



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
TOMASZ CHRÓSTNY**

DOK-1.410.1.2019/PD/AG

Warszawa, 3 grudnia 2020 r.

DECYZJA NR DOK-5/2020

I. Na podstawie art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j.: Dz. U. z 2020 r., poz. 1076 ze zm.) oraz art. 3 ust. 1 i art. 5 Rozporządzenia Rady UE nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. Urz. UE L 1 z 4.1.2003 r., wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE L 148 z 11.6.2009 r.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznaje za praktykę ograniczającą konkurencję na rynku wytwarzania energii cieplnej w systemie sieciowym obejmującym obszar miasta Warszawy oraz rynku sprzedaży detalicznej energii cieplnej w systemie sieciowym obejmującym obszar miasta Warszawy zawarcie przez:

- (i) Veolia Energia Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie;
- (ii) Veolia Energia Polska S.A. z siedzibą w Warszawie;
- (iii) PGNiG Termika S.A. z siedzibą w Warszawie;
- (iv) Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. z siedzibą w Warszawie

porozumienia w rozumieniu art. 4 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a zarazem porozumienia lub praktyki uzgodnionej w rozumieniu art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. z 2009 r., nr 203, poz. 1569, wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 202 z 7.6.2016 r., s. 1–388) polegającego na:

1. uzgadnianiu cen energii cieplnej, co stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 101 ust. 1 lit. a) Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej;

2. podziale rynku energii cieplnej, co stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 101 ust. 1 lit. c) Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej;
3. uzgadnianiu warunków składanych ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia na sprzedaż i dostawę energii cieplnej, co stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 3 i 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 101 ust. 1 lit. c) Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j.: Dz. U. z 2020 r., poz. 1076 ze zm.) oraz art. 5 Rozporządzenia Rady UE nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. Urz. UE L 1 z 4.1.2003 r., wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE L 148 z 11.6.2009 r.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z tytułu naruszenia zakazów, o których mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1, 3 i 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a także art. 101 ust. 1 lit. a) i c) Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. z 2009 r., nr 203, poz. 1569, wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 202 z 7.6.2016 r., s. 1–388), w zakresie określonym w pkt. I sentencji niniejszej decyzji, nakłada na:

1. Veolia Energia Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie karę pieniężną w wysokości **92 208 077,56 zł** (słownie: dziewięćdziesiąt dwa miliony dwieście osiem tysięcy siedemdziesiąt siedem złotych pięćdziesiąt sześć groszy), płatną do budżetu państwa;
2. Veolia Energia Polska S.A. z siedzibą w Warszawie karę pieniężną w wysokości **27 546 221,35 zł** (słownie: dwadzieścia siedem milionów pięćset czterdzieści sześć tysięcy dwieście dwadzieścia jeden złotych trzydzieści pięć groszy), płatną do budżetu państwa.

III. Na podstawie art. 113b ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j.: Dz. U. z 2020 r., poz. 1076 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, odstępuje od nałożenia kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt 1 i 2 ww. ustawy, na:

1. PGNiG Termika S.A. z siedzibą w Warszawie;
2. Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. z siedzibą w Warszawie

z tytułu naruszenia zakazów, o których mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1, 3 i 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a także art. 101 ust. 1 lit. a) i c) Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. z 2009 r., nr 203, poz. 1569, wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 202 z 7.6.2016 r., s. 1–388), w zakresie określonym w pkt. I sentencji niniejszej decyzji.

- IV.** Na podstawie art. 6a i art. 12a w zw. z art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j.: Dz. U. z 2020 r., poz. 1076 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów stwierdza, że p. Jacky Lacombe (PESEL: **[informacja chroniona]**), jako osoba zarządzająca umyślnie przez swoje działanie i zaniechanie dopuścił do naruszenia przez Veolię Energia Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie zakazów, o których mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz w art. 101 ust. 1 lit. a) i c) Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, w zakresie określonym w pkt. I.1. i I.2. sentencji niniejszej decyzji.
- V.** Na podstawie art. 6a i art. 12a w zw. z art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j.: Dz. U. z 2020 r., poz. 1076 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów stwierdza, że p. Marek Dec (PESEL: **[informacja chroniona]**), jako osoba zarządzająca umyślnie przez swoje działanie i zaniechanie dopuścił do naruszenia przez PGNiG Termika S.A. z siedzibą w Warszawie zakazów, o których mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz w art. 101 ust. 1 lit. a) i c) Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, w zakresie określonym w pkt. I.1. i I.2. sentencji niniejszej decyzji.
- VI.** Na podstawie art. 106a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j.: Dz. U. z 2020 r., poz. 1076 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z tytułu odpowiedzialności, o której mowa w art. 6a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w zakresie określonym w pkt. IV sentencji niniejszej decyzji nakłada na p. Jacky’ego Lacombe’a karę pieniężną w wysokości **200 000,00 zł** (słownie: dwieście tysięcy złotych), płatną do budżetu państwa.
- VII.** Na podstawie art. 113b w zw. z art. 113j ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j.: Dz. U. z 2020 r., poz. 1076 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów odstępuje od nałożenia kary pieniężnej, o której mowa w art. 106a ust. 1 ww. ustawy na p. Marka Deca, z tytułu odpowiedzialności, o której mowa w art. 6a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w zakresie określonym w pkt. V sentencji niniejszej decyzji.
- VIII.** Na podstawie art. 77 ust. 1 oraz art. 80 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j.: Dz. U. z 2020 r., poz. 1076 ze zm.) oraz na podstawie art. 263 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j.: Dz. U. z 2020 r., poz. 256 ze zm.) w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **obciąża kosztami** postępowania antymonopolowego:
1. Veolię Energia Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie w kwocie **296,40 zł** (słownie: dwieście dziewięćdziesiąt sześć złotych czterdzieści groszy);

2. Veolię Energia Polska S.A. z siedzibą w Warszawie w kwocie **219,60 zł** (słownie: dwieście dziewiętnaście złotych sześćdziesiąt groszy);
3. PGNiG Termika S.A. z siedzibą w Warszawie w kwocie **244,80 zł** (słownie: dwieście czterdzieści cztery złote osiemdziesiąt groszy);
4. Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. z siedzibą w Warszawie w kwocie **228,10 zł** (słownie: dwieście dwadzieścia osiem złotych dziesięć groszy);
5. p. Marka Deca w kwocie **208,60 zł** (słownie: dwieście osiem złotych sześćdziesiąt groszy);
6. p. Jacky'ego Lacombe'a w kwocie **239,90 zł** (słownie: dwieście trzydzieści dziewięć złotych dziewięćdziesiąt groszy)

i zobowiązuje do uiszczenia tych kosztów na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji Konsumentów w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

UZASADNIENIE

- (1) Postępowanie antymonopolowe w sprawie, której dotyczy niniejsza decyzja, zostało wszczęte po uprzednim przeprowadzeniu przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: „Prezes Urzędu”) postępowania wyjaśniającego pod sygnaturą akt DOK1-400-3/17, mającego na celu wstępne ustalenie, czy w związku ze współpracą przedsiębiorców energetycznych w zakresie wytwarzania, dostawy i obrotu energią cieplną, mogło dojść do naruszenia przepisów z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1076 ze zm.; dalej: „u.o.k.k.”), uzasadniającego wszczęcie postępowania antymonopolowego, w tym ustalenie, czy sprawa ma charakter antymonopolowy.
- (2) Postępowanie wyjaśniające w przedmiotowej sprawie zostało wszczęte po złożeniu przez PGNiG Termika S.A. w dniu 7 czerwca 2017 r. wniosku skróconego o odstąpienie lub obniżenie kary pieniężnej na podstawie art. 113e u.o.k.k. Wniosek ten został następnie uzupełniony do formy wniosku pełnego pismami z dnia 13 lipca 2017 r., z dnia 31 lipca 2017 r. oraz z dnia 10 sierpnia 2017 r. W ramach wniosku spółka wskazała, że była stroną porozumienia podziałowego oraz porozumienia cenowego na rynku energii cieplnej.
- (3) W toku postępowania wyjaśniającego Prezes Urzędu przeprowadził przeszukanie pomieszczeń i rzeczy Veolia Energia Warszawa S.A.
- (4) W dniu 11 marca 2019 r. Prezes Urzędu wszczął niniejsze postępowanie antymonopolowe przeciwko:

- (i) Veolii Energia Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „**Veolia Warszawa**”);
- (ii) Veolii Energia Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „**Veolia Polska**”);
- (iii) PGNiG Termika S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „**PGNiG Termika**”);
- (iv) Polskiemu Górnictwu Naftowemu i Gazownictwu z siedzibą w Warszawie (dalej: „**PGNiG**”);

a także przeciwko:

- (v) p. Markowi Decowi;
- (vi) p. Jacky'emu Lacombe'owi

w związku z podejrzeniem zawarcia porozumienia w rozumieniu art. 4 pkt 5 u.o.k.k., a zarazem porozumienia lub praktyki uzgodnionej w rozumieniu art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. z 2009 r., nr 203, poz. 1569, wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 202 z 7.6.2016 r., s. 1–388; dalej: „**TFUE**”), polegającego na:

1. uzgadnianiu cen energii cieplnej, co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. oraz art. 101 ust. 1 lit. a) TFUE;
2. podziale rynku energii cieplnej, co może naruszać art. 6 ust. 1 pkt 3 u.o.k.k. oraz art. 101 ust. 1 lit. c) TFUE;
3. uzgadnianiu warunków składanych ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia na sprzedaż i dostawę energii cieplnej, co może naruszać art. 6 ust. 1 pkt 3 i 7 u.o.k.k. oraz art. 101 ust. 1 lit. c) TFUE

w sprawie:

- (A) naruszenia przez podmioty wskazane w pkt. (i)-(iv) powyżej zakazów określonych w art. 6 ust. 1 pkt 1, 3 i 7 u.o.k.k., a także art. 101 ust. 1 lit. a) i c) TFUE w zakresach wskazanych w pkt 1-3 powyżej;
- (B) dopuszczenia przez osoby, o których mowa w pkt. (v)-(vi) powyżej, do naruszenia zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 1 i 3 u.o.k.k., a także art. 101 ust. 1 lit. a) i c) TFUE w zakresie wskazanym w pkt. 1-2 powyżej

i zawiadomił o tym fakcie jego strony.

- (5) W toku postępowania antymonopolowego strony korzystały z prawa wglądu do akt postępowania antymonopolowego, w tym także od dnia 15 listopada 2019 r. miały dostęp do pism złożonych w ramach programu łagodzenia kar.

- (6) W dniu 31 lipca 2020 r. Prezes Urzędu, zgodnie z określoną w art. 9 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (t.j.: Dz.U. z 2020 r., poz. 256 ze zm.; dalej: „**k.p.a.**”) zasadą informowania stron o okolicznościach faktycznych i prawnych, które mogą mieć wpływ na ustalenie ich praw i obowiązków będących przedmiotem postępowania, skierował do stron postępowania antymonopolowego dokument zawierający szczegółowe uzasadnienie zarzutów w niniejszej sprawie (dalej: „**SUZ**”). W SUZ przedstawiony został ustalony w postępowaniu stan faktyczny oraz zaprezentowana została jego ocena prawna. Ponadto w SUZ wskazane zostały okoliczności mające wpływ na wysokość kar pieniężnych. Jednocześnie strony postępowania zostały poinformowane o możliwości przedstawienia swojego stanowiska w odpowiedzi na SUZ. Z możliwości przedstawienia stanowiska skorzystały Veolia Warszawa, Veolia Polska, p. Jacky Lacombe oraz p. Marek Dec.
- (7) Pismem z 22 września 2020 r. Prezes Urzędu zawiadomił strony o zakończeniu postępowania dowodowego w sprawie oraz o możliwości przedstawienia ostatecznego stanowiska. Strony wypowiedziały się co do zebranego materiału w sprawie.
- (8) W związku z postawieniem stronom postępowania zarzutów w oparciu o przepisy prawa unijnego, Prezes Urzędu poinformował o wszczęciu postępowania antymonopolowego Komisję Europejską. Stosownie do art. 11 ust. 4 Rozporządzenia Rady UE 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. Urz. UE L 1 z 4.1.2003 r., wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE L 148 z 11.6.2009 r., dalej: „**Rozporządzenie 1/2003**”), w dniu 28 października 2020 r. Prezes Urzędu przedstawił Komisji przewidywaną decyzję w przedmiotowej sprawie.
- (9) Część informacji, na których Prezes Urzędu opiera niniejszą decyzję podlega ochronie prawnej i nie może być podana do wiadomości publicznej. Wobec powyższego informacje tego rodzaju zostaną zastąpione nawiasami kwadratowymi wraz z oznaczeniem „**[informacja chroniona]**” i pozostaną niewidoczne w publicznie dostępnej treści decyzji.

Prezes Urzędu na podstawie zebranego materiału dowodowego ustalił, co następuje

- (10) Przedmiotem postępowania w niniejszej sprawie była ocena, w aspekcie krajowych i unijnych przepisów o ochronie konkurencji, uzgodnień między przedsiębiorcami prowadzącymi w Polsce działalność gospodarczą na w zakresie wytwarzania, dostaw i sprzedaży energii cieplnej na terenie aglomeracji warszawskiej.
- 1. Strony postępowania**
- (11) Niniejsza decyzja kierowana jest do 4 podmiotów korporacyjnych oraz 2 powiązanych z nimi w okresie naruszenia osób zarządzających.

1.1. PGNiG Termika

- (12) PGNiG Termika jest spółką akcyjną wpisaną do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie, XIV Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000025667.
- (13) Jedynym akcjonariuszem PGNiG Termika jest Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. (100% akcji).
- (14) PGNiG Termika prowadzi działalność w zakresie wytwarzania i sprzedaży ciepła, energii elektrycznej, świadczenia usług systemowych oraz obsługi przyznaných certyfikatów pochodzenia energii. PGNiG Termika jest jednym z największych w Polsce wytwórców energii elektrycznej i ciepła w wysokosprawnej kogeneracji. Dysponuje 4,3 GW mocy cieplnej oraz 1 GW mocy elektrycznej osiągniętych w źródłach wytwórczych i zaspokaja większość potrzeb cieplnych rynku warszawskiego i niemal całe zapotrzebowanie na ciepło dostarczane przez miejską sieć ciepłowniczą. Ponadto na terenie Pruszkowa, Komorowa i Piastowa PGNiG Termika jest również wytwórcą i dostawcą ciepła oraz jednocześnie właścicielem źródła i sieci cieplnej.

1.2. Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo

- (15) PGNiG jest spółką akcyjną wpisaną do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie, XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000059492.
- (16) PGNiG jest spółką z większościowym udziałem Skarbu Państwa (71,88% akcji), od dnia 23 września 2005 r. notowaną na Gieldzie Papierów Wartościowych w Warszawie. PGNiG jest podmiotem dominującym w Grupie Kapitałowej PGNiG, w skład której wchodzi spółki o profilu produkcyjnym i usługowym, bezpośrednio lub pośrednio zależne od PGNiG. PGNiG jest jedynym akcjonariuszem PGNiG Termika (100% akcji).
- (17) Zgodnie z danymi ujawnionymi w Krajowym Rejestrze Sądowym przedmiot działalności spółki obejmuje m.in.: wydobywanie gazu ziemnego, wytwarzanie i dystrybucję paliw gazowych w systemie sieciowym, sprzedaż detaliczną i hurtową paliw stałych, ciekłych gazowych oraz produktów pochodnych.

1.3. Veolia Warszawa

- (18) Veolia Warszawa (do dnia 28 stycznia 2015 r. pod firmą Dalkia Warszawa S.A.) jest spółką akcyjną wpisaną do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego

przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000146143.

- (19) Od października 2011 r. Veolia Warszawa jest częścią międzynarodowej grupy Veolia. Większościowym akcjonariuszem Veolia Warszawa jest Veolia Energia Polska S.A. (97% akcji).
- (20) Veolia Warszawa prowadzi działalność w zakresie dostaw (przesyłania, dystrybucji) i sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych zlokalizowanych w Warszawie. Veolia Warszawa zarządza największą w Unii Europejskiej siecią ciepłowniczą o długości ok. 1800 km, która dostarcza ciepło systemowe i ciepłą wodę do 80% budynków w Warszawie.

