



PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA UOKiK W POZNANIU

ul. Zielona 8, 61-851 Poznań
Tel. (0-61) 852-15-17, 852-77-50, Fax (0-61) 851-86-44
E-mail: poznan@uokik.gov.pl

Poznań, dnia 26 sierpnia 2011 r.

RPZ - 411/3/10/ŁD

DECYZJA Nr RPZ 16/2011

Stosownie do art. 33 ust. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2007r. nr 50, poz. 331 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu przeciwko ENEA Operator sp. z o.o. w Poznaniu

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,

na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn.: Dz.U. Nr 98 z 2000r., poz. 1071 ze zm.) w zw. z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów **umarza się postępowanie antymonopolowe** w sprawie podejrzenia naruszenia przez ENEA S.A. z siedzibą w Poznaniu art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, tj. nadużywania pozycji dominującej na regionalnym rynku świadczenia usługi oświetlenia dróg i miejsc publicznych obejmującym teren zachodniej i północno-zachodniej części Polski (tj. województwa lub ich części: wielkopolskiego, lubuskiego, zachodniopomorskiego, kujawsko-pomorskiego) polegające na narzucaniu gminom będącym odbiorcami ww. usług uciążliwych warunków przynoszących nieuzasadnione korzyści w umowach na wykonanie usług konserwacji oświetlenia dróg i miejsc publicznych na urządzeniach stanowiących własność ENEA S.A. poprzez narzucanie obowiązku ponoszenia kosztów prac niezwiązanych z budową i utrzymaniem punktów świetlnych.

Uzasadnienie

Burmistrz Gminy i Miasta Ujście pismem z dnia 04 lutego 2010 r. oraz Burmistrz Gminy i Miasta Krajenka pismem z dnia 15 marca 2010 r. złożyli zawiadomienia dotyczące podejrzenia nadużywania pozycji dominującej przez ENEA S.A. z siedzibą w Poznaniu (dalej ENEA S.A.) na rynku świadczenia usług konserwacji oświetlenia dróg i miejsc publicznych. W związku z tymi zawiadomieniami zostały wszczęte postępowania wyjaśniające, w których toku ustalono m.in., iż stosownie do treści art. 18 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997r. Prawo energetyczne (tekst jedn.: Dz. U. Nr 89 z 2006 r., poz. 625 z późn. zm.; dalej PrawoEner lub ustawa prawo energetyczne), do zadań własnych gminy w zakresie zaopatrzenia w energię elektryczną należy

planowanie oświetlenia miejsc publicznych i dróg znajdujących się na terenie gminy oraz finansowanie oświetlenia ulic, placów i dróg znajdujących się na terenie gminy. Natomiast zgodnie z art. 3 pkt. 22 PrawEnerg, finansowanie oświetlenia to finansowanie kosztów energii elektrycznej pobranej przez punkty świetlne oraz kosztów ich budowy i utrzymania. Przepisy określają więc, iż obowiązek ponoszenia kosztów budowy i utrzymania przez gminę został ograniczony do wydatków związanych z punktami świetlnymi. Obowiązek gminy jest niezależny od tego, kto jest właścicielem punktów świetlnych.

ENEA S.A. określając nowe warunki umów usług konserwacji oświetlenia dróg i miejsc publicznych, w ramach których wprowadzono m.in. obowiązki ponoszenia przez gminę opłat związanych z czynnościami, które nie dotyczą bezpośrednio punktów świetlnych (np. obowiązek utylizacji urządzeń sieci oświetleniowej w zakresie nieodnoszącym się do oprav i źródeł, nadzór ruchowy sieci).

Wobec powyższego, dnia 07 lipca 2010 roku zostało wszczęte postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem nadużywania przez ENEA S.A. pozycji dominującej na regionalnym rynku świadczenia usługi oświetlenia dróg i miejsc publicznych obejmującym teren zachodniej i północno-zachodniej części Polski (tj. województwa lub ich części: wielkopolskiego, lubuskiego, zachodniopomorskiego, kujawsko-pomorskiego) polegającego na narzucaniu gminom będącym odbiorcami usług uciążliwych warunków przynoszących nieuzasadnione korzyści w umowach na wykonanie usług konserwacji oświetlenia dróg i miejsc publicznych na urządzeniach stanowiących własność ENEA S.A. poprzez nakładanie obowiązku ponoszenia kosztów prac niezwiązanych z budową i utrzymaniem punktów świetlnych.

Ww. zachowanie mogło, stanowić naruszenie art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm.; dalej ustawa oik lub ustawa antymonopolowa).

Stanowisko Strony:

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego ENEA S.A. nie wskazała wprost, czy zgadza się ze sformulowanym zarzutem, czy też nie. Przedsiębiorstwo energetyczne przedstawiało jedynie ogólne wyjaśnienia odnoszące się do problematyki konserwacji instalacji oświetleniowych odwołując się do stanowiska prezentowanego w ramach ww. postępowań wyjaśniających. Ponadto, ENEA S.A. wskazała, iż w przedmiotowym zakresie wymieniała korespondencję z Posłami RP oraz Ministerstwem Skarbu Państwa.

Generalnie Przedsiębiorca podnosi, iż źródłem nieporozumień z gminami jest niespójność w przepisach prawa. ENEA S.A. zaakcentowała przy tym, iż chodzi jej o zamianę w treści art. 3 pkt. 22 PrawEnerg słów „punkty świetlne” na słowa „instalacje oświetleniowe”.

Do przedkładanych wyjaśnień ENEA S.A. załączyła rysunek, w ramach którego miał zostać przedstawiony „*uproszczony szkic typowej sytuacji własnościowej majątku sieciowego ENEA S.A. i ENEA Operator Sp. z o.o.*”. Ten rysunek jest prezentowany gminom w trakcie przedstawiania propozycji umów dotyczących konserwacji infrastruktury świetlnej.

ENEA S.A. wskazała na następujące podstawy standardu nowych umów:

”

1. *Koszty związane z konkretną usługą uczestniczą w kalkulacji ceny tej usługi;*
2. *Jeżeli usługa jest dedykowana tylko jednemu klientowi, w cenie usługi powinien być kalkulowany pełen koszt tej usługi;*
3. *W każdej sprawie, gdzie można zidentyfikować koszty realizacji konkretnej umowy (także koszty rodzaju pośrednich), powinny one być kalkulowane w cenie tej umowy, podobnie jak typowe koszty bezpośrednie,*
4. *Transparentność kalkulacji cen jest gwarantowana wskazaniem możliwie wszystkich elementów kosztów i ich uzasadnienia,*

5. *Optymalnym dla partnerstwa biznesowego sposobem wyceny usług jest ustalenie faktycznych kosztów i negocjowanie marży.*"

Przedsiębiorca wyjaśnił, iż bazując na powyższych założeniach, przyjął, że optymalnym sposobem wyceny usług oświetleniowych dla Gmin – jako ich wyłącznych odbiorców jest pełna informacja na temat kosztów związanych ze świadczonymi przez siebie usługami oraz jednoznaczne wskazanie przedmiotu usług.

ENEA S.A. zwróciła także uwagę na konieczność ustalenia w jaki sposób powinny być pokryte koszty budowy i utrzymania instalacji służących wyłącznie realizacji umowy oświetleniowej z konkretną gminą, niezbędnych do zasilania wskazanych „punktów świetlnych”. Następnie, odwołując się również do stanowiska Krajowej Izby Regionalnych Izb Obrachunkowych, przedsiębiorca wskazał, iż *„Nie ma więc sporu co do właściwości pokrywania całkowitych kosztów utrzymania instalacji ceną usługi oświetleniowej.”*

Przedsiębiorca wyjaśnił, iż przedstawione powyżej rozwiązanie, a w konsekwencji wysokość marży za usługę oświetleniową, nie znajduje uznania u jego kontrahentów, ponieważ, zdaniem ENEA S.A., *„Parametr ten bowiem może znacznie przewyższać poziomy marż przyjęte na rynku dla innych usług.”*. Dlatego ENEA S.A. przedstawia wyjaśnienia stosowanych marż w postaci kalkulacji usługi oświetleniowej.

W konsekwencji, zdaniem przedsiębiorcy, w umowie dotyczącej usługi oświetleniowej prezentowane są dwie równorzędne finansowo metody prezentacji cen :

- wskazanie wszelkich kosztów obsługi elementów instalacji,
- wskazanie kosztu obsługi statystycznego punktu świetlnego wraz z marżą.

ENEA S.A. wskazuje, iż taka jak ww. forma umowy jest preferowana przez nią w praktyce.

Jednocześnie przedsiębiorca informuje, iż w związku z powyższym, pojawiają się dwie przeszkody. Pierwsza ma zdaniem ENEA S.A. wynikać ze stanowiska Regionalnych Izb Obrachunkowych literalnie interpretujących zapis prawa energetycznego. Natomiast, druga przeszkoda ma wynikać z faktu, iż nowa kalkulacja obejmuje koszty ponoszone przez ENEA S.A., których wcześniej ten podmiot nie włączał do kalkulacji i tym samym miało to jego zdaniem stanowić źródło jego strat. ENEA S.A. wskazuje, iż w związku z tymi nowymi elementami dołączanymi do kalkulacji podwyższana jest cena za usługę oświetleniową *„I to w takich głównie sytuacjach Gminy przywołują literalne brzmienie Art. 3 pkt 22 Prawa energetycznego, sugerując nieuprawnione narzucanie im pokrywania kosztów utrzymania instalacji oświetleniowych w części nie stanowiącej wyłącznie „punktów oświetleniowych””*

Przedsiębiorca dodał, iż nowe warunki umów oświetleniowych są sukcesywnie przedstawiane kontrahentom i stanowiły przedmiot artykułu prasowego, a *„Logika projektu nie była dotąd podważana.”*

Ponadto, w piśmie z dnia 25 maja 2011 roku ENEA S.A. uzupełniła swoje stanowisko w sprawie wskazując, co następuje:

ENEA S.A. nie posiada w swojej taryfie (zatwierdzonej przez Prezesa URE dnia 12 stycznia 2010 roku) kalkulacji, które by obejmowały koszty eksploatacji infrastruktury oświetleniowej. W rozdziale trzecim taryfy wskazane jest wprost, iż *„Oplata pokrywa wyłącznie koszty energii i obsługi jej sprzedaży.”* Analogicznie taryfa ENEA Operator sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu nie zawiera żadnych elementów dotyczących kosztów konserwacji infrastruktury oświetleniowej.

W konsekwencji, ENEA S.A. preferuje tzw. podejście biznesowe do kształtowania umów związanych z konserwacją infrastruktury oświetleniowej. To podejście biznesowe oznacza, iż usługa oświetleniowa traktowana jest jak normalna działalność gospodarcza, a cena usługi powinna pokrywać uzasadnione koszty i generować godziwy zysk. Dlatego ENEA S.A. określiła szczegółowo w przedstawianych umowach, jakie elementy powinny być finansowane przez gminę. Do tych elementów należą również takie, które nie stanowią punktów świetlnych, ponieważ one również generują koszty dla ENEA S.A.

