Sądu Okręgowego Gmina Miejska K. nadużyła pozycji dominującej na lokalnym rynku organizowania podłączenia do miejskiej sieci wodociągowej i kanalizacyjnej obejmującej obszar Gminy Miejskiej K., na którym prowadzone są prace związane z przyłączeniem nowych odbiorców usługi zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków, poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na tym rynku, polegające na powierzeniu wyłącznego wykonywania przyłączy przedsiębiorcy wybranemu przez jednostkę organizacyjną Gminy Miejskiej K. - Zarząd (...) w K.. Powyższej oceny zdaniem Sądu nie mogła zmieniać okoliczność, że wykonawcy wyłaniani byli w drodze przetargów nieograniczonych, przeprowadzanych w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Sąd Okręgowy uznał też, iż działanie powoda miało znamiona praktyki ograniczającej konkurencję i skutkowało wyeliminowaniem z rynku małych zakładów instalacyjnych, które nie posiadają wystarczającego zaplecza do przystąpienia do przetargu i wypełnienia jego warunków, a posiadają stosowne uprawnienia i możliwości do wykonywania pojedynczych zleceń w tym zakresie. Zdaniem Sądu uwzględnić też należało, że odbiorca - właściciel nieruchomości zainteresowany budową przyłącza - pozbawiony był możliwości wyboru wykonawcy, wyboru najtańszej oferty. Zamiast tego, poprzez działania powoda, był zobowiązany do powierzenia wykonania przyłącza wykonawcy wybranemu przez jednostkę organizacyjną powoda, a nadto jest zmuszony do pokrycia kosztów związanych z uzyskaniem pozwolenia budowlanego, którego uzyskanie nie jest konieczne w przypadku indywidualnego wykonywania przyłącza.

W ocenie Sądu I instancji zastosowana kara spełni zarówno funkcję represyjną jak i prewencyjną, co uzasadnia jej nałożenie i wysokość. Wskazał również, że okoliczności podniesione przez powoda w odwołaniu dotyczące charakteru praktyki i fakultatywności kary pieniężnej zostały w dostatecznym stopniu uwzględnione w uzasadnieniu decyzji przy ocenie zasadności zastosowania kary, jak i ustalaniu jej wysokości, która została ustalona w dolnych granicach ustawowego zagrożenia.

Sąd Okręgowy oddalił wnioski zgłoszone w odwołaniu uznając, iż nie są one istotne dla rozstrzygnięcia sprawy. Wskazał, że oceny okoliczności faktycznych, istotnych w sprawie dokonano w oparciu o dokumenty zgromadzone w trakcie postępowania administracyjnego. Natomiast przesłuchanie świadków na okoliczności dotyczące zasad przystępowania do Społecznych Komitetów, zasad organizowania procedury oraz korzyści, mogło by zdaniem Sądu stanowić jedynie obraz będący w świadomości poszczególnych osób, nie zaś ukazać mechanizmy, które działały w sprawie. Sąd Okręgowy wskazał też, że pozostałe wnioski, w tym dowód z opinii biegłego także nie służyłyby wykazaniu okoliczności istotnych w sprawie, albowiem zasadnicze znaczenie ma nie fakt, czy działania Gminy mogły mieć pozytywne skutki i mieszkańcy finalnie osiągnęli z tego korzyści, lecz czy działanie Gminy można uznać za prowadzenie działalności z nadużyciem pozycji dominującej.

Sąd Okręgowy przyjął tym samym, że zaszły wszystkie przesłanki do wydania zaskarżonej decyzji zarówno, co do uznania działania Gminy Miejskiej K. za praktykę ograniczającą konkurencję, nakazania zaniechania jej stosowania, jak i nałożenia kary pieniężnej w ustalonej wysokości.

Mając powyższe na względzie, Sąd Okręgowy na podstawie art. 479^{31a} § 1 k.p.c. oddalił odwołanie, o kosztach procesu orzekając na podstawie art. 98 k.p.c.

Apelację od powyższego wyroku, zaskarżając go w całości, złożył powód, który zarzucił:

1). naruszenie art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50 poz. 331 z późn. zm.) w związku z art. 2 pkt. 5 i 6 oraz art. 15 ust. 2 ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (Dz. U. z 2006 r., Nr 123, poz. 858, z późn. zm.), poprzez uznanie, iż

doszło do naruszenia interesu publicznego (co wyłącznie uzasadnia udzielenie przez Prezesa UOKiK ochrony - art. 1 ust. 1 u.o.k.ik.), podczas gdy:

a) w przypadku budowy sieci i przyłączy wodociągowych w trybie Lokalnych Inicjatyw Inwestycyjnych (LII) budowa sieci, obiektów i urządzeń wodociągowych była w 100% finansowana przez MPWiK S.A., natomiast koszt budowy przyłącza wodociągowego do wodomierza głównego z wyłączeniem studzienki wodomierzowej był dofinansowywany przez Gminę Miejską K. w 50%. W przypadku przyłącza wodociągowego, definicja zawarta w uchwale Nr (...) z dnia 24 września 1997 r. Rady Miasta K. mówiąca o przyłączy wodociągowym do wodomierza głównego dotyczy przyłącza wodociągowego w rozumieniu przepisu art. 2 pkt. 6 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków i w tym wypadku Gmina Miejska K. uczestniczyła w kosztach budowy przyłącza wodociągowego w 50%, a zatem ponosiła połowę kosztów budowy przyłącza, które w świetle art. 15 ust. 2 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków powinna zapewnić na własny koszt osoba ubiegająca się o przyłączenie nieruchomości do sieci. W przypadku zatem budowy sieci i przyłączy wodociągowych tryb realizacji inwestycji LII z definicji nie mógł naruszać interesu publicznego, skoro jedynym skutkiem zawarcia umowy o realizację inwestycji było uzyskanie dofinansowania ze strony Gminy Miejskiej K.. Przeciwnie, działanie takie było w zgodzie z interesem publicznym, gdyż skłaniało większą ilość osób do przyłączenia się do sieci wodociągowej. W przypadku budowy sieci i przyłączy wodociągowych nie został naruszony ani interes publicznoprawny, ani interes prawny jednostki czy też grupy jednostek;

b) w przypadku budowy sieci i przyłączy kanalizacyjnych w trybie LII budowa sieci, obiektów i urządzeń kanalizacyjnych była w 80% finansowana przez Gminę Miejską K., w 10% przez MPWiK S.A. i w pozostałych 10% przez mieszkańców gminy, natomiast koszt budowy przyłącza kanalizacyjnego był finansowany w 80% przez Gminę Miejską K., w przypadku, gdy na przyłączy zlokalizowana była studzienka - wraz z tą studzienką, także w wypadku, gdy była zlokalizowana w granicach nieruchomości przyłączanej do sieci. Gmina Miejska K. dofinansowywała zatem najważniejszy element przyłącza kanalizacyjnego - budowę studzienki kanalizacyjnej, w 80%. W przypadku budowy sieci i przyłączy kanalizacyjnych w trybie LII kwestia naruszenia interesu publicznego bądź interesu prawnego jednostki wymagała dokonania analizy finansowej bilansu ponoszonych kosztów i uzyskanych zysków przez mieszkańców gminy, którzy zdecydowali się na budowę sieci oraz przyłączy kanalizacyjnych w trybie LII, czego Sąd I instancji nie uczynił (zarzut ad. 7);

2) naruszenie art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50 poz. 331 z późn. zm.) w związku z art. 2 pkt. 5 i 6 oraz art. 15 ust. 2 ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (Dz. U. z 2006 r., Nr 123, poz. 858, z późn. zm.) poprzez uznanie, iż doszło do naruszenia interesu publicznego w przypadku współfinansowania przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych przez Gminę Miejską K. i dokonanie oceny naruszenia interesu publicznego wyłącznie z uwzględnieniem elementu „przerzucania na kontrahenta kosztów, których zgodnie z przepisami nie jest on zobowiązany ponosić”, podczas gdy ponoszenie kosztów, co do których brak jest ustawowego obowiązku ich ponoszenia w związku z budową sieci wodociągowej i kanalizacyjnej dotyczyło obu stron umowy cywilnoprawnej - członków społecznych komitetów budowy oraz Gminy Miejskiej K. i obowiązek ten dotyczył w większym stopniu Gminy Miejskiej K.:

a) „przerzucanie na kontrahenta kosztów, których zgodnie z przepisami nie jest on zobowiązany ponosić” nie dotyczyło w ogóle sieci wodociągowej; gdyż budowa sieci była w 100% finansowana przez MPWiK S.A.

b) w przypadku sieci kanalizacyjnej ponoszenie przez Społeczny Komitet Budowy 10% kosztów budowy sieci było nierozdzielnie związane ponoszeniem przez Gminę Miejską K. 80% kosztów budowy przyłączy kanalizacyjnych wraz z budową studzienki kanalizacyjnej, które zgodnie z przepisami prawa zapewnia na własny koszt osoba ubiegająca się o przyłączenie nieruchomości do sieci, a gmina w ramach zadań własnych zobowiązana jest do zapewnienia budowy urządzeń kanalizacyjnych, czyli tzw. sieci rozprzewadzających.

3) naruszenie art. 9 ust. 1 i art. 10 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50 poz. 331 z późn. zm.) poprzez przyjęcie, iż działania Gminy Miejskiej K. związane z organizowaniem i realizacją

inwestycji budowlanych w trybie LII prowadzone na lokalnym rynku organizowania podłączenia do miejskiej sieci wodociągowej i kanalizacyjnej obejmującym obszar Gminy Miejskiej K., na którym prowadzone są prace związane z przyłączeniem nowych odbiorców usługi zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków, stanowiły praktykę ograniczającą konkurencję polegającą na nadużyciu przez Gminę Miejską K. pozycji dominującej poprzez zobowiązanie mieszkańców do współfinansowania budowy sieci wodociągowej i kanalizacyjnej w ramach Lokalnych Inicjatyw Inwestycyjnych w sytuacji gdy nadużycie pozycji dominującej nie miało miejsca, gdyż:

a) odbiorcy dobrowolnie, w drodze umów cywilnoprawnych, nakładali na siebie obowiązek partycypowania w kosztach realizowanej w trybie LII inwestycji budowlanej i inicjatywa w zakresie realizacji inwestycji w trybie Lokalnych Inicjatyw Inwestycyjnych wychodziła od osób ubiegających się o przyłączenie do sieci, gdyż było to dla odbiorców po prostu korzystne;

b) odbiorcy kierowali się rachunkiem ekonomicznym, a nie przymusem ekonomicznym;

c) budowa sieci wodociągowej i kanalizacyjnej oraz przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych była dofinansowywana przez Gminę Miejską K., stąd też korzyści płynące z prowadzenia inwestycji w ramach procedury LII odnosili bezpośrednio właściciele nieruchomości przyłączanych do sieci;

d) brak jest w obowiązujących przepisach prawnych zakazu budowy przez osobę ubiegającą się o przyłączenie do sieci tak sieci, jak i innych urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, a nawet przeciwnie - ustawa o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie z dnia 24 kwietnia 2003 r. (tekst jednolity z dnia 27 października 2010 r. (Dz. U. Nr 234, poz., 1536) nowelą z dnia 22.01.2010 r. (Dz. U. Nr 28, poz. 146), która weszła w życie 12.03.2010 r. wprowadza prawną definicję inicjatywy lokalnej jako formę współpracy jednostek samorządu terytorialnego z ich mieszkańcami, w celu wspólnego realizowania zadania publicznego na rzecz społeczności lokalnej. Odbiorcy nie byli jednostronnie zobligowani do partycypowania w kosztach budowy sieci lub urządzeń kanalizacyjnych i wodociągowych, gdyż nie była w żaden sposób nakładana na te osoby „opłata” dotycząca obowiązku partycypowania w kosztach budowy, ale nie było przeszkód, aby odbiorcy dobrowolnie - z uwzględnieniem wszystkich okoliczności dotyczących inwestycji, a zatem także dofinansowania ze strony gminy - dobrowolnie ponosili te koszty.

e) w niektórych przypadkach, w razie wystąpienia przez osoby wchodzące w skład Społecznego Komitetu Budowy do Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji S. A. z siedzibą w K. o zwrot środków wydatkowanych na sporządzenie dokumentacji technicznej, geodezyjnej, prawnej związanej z budową sieci wodociągowej lub kanalizacyjnej, koszt ten jest zawracany członkom Społecznego Komitetu;

4) naruszenie art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50 poz. 331 z późn. zm.), poprzez przyjęcie, iż Gmina Miejska K. nadużywa pozycji dominującej na lokalnym rynku organizowania podłączenia do miejskiej sieci wodociągowej i kanalizacyjnej obejmującym obszar Gminy Miejskiej K., na którym prowadzone są prace związane z przyłączeniem nowych odbiorców usługi zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków, poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na tym rynku, polegające na powierzeniu wyłącznego wykonywania przyłączy przedsiębiorcy wybranemu przez jednostkę organizacyjną Gminy Miejskiej K. - Zarząd (...) w K., w sytuacji gdy wykonawcy ci wyłaniani byli w drodze przetargów nieograniczonych, przeprowadzanych w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; wymagania dla wykonawców stawiane przez Zamawiającego były minimalne i ukształtowane w ten sposób, by umożliwić udział w postępowaniu maksymalnie szerokiemu kręgowi wykonawców;

5) naruszenie art. 106 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50 poz. 331 z późn. zm.) poprzez uznanie nałożonej kary pieniężnej za zasadną „co do zasady”, jak i co do jej wysokości w sytuacji, gdy nie doszło do naruszenia przez Gminę Miejską K. zakazu określonego w art. 9 ustawy.

6) sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego wskutek naruszenia przepisów postępowania, które miało wpływ na wynik sprawy, czyli art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie ustaleń

faktycznych obarczonych błędem wnioskowania - Sąd I instancji uznał, iż w przypadku inwestycji dotyczącej sieci kanalizacyjnej finansowanie odbywa się w ten sposób, iż 100% kosztów budowy przyłącza w rozumieniu art. 2 ust. 6 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu pokrywa przyszły odbiorca usług, 100% kosztów budowy sieci pokrywa MPWiK z wyjątkiem sporządzenia dokumentacji technicznej, geodezyjnej, prawnej zgodnej z zakresem realizowanej inwestycji oraz Gmina wspólnie z Komitetem pokrywa koszt budowy części sieci od rury głównej do studzienki kanalizacyjnej - 80% Gmina, 20% Komitet, podczas, gdy ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego - opisanego na str. 12 uzasadnienia wyroku wynika, że koszt budowy studzienki kanalizacyjnej, stanowiącej zasadniczą część kosztów przyłącza kanalizacyjnego w każdym wypadku pokrywała w 80% Gmina, co istotnie wpływało na rachunek ekonomiczny inwestycji; natomiast jak chodzi o inwestycje dotyczące sieci wodociągowej Sąd I instancji nie uwzględnił, iż koszt sporządzenia dokumentacji technicznej był uwzględniany w rozliczeniach umownych z odbiorcami, bądź też w razie zwrócenia się przez Społeczny Komitet Budowy do MPWiK S.A. koszt ten mógł być zwracany członkom Społecznego komitetu.