1.4. Veolia Polska

- (21) Veolia Polska (do dnia 20 stycznia 2015 r. pod firmą Dalkia Polska S.A.) jest spółką akcyjną wpisaną do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie, XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000006129.
- (22) Veolia Polska jest spółką dominującą w Grupie Veolia w Polsce, która działa w 75 miastach poprzez 6 głównych spółek operacyjnych: Veolia Energia Warszawa (w której posiada 97% akcji), Veolia Energia Łódź, Veolia Energia Poznań, Veolia Term, Veolia Industry Polska oraz Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Tarnowskich Górach oraz ich spółki zależne.
- (23) W ramach swojej działalności Veolia Polska zajmuje się produkcją i dystrybucją ciepła systemowego, zarządzaniem gospodarką wodno-ściekową (produkcja, uzdatnianie i dystrybucja), odbiorem i oczyszczaniem ścieków, zarządzaniem odpadami oraz termicznym przekształcaniem odpadów.

1.5. Pan Marek Dec

- (24) Pan Marek Dec pełnił funkcję Prezesa Zarządu PGNiG Termika w okresie od 25 września 2014 r. do 26 stycznia 2016 r.

Dowód: [informacja chroniona], k. 3308 ([informacja chroniona]).

1.6. Pan Jacky Lacombe

- (25) Pan Jacky Lacombe pełnił funkcję Prezesa Zarządu Veolia Warszawa w okresie od 26 czerwca 2014 r. do 31 grudnia 2018 r. Poza powyższą funkcją p. Jacky Lacombe pełnił również m.in. funkcje:

- (i) członka zarządu Veolia Warszawa (w okresie od 4 czerwca 2014 r. do 26 czerwca 2014 r.);
- (ii) członka zarządu Veolia Polska (w okresie od 1 września 2013 r. do 26 czerwca 2014 r.).

Dowód: [informacja chroniona], k. 4057-4058 ([informacja chroniona]).

2. Opis produktu

2.1. Energia cieplna

- (26) Energia cieplna jest wytwarzana w specjalnie wybudowanych w tym celu urządzeniach i instalacjach (źródłach ciepła) i jest przeznaczona do sprzedaży (dla zaspokojenia potrzeb cieplnych odbiorców) oraz jest dostarczana do odbiorców za pośrednictwem nośnika ciepła, którym zazwyczaj jest para lub gorąca woda.
- (27) W związku z tym sektor ciepła systemowego obejmuje różne rodzaje działalności gospodarczej polegające na: wytwarzaniu energii cieplnej, dostawie energii cieplnej (w zakresie której wchodzi przesyłanie i dystrybucja) oraz sprzedaży energii cieplnej.
- (28) Wytwarzanie ciepła systemowego to produkcja ciepła w specjalnie wybudowanych w tym celu źródłach ciepła, które można podzielić na dwie grupy: (i) źródła lokalne (najczęściej zlokalizowane wewnątrz budynku), które zasilają jeden lub kilka sąsiednich budynków oraz (ii) źródła scentralizowane, które zasilają wielu odbiorców za pośrednictwem sieci ciepłowniczych i przyłączy.
- (29) Źródłami ciepła scentralizowanymi przy mniejszych mocach są zwykle ciepłownie, a przy większych elektrociepłownie. Elektrociepłownie stanowią szczególny rodzaj scentralizowanych źródeł ciepła, w których występuje tzw. skojarzona gospodarka energetyczna, czyli jednoczesne wytwarzanie ciepła i energii elektrycznej.
- (30) Dostawa tak wytworzonej energii cieplnej odbywa się poprzez przesyłanie (transport) i dystrybucję (rozdział) nośnika ciepła za pośrednictwem sieci ciepłowniczej do odbiorców końcowych do niej przyłączonych. Sieci ciepłownicze to zespoły rurociągów transportujących nośnik ciepła, czyli wodę (sieci wodne) lub parę wodną (sieci parowe). Sieci mają lokalny zasięg, rzadko przekraczający granice jednej gminy. Najczęściej w ogrzewaniu miejskim stosuje się dwuprzewodową sieć wodną w układzie zamkniętym, tzn. główne magistrale łączące źródła ciepła z odbiorcami mają dwa przewody: zasilający i powrotny, a przepływ wody wymusza zespół pomp. Zależnie od połączenia magistral, sieć ma układ promienisty (magistrale niepołączone ze sobą) lub pierścieniowy (występują połączenia magistral).

- (31) Sprzedaż detaliczna ciepła systemowego oznacza wprowadzanie do obrotu energii cieplnej przez podmiot zajmujący się jej wytwarzaniem, a także odsprzedaż energii cieplnej przez podmiot zajmujący się obrotem detalicznym do odbiorców końcowych podłączonych do sieci ciepłowniczej. Ciepło może być użytkowane przez odbiorców końcowych do różnych celów, zależnie od charakteru potrzeb cieplnych i wyposażenia technicznego obiektów, do których dostarczane jest ciepło. Najczęściej występującymi rodzajami potrzeb cieplnych jest ogrzewanie i wentylacja pomieszczeń, podgrzewanie wody wodociągowej (tzw. ciepła woda użytkowa) oraz potrzeby technologiczne, które występują u odbiorców przemysłowych.

2.2. Funkcjonowanie sieci ciepłowniczych

- (32) Scentralizowane źródło ciepła wraz z sieciami ciepłowniczymi i przyłączami tworzy system ciepłowniczy, przy czym istnieją systemy ciepłownicze, w których kilka źródeł ciepła zasila wspólną lub połączoną sieć ciepłowniczą.
- (33) W sytuacji wytwarzania ciepła w różnych źródłach (o różnych technologiach), koszty wytwarzania i ceny ciepła dostarczanego z tych źródeł są zróżnicowane, co sprzyja konkurencji i daje możliwość wyboru źródeł przy zakupie ciepła dostarczanego do sieci.¹ Zwiększenie liczby wytwórców ciepła winno być postrzegane jako pożądane z punktu widzenia rozwoju konkurencji na danym lokalnym rynku oraz realizacji celów prawa energetycznego zapisanych w ustawie, tj. m.in. rozwoju konkurencji i przeciwdziałaniu negatywnym skutkom naturalnych monopolii (art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne; t.j.: Dz. U. z 2020 r., poz. 833 ze zm.; dalej: „**Prawo energetyczne**”).
- (34) Taki system ciepłowniczy, w którym w ramach jednej sieci ciepłowniczej funkcjonują, lub funkcjonowały dwa lub więcej konkurujące ze sobą źródła ciepła istniał (w okresie od 2013 r. do chwili obecnej) na 20 lokalnych rynkach ciepła w Polsce, w tym np.. w Lublinie, Wrocławiu, Białymstoku, Krakowie i Gdańsku.

Dowód: [informacja chroniona], k. 6646-6647 ([informacja chroniona]).

- (35) Z kolei dostarczanie ciepła za pośrednictwem sieci ciepłowniczej ma cechy tzw. monopolu naturalnego, gdyż strony oprócz umowy są ze sobą związane trwałym przyłączem. Dostawca w celu pozyskania nowych klientów musi rozbudować sieć ciepłowniczą, co nie zawsze jest dla niego opłacalne m.in. z uwagi na brak uzasadnienia ekonomicznego dla ekspansji na obszary, na których nie ma jeszcze sieci ciepłowniczej. Ogranicza to dostęp dostawcy do nowych odbiorców, ze względu na opłacalny zasięg i techniczne uwarunkowania systemu sieciowego.

¹ Źródło: <https://www.ure.gov.pl/pl/urząd/informacje-ogolne/publikacje/seria-wydawnicza-bibli/jaki-model-rynku-energi/1186,2-Rynek-ciepła.html>, data dostępu: 3 grudnia 2020 r.