ENEA S.A. podnosi również, iż struktura kosztów nie zależy od struktury własności majątku i pośredniego wykonawstwa części składowych usługi. Korzystanie z obcego majątku rodzi koszt dzierżawy czy koszt udostępnienia – zastępujący koszt majątku własnego, opłata podwykonawcy zastępuje koszt samodzielnego działania wraz z marżą. ENEA S.A. zaznacza, że nawet jeżeli właścicielem instalacji oświetleniowych jest gmina, to powyższe stwierdzenia również znajdują zastosowanie. W tym przypadku bowiem w finansach gminy także występuje odpis amortyzacyjny i problem odtwarzania. Własny majątek gminy nie powoduje zobowiązania podatkowego, jednak i przychód z tego tytułu nie występuje. Ponadto, w biznesowym kontekście oświetleniowy majątek własny gminy rodzi identyczne strukturalnie koszty, jakie występują w przypadku usługowego korzystania przez gminy z majątku oświetleniowego przedsiębiorstw energetycznych – np. ENEA S.A.

ENEA S.A. wskazuje również, że gdyby gmina nie mogła w rzeczywistości finansować kosztów wykraczających poza same punkty świetlne, to nie mogłaby również tego czynić w odniesieniu do infrastruktury należącej do danej jednostki samorządu terytorialnego.

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił, co następuje:

ENEA S.A. jest przedsiębiorstwem energetycznym z siedzibą w Poznaniu, wpisanym do rejestru przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym pod numerem 0000012483. W związku z koniecznością realizacji obowiązku rozdzielania działalności dystrybucji energii od jej sprzedaży (obrotu), nałożonego na przedsiębiorstwa energetyczne przepisami Dyrektywy 2003/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady Europy z dnia 26 czerwca 2003 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego, ENEA S.A. dokonała rozdziału działalności dystrybucyjnej i handlowej w ten sposób, iż ENEA S.A. zajmuje się obrotem energią, a ENEA Operator sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej ENEA Operator) - dystrybucją energii elektrycznej. Rozdzielenie nastąpiło z dniem 1 lipca 2007 r.

Jednakże odbiorcom, którzy nie skorzystali z prawa wyboru sprzedawcy energii elektrycznej, a przyłączeni są do sieci ENEA S.A. świadczy usługę kompleksową, o której mowa w art. 3 pkt 30 PrawEnerg, tj. usługę świadczoną na podstawie umowy zawierającej postanowienia umowy sprzedaży i umowy o świadczenie usługi przesyłania lub dystrybucji paliw gazowych lub energii albo umowy sprzedaży, umowy o świadczenie usługi przesyłania lub dystrybucji paliw gazowych i umowy o świadczenie usługi magazynowania paliw gazowych.

Konsekwencją wyżej wskazanego wydzielenia działalności dystrybucyjnej od sprzedażowej była konieczność rozdzielania majątku sieciowego pomiędzy ENEA S.A. a ENEA Operator. W efekcie ta część majątku sieciowego, która jest właściwa dla Operatora Systemu Dystrybucyjnego (dalej OSD) została wniesiona aportem przez ENEA S.A. do spółki ENEA Operator. Podział ten nie został jednak konsekwentnie przeprowadzony, wskutek czego niektóre elementy majątku dystrybucyjnego pozostają nadal we władaniu ENEA S.A.

Dowód:

1. Pismo Przedsiębiorcy z dnia 10 sierpnia 2009 roku.
(akta postępowania antymonopolowego, k. 677 -678)

Jednym z przejawów ww. niekonsekwentnego rozdzielania majątku pomiędzy ENEA S.A. i ENEA Operator jest fakt, iż infrastruktura oświetleniowa mająca służyć oświetlaniu miejsc publicznych należy w niektórych wypadkach do jednego, a w innych do drugiego przedsiębiorcy.

Dowody:

1. Pismo Przedsiębiorcy z dnia 10 sierpnia 2009 roku.
(akta postępowania antymonopolowego, k. k. 676 -678)

2. Pismo Przedsiębiorcy z dnia 26 lipca 2010 roku.
(akta postępowania antymonopolowego, k. 7)

Aktualnie ENEA S.A. posiada własny majątek oświetleniowy na terenie 346 gmin, zgodnie z poniższą tabelą:

L.P.	Nazwa Gminy	Województwo	L.P.	Nazwa Gminy	Województwo
1.	Babimost	lubuskie	174.	Milosław	wielkopolskie
2.	Banie	zachodniopomorskie	175.	Milosławiec	zachodniopomorskie
3.	Barcin	kujawsko-pomorskie	176.	Mogilno	kujawsko-pomorskie
4.	Barlinek	zachodniopomorskie	177.	Moryń	zachodniopomorskie
5.	Białe Błota	kujawsko-pomorskie	178.	Mosina	wielkopolskie
6.	Białośliwie	wielkopolskie	179.	Mrocza	kujawsko-pomorskie
7.	Bielice	zachodniopomorskie	180.	Murowana Goślina	wielkopolskie
8.	Bierzwnik	zachodniopomorskie	181.	Myślibórz	zachodniopomorskie
9.	Bledzew	lubuskie	182.	Nakło nad Notecią	kujawsko-pomorskie
10.	Bobrowice	lubuskie	183.	Nekla	wielkopolskie
11.	Bogdaniec	lubuskie	184.	Niechanowo	wielkopolskie
12.	Bojadła	lubuskie	185.	Niechlów	dołnośląskie
13.	Bojanowo	wielkopolskie	186.	Niegosławice	lubuskie
14.	Boleszkowice	zachodniopomorskie	187.	Nowa Sól	lubuskie
15.	Borek Wielkopolski	wielkopolskie	188.	Nowa Sól	lubuskie
16.	Brodnica	wielkopolskie	189.	Nowa Wieś Wielka	kujawsko-pomorskie
17.	Brody	lubuskie	190.	Nowe	kujawsko-pomorskie
18.	Brojce	zachodniopomorskie	191.	Nowe Miasteczko	lubuskie
19.	Brusy	pomorskie	192.	Nowe Miasto nad Wartą	wielkopolskie
20.	Brzeźnica	lubuskie	193.	Nowogard	zachodniopomorskie
21.	Budzyń	wielkopolskie	194.	Nowogród Bobrzański	lubuskie
22.	Buk	wielkopolskie	195.	Nowogródek Pomorski	zachodniopomorskie
23.	Bukowiec	kujawsko-pomorskie	196.	Nowy Tomyśl	wielkopolskie
24.	Bydgoszcz	kujawsko-pomorskie	197.	Oborniki	wielkopolskie
25.	Bytnica	lubuskie	198.	Obrzycko	wielkopolskie
26.	Bytom Odrzański	lubuskie	199.	Obrzycko	wielkopolskie
27.	Cedynia	zachodniopomorskie	200.	Okonek	wielkopolskie
28.	Cekcyn	kujawsko-pomorskie	201.	Opalenica	wielkopolskie
29.	Chociwel	zachodniopomorskie	202.	Osie	kujawsko-pomorskie
30.	Chodzież	wielkopolskie	203.	Osieczna	wielkopolskie
31.	Chodzież	wielkopolskie	204.	Osielsko	kujawsko-pomorskie
32.	Chojna	zachodniopomorskie	205.	Osina	zachodniopomorskie
33.	Chojnice	pomorskie	206.	Ostroróg	wielkopolskie
34.	Chojnice	pomorskie	207.	Ośno Lubuskie	lubuskie
35.	Choszczno	zachodniopomorskie	208.	Otyń	lubuskie
36.	Chrzypsko Wielkie	wielkopolskie	209.	Pakosław	wielkopolskie
37.	Cybinka	lubuskie	210.	Pakość	kujawsko-pomorskie
38.	Czarne	pomorskie	211.	Pelczyce	zachodniopomorskie
39.	Czarnków	wielkopolskie	212.	Pępowo	wielkopolskie
40.	Czarnków	wielkopolskie	213.	Piaski	wielkopolskie
41.	Czempiń	wielkopolskie	214.	Piła	wielkopolskie
42.	Czerniejewo	wielkopolskie	215.	Ploty	zachodniopomorskie
43.	Czersk	pomorskie	216.	Pniewy	wielkopolskie
44.	Czerwieńsk	lubuskie	217.	Pobiedziska	wielkopolskie