7) naruszenie przepisów postępowania, to jest art. 227 k.p.c. w zw. z art. 232 k.p.c. w zw. z art. 286 k.p.c. poprzez oddalenie przez Sąd I instancji wniosku dowodowego strony powodowej o dopuszczenie dowodu:

a) z zeznań świadków - osób tworzących Społeczne Komitety Budowy wskazanych w odwołaniu na okoliczność zasad organizowania przez Gminę Miejską K. procedury realizacji inwestycji w trybie Lokalnych Inicjatyw Inwestycyjnych oraz na okoliczność korzyści odnoszonych przez mieszkańców, którzy przystąpili do Społecznych Komitetów Budowy z realizacji inwestycji w trybie LII; na okoliczność zaawansowania inwestycji w przypadku osiedla S. (...), na okoliczność, czy mieszkańcy osiedli skarżą się na zasady prowadzenia inwestycji w trybie LII, na okoliczność, czy osoby ubiegające o przyłączenie się do sieci są dezinformowane przez Gminę Miejską K., iż jedyną możliwością budowy sieci wodociągowej i kanalizacyjnej na danym terenie jest tryb LII, a także na okoliczność, iż w zakresie roszczeń o zwrot kwot uiszczonych przez członków Społecznych Komitetów Budowy następują cywilnoprawne rozliczenia z MPWiK SA w K., jak również na okoliczność udziału inwestycji realizowanych w trybie LII w ogóle inwestycji w rozwój sieci wodociągowej i kanalizacyjnej w K. prowadzonych przez MPWiK S.A. w K.;

b) z dokumentacji księgowej MPWiK SA w zakresie rozliczeń MPWiK S.A. dotyczących zwrotu Społecznym Komitetom Budowy kosztów dokumentacji technicznej, geodezyjnej, prawnej zgodnej z zakresem realizowanej inwestycji w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych, jak również pozwolenia na budowę poniesionych przez Społeczne Komitety Budowy w latach 2009 - 2011 lub zwróconych w ww. okresie; na okoliczność, iż w zakresie roszczeń o zwrot kwot uiszczonych przez członków Społecznych Komitetów Budowy następują cywilnoprawne rozliczenia z MPWiK SA w K..

c) z dokumentacji księgowej powoda w zakresie rozliczeń poszczególnych zadań realizowanych w trybie L II w latach 2009, 2010 i 2011, na podstawie ww. dokumentacji;

d) z opinii biegłego z zakresu księgowości i finansów oraz z zakresu kosztorysowania (ewentualnie z opinii dwóch biegłych powyższych specjalności) na okoliczność bilansu faktycznych kosztów ponoszonych przez odbiorców ubiegających się o przyłączenie do sieci w przypadku budowy przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych w trybie L II oraz hipotetycznych kosztów, jakie poniósłby odbiorca w przypadku budowy przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych, o których mowa w ustawie z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków bez wykorzystania procedury oraz dofinansowania w ramach LII, z uwzględnieniem dodatkowych kosztów ponoszonych przez odbiorcę, związanych z brakiem przyłączenia do sieci wodociągowej i kanalizacyjnej do czasu budowy sieci, pomimo, że powódka zgłosiła dowody z zeznań świadków, dokumentacji księgowej oraz opinii biegłych w celu udowodnienia faktów mających istotne dla sprawy znaczenie i z których strona powodowa wywodziła skutki prawne, przede wszystkim w celu udowodnienia, iż odbiorcy decydując się na realizację inwestycji w trybie Lokalnych Inicjatyw Inwestycyjnych kierowali się przede wszystkim korzyścią ekonomiczną i zawierali umowy dobrowolnie, mając na względzie uzyskanie dofinansowania gminy na budowę przyłącza wodociągowego lub kanalizacyjnego (zwłaszcza studni kanalizacyjnej).

8) sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału

dowodowego wskutek naruszenia przepisów postępowania, które miało wpływ na wynik sprawy, czyli art. 233 § 1 k.p.c. poprzez oparcie rozstrzygnięcia na nieistniejącym materiale dowodowym poprzez uznanie, iż działanie powoda skutkowało wyeliminowaniem z rynku małych zakładów instalacyjnych, które nie posiadają wystarczającego zaplecza do przystąpienia do przetargu i wypełnienia jego warunków, a posiadają stosowne uprawnienia i możliwości do wykonywania pojedynczych zleceń w tym zakresie.

Podnosząc powyższe skarżący wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku, poprzez uchylenie decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Nr (...) z dnia 30 grudnia 2011 r. w całości, ewentualnie, o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uchylenie decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Nr (...) z dnia 30 grudnia 2011 r. w części dotyczącej pkt. II, względnie o zmianę decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Nr (...) z dnia 30 grudnia 2011 r. w części dotyczącej pkt. II, poprzez zmniejszenie wysokości kary pieniężnej do maksymalnie kwoty 0,01% przychodu oraz zmianę rozstrzygnięcia o kosztach postępowania przed sądem I instancji i zasądzenie od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kosztów postępowania za I instancję według norm przepisanych. Nadto skarżący wnosił o zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Pozwany w odpowiedzi na apelację wnosił o oddalenie apelacji w całości oraz o zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny ustalił i zważył, co następuje.