- (36) W zakresie sprzedaży ciepła należy wskazać, że Prawo energetyczne umożliwia wszystkim odbiorcom swobodny wybór sprzedawcy energii (art. 4j Prawa energetycznego). Oznacza to, że odbiorcy energii ciepłej mają prawo zakupu ciepła od wybranego przez siebie sprzedawcy, którym może być poza przedsiębiorstwem energetycznym zajmującym się przesyłem i dystrybucją ciepła, również wytwórca ciepła lub przedsiębiorca zajmujący się wyłącznie obrotem.
- (37) W tym zakresie możliwy jest rozwój konkurencji między przedsiębiorstwami ciepłowniczymi wytwarzającymi i sprzedającymi energię ciepłą na rynku detalicznej sprzedaży ciepła.² W takiej sytuacji wytwórca ciepła, aby sprzedawać ciepło odbiorcom, musi uzyskać dostęp do istniejącej na danym terenie sieci ciepłowniczej. Dostęp taki gwarantuje mu wprowadzona w art. 4 ust. 2 Prawa energetycznego tzw. zasada dostępu stron trzecich (ang. *Third Party Access*, dalej: „TPA”). Zgodnie z zasadą TPA właściciel sieci powinien ją odpłatnie udostępnić każdemu, komu sieć jest potrzebna do dostarczenia ciepła odbiorcom końcowym. W tym celu podmiot, który zamierza skorzystać z zasady TPA zawiera z właścicielem sieci infrastrukturalnej umowę o świadczenie usług przesyłania.
- (38) Doktryna wskazuje na istniejące pozytywne przykłady funkcjonowania w praktyce dostępu strony trzeciej do infrastruktury sieciowej ciepłowniczej.³ Realizacja zasady TPA wydaje się uzasadniona przede wszystkim w sytuacji, gdy na lokalnym rynku ciepła pojawiają się np. odbiorcy (np. nowe osiedla), jeszcze nieprzyłączeni do sieci ciepłowniczej.⁴ Zwiększenie popytu powodować może z jednej strony naturalną konieczność rozbudowy sieci przesyłowej, z drugiej strony konieczność powstania nowej jednostki wytwórczej.⁵
- (39) Dodatkowo należy wskazać, że korzystając z zasady TPA wytwórca ciepła może konkurować z dystrybutorem na rynku sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych w zakresie świadczonych usług dodatkowych, np. w postaci usługi najmu lub leasingu węzła cieplnego, której celem jest wsparcie odbiorcy końcowego w zakresie przyłączenia do sieci. W praktyce oznacza to rozłożenie kosztu budowy węzła cieplnego na raty na okres kilkuletni, po upływie którego odbiorca końcowy ma możliwość przejęcia infrastruktury na własność. Ponadto taką usługą dodatkową jest również konserwacja lub regulacja węzła cieplnego, w sytuacji gdy stanowi własność odbiorcy. W przypadku postępowań przetargowych wytwórca ciepła może konkurować z dystrybutorem zwiększając atrakcyjność swojej oferty, np. poprzez: (i) czas

² Decyzja Prezesa Urzędu z 28 września 2006 r., nr RKT-69/2006, s. 13 oraz decyzja Prezesa Urzędu z 14 listopada 2011 r., nr RKT-34/2011, s. 19.

³ Z. Muras, R. Trypens, A. Falecki, M. Mordwa, [w:] M. Swora, Z. Muras (red.), *Prawo energetyczne*, Lex/el.

⁴ Raport "Rynek ciepła w Polsce", październik 2012, przygotowany przez PwC, s. 16. Dokument dostępny na stronie: www.pwc.pl.

⁵ M. Czarnačka, T. Ogłódek (red.), *Prawo energetyczne. Ustawa o odnawialnych źródłach energii. Ustawa o rynku mocy. Ustawa o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych. Komentarz*, Warszawa 2020, Legalis.

reakcji na zgłoszone przez odbiorcę awarie lub nieprawidłowości w działaniu układów pomiarowo-rozliczeniowych; (ii) liczbę bezpłatnych włączeń/wyłączeń centralnego ogrzewania w ciągu roku⁶; (iii) termin płatności należności; (iv) okres wypowiedzenia umowy w razie zaległości z regulowaniem należności; (v) udział energii z OZE w sprzedawanym ciepłe; (vi) zatrudnienie osób niepełnosprawnych lub wykluczonych z rynku pracy np. ze względu na wiek.

Dowód: [informacja chroniona], k. 6649-6650 ([informacja chroniona]).

- (40) Wykorzystania zasady TPA przez wytwórcę ciepła w celu prowadzenia sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych można zaobserwować w Warszawie, Wrocławiu i Kielcach.

Dowód:

- [informacja chroniona], k. 6649 ([informacja chroniona]);
- [informacja chroniona], k. 7098 ([informacja chroniona]).

2.3. Kształtowanie cen ciepła

- (41) Rynek ciepła jest rynkiem regulowanym, co w szczególności oznacza, że ceny na podstawie art. 47 ust. 1 Prawa energetycznego są zatwierdzane przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki (dalej: „Prezes URE”). Przedsiębiorstwo energetyczne jest zobowiązane do przedłożenia wniosku taryfowego zawierającego zbiór cen za ciepło i stawek opłat za przesył do zatwierdzenia przez Prezesa URE (art. 47 ust. 2a Prawa energetycznego). Prowadzone przez Prezesa URE postępowania taryfowe są niejawnie. Informacje i dane przedstawiane Prezesowi URE przez stronę postępowania objęte są ochroną i nie są udostępniane innym uczestnikom rynku. Dotyczy to także podmiotów działających na rynku wyższego bądź niższego szczebla, niebędących konkurentami strony postępowania. Prezes URE zatwierdzając taryfy weryfikuje, czy zapewniają one pokrycie uzasadnionych kosztów działalności przedsiębiorców oraz ochronę interesów odbiorców przed nieuzasadnionym poziomem cen i stawek opłat (art. 45 ust. 1 Prawa energetycznego). W konsekwencji Prezes URE zatwierdza taryfy bądź w przypadku stwierdzenia niezgodności taryfy z przepisami Prawa energetycznego odmawia ich zatwierdzenia (art. 47 ust. 2 Prawa energetycznego). Zatwierdzone przez Prezesa URE taryfy są sztywne i są publikowane w dzienniku urzędowym województwa, na którego terenie przedsiębiorstwo energetyczne prowadzi działalność. Zatwierdzone przez Prezesa URE taryfy obowiązują przez rok od dnia ich wprowadzenia do stosowania. Okres obowiązywania taryfy może ulec przedłużeniu, w przypadku, gdy Prezes URE nie wydał jeszcze decyzji lub toczy się postępowanie odwoławcze od decyzji, w takiej sytuacji do dnia wejścia w życie nowej taryfy stosuje się taryfę dotychczasową (art. 47 ust. 2c Prawa energetycznego).

⁶ W sytuacji, gdy urządzenia odbiorcy nie załączają się automatycznie.

- Dowód:**
- [informacja chroniona], k. 4479 ([informacja chroniona]);
 - [informacja chroniona], k. 4055 ([informacja chroniona]);
 - [informacja chroniona], k. 7508 ([informacja chroniona]).

2.4. Charakterystyka warszawskiego rynku ciepła

- (42) Warszawski system ciepłowniczy jest największym systemem ciepłowniczym w Unii Europejskiej. Zaletą warszawskiego systemu jest rozgałęźno-pierścieniowa budowa sieci ciepłowniczej. Oznacza to, że każdy obszar miasta może być zasilany z różnych źródeł, a odbiorcy mają pewność dostaw w razie awarii jednego z nich. Nośnikiem ciepła służącym do przekazywania energii cieplnej od źródeł ciepła do odbiorców końcowych jest woda.
- (43) Na warszawskim rynku ciepła systemowego funkcjonuje dwóch przedsiębiorców ciepłowniczych o pozycji monopolistycznej lub do niej zbliżonej, tj. na rynku wytwarzania ciepła – PGNiG Termika, a na rynkach dostaw i sprzedaży detalicznej ciepła – Veolia Warszawa.
- (44) Veolia Warszawa prowadzi działalność w zakresie dostaw (przesyłania, dystrybucji) i sprzedaży detalicznej ciepła do odbiorców końcowych zlokalizowanych na terenie aglomeracji warszawskiej. Veolia Warszawa w zakresie dostaw energii cieplnej prowadzi działalność w warunkach tzw. monopolu naturalnego, co wynika z sieciowego charakteru urządzeń służących do dostawy ciepła (sieci infrastrukturalnej). Należąca do Veolii Warszawa sieć ciepłownicza liczy 1800 km i jest największą tego typu siecią w Unii Europejskiej. Za jej pośrednictwem dostarczane jest ciepło do 19 tys. budynków w Warszawie i 800 tys. mieszkańców, co pokrywa 80% zapotrzebowania na ciepło w mieście. 98% sprzedawanego przez Veolię Warszawa ciepła jest wytwarzane przez należące do PGNiG Termika elektrociepłownie „Żerań” i „Siekierki” oraz ciepłownie „Wola” i „Kawęczyn”.
- (45) PGNiG Termika jest wytwórcą ciepła, a także energii elektrycznej wytwarzanej metodą kogeneracji. Posiada kilka jednostek wytwórczych na terenie Warszawy, tj. elektrociepłownie „Żerań” i „Siekierki” oraz ciepłownie „Wola” i „Kawęczyn”, które zasilają w ciepło warszawską sieć ciepłowniczą, należącą do Veolia Warszawa. Ciepło wytworzone w tych jednostkach zaspokaja 75% potrzeb cieplnych Warszawy. Jednocześnie PGNiG Termika, korzystając z zasady TPA, sprzedaje wytworzoną przez siebie energię cieplną bezpośrednio odbiorcom końcowym przyłączonym do warszawskiej sieci ciepłowniczej.
- (46) Specyfika sieciowego systemu ciepłowniczego sprawia, że działalność PGNiG Termika i Veolia Warszawa jest ze sobą powiązana. Bowiem w celu sprzedaży ciepła odbiorcy końcowemu konieczne jest wytworzenie go w źródle ciepła należącym do PGNiG Termika, a następnie dostawa ciepła przez sieć ciepłowniczą należącą do Veolii Warszawa.