45.	Czerwonak	wielkopolskie	218.	Pogorzela	wielkopolskie
46.	Człopa	zachodniopomorskie	219.	Polajewo	wielkopolskie
47.	Damasławek	wielkopolskie	220.	Poniec	wielkopolskie
48.	Dąbie	lubuskie	221.	Poznań	wielkopolskie
49.	Dąbrowa	kujawsko-pomorskie	222.	Pruszcz	kujawsko-pomorskie
50.	Dąbrowa Biskupia	kujawsko-pomorskie	223.	Przelewice	zachodniopomorskie
51.	Dąbrowa Chelmińska	kujawsko-pomorskie	224.	Przemęt	wielkopolskie
52.	Debrzno	pomorskie	225.	Przewóz	lubuskie
53.	Deszczno	lubuskie	226.	Przybiernów	zachodniopomorskie
54.	Dębno	zachodniopomorskie	227.	Przytoczna	lubuskie
55.	Dobiegniew	lubuskie	228.	Pszczew	lubuskie
56.	Dobra	zachodniopomorskie	229.	Puszczykowo	wielkopolskie
57.	Dobrzec	kujawsko-pomorskie	230.	Pyrzyce	zachodniopomorskie
58.	Dobrzany	zachodniopomorskie	231.	Radowo Małe	zachodniopomorskie
59.	Dolice	zachodniopomorskie	232.	Rakoniewice	wielkopolskie
60.	Dolsk	wielkopolskie	233.	Rawicz	wielkopolskie
61.	Dominowo	wielkopolskie	234.	Recz	zachodniopomorskie
62.	Dopiewo	wielkopolskie	235.	Resko	zachodniopomorskie
63.	Dragacz	kujawsko-pomorskie	236.	Rewal	zachodniopomorskie
64.	Drawno	zachodniopomorskie	237.	Rogowo	kujawsko-pomorskie
65.	Drawsko	wielkopolskie	238.	Rogoźno	wielkopolskie
66.	Drawsko Pomorskie	zachodniopomorskie	239.	Rojewo	kujawsko-pomorskie
67.	Drezdenko	lubuskie	240.	Rokietnica	wielkopolskie
68.	Drzycim	kujawsko-pomorskie	241.	Ryczywół	wielkopolskie
69.	Duszniki	wielkopolskie	242.	Rydzyzna	wielkopolskie
70.	Dziwnów	zachodniopomorskie	243.	Rymań	zachodniopomorskie
71.	Gąsawa	kujawsko-pomorskie	244.	Rzepin	lubuskie
72.	Gniewkowo	kujawsko-pomorskie	245.	Sadki	kujawsko-pomorskie
73.	Gnieszno	wielkopolskie	246.	Santok	lubuskie
74.	Gnieszno	wielkopolskie	247.	Sępólno Krajeńskie	kujawsko-pomorskie
75.	Golczewo	zachodniopomorskie	248.	Sicienko	kujawsko-pomorskie
76.	Goleniów	zachodniopomorskie	249.	Siedlec	wielkopolskie
77.	Golańcz	wielkopolskie	250.	Siedlisko	lubuskie
78.	Gorzów Wielkopolski	lubuskie	251.	Sieraków	wielkopolskie
79.	Gostycyn	kujawsko-pomorskie	252.	Skąpe	lubuskie
80.	Gostyń	wielkopolskie	253.	Skoki	wielkopolskie
81.	Gozdnica	lubuskie	254.	Skulsk	wielkopolskie
82.	Góra	dolnośląskie	255.	Skwierzyna	lubuskie
83.	Górzycza	lubuskie	256.	Sława	lubuskie
84.	Granowo	wielkopolskie	257.	Słońsk	lubuskie
85.	Grodzisk Wielkopolski	wielkopolskie	258.	Słubice	lubuskie
86.	Gryfice	zachodniopomorskie	259.	Solec Kujawski	kujawsko-pomorskie
87.	Gubin	lubuskie	260.	Sośno	kujawsko-pomorskie
88.	Gubin	lubuskie	261.	Stara Dąbrowa	zachodniopomorskie
89.	Iłowa	lubuskie	262.	Stare Kurowo	lubuskie
90.	Inowrocław	kujawsko-pomorskie	263.	Stargard Szczeciński	zachodniopomorskie
91.	Inowrocław	kujawsko-pomorskie	264.	Stargard Szczeciński	zachodniopomorskie
92.	Ińsko	zachodniopomorskie	265.	Stepnica	zachodniopomorskie
93.	Janikowo	kujawsko-pomorskie	266.	Stęszew	wielkopolskie
94.	Janowiec Wielkopolski	kujawsko-pomorskie	267.	Strzelce Krajeńskie	lubuskie
95.	Jasień	lubuskie	268.	Strzelno	kujawsko-pomorskie
96.	Jastrowie	wielkopolskie	269.	Suchań	zachodniopomorskie
97.	Jemielno	dolnośląskie	270.	Suchy Las	wielkopolskie
98.	Jeziora Wielkie	kujawsko-pomorskie	271.	Sulechów	lubuskie
99.	Jeżewo	kujawsko-pomorskie	272.	Sulęcín	lubuskie

100.	Jutrosin	wielkopolskie	273.	Swarzędz	wielkopolskie
101.	Kaczory	wielkopolskie	274.	Szamocin	wielkopolskie
102.	Kamieniec	wielkopolskie	275.	Szamotuly	wielkopolskie
103.	Kamień Krajeński	kujawsko-pomorskie	276.	Szczaniec	lubuskie
104.	Kamień Pomorski	zachodniopomorskie	277.	Szczecinek	zachodniopomorskie
105.	Kargowa	lubuskie	278.	Szlichtyngowa	lubuskie
106.	Karnice	zachodniopomorskie	279.	Szprotawa	lubuskie
107.	Każmierz	wielkopolskie	280.	Szubin	kujawsko-pomorskie
108.	Kcynia	kujawsko-pomorskie	281.	Szydłowo	wielkopolskie
109.	Kęsowo	kujawsko-pomorskie	282.	Śliwice	kujawsko-pomorskie
110.	Kiszkowo	wielkopolskie	283.	Śmigiel	wielkopolskie
111.	Kleszczewo	wielkopolskie	284.	Śrem	wielkopolskie
112.	Klecko	wielkopolskie	285.	Środa Wielkopolska	wielkopolskie
113.	Kłodawa	lubuskie	286.	Świdnica	lubuskie
114.	Kobyłanka	zachodniopomorskie	287.	Świebodzin	lubuskie
115.	Kobylin	wielkopolskie	288.	Świecie	kujawsko-pomorskie
116.	Kolsko	lubuskie	289.	Świekatowo	kujawsko-pomorskie
117.	Kolaczkowo	wielkopolskie	290.	Świerzno	zachodniopomorskie
118.	Komorniki	wielkopolskie	291.	Święciechowa	wielkopolskie
119.	Koronowo	kujawsko-pomorskie	292.	Świnoujście	zachodniopomorskie
120.	Kostrzyn	wielkopolskie	293.	Tarnowo Podgórne	wielkopolskie
121.	Kostrzyn nad Odrą	lubuskie	294.	Tarnówka	wielkopolskie
122.	Kościan	wielkopolskie	295.	Torzym	lubuskie
123.	Kościan	wielkopolskie	296.	Trzcianka	wielkopolskie
124.	Kozielice	zachodniopomorskie	297.	Trzciel	lubuskie
125.	Koźuchów	lubuskie	298.	Trzcianko-Zdrój	zachodniopomorskie
126.	Kórnik	wielkopolskie	299.	Trzebiatów	zachodniopomorskie
127.	Krajenka	wielkopolskie	300.	Trzebiechów	lubuskie
128.	Krobia	wielkopolskie	301.	Trzebiel	lubuskie
129.	Krosno Odrzańskie	lubuskie	302.	Trzemeszno	wielkopolskie
130.	Kruszwica	kujawsko-pomorskie	303.	Tuchola	kujawsko-pomorskie
131.	Krzemieniewo	wielkopolskie	304.	Tuczno	zachodniopomorskie
132.	Krzyszycy	lubuskie	305.	Tuplice	lubuskie
133.	Krzęcin	zachodniopomorskie	306.	Ujście	wielkopolskie
134.	Krzykosy	wielkopolskie	307.	Walcz	zachodniopomorskie
135.	Krzywiń	wielkopolskie	308.	Walcz	zachodniopomorskie
136.	Krzyż Wielkopolski	wielkopolskie	309.	Wapno	wielkopolskie
137.	Książ Wielkopolski	wielkopolskie	310.	Warlubie	kujawsko-pomorskie
138.	Kuślin	wielkopolskie	311.	Warnice	zachodniopomorskie
139.	Kwilcz	wielkopolskie	312.	Wągrowiec	wielkopolskie
140.	Leszno	wielkopolskie	313.	Wągrowiec	wielkopolskie
141.	Lipiany	zachodniopomorskie	314.	Wąsosz	dolnośląskie
142.	Lipinki Łużyckie	lubuskie	315.	Węgorzyno	zachodniopomorskie
143.	Lipka	wielkopolskie	316.	Widuchowa	zachodniopomorskie
144.	Lipno	wielkopolskie	317.	Wieleń	wielkopolskie
145.	Lniany	kujawsko-pomorskie	318.	Wielichowo	wielkopolskie
146.	Lubasz	wielkopolskie	319.	Więcbork	kujawsko-pomorskie
147.	Lubiewo	kujawsko-pomorskie	320.	Wiejewo	wielkopolskie
148.	Lubiszyn	lubuskie	321.	Witnica	lubuskie
149.	Lubniewice	lubuskie	322.	Włoszakowice	wielkopolskie
150.	Luboń	wielkopolskie	323.	Wolin	zachodniopomorskie
151.	Lubrza	lubuskie	324.	Wolsztyn	wielkopolskie
152.	Lubsko	lubuskie	325.	Wronki	wielkopolskie
153.	Lwówek	wielkopolskie	326.	Września	wielkopolskie
154.	Łabiszyn	kujawsko-pomorskie	327.	Wschowa	lubuskie
155.	Łagów	lubuskie	328.	Wymiarki	lubuskie
156.	Łęknica	lubuskie	329.	Wyrzysk	wielkopolskie
157.	Łobez	zachodniopomorskie	330.	Wysoka	wielkopolskie

158.	Łobżenica	wielkopolskie	331.	Zabór	lubuskie
159.	Łubowo	wielkopolskie	332.	Zakrzewo	wielkopolskie
160.	Malomice	lubuskie	333.	Zaniemyśl	wielkopolskie
161.	Margonin	wielkopolskie	334.	Zbąszynek	lubuskie
162.	Marianowo	zachodniopomorskie	335.	Zbąszyń	wielkopolskie
163.	Maszewo	lubuskie	336.	Zielona Góra	lubuskie
164.	Maszewo	zachodniopomorskie	337.	Zielona Góra	lubuskie
165.	Miasteczko Krajeńskie	wielkopolskie	338.	Złotniki Kujawskie	kujawsko-pomorskie
166.	Miedzichowo	wielkopolskie	339.	Złotów	wielkopolskie
167.	Miejska Górka	wielkopolskie	340.	Złotów	wielkopolskie
168.	Mieleszyn	wielkopolskie	341.	Zwierzyn	lubuskie
169.	Mieszkowice	zachodniopomorskie	342.	Żagań	lubuskie
170.	Mieścisko	wielkopolskie	343.	Żagań	lubuskie
171.	Międzychód	wielkopolskie	344.	Żary	lubuskie
172.	Międzyrzecz	lubuskie	345.	Żary	lubuskie
173.	Międzyzdroje	zachodniopomorskie	346.	Żnin	kujawsko-pomorskie

. Dowód:

1. Pismo Przedsiębiorcy z dnia 07 grudnia 2010 roku.
(*akta postępowania antymonopolowego, k. 274-277*)

Dnia 16 lipca 2009 roku przyjęty został uchwałą Zarządu ENEA S.A. projekt standardu umowy oświetleniowej o nazwie „Umowa na wykonanie usługi konserwacji oświetlenia dróg i miejsc publicznych na terenie Gminy (...) na urządzeniach stanowiących własność ENEA S.A.”. Zgodnie z §1 standardu, umowa oświetleniowa jest zawierana w celu zrealizowania przez zleceniodawcę (tj. gminę) zadań wskazanych w treści art. 18 ust. 1 PrawEnergy.

Pełnomocnicy ENEA S.A. przy zawieraniu umów działają w oparciu o dokument o nazwie „Instrukcja korzystania z projektu standardu kontraktu o eksploatację sieci oświetlenia ulic.”

Dowody:

1. Pismo Przedsiębiorcy z dnia 26 kwietnia 2010 roku.
(*akta postępowania antymonopolowego, k.688*)
2. Pismo Przedsiębiorcy z dnia 28 stycznia 2011 roku.
(*akta postępowania antymonopolowego, k. 586-615*)

Standard jest efektem realizacji zapisów „Strategii ENEA SA w zakresie usług oświetleniowych na lata 2008-2014”. W pracy nad ustaleniem standardu uczestniczyli przedstawiciele ENEA S.A., ENEA Operator sp. z o.o. oraz ENEOS sp. z o.o. W ten sposób został ustalony pakiet materiałów, który ma służyć przedstawicielom ENEA S.A. przy zawieraniu umów z gminami.