Apelacja okazała się częściowo zasadna, tj. w zakresie wysokości nałożonej na powódkę kary, w pozostałym zakresie okazała się ostatecznie bezzasadna.

Sąd Okręgowy dokonał generalnie prawidłowych ustaleń faktycznych, które Sąd Apelacyjny przyjmuje za własne z poniższą korektą. Istotnie trafnie zarzuca skarżąca, iż znajdująca się już w części uzasadnienia, dotyczącej rozważań prawnych, konstatacja, iż nie jest dopuszczalne pobieranie przez Gminę środków finansowych z tytułu opłat za wyrażenie zgody na przyłączenie do sieci, nie znajduje zastosowania do niniejszej sprawy, tego rodzaju opłaty nie dotyczyły przedmiotowego stanu faktycznego i nie mieściły się zresztą w zakresie przedmiotowym decyzji. Natomiast dalsze sformułowanie w przedmiocie realizowania inwestycji w oparciu o środki finansowe, pochodzące od mieszkańców, jest głęboko nieścisłe, albowiem w niniejszej sprawie, co wynika z wcześniejszych ustaleń Sądu, jak i Prezesa zawartych w decyzji, zarzuca się wymuszanie częściowej partycypacji mieszkańców w kosztach budowy określonych odcinków sieci wodociągowej i kanalizacyjnej. Powyższe nie zmienia jednak oceny, iż Sąd I instancji dokonał prawidłowej subsumpcji/ z wyjątkiem wysokości kary/ w płaszczyźnie wskazywanych przez skarżącą przepisów, z tym że rozważania prawne wymagają niższego uzupełnienia.

Należy zauważyć w pierwszej kolejności, iż problem w niniejszej sprawie nie sprowadzał się do sporu o fakty, lecz o definicje przyłączy: wodociągowego i kanalizacyjnego. Przyjęcie zbyt szerokich definicji tych pojęć, tak jak to uczyniła powódka, prowadzi do odmiennych wniosków prawnych, niż te które wywiódł organ regulacyjny. Sąd Apelacyjny w niniejszym składzie stoi na stanowisku, iż definicje przyjęte przez Prezesa UOKiK-u są prawidłowe na kanwie ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (Dz. U. z 2001 Nr 72 poz. 747) i korespondują w pełni z aktualnym orzecznictwem, powoływanym przez stronę pozwaną, zarówno Sądu Apelacyjnego oraz przede wszystkim - Sądu Najwyższego- w powyższym zakresie. Stosownie bowiem do treści art. 2 ust. 5 powołanej ustawy: przyłączy kanalizacyjne to - odcinek przewodu łączącego wewnętrzną instalację kanalizacyjną w nieruchomości odbiorcy usług z siecią kanalizacyjną, za pierwszą studzienką, licząc od strony budynku, a w przypadku jej braku do granicy nieruchomości gruntowej. Oznacza to, iż jeżeli na nieruchomości znajduje się studzienka kanalizacyjna to przyłączem jest odcinek przewodu pomiędzy wewnętrzną instalacją a tą studzienką, natomiast dalsza część przewodu do rury głównej stanowi już element sieci. Jeżeli na nieruchomości brak jest studzienki to przyłączem jest odcinek przewodu pomiędzy wewnętrzną instalacją a granicą nieruchomości, dalsza część tego przewodu prowadząca do sieci, stanowi element tejże sieci. Powyższa wykładnia jest zgodna ze