- (47) Odbiorca końcowy zamiast zawierać dwie odrębne umowy (i) na sprzedaż ciepła ze sprzedawcą detalicznym oraz (ii) na dostawę ciepła z właścicielem infrastruktury, może zawrzeć jedną umowę, tzw. umowę kompleksową. Umowa kompleksowa to umowa, w ramach której jedno przedsiębiorstwo ciepłownicze zapewnia zarówno dostawę, jak i sprzedaż energii cieplnej.
- (48) Na rynku warszawskim umowa kompleksowa może być zawarta z Veolią Warszawa. Wówczas Veolia Warszawa kupuje na podstawie umowy sprzedaży ciepło wytworzone przez PGNiG Termika, za co PGNiG Termika otrzymuje wynagrodzenie od Veolia Warszawa. Następnie zakupione ciepło Veolia Warszawa dostarcza i sprzedaje odbiorcy końcowemu. Umowa kompleksowa może również zostać zawarta z PGNiG Termika. Wówczas PGNiG Termika sprzedaje odbiorcy końcowemu wytworzone przez siebie ciepło i dostarcza je korzystając za wynagrodzeniem z infrastruktury Veolia Warszawa.
- (49) Od dnia 1 lipca 2013 r. taryfy PGNiG Termika i Veolia Warszawa dla odbiorców końcowych zostały ze sobą powiązane. W związku z tym, ostateczna cena dla odbiorcy końcowego, ustalana była w oparciu o stawki opłat i ceny wynikające z taryf obu przedsiębiorców. Mianowicie w sytuacji nabycia ciepła od:
- a) Veolii Warszawa – stosowano wynikającą z jego własnej taryfy stawkę opłat za usługi przesyłowe oraz opłatę za białe certyfikaty, a także przeniesioną z taryfy PGNiG Termika cenę za zamówioną moc cieplną, za dostarczone ciepło i nośnik ciepła;
 - b) PGNiG Termika – stosowano wynikającą z jego własnej taryfy cenę za zamówioną moc cieplną, za dostarczone ciepło i nośnik ciepła oraz przeniesioną z taryfy Veolii Warszawa stawkę opłat za usługi przesyłowe (bez opłaty za białe certyfikaty).

Dowód: [informacja chroniona], k. 861-892 ([informacja chroniona]).

- (50) W ramach swoich taryf dla ciepła, PGNiG Termika osobno wyróżniała cenę za zamówioną moc cieplną, która miała charakter stały w trakcie roku oraz cenę ciepła, która była zmienna i zależała od faktycznego zużycia przez odbiorcę. Poziom relewantnych dla niniejszej decyzji cen za zamówioną moc i ciepło w latach 2013-2015 r. ukazuje poniższa tabela.

Okres obowiązywania taryfy PT od dnia	1.07.2013		1.08.2014		15.08.2015	
Źródło ciepła	Cena za zamówioną moc (zł/MW/rok)	Cena za ciepło (zł/GJ)	Cena za zamówioną moc (zł/MW/rok)	Cena za ciepło (zł/GJ)	Cena za zamówioną moc (zł/MW/rok)	Cena za ciepło (zł/GJ)
Elektrociepłownia Siekierki	50.547,74	21,92	27.061,56	25,49	28.554,36	26,96
Elektrociepłownia Żerań	52.422,10	21,92	26.218,80	25,49	30.025,32	26,96
Ciepłownia Kawęczyn	75.916,06	23,02	107.998,80	26,63	104.731,44	27,86
Ciepłownia Wola	59.310,17	55,97	68.206,68	64,36	68.206,68	64,36

Dowód: [informacja chroniona], k. 861-892, [informacja chroniona], k. 874; [informacja chroniona], k. 883; [informacja chroniona], k. 890.

- (51) Jednocześnie taryfy Veolii Warszawa (wcześniej Dalkii Warszawa S.A.) były powiązane z powyższymi taryfami PGNiG Termika w ten sposób, że stawki opłat za zamówioną moc ciepłą i za ciepło dla odbiorców końcowych z grupy taryfowej A3, tj. odbiorców, z którymi zawarte są kompleksowe umowy na dostawę ciepła, kupowanego przez Veolię Warszawa ze źródeł PGNiG Termika kształtowane były jako średnia ważona cen stosowanych przez PGNiG Termika ze źródeł wskazanych w tabeli w pkt. (50) powyżej. W taryfie dla ciepła Dalkii Warszawa obowiązującej od 3 grudnia 2014 r. (pkt 24.1. taryfy) waga poszczególnych źródeł do obliczenia ceny za zamówioną moc ciepłą wynosiła: dla Elektrociepłowni Siekierki – 0,4799 (47,99%); dla Elektrociepłowni Żerań – 0,3700 (37%); dla Ciepłowni Kawęczyn – 0,1074 (10,74%); dla Ciepłowni Wola – 0,0427 (4,27%). W przypadku ceny ciepła proporcje te wyglądały następująco: dla Elektrociepłowni Siekierki – 0,5282 (52,82%); dla Elektrociepłowni Żerań – 0,4273 (42,73%); dla Ciepłowni Kawęczyn – 0,0367 (3,67%); dla Ciepłowni Wola – 0,0008 (0,08%). Ponadto, w tym zakresie uwzględniane były też piąte źródło, należące do MPO, ale jego udział w obliczeniu ceny ciepła był pomijalny, bowiem wynosił 0,0070 (0,7%). W taryfie dla ciepła Veolii Warszawa obowiązującej od dnia 4 grudnia 2015 r. proporcje te kształtowały się następująco: w przypadku ceny za zamówioną moc ciepłą dla Elektrociepłowni Siekierki – 0,4899 (48,99%); dla Elektrociepłowni Żerań – 0,3699 (36,99%); dla Ciepłowni Kawęczyn – 0,0979 (9,79%); dla Ciepłowni Wola – 0,0423 (4,23%), natomiast w przypadku ceny ciepła dla Elektrociepłowni Siekierki – 0,5423 (54,23%); dla Elektrociepłowni Żerań – 0,4281 (42,81%); dla Ciepłowni Kawęczyn – 0,0214 (2,14%); dla Ciepłowni Wola – 0,0011 (0,11%).

Dowód: [informacja chroniona], k. 916-927, [informacja chroniona], k. 921; [informacja chroniona], k. 926-927.

- (52) Niezależnie od powyższego, w okresie od 1 lipca 2013 r. do 4 grudnia 2015 r. ceny energii cieplnej PGNiG Termika dla odbiorców końcowych, z którymi PGNiG Termika posiadała podpisaną kompleksową umowę dostarczania ciepła, były niższe od cen stosowanych przez Veolię Warszawa w odniesieniu do jej odbiorców końcowych o opłatę za białe certyfikaty wynoszącą początkowo 0,18 zł/GJ netto, a od 3 grudnia 2014 r. 0,33 zł/GJ. Sposób ukształtowania wspomnianych różnic cen ciepła dla odbiorców końcowych w latach 2013-2017, obrazuje poniższa tabela.