Wspomniany pakiet materiałów zawiera 3 wersje wzorów tekstów umów w formacie Word, załączniki do tych umów w formacie Excel, zestaw arkuszy kalkulacyjnych pozwalających obliczać i modyfikować ceny poszczególnych czynności oraz dodatkowo dokument tekstowy wyjaśniający sposób obliczania wybranych elementów części stałej opłaty.

Dowód:

1. Pismo Przedsiębiorcy z dnia 28 stycznia 2011 roku.
(akta postępowania antymonopolowego, k. 586-615)

Opracowane zostały trzy wzory standardowych umów. W ramach możliwych opcji, poza koniecznością zapłaty za obligatoryjne działania ENEA S.A., ustalono trzy możliwe rozwiązania:

- a.) część obligatoryjna + doraźne zlecenia kontrahenta,
- b.) część obligatoryjna + w całości zryczałtowane dla okresu umowy roczne działania wykonawcze,
- c.) część obligatoryjna + zryczałtowane dla okresu umowy roczne działania wykonawcze + doraźne zlecenia kontrahenta

Model c daje możliwość dowolnego podziału zamawianych prac na objęte opłatą ryczałtową oraz zlecane doraźnie. Treści projektów umów różnią się między sobą odpowiednio do wymogów konkretnego modelu kontraktu.

Zgodnie z §2 pkt 7 wzoru umowy „a”, oznaczonego stemplem TYLKO ZLECENIA DORAŻNE, przedmiot umowy jest podzielony na dwie części:

a.) część pierwsza obejmuje zakres stałych czynności nakazanych prawem i zabiegów obligatoryjnych. Ta część umowy ma charakter stały w czasie obowiązywania umowy i objęta jest wynagrodzeniem ryczałtowym. Kalkulację opłaty w tej części na podstawie koniecznych nakładów rzeczowych zawiera załącznik nr 3 (przedstawiony poniżej).

b.) część druga obejmuje wszelkie działania nie objęte częścią pierwszą, uruchamiane każdorazowo na podstawie zleceń przekazywanych przez zleceniodawcę (tj. gminę).

Zgodnie z §2 pkt 7 wzoru umowy „c”, oznaczonego stemplem RYCZAŁT CZĘŚCIOWY I ZLECENIA DORAŻNE, przedmiot umowy jest podzielony na dwie części:

a.) część pierwsza obejmuje zakres stałych czynności nakazanych prawem i zabiegów obligatoryjnych oraz na wniosek zleceniodawcy (tj. gminy) uzgodniony z ENEA S.A. pakiet prac i zabiegów eksploatacyjnych o szacowanym zakresie rocznym. Ta część umowy ma charakter stały w czasie obowiązywania umowy i jest objęta wynagrodzeniem ryczałtowym. Zestawienie zabiegów obligatoryjnych i opłat obowiązkowych zawiera załącznik 3 (przedstawiony poniżej). Zestawienie włączonych do pierwszej części przedmiotu umowy czynności objętych rozliczeniem ryczałtowym zawiera załącznik nr 4. W ramach przyjmowanego wynagrodzenia ryczałtowego gmina i ENEA S.A. mogą porozumiewać się co do zmian w ilości czynności objętych ryczałtem. Zasada ta nie dotyczy czynności nie włączonych do rozliczenia ryczałtowego.

b.) część druga obejmuje wszelkie działania nie objęte częścią pierwszą i uruchamiane każdorazowo na podstawie zleceń dodatkowych przekazywanych przez zleceniodawcę (tj. gminę).

Zgodnie z §2 pkt 7 wzoru umowy „b”, oznaczonego stemplem TYLKO RYCZAŁT, przedmiot umowy jest podzielony na dwie części:

a.) część pierwsza obejmuje zakres stałych czynności nakazanych prawem i zabiegów obligatoryjnych oraz uzgodniony przez ENEA S.A. oraz gminę pakiet prac i zabiegów eksploatacyjnych o szacowanym zakresie rocznym. Ta część umowy ma charakter stały w czasie obowiązywania umowy i jest objęta wynagrodzeniem ryczałtowym. Zestawienie zabiegów obligatoryjnych i opłat obowiązkowych zawiera załącznik 3 (przedstawiony poniżej). Zestawienie włączonych do pierwszej części przedmiotu umowy czynności objętych rozliczeniem ryczałtowym zawiera załącznik nr 4. Strony umowy przyjmują, że w ramach pierwszej części przedmiotu umowy prowadzona będzie eksploatacja sieci oświetleniowej w sposób zadowalający, niezależnie od poziomu zgodności rzeczywistych ilości prac względem ich ilości przyjętych w szacowaniu. W ramach przyjętego wynagrodzenia ryczałtowego, ENEA S.A. i gmina mogą porozumiewać się co do zmian w ilości objętej ryczałtem czynności. Zasada ta nie dotyczy czynności włączonych do rozliczenia ryczałtowego.

b.) część druga obejmuje wszelkie działania nie objęte częścią pierwszą i uruchamiane każdorazowo na podstawie zleceń dodatkowych przekazywanych przez zleceniodawcę (tj. gminę)

W treści ww. modeli standardów ujęty jest §5 pkt 1, który stanowi o sposobie ustalania wynagrodzenia.

Zgodnie z §5 pkt 1 wzoru umowy „a”, oznaczonego stemplem TYLKO ZLECENIA DORAŻNE, za wykonywanie zadań objętych umową ustala się wynagrodzenie w kwocie stanowiącej sumę wynagrodzenia ryczałtowego i wynagrodzenia za prace zlecone doraźnie określone w załącznikach 3 i 4 (przedstawione poniżej). Część ryczałtowa wynagrodzenia miesięcznego ustalona jest na podstawie opłat stałych oraz kalkulacji czynności obligatoryjnych. Do tej ceny jest doliczane wynagrodzenie za czynności zlecone doraźnie.

Zgodnie z §5 pkt 1 wzoru umowy „c”, oznaczonego stemplem RYCZAŁT CZĘŚCIOWY I ZLECENIA DORAŻNE, za wykonanie zadań objętych umową ustala się wynagrodzenie w kwocie stanowiącej sumę wynagrodzenia ryczałtowego i wynagrodzenia za prace zlecone doraźnie zgodnie z załącznikiem 4 (przedstawiony poniżej). Część ryczałtowa wynagrodzenia miesięcznego ustalona jest na podstawie opłat stałych i cen czynności obligatoryjnych oraz cen uzgodnionego szacowanego rocznego zakresu prac. Do ceny jest doliczane wynagrodzenie za dodatkowe zlecone czynności, których nie wskazano wśród wchodzących do rozliczenia ryczałtowego.

Zgodnie z §5 pkt 1 wzoru umowy „b”, oznaczonego stemplem TYLKO RYCZAŁT, wynagrodzenie jest ustalane w kwocie stanowiącej sumę wynagrodzenia ryczałtowego i wynagrodzenia za prace zlecone doraźnie określone zgodnie z załącznikiem nr 4 (przedstawiony poniżej). Część ryczałtowa wynagrodzenia ustalona jest na podstawie opłat stałych i cen czynności obligatoryjnych oraz cen uzgodnionego szacowanego rocznego zakresu prac. Do ceny jest doliczane wynagrodzenie za dodatkowe czynności, których nie wskazano wśród wchodzących do rozliczenia ryczałtowego.

Dowód:

1. Pismo Przedsiębiorcy z dnia 28 stycznia 2011 roku.
(*akta postępowania antymonopolowego, k. 586-615*)

Do każdego modelu dołączane są cztery (4), analogiczne załączniki.

Pierwszy załącznik to „Wykaz obiektów oświetleniowych należących do zleceniobiorcy”. Zleceniobiorca to ENEA S.A.

Drugi załącznik nosi nazwę „Zestawienie statystyczne sieci objętej umową”. W tym załączniku wskazywany jest obszar, który ma być przedmiotem zlecenia w ramach umowy oświetleniowej. Ponadto, wyszczególnione są poszczególne elementy infrastruktury oświetleniowej:

- ilość punktów (opraw),
- ilość słupów z oprawami,
- długość linii oświetleniowych kablowych,
- długość linii oświetleniowych napowietrznych,
- ilość obwodów oświetleniowych,
- ilość uziemień roboczych,
- ilość szafek pomiaru energii.

W odniesieniu do każdego z powyższych elementów wskazywany jest tytuł własności, tj. odpowiednio:

- ENEA S.A.
- ENEA Operator,
- Zleceniodawca (Gmina).

W załączniku numer 2 podane są również takie informacje jak:

- rok budowy sieci ENEA S.A.,
- podstawa naliczania amortyzacji,

- wartość księgową majątku ENEA S.A. na dzień

Trzeci załącznik nosi nazwę „Wycena nakładów obligacyjnych”. W jego treści wymienione zostały czynności obligacyjne, tj.:

- oględziny linii oświetleniowej,
- pomiary napięć i obciążeń,
- pomiary rezystancji uziemień,
- pomiary skuteczności ochrony przeciwpożarowej,
- ocena stanu technicznego sieci oświetleniowej,
- prowadzenie dokumentacji techniczno-prawnej,
- prowadzenie gospodarki magazynowej.

W trzecim załączniku zawarta jest również kalkulacja ceny za nakłady obligacyjne:

- amortyzacja (z zastrzeżeniem wyłączenia naliczania w przypadku majątku modernizowanego lub spłacanego przez gminę),
- koszt administracji,
- koszt udostępnienia słupów ENEA Operatora,
- podatek od nieruchomości (z zastrzeżeniem tylko do sieci oświetlenia ulic należącej do ENEA S.A. i gdy gmina podatek pobiera),
- koszt ubezpieczenia majątkowego (z zastrzeżeniem tylko do sieci oświetlenia ulic należącej do ENEA S.A.).

Ponadto podane są informacje dotyczące wyceny roboczogodziny oraz samochodu PE (bez obsługi).

Czwarty załącznik to „Karta standardowych cen jednostkowych czynności i prac związanych z eksploatacją sieci oświetlenia ulicznego.”, gdzie wskazane są zarówno czynności objęte opłatą ryczałtową jak i te, które są wykonywane poza nią.

Poszczególne czynności zostały ujęte w 5 grupach:

- Administracja,
- Obowiązkowe zabiegi okresowe,
- Przeglądy i zabiegi planowe,
- Naprawy awaryjne,
- Inne.