stanowiskiem Sądu Najwyższego zawartym w uzasadnieniu uchwały Sądu Najwyższego z dnia z dnia 13 września 2007 r., III CZP 79/07. Sąd Apelacyjny podziela w pełni zawartą tam argumentację prawną, jej powielanie w tym miejscu należy więc uznać za zbędne. Jeżeli natomiast chodzi o przyłącze wodociągowe to stosownie do treści art. 2 ust.6 cytowanej ustawy, jest to - odcinek przewodu łączącego sieć wodociągową z wewnętrzną instalacją wodociągową w nieruchomości odbiorcy usług wraz z zaworem za wodomierzem głównym. Ustawa nie precyzuje tej kwestii tak dokładnie, jak w przypadku przyłącza kanalizacyjnego. Zdaniem Sądu Apelacyjnego ta sama jednak argumentacja, która legła u podstaw konstatacji, iż najdalej drugim końcem /tj. tym bliżej sieci/ przyłącza kanalizacyjnego jest granica nieruchomości /dalszy zaś odcinek stanowi już element sieci/, stosowana odpowiednio prowadzi do wniosku, iż w rozumieniu ustawy, przyłączem wodociągowym jest - odcinek przewodu łączącego instalację wewnętrzną z siecią, ale tylko do granicy nieruchomości, poza granicą nieruchomości dalsza część przewodu stanowi element sieci. Wykładnia taka koresponduje z treścią art. 5 ust.2 ustawy, który stanowi, iż jeżeli umowa o zaopatrzenie w wodę nie stanowi inaczej, odbiorca usług odpowiada za zapewnienie niezawodnego działania posiadanych instalacji i przyłączy wodociągowych z urządzeniem pomiarowym włącznie. Uznanie za przyłącze części przewodu, wykraczającej poza granice nieruchomości, prowadziłoby do sytuacji, iż właściciel działki, będący właścicielem przyłącza, winien być wyposażony w osobny tytuł prawny do wkroczenia na cudze nieruchomości /a takiego ustawa mu nie oferuje/, o ile nie należałoby uznać, iż rozważana część przewodu stanowi własność właścicieli innych nieruchomości, przez które przebiega. Należy bowiem zauważyć, iż art. 49 k.c. przewiduje możliwość, iż odcinek taki należałby do przedsiębiorstwa, ale nie na podstawie samego połączenia jako takiego, lecz dopiero określonego zdarzenia prawnego, w szczególności umowy pomiędzy przedsiębiorstwem a właścicielem nieruchomości /por. wywody uzasadnienia cytowanej uchwały i powołane tam inne orzecznictwo, Stanisław Rudnicki, Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga pierwsza, Część ogólna, LexisNexis Sp. z o.o., Wyd.10, komentarz do art. 49 k.c./. Wykładnia taka prowadziłaby zatem do szeregu problemów, a w konsekwencji uznanie, że przyłączem jest również część przewodu poza granicą nieruchomości, mogłaby spowodować, iż za tę część w praktyce nikt by nie odpowiadał. Dlatego też Sąd Apelacyjny, jak wskazano wyżej, uznał że w świetle rozważanej ustawy: przyłączy wodociągowych oraz kanalizacyjnych nie stanowią części odpowiednich przewodów, położone poza granicami danej nieruchomości / za w przypadku istnienia studzienki kanalizacyjnej na nieruchomości przyłącza kanalizacyjnego nie stanowi nawet już ta część przewodu, pomiędzy studzienką a granicą nieruchomości/. Powódka natomiast jak wynika z prawidłowych ustaleń Prezesa, a następnie Sądu, przyjmowała, że przyłącze sięga aż do rury głównej/ miejsca włączenia do sieci głównej/, nie uznając za jego koniec punktu przecięcia z granicą nieruchomości. W konsekwencji Prezes, a następnie Sąd prawidłowo przyjęli, że Gmina zmuszała odbiorców do częściowego finansowania w istocie elementów sieci, tj. najogólniej mówiąc części przewodów od granicy nieruchomości do połączenia z siecią główną. Przy czym odnośnie sieci kanalizacyjnej proporcja ta wynosiła 80 % Gmina, 20 % Komitet/ odbiorcy/, zaś sieci wodociągowej: 50% /50%. Ponadto przyszli odbiorcy ponosili koszty dokumentacji wykonanej przed rozpoczęciem inwestycji, koszty odtworzenia nawierzchni, koszty dokumentacji powykonawczej, opłaty odbiorowe i inne, których nie powinni ponosić. Tymczasem stosownie do przepisów cytowanej ustawy /art. 15 ust. 1/ finansowanie sieci jako takiej należało w całości do Gminy/ przedsiębiorstwa/. W konsekwencji prezes UOKiK-u / a w ślad zanim Sąd I instancji/ zasadnie uznał, iż doszło do naruszenia interesu publicznego w rozumieniu art. 1ust.1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 poz. 184 j.t.). Interwencja Prezesa miała na celu ochronę interesów nieograniczonego kręgu adresatów, przyszłych odbiorców usług zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków, zamierzających podłączyć się do sieci i zmuszonych działaniami powódki do współfinansowania inwestycji, poprzez przystąpienie do inicjatywy LII, ponieważ w przeciwnym przypadku termin podłączenia byłby bardzo odległy. Odbiorcom tym generalnie przysługuje status konsumenta w rozumieniu art.22¹k.c. Natomiast druga praktyka skierowana była przeciwko nieokreślonej ilości małych zakładów instalatorskich, w związku z tym również dotyczyła interesu publicznego.

W świetle powyższych rozważań niezasadny okazał się w konsekwencji zarzut naruszenia art. 9 ust.1 i 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zaś argumentację powódki zawartą w jego uzasadnieniu należało uznać za nietrafną. Odbiorcy nie nakładali bynajmniej na siebie dobrowolnie obowiązku uczestniczenia w Komitetach LII, lecz decydowała przede wszystkim presja ekonomiczna w powiązaniu z czasową. Powódka nie tała, iż w przypadku nieprzystąpienia do komitetów społecznych będą oczekiwać na podstawowe dobra, jakimi jest dostęp do sieci