Okres obowiązywania taryf PT i VEW od dnia	1.07.2013 (PT)	1.08.2014 (PT)	3.12.2014 (VEW)	15.08.2015 (PT)	4.12.2015 (VEW)	17.03.2017 (PT)
Różnica w cenie ciepła dla odbiorcy końcowego PT i VEW	0,18 zł/GJ (niższa cena PT)	0,18 zł/GJ (niższa cena PT)	0,33 zł/GJ (niższa cena PT)	0,33 zł/GJ (niższa cena PT)	0,00	0,00

Dowód: [informacja chroniona], k. 854.

- (53) Istniejące do sierpnia 2015 r. zróżnicowanie cen ciepła wynikało z przepisów ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o efektywności energetycznej (t.j.: Dz. U. z 2020 r., poz. 264 ze zm.). Na jej mocy przedsiębiorstwa sprzedające energię elektryczną, ciepło lub paliwa gazowe odbiorcom końcowym zostały zobowiązane do uzyskania efektywności energetycznej, tj. zmniejszenia zużycia energii (tzw. białe certyfikaty). W latach 2012-2016 PGNiG Termika wypełniała zobowiązanie bez konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów w postaci nabycia certyfikatów lub poniesienia opłaty zastępczej. Natomiast Veolia Warszawa realizowała zobowiązanie efektywności energetycznej głównie przez uiszczanie opłaty zastępczej, a koszty poniesionej opłaty uwzględniane były w taryfach tej spółki, co zwiększało cenę sprzedaży ciepła oferowaną przez Veolię Warszawa odbiorcom końcowym.

Dowód: – [informacja chroniona], k. 3677-3678;
– [informacja chroniona], k. 855-858.

- (54) Powyższa sytuacja uległa zmianie 4 grudnia 2015 r., w związku z brakiem ciągłości przepisów o efektywności energetycznej. W konsekwencji w taryfie Veolii Warszawa obowiązującej od 4 grudnia 2015 r. nie przewidziano poniesienia przez odbiorców końcowych kosztów związanych z opłatami zastępczymi za białe certyfikaty.

Dowód: – [informacja chroniona], k. 834 ([informacja chroniona]);
– [informacja chroniona], k. 854.

3. Wprowadzenie do treści decyzji

3.1. Słownik pojęć

(55) W dalszej części decyzji wskazane poniżej pojęcia pisane wielką literą, będą miały następujące określone znaczenie:

- a) OKW – grupa taryfowa odbiorców ciepła, którymi są odbiorcy końcowi;
- b) Źródło ciepła – połączone ze sobą urządzenia lub instalacje służące do wytwarzania ciepła;
- c) Dalkia Warszawa S.A. – firma, pod którą do dnia 28 stycznia 2015 r. prowadziła działalność Veolia Warszawa;
- d) Dalkia Polska S.A. – firma, pod którą do dnia 20 stycznia 2015 r. prowadziła działalność Veolia Polska;
- e) Projekt Jagoda – planowana przez Veolię Warszawa budowa elektrociepłowni gazowej na terenie osiedla Jagoda w dzielnicy Ursus, w odległości 1 km od źródła ciepła Energetyki Ursus Sp. z o.o.;
- f) Energetyka Ursus – majątek postawionej w stan upadłości Energetyki Ursus Sp. z o.o., składający się ze źródła ciepła oraz sieci ciepłowniczej, które zaopatrywały w ciepło odbiorców zlokalizowanych na terenie osiedla Niedźwiadek i dawnych zakładów ZPC Ursus S.A.;
- g) Syndyk – syndyk zarządzający postawionej w stan upadłości Energetyki Ursus Sp. z o.o.;
- h) Cleveren – Cleveren Holding Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., spółka zależna Veolii Polska, która miała zrealizować Projekt Jagoda;
- i) Umowa o Zachowaniu Poufności z 2012 r. – umowa podpisana 2 lipca 2012 r. między Veolia Polska, Veolia Warszawa, PGNiG i PGNiG Termika, w oparciu o którą analizowano możliwości realizacji wspólnych przedsięwzięć biznesowych w obszarach wytwarzania, dystrybucji, rozwoju rynku ciepła i dostaw gazu;
- j) Umowa o Zachowaniu Poufności z 2014 r. – umowa podpisana 22 stycznia 2014 r. między Veolia Warszawa, a PGNiG Termika, w oparciu o którą analizowano warunki współpracy stron polegającej na realizacji projektów

inwestycyjnych związanych z budową nowych mocy wytwórczych oraz z rozwojem sieci ciepłowniczych w Warszawie i Pruszkowie;

- k) Pierwszy projekt Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego – treść projektu przyszłego Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego z 9 czerwca 2014 r.;
- l) Drugi projekt Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego – treść projektu przyszłego Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego z 30 września 2014 r.;
- m) Porozumienie w sprawie Partnerstwa Energetycznego – ostateczna wersja porozumienia podpisanego między PGNiG Termika a Veolia Warszawa w dniu 13 listopada 2014 r.;
- n) Projekt Accord – nazwa zorganizowanego systemu współpracy między PGNiG Termika a Veolia Warszawa, w ramach którego powołano 11 zespołów (strumieni) składających się z pracowników obu spółek, którzy pracowali nad przypisanym obszarem współpracy;
- o) Umowa Marketingowa – umowa o świadczenie usług w zakresie rozwoju rynku ciepła w Warszawie zawarta między PGNiG Termika a Veolia Warszawa 12 stycznia 2016 r., na mocy której Veolia Warszawa zobowiązała się do rozwoju warszawskiego rynku ciepła, a PGNiG Termika zobowiązała się wypłacać Veolii wynagrodzenie za dodatkowo zamówioną przez Veolię moc cieplną i ciepło według bilansu rocznego;
- p) Specjalne Zadanie Inwestycyjne – porozumienie o realizacji Specjalnego Zadania Inwestycyjnego zawarte między PGNiG Termika a Veolia Warszawa 12 stycznia 2016 r., na mocy którego Veolia Warszawa miała nabyć sieć ciepłowniczą Energetyki Ursus, a w zamian za pozyskanie dostępu do istniejących i nowych odbiorców ciepła, PGNiG Termika zobowiązała się wypłacić Veolii Warszawa jednorazowe wynagrodzenie w stanowiące połowę kosztów całej inwestycji.

4. Praktyka będąca przedmiotem niniejszej decyzji

- (56) W 2012 r. Veolia Warszawa ogłosiła plan budowy nowego źródła ciepła w Warszawie na terenie dzielnicy Ursus, w ramach tzw. Projektu Jagoda. Jego realizacja oznaczała, że na szczeblu wytwarzania ciepła, na którym dotychczas działała głównie PGNiG Termika pojawiłby się nowy podmiot. Powyższa okoliczność stała się powodem rozpoczęcia w tym samym roku rozmów spółek dominujących w grupach kapitałowych, tj. PGNiG i Veolia

Polska o potencjalnych obszarach współpracy, jaka mogłaby zostać nawiązana między PGNiG Termika i Veolia Warszawa. W konsekwencji wszystkie ww. spółki podpisały Umowę o Zachowaniu Poufności z 2012 r., która stanowiła podstawę do prowadzenia dalszych rozmów.

- (57) W 2013 r. rozmowy o potencjalnej współpracy zostały przeniesione do spółek zależnych, tj. PGNiG Termika i Veolia Warszawa. Jednocześnie, na wypadek gdyby między spółkami nie osiągnięto porozumienia w kwestii Projektu Jagoda, PGNiG Termika rozpoczęła wdrażanie planu obronnego, tj. wykorzystując fakt posiadania niższej od Veolii Warszawa ceny ciepła zintensyfikowała swoją sprzedaż do odbiorców końcowych. Realizacja takiej strategii oznaczała istotną aktywność PGNiG Termika na rynku sprzedaży detalicznej ciepła, na którym dotychczas działała głównie Veolia Warszawa.
- (58) Na początku 2014 r. między PGNiG Termika a Veolia Warszawa zawarta została kolejna Umowa o Zachowaniu Poufności z 2014 r., w oparciu o którą prowadzono rozmowy o możliwej współpracy. Wkrótce po jej podpisaniu, nastąpiło zawieszenie rozmów, spowodowane przekazaniem przez Veolię Warszawa informacji o samodzielnej realizacji Projektu Jagoda. W konsekwencji PGNiG Termika kontynuowała działania obronne i dalej pozyskiwała nowych odbiorców końcowych, poprzez co zwiększała swoją sprzedaż detaliczną ciepła.
- (59) W 2014 r. po ogłoszeniu upadłości Energetyki Ursus, a także powołaniu na stanowiska Prezesa Zarządu Veolii Warszawa – p. Jacky’ego Lacombe’a – a na Prezesa Zarządu PGNiG Termika – p. Marka Deca – rozmowy między spółkami zostały wznowione. Rozpoczęto prace nad Pierwszym i Drugim projektem Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego. Ostatecznie w dniu 13 listopada 2014 r. PGNiG Termika i Veolia Warszawa podpisały finalną wersję Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego. Wkrótce po tym wydarzeniu Veolia Warszawa zaniechała planu budowy nowego źródła ciepła, a PGNiG Termika ograniczyła sprzedaż ciepła do odbiorców końcowych, dążąc do jej całkowitego zaprzestania. W tym czasie doszło również do zrównania cen ciepła oferowanych przez PGNiG Termika i Veolii Warszawa dla odbiorców końcowych.
- (60) Poniżej zostaną przedstawione szczegółowe ustalenia dotyczące stanu faktycznego niniejszej sprawy.