Czynności ujęte w grupach – „Administracja” oraz „Obowiązkowe zabiegi okresowe” są zaznaczone jako czynności objęte stałą opłatą ryczałtową.

Z tym zastrzeżeniem, że czynności – „Prowadzenie gospodarki magazynowej” oraz „Nadzór ruchowy pracy sieci” są w zależności od wyboru wersji załącznika wykonywane bez dodatkowej opłaty albo objęte opłatą ryczałtową.

Natomiast czynności objęte opłatą ryczałtową to:

a.) w grupie Administracja:

- prowadzenie dokumentacji techniczno-prawnej sieci oświetleniowej,
- przyjmowanie zgłoszeń o awariach
- utylizacja urządzeń sieci oświetleniowej (bez źródeł i opraw)

b.) w grupie Obowiązkowe zabiegi okresowe:

- oględziny sieci oświetlenia drogowego
- oględziny szafek i rozdzielnic
- doraźne oględziny działania punktów świetlnych
- pomiar skuteczności p-porażeniowej – pierwszy pomiar,
- pomiar skuteczności p-porażeniowej – drugi i każdy następny pomiar,
- pomiar rezystancji uziemienia – pierwszy pomiar,
- pomiar rezystancji uziemienia - drugi i każdy następny pomiar,

- pomiar napięć i obciążeń obwodu 1 faz.
- pomiar napięć i obciążeń obwodu 3 faz.
- ocena stanu technicznego sieci.

Dowód:

1. Pismo Przedsiębiorcy z dnia 26 kwietnia 2010 roku.
(akta postępowania antymonopolowego, k.874-895)
2. Pismo Przedsiębiorcy z dnia 28 stycznia 2011 roku.
(akta postępowania antymonopolowego, k. 586-615)

W związku z wprowadzeniem ww. nowego standardu umów oświetleniowych, nastąpiła co do zasady w stosunku do poprzednio obowiązujących umów podwyżka cen („oferowana cena, niezależnie od sposobu jej prezentacji w treści umowy, była odrzucana przez przedstawicieli Gminy jako rażąco wyższa”).

Dowód:

1. Pismo Przedsiębiorcy z dnia 26 lipca 2010 roku.
(akta postępowania antymonopolowego, k. 6)

Wyższa cena usług konserwacji jest związana m.in. z wprowadzeniem nowych elementów kalkulacji. Te nowe elementy kalkulacji to :

- prowadzenie dokumentacji techniczno-prawnej sieci oświetleniowej,
- prowadzenie gospodarki magazynowej
- nadzór ruchowy pracy sieci
- przyjmowanie zgłoszeń o awariach
- utylizacja urządzeń sieci oświetleniowej (bez źródeł i opraw)
- oględziny sieci oświetlenia drogowego
- oględziny szafek i rozdzielnic
- doraźne oględziny działania punktów świetlnych
- pomiary eksploatacyjne
- ocena stanu technicznego sieci
- koszt podatku od majątku oświetleniowego
- koszty ubezpieczenia majątku oświetleniowego
- koszty amortyzacji.

Dowód:

1. Pismo Przedsiębiorcy z dnia 26 kwietnia 2010 roku.
(akta postępowania antymonopolowego, k. 726-727)

Zgodnie z dokumentem obowiązującym przedstawicieli ENEA S.A. przy zawieraniu umów z gminami: „Wdrożenie standardu powinno następować w miarę wygaszania lub zmian umów dotyczących, chyba że rozwiązania przyjmowane przez strony są korzystniejsze dla ENEA S.A. od generowanych standardem, albo też z innego powodu propozycja nie może być zastosowana.”

Dowód:

1. Pismo Przedsiębiorcy z dnia 28 stycznia 2011 roku.
(*akta postępowania antymonopolowego, k. 587*)

Na **120** gmin, którym został przedstawiony standard, **100** z nich zawarło umowy zgodnie z nim.

Na **20** gmin, które nie zawarło umowy zgodnie ze standardem, **16** z nich zawarło umowę z kalkulacją ceny zgodnie ze standardem.

Dowód:

1. Pismo Przedsiębiorcy z dnia 28 stycznia 2011 roku.
(*akta postępowania antymonopolowego, k. 364 - 585*)

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje:

1. Określenie zarzutu

ENEA S.A. zarzucono nadużywanie pozycji dominującej na regionalnym rynku świadczenia usługi oświetlenia dróg i miejsc publicznych obejmującym teren zachodniej i północno-zachodniej części Polski (tj. województwa lub ich części: wielkopolskiego, lubuskiego, zachodniopomorskiego, kujawsko-pomorskiego) polegające na narzucaniu gminom będącym odbiorcami usług konserwacji uciążliwych warunków przynoszących nieuzasadnione korzyści w umowach na wykonanie usług konserwacji oświetlenia dróg i miejsc publicznych na urządzeniach stanowiących własność ENEA S.A. poprzez nakładanie obowiązku ponoszenia kosztów prac niezwiązanych z budową i utrzymaniem punktów świetlnych, co może naruszać art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

2. Interes publiczny

Dla uznania, iż sprawa posiada charakter antymonopolowy niezbędne jest stwierdzenie czy w okolicznościach sprawy doszło do naruszenia interesu publicznoprawnego. W świetle art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, celem regulacji w niej przyjętej jest zapewnienie rozwoju konkurencji, ochrona przedsiębiorców narażonych na stosowanie praktyk monopolistycznych. Ustawa antymonopolowa znajduje zastosowanie wówczas, gdy zostaje zagrożony bądź też naruszony interes publiczny polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku, będąc, w odniesieniu do przedsiębiorców, narzędziem chroniącym konkurencję, a w odniesieniu do konsumentów zabezpieczającym ich interesy. Działaniami, które godzą w tak pojętą konkurencję będą tylko takie działania, które naruszają sferę interesów szerszego kręgu uczestników rynku, a więc nie dotyczą sytuacji pojedynczego przedsiębiorcy, lecz zaburzeń na rynku, rozumianych jako negatywne zjawiska zaburzające jego prawidłowe działanie. Takie stanowisko prezentuje Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, m.in. w wyrokach z dnia 28.05.2001r. (sygn. akt XVII Ama 82/100) i z dnia 4.07. 2001 r. (sygn. akt XVII Ama 108/00). Znalazło ono również potwierdzenie w orzeczeniach Sądu Najwyższego, który w wyroku z dnia 28.05. 2001 r. (sygn. akt I CKN 1217/98) stwierdził, że publiczny charakter ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów powoduje, iż znajduje ona zastosowanie tylko wówczas, gdy zagrożony lub naruszony jest interes publiczny, polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego. Rynek taki może funkcjonować prawidłowo, jeżeli zapewniona jest na nim możliwość powstania i rozwoju konkurencji. Za

zagrożenie lub naruszenie konkurencji w takim rozumieniu należy uznać, zdaniem sądu, jedynie takie działanie, które dotyka sfery interesów szerszego kręgu uczestników rynku gospodarczego, a więc gdy dotyczą konkurencji rozumianej nie jako sytuacji pojedynczego przedsiębiorcy, lecz jako zjawiska charakteryzującego funkcjonowanie gospodarki. Z kolei w wyroku z 12.09.2003 r. (sygn. akt I CKN 504/2001) Sąd Najwyższy zauważył jednak, że nie jest wykluczone podjęcie postępowania antymonopolowego nawet w przypadku, gdy postępowanie przedsiębiorcy kwalifikowane jako nadużycie pozycji dominującej dotknęło jednego podmiotu.

Wymienione w art. 1 ust. 1 cele ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zostały określone jako równorzędne co sprawia, że praktyki ograniczające konkurencję obejmują nie tylko te, które godzą w konkurencję, ale również te, które – podejmowane przez przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą – nie godząc wprost w konkurencję, naruszają interesy uczestników rynku. Praktyki ograniczające konkurencję można zatem podzielić na praktyki antykonkurencyjne, wywierające bezpośredni wpływ na stan lub rozwój konkurencji oraz praktyki eksploatacyjne, których istotą jest uzyskanie korzyści kosztem innych podmiotów, w tym nieprowadzących działalności gospodarczej. W przypadku praktyk eksploatacyjnych bezpośrednim celem lub skutkiem działań przedsiębiorców jest naruszenie przede wszystkim innych niż konkurencyjne interesów uczestników rynku poprzez wykorzystanie przez przedsiębiorców istniejącej nad kontrahentami przewagi.

ENEA S.A. z racji posiadanej siły rynkowej ma możliwość eksploataowania zajmowanej na rynku pozycji z uszczerbkiem dla kontrahentów. Dla stwierdzenia naruszenia interesu publicznego wystarczające jest dowolne nadużycie siły rynkowej w relacjach ze słabszymi uczestnikami rynku. Inaczej mówiąc, już sam fakt nadużycia posiadanej na rynku pozycji dominującej narusza interes publiczny¹.

O naruszeniu interesu publicznoprawnego w przedmiotowej sprawie świadczy fakt, iż objęte zarzutami działania przedsiębiorcy wymierzone są w szeroki krąg uczestników rynku, obejmujący gminy, na terenie których są umiejscowione urządzenia stanowiących własność ENEA S.A. Negatywne skutki wynikające z zakwestionowanych postanowień umownych godzą zatem w szeroki krąg podmiotów. Należy przy tym podkreślić, iż krąg adresatów praktyki dominanta w przedmiotowej sprawie nie stanowią wyłącznie te gminy, na których obszarze już znajdują się instalacje oświetleniowe przynależne do ENEA S.A. W związku bowiem z art. 1 ustawy antymonopolowej, wskazać należy, iż działania Prezesa Urzędu posiadają nie tylko represyjny ale i prewencyjny charakter. W konsekwencji rozstrzygnięcie w przedmiotowej sprawie posiada kluczowe znaczenie również dla tych gmin, na terenie których w przyszłości ENEA S.A. będzie posiadała instalacje oświetleniową (np. w przypadku przejścia jej od gminy albo wybudowania).

Z uwagi na powyższe uznać należało, że w niniejszej sprawie naruszony został interes publicznoprawny, co uzasadnia ingerencję Prezesa Urzędu na podstawie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

3. Rynek właściwy

Zarzut nadużycia pozycji dominującej wymaga wykazania, iż podmiot, któremu taką praktykę przypisano posiada na rynku właściwym pozycję dominującą. Konieczne jest więc określenie rynku właściwego w niniejszej sprawie. Zgodnie z art. 4 pkt 9 ustawy oik, przez rynek właściwy rozumie się rynek towarów, które ze względu na przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki

¹ E. Modzelewska – Wąchał, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydawnictwo TWIGGER, Warszawa 2002, s. 15

konkurencji. Na rynek właściwy składa się rynek produktowy oraz rynek geograficzny. Oba te rynki muszą być oznaczone przez Prezesa Urzędu.