wodociągowej i kanalizacyjnej, wiele lat, natomiast w przypadku przystąpienia do procedury LII- czas oczekiwania ulegnie znacznemu skróceniu, przy czym realizacja będzie tym szybsza, im wyższe koszty / udział w kosztach/ sami poniosą. Ponadto w przypadku dobrowolności mieszkańcy nie składaliby skarg, dotyczących zmuszania ich do udziału w inwestycji, ani nie istniałaby potrzeba do wzywania do stosownych opłat. Brak jest w tej sytuacji podstaw do konstatacji, iż odbiorcy kierowali się rachunkiem ekonomicznym bądź odnosili korzyści w postaci przyłączenia do sieci, co winno nastąpić bez ponoszenia dodatkowych opłat. Chybione jest również przywoływanie celem usprawiedliwienia niewłaściwej praktyki przepisów ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz. U. z 2014 poz. 1118 j.t.), skoro uchwała Rady miasta K. nr (...)w sprawie LII została podjęta w dniu 24 września 1997 r., weszła w życie w dniu 1 stycznia 1998 r. Ponadto stosownie do przepisów tej ustawy działalność pożytku publicznego lub wolontariat oparte są na zasadzie pełnej dobrowolności, nie mogą być wynikiem zmuszania czy narzucania mieszkańcom konkretnych działań. Okoliczność, że w niektórych przypadkach koszt środków wydatkowanych na sporządzenie dokumentacji technicznej, geodezyjnej i prawnej był zwracany w razie wystąpienia przez osoby wchodzące w skład komitetu, nie zmienia faktu, że koszty te były generalnie uprzednio pobierane. W związku z powyższym nietrafny również był zarzut zawarty w pkt. 7 apelacji: naruszenia art. 227 k.p.c., 232 k.p.c. w zw. art. 286 k.p.c., poprzez oddalenie wskazanych tam wniosków dowodowych. Należy podzielić ocenę Sądu I instancji, iż w świetle wyżej wskazanych argumentów dowody te są nieprzydatne do stwierdzenia motywów jakimi kierowali się mieszkańcy przystępując do LII. Natomiast wnioski dowodowe pozwanej z dokumentu w postaci uchwały Rady Miasta K. z dnia 21 grudnia 2011r., zawarty w apelacji podlegał oddaleniu na podstawie art. 381 k.p.c. jako spóźniony.

Nietrafny był zarzut dotyczący błędu we wnioskowaniu /pkt. 6 apelacji/, skoro nie każda studzienka, w której kosztach partycypowała powódka była częścią przyłącza kanalizacyjnego, albowiem powódka, jak wskazano wyżej, przyjmowała szerszą definicję przyłącza. Natomiast odcinek przewodu od granicy nieruchomości do podłączenia do rury głównej stanowi sieć, zatem studzienka położona poza granicą nieruchomości stanowiła element sieci. Ponadto okoliczność, że strona powodowa partycypowała również w kosztach studzienki, czy ogólnie części przyłącza, którą winien sfinansować odbiorca nie zmienia ustaleń i ocen wyżej wskazanych, iż odbiorca był zmuszany do partycypowania w finansowaniu tych części sieci, do których finansowania w ogóle nie był zobowiązany.

Niezasadny okazał się również zawarty w pkt. 4 apelacji zarzut naruszenia art. 9 ust. 2 pkt. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Niewątpliwie ocena prawna Sądu I instancji w tym zakresie jest prawidłowa i Sąd Apelacyjny ją w pełni podziela. Odbiorca na którym spoczywał obowiązek sfinansowania przyłącza został pozbawiony możliwości samodzielnego wyboru wykonawcy, a zatem najtańszej ze swojego punktu widzenia oferty. Jednocześnie praktyka taka niewątpliwie dyskryminowała drobnych przedsiębiorców, którzy byliby w stanie wykonać pojedyncze przyłącze, na zlecenie jednego czy kilku odbiorców, nie posiadają zaś odpowiedniego zaplecza organizacyjnego, aby wykonać inwestycję w większym zakresie oraz w konsekwencji przystąpić do przetargu. Trudno również uznać, aby taki podmiot miał interes ekonomiczny i szansę startować i wygrać w przetargu w konkurencji z podmiotami, które podejmą się całości inwestycji, oraz aby opłacało mu się w konsekwencji wypełnić długotrwałe procedury przetargowe/ w tym wpłacić znaczne wadium/, aby otrzymać możliwość wykonania jednostkowego przyłącza, którą normalnie otrzymaliby z wolnej ręki, nie wspominając o praktycznej realności takiego rozwiązania. Chybiony jest jednocześnie zarzut, aby Sąd I instancji oparł się w tym zakresie na nieistniejącym materiale dowodowym, skoro konstatacje powyższe z jednej strony są zgodne z doświadczeniem życiowym, ponadto naruszenia przepisów ustawy można dokonać nawet w przypadku hipotetycznej możliwości ograniczenia konkurencji. Innymi słowy pozwany nie musiał wykazywać faktycznego skutku w postaci ograniczenia konkurencji, wystarczyło, iż wykazał istnienie w przedmiotowej sytuacji potencjalnego zagrożenia dla swobodnej konkurencji /por. Tadeusz Skoczny ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz, Wyd. CH Beck, Warszawa 2009 r., str. 615 i nast., i cytowane tam poglądy doktryny i orzecznictwa/.