4.1. Umowa o Zachowaniu Poufności z 2012 r.

- (61) W dniu 19 lipca 2012 r. spółka zależna Veolii Polska – Cleveren – złożyła wniosek o wydanie decyzji środowiskowej w celu budowy elektrociepłowni gazowej przy ul. Posąg 7 Panien w Warszawie, na terenie dzielnicy Ursus (Projekt Jagoda). Nowy zakład miał powstać w

odległości około 1 km od przestarzałego źródła ciepła należącego do Energetyki Ursus. Planowana elektrociepłownia miała produkować 95 MW ciepła i 110 MW mocy elektrycznej.

Dowód: [informacja chroniona], k. 1579-1606.

- (62) PGNiG Termika od początku 2012 r. dostrzegała ryzyko utworzenia nowego źródła ciepła na rynku warszawskim przez podmioty konkurencyjne. W dniu 7 lutego 2012 r. Departament Rozwoju spółki opracował dokument zatytułowany „Strategie obrony PG-T wobec konkurentów na rynku ciepła Warszawy”, w którym przewidziano możliwość podjęcia następujących działań wobec potencjalnych konkurentów: (i) blokowania wejścia konkurencji przy pomocy zielonego ciepła, (ii) konkutowania ceną o odbiorców końcowych, (iii) blokowania inwestycji w nowe źródło ciepła.

Dowód: [informacja chroniona], k. 1607-1629.

- (63) W związku z ogłoszeniem planów budowy nowego źródła ciepła przez Veolię Warszawa w połowie 2012 r. doszło do kilku spotkań przedstawicieli PGNiG i Veolia Polska. W szczególności 2 lipca 2012 r. w siedzibie Veolii Polska odbyło się spotkanie z udziałem przedstawicieli Veolii Polska, Veolii Warszawa⁷, PGNiG oraz PGNiG Termika⁸, podczas którego została podpisana Umowa o Zachowaniu Poufności z 2012 r. Umowa ta stanowiła podstawę do prowadzenia rozmów między spółkami na temat możliwej współpracy między PGNiG Termika, a Veolią Warszawa na rynku warszawskim.

Dowód:

- [informacja chroniona], k. 3428-3501;
- [informacja chroniona], k. 3502;
- [informacja chroniona], k. 1920-1923;
- [informacja chroniona], k. 1971-1973.

- (64) Na podstawie ww. umowy spółki miały przeanalizować możliwość realizacji wspólnych przedsięwzięć biznesowych w następujących obszarach: (i) wytwarzanie (m.in. poprzez „określenie optymalnej lokalizacji i charakteru nowopowstających źródeł ciepła”); (ii) dystrybucja (m.in. poprzez optymalizację pracy sieci ciepłowniczej), (iii) rozwój rynku ciepła (m.in. poprzez współfinansowanie działań rozwojowych w celu zwiększenia rynku ciepła systemowego) oraz (iv) dostawy gazu (m.in. poprzez optymalizację dostaw gazu do źródeł ciepła).

⁷ Wówczas funkcjonująca pod nazwą Stołeczne Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej S.A. W dniu 18 listopada 2011 r. Stołeczne Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej S.A. (dalej: „SPEC”) zostało sprywatyzowane, większościowym udziałowcem została Dalkia Polska. W dniu 29 września 2012 r. Stołeczne Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej S.A. zmieniło nazwę na Dalkia Warszawa S.A.

⁸ Na spotkaniu obecni byli: w imieniu Veolia Polska – p. [informacja chroniona] i p. [informacja chroniona]; w imieniu Veolia Warszawa – p. [informacja chroniona] i p. [informacja chroniona]; w imieniu PGNiG – p. [informacja chroniona] i p. [informacja chroniona]; w imieniu PGNiG Termika – p. [informacja chroniona] i p. [informacja chroniona].

(65) Jak wynika z korespondencji wymienianej wewnątrz grupy PGNiG, intencją PGNiG oraz PGNiG Termika w kontaktach z Veolią Polska i Veolią Warszawa było zablokowanie powstania nowego źródła ciepła w obrębie warszawskiej sieci ciepłowniczej poprzez wykupienie udziałów w spółce Veolia Warszawa.

Dowód: – [informacja chroniona], k. 3445;
– [informacja chroniona], k. 3504.

(66) Po podpisaniu Umowy o Zachowaniu Poufności z 2012 r. rozmowy o potencjalnej współpracy PGNiG Termika i Veolia Warszawa były kontynuowane przez spółki matki, tj. PGNiG i Veolia Polska. W okresie od lipca 2012 r. do września 2013 r. doszło do licznych spotkań pomiędzy przedstawicielami spółek, zarówno w siedzibie PGNiG, jak i Veolii Polska. PGNiG Termika uczestniczyła w tych spotkaniach jedynie okazjonalnie, co do zasady jej rola ograniczała się do przygotowania materiałów i uwag dla PGNiG w celu wsparcia rozmów z Veolią Polska. Niemniej jednak PGNiG informowała PGNiG Termika o przebiegu rozmów z Veolią Polska, przekazując informacje o podejmowanych ustaleniach, notatki ze spotkań, a także prowadzoną z Veolią Polska korespondencję.

Dowód: [informacja chroniona], k. 3362.

(67) W toku negocjacji między PGNiG a Veolią Polska przedstawiono następujące propozycje współpracy:

1. wymiana 20% udziałów w należącej do PGNiG Termika elektrociepłowni Żerań na 20% udziałów w Veolii Warszawa oraz podpisanie przez strony kontraktu długoterminowego na odbiór ciepła (dalej: „KDT”) – rozwiązanie zaproponowane przez PGNiG, nie uzyskało aprobaty Veolii Polska;
2. wymiana 20% udziałów w elektrociepłowni Żerań na 20% udziałów w Cleveren – rozwiązanie zaproponowane przez Veolia Polska;
3. zawarcie umowy o partnerstwie energetycznym – rozwiązanie zaproponowane przez Veolia Polska, która przedstawiła pierwszy projekt umowy o partnerstwie energetycznym oraz wymiana 20% udziałów w elektrociepłowni Żerań w zamian za KDT – rozwiązanie zaproponowane przez PGNiG;
4. dodatkowe 4 opcje współpracy przedstawione przez Veolią Polska: (i) KDT w zamian za udziały w PGNiG Termika, (ii) wymiana akcji w spółkach zależnych np. udziały PGNiG Termika za udziały w Veolii Warszawa, (iii) udostępnienie części mocy wytwórczych PGNiG Termika w zamian za KDT, (iv) KDT o ograniczonym zakresie trwania w zamian za udziały Veolii Warszawa w elektrociepłowni Żerań.

- Dowód:**
- [informacja chroniona], k. 1911-1912 ([informacja chroniona]);
 - [informacja chroniona], k. 1954-1955;
 - [informacja chroniona], k. 3662-3663 [informacja chroniona], k. 4442-4444;
 - [informacja chroniona], k. 1926-1927.