W przedmiotowej sprawie, produktowym rynkiem właściwym jest rynek świadczenia usług oświetlenia dróg i miejsc publicznych. Usługi te obejmują konserwację infrastruktury służącej oświetleniu oraz dostarczanie energii elektrycznej.

Stosownie do treści art. 18 ust. 1 pkt 2 i 3 PrawEnerg, do zadań własnych gminy w zakresie zaopatrzenia w energię elektryczną należy planowanie oświetlenia miejsc publicznych i dróg znajdujących się na terenie gminy oraz finansowanie oświetlenia ulic, placów i dróg znajdujących się na terenie gminy. Natomiast, zgodnie z art. 3 pkt. 22 PrawEnerg, finansowanie oświetlenia to finansowanie kosztów energii elektrycznej pobranej przez punkty świetlne oraz koszty ich budowy i utrzymania.

Należy zauważyć, iż przytoczone przepisy określają, iż ww. zadania obciążają wyłącznie gminę niezależnie od tego kto jest właścicielem urządzeń oświetlenia drogowego.

Należy jednocześnie zauważyć, iż kwestia własności urządzeń oświetlenia drogowego ma zasadnicze znaczenie w sytuacji, gdy chodzi o sposób świadczenia usług oświetlenia dróg i miejsc publicznych. I tak gdy właścicielem urządzeń oświetlenia drogowego jest gmina, to może ona zawrzeć z przedsiębiorstwem energetycznym umowę o dostawę energii elektrycznej i z wybranym przez siebie przedsiębiorcą umowę o konserwację urządzeń oświetlenia drogowego. Natomiast w sytuacji, gdy właścicielem urządzeń oświetlenia drogowego jest przedsiębiorstwo energetyczne – to wówczas wybór podmiotu wykonującego usługi konserwacyjne pozostaje w gestii tego przedsiębiorstwa energetycznego². Takie rozstrzygnięcie wynika, po pierwsze, z prawa własności przysługującego przedsiębiorstwu energetycznemu. Po drugie, przywołane powyżej regulacje prawa energetycznego rozstrzygające jednoznacznie o obowiązku finansowania konserwacji infrastruktury oświetleniowej przez gminę, nie zawierają podstaw dla tej jednostki samorządu terytorialnego do dokonywania swobodnego wyboru wykonawcy usług konserwacyjnych.

Przenosząc powyższe uwagi na kanwę przedmiotowej sprawy należy zauważyć, iż ENEA S.A. jest właścicielem infrastruktury oświetleniowej na terenie zachodniej i północno-zachodniej części Polski. Sytuacje, gdy tym właścicielem jest gmina lub inny podmiot są nieliczne, a przy tym dotyczą niewielkiego terenu (ulica, plac). Na tym więc obszarze gminy nie mają alternatywy i muszą realizować przypisane im zadania w zakresie finansowania oświetlenia ulic, placów i dróg na podstawie umów zawartych z ENEA S.A. W konsekwencji to z reguły ten przedsiębiorca świadczy przedmiotowe usługi. W związku z tym, należy wskazać, iż ENEA S.A. posiada pozycję dominującą na rynku usług oświetlenia.

Rynkiem w ujęciu geograficznym w przedmiotowej sprawie jest teren zachodniej i północno-zachodniej części Polski (tj. województwa lub ich części: wielkopolskiego, lubuskiego, zachodniopomorskiego, kujawsko-pomorskiego). Ustalenie obszaru geograficznego determinuje bowiem zasięg infrastruktury oświetleniowej stanowiącej własność ENEA S.A.

Reasumując, rynkiem właściwym w przedmiotowej sprawie jest rynek świadczenia usług oświetlenia dróg i miejsc publicznych na urządzeniach stanowiących własność ENEA S.A. obejmujący teren zachodniej i północno-zachodniej części Polski (tj. województwa lub ich części: wielkopolskiego, lubuskiego, zachodniopomorskiego, kujawsko-pomorskiego).

4. Nadużycie pozycji dominującej

Prezes Urzędu zarzucił Przedsiębiorcy naruszenie art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy okik. Zgodnie z tym przepisem, zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców polegające na narzucaniu przez przedsiębiorcę

² Sąd Antymonopolowy wyroku z dnia 07.12.1994 roku (XVII Amr 52/94); Decyzja Prezesa Urzędu nr RKT 46/2006 z dnia 14 lipca 2006 r., Decyzja Prezesa Urzędu nr RPZ 9/2003 z dnia 30 czerwca 2006 r.

uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści. Tym samym, należało wykazać wystąpienie poszczególnych elementów składających się na zarzucaną praktykę, a mianowicie:

- narzucania warunków umowy,
- uciążliwości narzucanych warunków,
- nieuzasadnionych korzyści dla dominanta z tytułu narzucanych uciążliwych warunków.

Jedynie bowiem w przypadku wystąpienia łącznie wszystkich ww. okoliczności można mówić o naruszeniu przez przedsiębiorcę dominującego na danym rynku właściwym art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy okik.

4.1 Narzucanie warunków umów

Pierwszą przesłanką uszczegóławiającą postać zarzucanego ENEA S.A. nadużycia pozycji dominującej jest narzucanie uciążliwych warunków umów.

Po pierwsze, „narzucanie” ze swej istoty odnosi się do etapu sprzed zawarcia danej umowy. Inaczej mówiąc, zawarcie umowy kończy stosowanie praktyki polegającej na narzucaniu. Istota praktyki zarzucanej ENEA S.A. polegała na narzucaniu zasad kalkulacji wynagrodzenia ryczałtowego w zakresie odnoszącym się do wprowadzenia skutkujących podwyżką cen nowych elementów tej kalkulacji, a które jednocześnie są związane z koniecznością ponoszenia przez kontrahentów przedsiębiorstwa energetycznego kosztów wykraczających poza zakres przewidziany w PrawEnerg.

Po drugie, „narzucanie” odnosi się do sytuacji zawierania umowy pod przymusem. Oznacza to, iż kontrahent nie zawiera w sposób dobrowolny danej umowy. W aktach przedmiotowej sprawy znajdują się dokumenty wskazujące na zgłaszanie sprzeciwu wobec podwyżki cen. Oczywiście, samo wniesienie sprzeciwu w trakcie negocjacji nawet z dominantem nie oznacza *ex lege*, iż ma miejsce „narzucenie”. Dopuszczalne jest negocjowanie przez dominanta, w tym oczywiście i w celu uzyskania korzystnych dla niego warunków umowy. Jednakowoż, dopuszczalny margines swobody negocjacyjnej dla przedsiębiorcy dominującego na rynku kończy się w momencie, gdy nie przedstawia on alternatyw dla swojego stanowiska lub przedstawiane przez niego alternatywy nie stanowią żadnej zmiany lub przedstawiona alternatywa jest równie lub w zbliżonym wymiarze niekorzystna, a jego kontrahent nie ma innego realnego wyboru w stosunku do zawarcia nawet daleko niekorzystnej dla siebie umowy³.

Odwolując się do ustaleń poczynionych w zakresie rynku właściwego w tym miejscu można jedynie przypomnieć, iż brak jest alternatywnego dostawcy usługi konserwacji infrastruktury oświetleniowej należącej do ENEA S.A.

Istotne jest również, że przy zawieraniu wskazanych umów Przedsiębiorca posługuje się opracowanymi przez siebie wzorcami umów (tj. wg wspomnianego standardu). Te gotowe wzorce były przedstawiane nie równorzędnym partnerom, a kontrahentom znajdującym się w sytuacji przymusowej. Należy przy tym podkreślić, iż Sąd Apelacyjny w wyroku z dnia 29 czerwca

³ Por. M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji.*, Warszawa 2010, Lex : „Od zarzutu działania w sposób jednostronny i narzucania przez to kontrahentowi uciążliwych warunków umownych dominującego przedsiębiorcy nie może uwolnić sam tylko fakt, że pomiędzy stronami zawieranej umowy doszło do negocjacji, a więc że miała miejsce faza negocjacji. Jeżeli bowiem negocjacje te wyglądały w ten sposób, że dominujący przedsiębiorca jednostronnie ustalił na ich początku swoje stanowisko, a następnie mimo zgłaszanych przez przyszłych kontrahentów uwag i zastrzeżeń (czy też innych propozycji) tego stanowiska w żaden sposób nie zmienił, to wówczas zaistnienie formalnej fazy negocjacyjnej nie jest w stanie ekskulować dominanta od zarzutu "narzucenia" kontrahentowi określonych warunków umownych. Dopiero jeżeli negocjacje te miały charakter rzeczywisty, a nie tylko formalny, a więc polegały na wzajemnym ucieraniu stanowisk obu stron i na konsensualnym dochodzeniu do zgodnego oświadczenia woli (względnie też przynajmniej to dominant był w tych negocjacjach stroną aktywną, zaś biernością wykazywał się jego kontrahent), można zasadnie przyjąć, iż dane warunki umowne nie zostały kontrahentowi jednostronnie narzucone (w rozumieniu omawianego przepisu).”

2007 orku (VIACa 1222/06) wskazał wyraźnie, iż „samo stworzenie sobie możliwości podjęcia niedozwolonych działań stanowi praktykę sprzeczną z zasadami ochrony konkurencji i konsumentów”. Samo więc wystąpienie z zamiarem narzucenia uciążliwych warunków umów „słabszemu” podmiotowi budzi już wątpliwości co do zgodności z ustawą antymonopolową.

Gminy, na terenie których znajduje się infrastruktura oświetleniowa pozostająca we władaniu ENEA S.A., muszą zawrzeć umowę konserwacyjną z tym przedsiębiorstwem energetycznym. ENEA S.A. znajduje się tym samym w uprzywilejowanej sytuacji kontraktowej, ponieważ nie musi zabiegać o to, żeby została z nią zawarta umowa. Dlatego, nawet samo przedstawienie gotowych warunków umów przez przedsiębiorcę zajmującego pozycję dominującą może prowadzić do zawarcia dalece niekorzystnej umowy przez ich kontrahenta, np. gdy jak w przedmiotowej sprawie gminy są zmuszane do zawierania umów, na podstawie których wbrew postanowieniom PrawEnerg muszą opłacać usługi niezwiązane z konserwacją punktów świetlnych.

W związku z powyższym wskazać należy, iż ENEA S.A. w toku postępowania antymonopolowego wyjaśniła, iż nowy standard umowy jest przez nią preferowany ale „Standard nie został wprowadzony jako rozwiązanie bezwzględnie obowiązujące (przewidziano elastyczne metody wdrażania formy)” .

ENEA S.A. rzeczywiście nie trzyma się sztywno wspomnianego standardu. Stanowi o tym, m.in. dokument, którym posługują się przedstawiciele ENEA S.A. przy zawieraniu umów z gminami.