W konsekwencji uznając, iż powód dopuścił się zarzucanych naruszeń przepisów art. 9 ust.1 i ust.2 pkt. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zasadne było wymierzenie kary, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt. 1 ustawy. Opisany poważny charakter rozważonych wyżej praktyk, ich długotrwałość, umyślność, brak właściwej reakcji

na przedłużającą się latami bezskuteczność podjętych inicjatyw, mimo wpłacenia przez mieszkańców stosownych środków /co ekstremalnie miało miejsce w przypadku S. (...), gdzie nie rozpoczęto inwestycji przez 15 lat/ uzasadnia nałożenie kary co do zasady, brak było zdaniem Sądu Apelacyjnego tym samym podstaw do odstąpienia od jej wymierzenia.

Natomiast zasadna okazała się apelacja w płaszczyźnie prawidłowego zastosowania przepisu art. 106 ust.1 pkt.1 ustawy odnośnie wysokości nałożonej kary. Zdaniem Sądu Apelacyjnego zarówno Prezes UOKiK-u jak i Sąd nie wyciągnęli właściwych wniosków odnośnie okoliczności łagodzących, które wzięte pod uwagę prowadzą do konstatacji, iż kara winna zostać obniżona. Właściwie bowiem ustalona została kwota bazowa oraz zasadnie uwzględnione określone w uzasadnieniu decyzji okoliczności obciążające, przełożone na określone procentowe zwiększenie tejże kwoty. Zdaniem Sądu Apelacyjnego podwyższenie o pierwsze 5 % z tytułu szkód mieszkańców i odpowiadającym im korzyści Gminy oraz wprowadzenia praktyk w życie jest adekwatne, zwłaszcza, iż oddzielnie jeszcze podwyższono karę za długotrwałość praktyki i swoistą „recydywę”, co oznacza, że wskazane przez Prezesa okoliczności łagodzące w postaci częściowego, a nie całkowitego przerzucania na odbiorców obowiązku ponoszenia kosztów budowy odcinka sieci oraz wyłaniania wykonawców przyłączy w drodze przetargu należy uwzględnić osobno. Niewątpliwie bowiem Gmina tylko w części obciążała odbiorców obowiązkiem finansowania elementów sieci, ponadto w przypadku połączeń wodociągowych, w sytuacji gdy przyjmowała finansowanie w ramach LII odcinka od wodomierza w proporcji 50% na 50%, to de facto współfinansowała w takim stosunku część kosztów przyłącza znajdującego się na terenie działki, które winien finansować odbiorca. Ponadto wykonawcę przyłączy wyłaniano w przetargu, a zatem w ramach konkurencji, choć ograniczonej, jak wskazano wyżej, do większych przedsiębiorców. Kolejnym argumentem za obniżeniem kary jest okoliczność, iż karę ma uiścić Gmina ze swoich środków, co przełoży się na brak funduszy na inne ważne potrzeby mieszkańców /oświatę, kulturę/, a zatem to oni w dużej mierze odczują karę, w tym również ci, którzy byli pokrzywdzeni, zarzucanymi przez Gminę działaniami ograniczającymi konkurencję. Gmina miała również wysoki deficyt budżetowy /ponad 71 000 000 zł / za rok 2011 r. Niezasadne natomiast okazały się argumenty Gminy jakoby stopień zagrożenia interesu publicznego był znikomy/ co już rozważono wyżej/, jak również, aby Gmina nie odnosiła korzyści wskutek zarzucanych praktyk. Skoro gmina nie finansowała w całości /a jedynie w części/ wyżej wskazanych, rozważonych odcinków sieci, choć miała takowy obowiązek to niewątpliwie odnosiła korzyści w zakresie zaoszczędzenia tychże konkretnych kwot. Konstatacji tej nie zmienia okoliczność, iż dobrowolnie współfinansowała części innych odcinków przewodów, co do których nie miała takiego obowiązku. Należy również zauważyć, iż jak Gmina wykazała, a czego pozwany nie kwestionował, że w 2013 r. odstąpiła ostatecznie od zarzucanych praktyk, niejako uwzględniając stanowisko Prezesa w tym zakresie i wprowadzając zupełnie inny system współfinansowania inwestycji i wyłaniania wykonawcy przyłączy. W związku z tym Sąd Apelacyjny uznał za zasadne z uwagi na powyższe okoliczności łagodzące obniżenie określonej przez Prezesa kary o 2/3 czyli do 1/3 ustalonej uprzednio wartości, czyli do kwoty 268 240 zł. Tak ukształtowana kara wystarczająco odpowiada funkcji represyjnej, a przede wszystkim prewencyjnej, co umożliwi zapobieganie takim nieprawidłowościom w przyszłości. Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny oddalił odwołanie i apelację w pozostałej części, uznając, iż powódka winna ponieść koszty postępowania pierwszoinstancyjnego w wysokości 270 zł, albowiem przegrała sprawę co do zasady, natomiast wygrała w znacznej części co do wysokości. W związku z powyższym na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. a także na podstawie art. 385 k.p.c. orzeczono jak na wstępie. Koszty postępowania apelacyjnego na podstawie art. 100 k.p.c. wzajemnie zniesiono.