Należy jednak wskazać, iż:

- ewentualne odstępstwa od standardu umowy oraz jego załączników nie dotyczyły co do zasady kwestii będącej przedmiotem zarzutu,
- pomimo odstępstwa w stosunku do standardu umowy, kontrahenci ENEA S.A. są na podstawie tych odmiennych umów z reguły zobowiązani do ponoszenia również takich opłat, które nie są związane wyłącznie z konserwacją punktów świetlnych.

Należy przy tym podkreślić, iż sam przedsiębiorca wskazuje, że pomimo ww. elastyczności „jednak polecono (pełnomocnikom ENEA S.A. zawierającym umowy oświetleniowe z Gminą) używać metody kalkulacji jako podstawy do ustalania cen we wszystkich nowych umowach.” Oznacza to m.in., iż ENEA S.A. prezentuje jednoznaczne stanowisko, zgodnie z którym nowe elementy kalkulacji **koniecznie muszą być zawarte w umowie.**

Dowód:

1. Pismo Przedsiębiorcy z dnia 26 lipca 2010 roku.
(akta postępowania antymonopolowego, k. 6)
2. Pismo Przedsiębiorcy z dnia 28 stycznia 2011 roku.
(akta postępowania antymonopolowego, k. 364 - 585)

Ww. okoliczności, tj. przymusowe położenie gmin zmuszonych do zawarcia umowy z ENEA S.A. i brak realnej możliwości wynegocjowania warunków umowy, w świetle których wynagrodzenie za usługę konserwacji określane byłoby wyłącznie w oparciu o koszty utrzymania punktów świetlnych świadczy o narzuceniu kwestionowanych warunków umów.

Dodatkowo, na podstawie zebranego materiału dowodowego ustalono, iż przedsiębiorca stosował strategię negocjacyjną z gminami, której celem było możliwie szybkie doprowadzenie do zawarcia umów na podstawie zaoferowanych swoich warunków umowy oświetleniowej. Przykład takiego postępowania dominanta można odnaleźć w postępowaniu z Gminą Krajenka. W tym przypadku ENEA S.A. przedstawiła projekt nowej umowy oświetleniowej (tj. obejmującej podwyżkę) już po zakończeniu obowiązywania uprzednio obowiązującej. Należy zauważyć, iż w

ten sposób dominant postawił już na wstępie w trudnej sytuacji kontrahenta, który jest zobowiązany na mocy przywoływanych postanowień PrawEnerg do dbałości o punkty świetlne, a w konsekwencji do zawarcia umowy oświetleniowej z ENEA S.A. Dodatkowo, ENEA S.A. usiłował wymusić zawarcie umowy oświetleniowej ze skutkami działania wstecz.

Obrazowo rzecz ujmując, poprzednia umowa oświetleniowa obowiązywała do końca roku 2009 (31.12.2009 r.). Dnia 11 stycznia ENEA S.A. przesyła projekt nowej umowy. W piśmie z dnia 02 marca 2010 roku, ENEA S.A. wyraźnie wskazuje, iż nowa umowa (z dnia 11 stycznia 2010 r.) ma obowiązywać od 02 stycznia 2010 roku. Inaczej mówiąc, ENEA S.A. domaga się, żeby jej kontrahent płacił wyższą stawkę za okres, w którym nie znalazł jeszcze nowych warunków umowy. Dodatkowo, ENEA S.A. przekazała nowy projekt umowy w czasie gdy gmina jest już zmuszona przepisami PrawEnerg do zawarcia nowej umowy i to pomimo faktu, iż standardem umów dla gmin dysponuje już ponad pięć (5) miesięcy (tj. od dnia 16 lipca 2009 r.).

Dowód:

1. Pismo Przedsiębiorcy z dnia 26 kwietnia 2010 roku.
(*akta postępowania antymonopolowego, k.. 688, 740-741*)

Konkludując, strategię postępowania ENEA S.A. można określić jako narzucanie warunków umowy.

4.2 Uciążliwe warunki

Drugą przesłanką uszczegóławiającą postać zarzucanego ENEA Operator nadużycia pozycji dominującej jest uciążliwość narzucanych warunków umów.

Punktem odniesienia przy ocenie uciążliwości kwestionowanego postanowienia jest perspektywa konkurencyjnego rynku. W tym kontekście uciążliwym warunkiem jest taki, który nie zostałby przedstawiony, gdyby dominant spotykał się na rynku właściwym ze skuteczną konkurencją, ponieważ jego oferta byłaby zbyt mało atrakcyjna dla potencjalnych kontrahentów. Inaczej mówiąc, za uciążliwy uznaje się każdy warunek oznaczający dla jednej ze stron ciężar większy od powszechnie przyjętych w stosunkach danego rodzaju. Definicja ta odwołuje się do kryteriów obiektywnych – typowych relacji umownych występujących na rynku. Dokonując analizy uciążliwości warunków umownych należy rozważyć, czy w hipotetycznej sytuacji istnienia konkurencji na danym rynku właściwym, a więc istnienia rzeczywistej swobody zawierania umów i kształtowania ich treści, dominant byłby w stanie określić postanowienia umowne wyneogocować⁴.

Stosownie do treści art. 18 ust. 1 pkt 2 i 3 PrawEnerg, do zadań własnych gminy w zakresie zaopatrzenia w energię elektryczną należy planowanie oświetlenia miejsc publicznych i dróg znajdujących się na terenie gminy oraz finansowanie oświetlenia ulic, placów i dróg znajdujących się na terenie gminy. Natomiast zgodnie z art. 3 pkt. 22 tej ustawy, finansowanie oświetlenia to finansowanie kosztów energii elektrycznej pobranej przez punkty świetlne oraz koszty ich budowy i utrzymania.

W świetle powyższego nie budzi żadnych wątpliwości fakt, iż na gminie spoczywa obowiązek finansowania oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych, który powinien być realizowany w drodze finansowania budowy i utrzymania punktów świetlnych. Ustawa prawo energetyczne nie zawiera definicji pojęcia punkt świetlny. Należy więc odwołać się do definicji punktu świetlnego sformułowanej przez Polski Komitet Oświetleniowy Stowarzyszenia Elektryków Polskich w stanowisku z dnia 03.01.2001r. Definicja ta bowiem uzyskała pozytywną opinię Departamentu Energetyki w Ministerstwie Gospodarki. W ocenie ww. Komitetu, opartej o opinie ekspertów, *punkt świetlny* należy rozumieć jako kompletną oprawę oświetleniową, a oprawą

⁴ Por. Wyrok SOKiK z dnia 26 stycznia 2005 roku (XVII Ama 89/03).

oświetleniową jest urządzenie służące do rozsyłania, filtrowania lub przekształcania światła wysyłanego przez źródło światła, zawierające elementy niezbędne do mocowania i ochrony źródła światła oraz do przyłączenia go do obwodu zasilającego. Definicja punktu świetlnego nie obejmuje zatem m.in. słupów oświetleniowych, czy kabli sterowniczych.

Ograniczając się więc wyłącznie do literalnego brzmienia przywołanych postanowień prawa energetycznego można by było stwierdzić, iż na gminę, która została zobowiązana do ponoszenia kosztów konserwacji infrastruktury oświetleniowej wykraczających poza same punktu świetlne, nałożone zostały uciążliwe warunki.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 lutego 2011 roku trafnie zauważył⁵, iż gdyby przyjąć ww. wykładnię literalną, że obowiązek gmin jest związany wyłącznie z samymi punktami świetlnymi, to oznacza to, że gminy nie mogą samodzielnie budować infrastruktury służącej oświetleniu ulic. Mogą bowiem finansować jedynie punkt świetlny, a nie koszt budowy słupa, na którym zostaje on umieszczony i niezbędnego okablowania oraz sterowników. Gminy nie mogą także zawierać odpłatnych umów (np. dzierżawy) z dysponentami infrastruktury, która może zostać wykorzystana do zamontowania punktów świetlnych. Czynsz dzierżawny nie jest bowiem kosztem budowy, ani kosztem utrzymania punktu świetlnego. Nie jest również możliwa modernizacja oświetlenia ulicznego. To z kolei prowadzi do wniosku, że gminy nie mogą wykonywać zadania własnego, o którym mowa w art. 18 Prawa energetycznego.

Biorąc więc pod uwagę przypisany postanowieniami prawa energetycznego cel działania gminy, czyli wykonywanie zadanie własnego polegającego na finansowaniu oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych, nie można założyć, iż ustawodawca zakazuje gminie finansowania innych elementów infrastruktury oświetleniowej, aniżeli punktu świetlne, jeżeli są one niezbędne do zapewnienie oświetlenia wspomnianych miejsc. Gmina jest więc w ramach wykonywania swoich zadań własnych zobowiązana do ponoszenia wszelkich kosztów związanych z infrastrukturą oświetleniową, jeżeli są one niezbędne dla realizacji oświetlenia w tej jednostce samorządu terytorialnego.

Należy zauważyć, iż ww. interpretacja przedstawiona przez Sąd Najwyższy znajduje również uzasadnienie w postanowieniach ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (tekst jedn.: Dz.U. Nr 19 z 2007 r., poz.115 ze zm). Otóż, zgodnie z art. 4 ust. 1 tej pas drogowy to wydzielony liniami granicznymi grunt wraz z przestrzenią nad i pod jego powierzchnią, w którym są zlokalizowane droga oraz obiekty budowlane i urządzenia techniczne związane z prowadzeniem, zabezpieczeniem i obsługą ruchu, a także urządzenia związane z potrzebami zarządzania drogą.

Natomiast, jako urządzenia związane z zabezpieczeniem i obsługą ruchu należy zakwalifikować oświetlenie uliczne (drogowe), jako ten element infrastruktury, który zapewnia bezpieczeństwo użytkowników ruch drogowego. Należy więc zwrócić uwagę na fakt, iż w treści art. 20 ust. 4 ustawy o drogach publicznych, ustawodawca nałożył na zarządcę drogi obowiązek utrzymania m.in. drogowych obiektów inżynierskich i innych urządzeń związanych z drogą. Z tej perspektywy, nie ma wątpliwości, iż obowiązek utrzymania dotyczy całej infrastruktury, która jest potrzebna do oświetlenia ulicy, a nie wyłącznie punktu świetlnego.

Należy również zauważyć stanowisko doktryny. M. Woszczyk odwołując się do celu art. 18 PrawEner, jakim jest zapewnienie oświetlenia przez gminę, a także do „względów czysto praktycznych (oprawa i wspornik stanowią w praktyce elementy jednej konstrukcji, określanej zresztą potocznie mianem lampy)”, wskazuje, że przez punkt świetlny należy rozumieć „kompletne urządzenie (instalacje oświetleniowe, zapewniające oświetlenie otoczenia jego lokalizacji”⁶. M. Woszczyk nie uznaje więc odrębności punktu świetlnego od pozostałej części infrastruktury świetlnej, co różni jego

⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2011 roku (III SK 36/10).

⁶ M. Woszczyk [w:] M. Swora, Z. Muras, *Prawo energetyczne – Komentarz.*, Warszawa 2010, s. 259.

podejście od wykładni Sądu Najwyższego. Tym niemniej, należy zauważyć, iż z punktu widzenia zakresu obowiązków gminy rezultat obu wykładni jest ten sam, czyli gmina jest obowiązana do ponoszenia kosztów utrzymania całości infrastruktury, która jest niezbędną dla realizacji oświetlenia obszaru danej jednostki samorządu terytorialnego.

Podsumowując należy przyjąć, iż obowiązek ponoszenia kosztów utrzymania infrastruktury oświetleniowej przez gminę nie stanowi uciążliwego warunku w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a jest wymogiem, który nałożył na nią ustawodawca. W konsekwencji, można przyjąć, iż nawet w przypadku istnienia konkurencyjnego rynku właściciele infrastruktury oświetleniowej na terenie gmin, każdy z tych przedsiębiorców biorąc pod uwagę ustawowo określony obowiązek jednostek samorządu terytorialnego, byłby w stanie wynegocjować konieczność ponoszenia przez gminy kosztów oświetlenia w zakresie wykraczającym poza same punkty świetlne.

4.3 Nieuzasadnione korzyści

Zakaz nadużywania pozycji dominującej posiada bezwzględny charakter. Inaczej mówiąc, na mocy obowiązującej ustawy antymonopolowej brak jest przepisów, które legalizowałyby nadużycie pozycji dominującej, tak jak to ma miejsce w przypadku porozumień ograniczających konkurencję, które mieszczą się w normie np. art. 8 ust. 1 ustawy okik. Nie można więc wskazać, iż istnieją takie postacie praktyk nadużywających pozycję dominującą, które *prima facie* spełniałyby przesłanki art. 9 ustawy okik, a które nie są uznawane za zakazane. Analiza zachowania przedsiębiorcy dominującego na rynku pod kątem przedstawianych przez niego argumentów jak i badań własnych organu antymonopolowego może natomiast prowadzić do wniosku, iż dane działanie lub zaniechanie dominanta nie stanowi nadużycia pozycji dominującej, a nie że jest dozwolonym nadużyciem pozycji dominującej⁷.

Przenosząc powyższe uwagi na kanwę przedmiotowej sprawy wskazać należy, iż ENEA S.A. tak jak każdy inny przedsiębiorca (tj. niezależnie od posiadanej siły rynkowej) może i powinna kierować się w swoich działaniach rachunkiem ekonomicznym. Oznacza to, iż jej działania są uzasadnione, nie tylko jeżeli nie powodują strat ale jeżeli jednocześnie przynoszą zysk.

Prawo konkurencji nie stanowi co do zasady przeszkody dla realizacji działań przynoszących zysk, również jeżeli dzieje się to kosztem innych uczestników rynku. Do wyjątków należy jednak sytuacja, w której podmiot dominujący wykorzystuje swoją pozycję na rynku narzucając innym uciążliwe warunki, które przynoszą mu nieuzasadnione korzyści.

W treści art. 4 PrawEnerg nałożono na przedsiębiorstwa energetyczne zajmujące się przesyłaniem lub dystrybucją energii publicznoprawny obowiązek polegający na utrzymywaniu zdolności urządzeń, instalacji i sieci do realizacji zaopatrzenia w energię w sposób ciągły i niezawodny. Wynika z tego, iż obowiązek utrzymania zdolności urządzeń, instalacji i sieci do realizacji zaopatrzenia w energię w sposób ciągły i niezawodny stanowi obowiązek własny przedsiębiorstw energetycznych zajmujących się przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej. Jak zauważa Sąd Najwyższy⁸, przywołany przepis prawa energetycznego nie rozstrzyga jednak, czy wykonanie tego obowiązku ma charakter odpłatny lub nieodpłatny oraz kto powinien ponosić koszty jego wykonania.

Z powyższego należy wnosić, iż co prawda to przedsiębiorstwo energetyczne nie może być zwolnione z działań mających zapewnić właściwą eksploatację infrastruktury energetycznej, ale jednocześnie może kosztami tych działań obciążać inne podmioty, tj. odbiorców swoich usług. Nie ma również przeszkód, żeby ta działalność stanowiła źródło zysku dla przedsiębiorstwa energetycznego, o ile tego rodzaju zysk nie stanowi wspomnianych nieuzasadnionych korzyści,

⁷ Decyzja Prezesa UOKiK nr RPZ 17/2010 z dnia 04 sierpnia 2010 r.

⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2011 roku (III SK 36/10).

które są uzyskiwane na podstawie na podstawie warunków umownych, które są narzucane kontrahentom.

Korzyści można uznać za nieuzasadnione, jeżeli na tle umowy stwarzają przedsiębiorcy sytuację korzystniejszą aniżeli taka, która odzwierciedla ekwiwalentność w danym i podobnych stosunkach umownych (E. Modzelewska – Wąchal, Ustawa o ochronie (...) op.cit. s. 119). Nieuzasadnione korzyści uzyskiwane przez dominanta odpowiadają narzucanym kontrahentowi uciążliwym warunkom umów. Korzyści można uznać za nieuzasadnione, jeżeli na tle umowy stwarzają przedsiębiorcy sytuację korzystniejszą aniżeli taka, która odzwierciedla ekwiwalentność w danym i podobnych stosunkach umownych (E. Modzelewska – Wąchal, Ustawa o ochronie (...) op.cit. s. 119).

W przedmiotowej sprawie źródłem nieuzasadnionych korzyści uzyskiwanych przez ENEA S.A. miał być narzucany gminom warunek umów obarczający je kosztami związanymi z ponoszeniem kosztów infrastruktury oświetleniowej, które nie są związane wyłącznie z utrzymaniem i budową punktów świetlnych.

Należy więc zauważyć, iż w świetle wcześniejszych ustaleń obowiązek ponoszenia kosztów związanych z infrastrukturą oświetleniową na mocy ustawy prawo energetyczne obciąża gminy. Nie ma więc podstaw, żeby uznać, iż to przedsiębiorstwo energetyczne jest zobowiązane do jego ponoszenia. Tym bardziej, iż ENEA S.A. nie posiada odpowiedniej taryfy, w ramach której mogłaby skalkulować koszty związane z utrzymaniem infrastruktury świetlnej⁹. Dlatego Sąd Najwyższy wskazuje, że „*W braku wyraźnej regulacji ustawowej nakładającej obowiązek ponoszenia takich kosztów na przedsiębiorstwo energetyczne, takie jak powódka, niedopuszczalne jest uznanie żądania pokrywania kosztów przeglądów i napraw*

sieci oświetleniowych za praktykę ograniczającą konkurencję w rozumieniu art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Wymóg ponoszenia takich kosztów może być co prawda uciążliwy dla kontrahenta i zmuszać go do rezygnacji z przeznaczenia środków finansowych na zaspokojenia innych potrzeb lokalnej społeczności, ale nie przynosi nieuzasadnionych korzyści dominującemu przedsiębiorstwu energetycznemu. Racjonalnie działający przedsiębiorca, w tym posiadający pozycję dominującą, dąży bowiem do tego, aby uzyskiwane przez nie wpływy pokrywały co najmniej koszty jego funkcjonowania, obejmujące także minimalny poziom zysku pozwalający na odtworzenie posiadanych aktywów.”¹⁰

Konkludując, ENEA S.A. jako przedsiębiorca może żądać pokrywania kosztów infrastruktury w takim zakresie w jakim jest to niezbędne do realizacji zadania zapewnienia oświetlenia gminy oraz przynosi temu przedsiębiorcy zysk.

Na marginesie należy zauważyć, iż również przedsiębiorstwo energetyczne, które posiada odpowiednią taryfę, może domagać się od gminy kosztów związanych całą infrastrukturą oraz zysku, jeżeli w taryfie tego rodzaju opłaty nie zostały uwzględnione. Jak wskazuje Sąd Najwyższy¹¹ taka sytuacja ma miejsce, gdy „*taryfy na podstawie których powódka miała dostarczać zainteresowanej energii elektryczną dla celów usługi oświetlenia nie obejmowały „kosztów eksploatacji punktów świetlnych, w szczególności konserwacji i wymiany źródeł światła” (2005 r.) bądź „kosztów eksploatacji instalacji oświetleniowych (w szczególności konserwacji, wymiany źródeł światła)” (2006 r.)*”.

Reasumując stwierdzić należy, iż w przedmiotowej sprawie nie stwierdzono, żeby warunki umów narzucanych przez ENEA S.A. były uciążliwe oraz przynosiły temu przedsiębiorstwu energetycznemu nieuzasadnione korzyści. Brak jest więc podstaw do stwierdzenia, iż miała miejsce praktyka, o której mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

⁹ Na marginesie należy zauważyć, iż w aktualnej taryfie ENEA Operator sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zatwierdzonej przez Prezesa URE dnia 17 grudnia 2010 roku, do której należy część urządzeń oświetlenia dróg, ulic i placów, jest ujęty punkt o następującym brzmieniu:

Pkt 3.1.3 – Stawki zawarte w taryfie nie zawierają kosztów eksploatacji instalacji oświetleniowych, w szczególności konserwacji, wymiany źródeł światła. Odbiorca pobierający energię elektryczną na cele oświetleniowe ponosi opłaty związane z eksploatacją instalacji oświetleniowych w wysokości na zasadach określonych w odrębnej umowie.

¹⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2011 roku (III SK 36/10).

¹¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2011 roku (III SK 36/10).

Zgodnie z art. 105 § 1 k.p.a., gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania. Bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego, o którym stanowi ww. przepis, oznacza brak któregośkolwiek z elementów materialnego stosunku prawnego, tj. elementu podmiotowego lub przedmiotowego.

Okoliczności stanowiące podstawę do umorzenia postępowania mogą pojawić się zarówno przed wszczęciem postępowania, jak i w jego trakcie. Ww. przepis znajduje zastosowanie nawet wówczas, gdy przesłanka czyniąca postępowanie bezprzedmiotowym istniała już w chwili jego wszczęcia, ale stała się organowi znana dopiero w toku postępowania administracyjnego. Umorzenie postępowania nie jest zależne ani od woli organu administracji, ani, tym bardziej, pozostawione do uznania organu – organ ten jest zobowiązany do umorzenia postępowania w przypadku stwierdzenia jego bezprzedmiotowości.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji decyzji.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479²⁸ § 2 Kodeksu postępowania cywilnego – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od daty jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Poznaniu.

Otrzymuje:

1/Robert Jenerowicz radca prawny
pełnomocnik ENEA S.A.
ul. Nowowiejskiego 11
60-967 Poznań