(68) Kolejnym scenariuszem współpracy zaproponowanym przez PGNiG na spotkaniu w dniu 24 stycznia 2013 r. była budowa nowej elektrociepłowni w Ursusie oraz połączenie systemów ciepłowniczych Pruszkowa i Ursusa. Propozycja ta mogła zostać zrealizowana w dwóch wariantach, tj. poprzez współpracę odrębnych podmiotów lub poprzez powołanie wspólnego przedsiębiorcy. PGNiG rekomendowała utworzenie wspólnego przedsiębiorcy, co zdaniem spółki miało zabezpieczyć przed ryzykiem, że „zawarte przez strony porozumienie, pomimo osiągnięcia korzyści dla odbiorców ciepła może zostać uznane za naruszenie ustawy UOKiK”. Jednocześnie przedstawiciele PGNiG wskazywali, że proponowane rozwiązanie musi prowadzić do uzyskania korzyści wszystkim stronom projektu, a w przypadku PGNiG Termika nie mogą być one niższe niż korzyści z samodzielnej budowy źródła ciepła w Pruszkowie. Po spotkaniu w dniu 1 lutego 2013 r. przedstawiciele PGNiG Termika sporządzając z niego notatkę rozszerzyli propozycję współpracy o jeszcze jeden wariant polegający na zaniechaniu budowy nowego źródła ciepła w Ursusie i wspólnej inwestycji w należącą do PGNiG Termika elektrociepłownię Żerań.

- Dowód:**
- [informacja chroniona], k. 3538-3540;
 - [informacja chroniona], k. 3544-3546.

(69) Poza omawianiem scenariuszy potencjalnej współpracy w zakresie budowy nowego źródła ciepła, w kontaktach między PGNiG a Veolia Polska pojawił się również temat problematycznej dla Veolii Polska sprzedaży ciepła prowadzonej przez PGNiG Termika do odbiorców końcowych.

(70) Mianowicie w wiadomości e-mail z 29 maja 2013 r. skierowanej do p. [informacja chroniona] (PGNiG) p. [informacja chroniona] (Veolia Polska) napisała „*Jednak muszę zaalarmować Pana odnośnie jednego punktu dotyczącego zachowania PGNiG Termika. Pamięta Pan, że mieliśmy między sobą umowę <dżentelmeńską> dotyczącą TPA odnośnie ciepła przez PGNiG Termika. Zasadniczo [informacja chroniona] powiedział nam, że zaleci PGNiG Termika powstrzymanie się od odpowiedzi na przetarg, aby konkurować z Dalkią Warszawa. Miało to na celu wygładzić naszą relację a także umożliwić nam spokojną dyskusję. Niestety tak się faktycznie nie dzieje. Przykro mi mówić, że PGNiG Termika jest bardzo aktywna i dość <ignorancza> odnośnie takiej <umowy>. Problemem jest to, że są tak agresywni, że doszło to do ucha szefa Dalkia Polska i to ma tendencję do zamazywania obrazu, który przekazujemy z [informacja chroniona] odnośnie jakości naszej dyskusji. Poza tym nie rozumiem jakie są korzyści, które PGNiG Termika zyskuje realizując TPA odnośnie ciepła.*

Oczekiwałabym wyjaśnienia odnośnie tego, jeśli Pan może. Czy Pan uważa, że może Pan wygładzić naszą dyskusję poprzez przypomnienie firmie PGNiG Termika o istnieniu tej <ustnej umowy> między nami? To byłoby bardzo mile widziane”.

Dowód: [informacja chroniona], k. 4429-4432.

- (71) W czerwcu 2013 r. na posiedzeniu Zarządu PGNiG przedyskutowano dotychczasowy przebieg negocjacji oraz omówiono wyniki analiz finansowych każdego z wariantów współpracy z Veolia Warszawa. Wszystkie warianty współpracy wskazywały ich ujemny wpływ na wyniki finansowe PGNiG Termika. W konsekwencji Zarząd PGNiG podjął uchwałę wyrażającą zgodę na przekazanie do Veolii Polska pisma z propozycją dwóch opcji wspólnej z Veolia Polska realizacji inwestycji w elektrociepłownię w dzielnicy Ursus, akceptowalnych przez PGNiG. W uchwale przewidziano również, że w sytuacji braku pisemnej odpowiedzi Veolii Polska we wskazanym terminie lub niewybrania żadnej z proponowanych przez PGNiG możliwości współpracy, Zarząd wyraża zgodę na zakończenie negocjacji przez spółkę i podjęcie działań zmierzających do ochrony wartości spółki PGNiG Termika.

Dowód: – [informacja chroniona], k. 1972 ([informacja chroniona]);
– [informacja chroniona], k. 1956.

- (72) Zgodnie z powyższą uchwałą PGNiG skierował 4 lipca 2013 r. pismo do Veolii Polska, w której zaproponował możliwość nabycia przez Veolię Polska 10 % udziałów w elektrociepłowni Żerań lub wymianę udziałów w elektrociepłowni Żerań w zamian za udział w Veolii Warszawa. Veolia Polska w odpowiedzi z dnia 17 lipca 2013 r. przystała na propozycję objęcia udziałów w elektrociepłowni Żerań, w zamian za udziały w spółce celowej powstałej na potrzeby budowy elektrociepłowni w Ursusie, tj. Cleveren. Jednocześnie Veolia Polska wyraziła chęć przedyskutowania złagodzenia oddziaływania nowobudowanego źródła ciepła w Ursusie na PGNiG Termika, a także przedyskutowania umowy przesyłowej, w oparciu o którą PGNiG Termika prowadzi sprzedaż ciepła do odbiorców końcowych. Powyższe rozmowy miały zdaniem Veolii Polska „wpisywać się w kontekst ogólnej optymalizacji produkcji i dystrybucji ciepła w Warszawie” i stać się fundamentem Partnerstwa Energetycznego.

Dowód: – [informacja chroniona], k. 4444;
– [informacja chroniona], k. 1926-1927.

- (73) W dniu 24 lipca 2013 r. p. [informacja chroniona] (PGNiG) wysłał do przedstawicieli PGNiG Termika prośbę o przekazanie wyliczeń w zakresie zysków/strat dotyczących możliwych wariantów współpracy z Veolią Polska.

Dowód: [informacja chroniona], k. 3667.

(74) W spółce PGNiG Termika zostały przeprowadzone analizy, których wyniki zawarto w przekazanej do PGNiG prezentacji z 12 sierpnia 2013 r. pn. „Cleveren – Dalkia, analizy”. Z analiz tych wynikało, że wszystkie scenariusze współpracy z Veolią Warszawa mają ujemny wpływ na wynik finansowy PGNiG Termika. W konsekwencji w prezentacji PGNiG Termika zarekomendowała „*zaprzestanie współpracy z Dalkią na zasadach opisanych w analizowanych scenariuszach i natychmiastowe podjęcie działań broniących wartość spółki PGNiG Termika*”.

Dowód: [informacja chroniona], k. 1499 ([informacja chroniona]).

(75) Możliwe działania zostały przedstawione PGNiG przez PGNiG Termika w prezentacji pn. „Działania minimalizujące skutki wykorzystania pozycji monopolistycznej przez operatora systemu ciepłowniczego w Warszawie”. W ramach tych działań PGNiG Termika planowała zwiększenie własnych przychodów ze sprzedaży ciepła poprzez przejmowanie odbiorców Veolii Warszawa. PGNiG Termika szacowała, że dzięki temu będzie w stanie przejąć połowę odbiorców Veolii Warszawa z mocą zamówioną w wysokości 2.600 MW, co przyniosłoby PGNiG Termika dodatkowy przychód ze sprzedaży ciepła na poziomie ok. [informacja chroniona] zł rocznie. Dodatkowo PGNiG Termika planowała również podjąć działania zmierzające do zmniejszenia przychodów Veolii Warszawa z tzw. niejednoczesności zamówienia mocy, tj. różnicy między mocą opłaconą przez odbiorców końcowych u Veolii Warszawa, a mocą rzeczywiście zamówioną przez Veolię Warszawa w źródłach ciepła PGNiG Termika. Powyższy cel miał zostać osiągnięty poprzez zmniejszenie opłaty stałej i zwiększenie opłaty zmiennej w taryfie PGNiG Termika. Według szacunków PGNiG Termika działanie to miało narastająco do 2017 r. zmniejszyć zyski Veolii Warszawa o ok. [informacja chroniona] zł, co w okolicznościach finansowania przez Veolię Warszawa budowy nowego źródła ciepła z zysku wypracowanego przez tę spółkę, miało w ocenie PGNiG Termika utrudnić finansowanie tej inwestycji. Jednocześnie opisane wyżej działanie w postaci zmniejszenia opłaty stałej i zwiększenia opłaty zmiennej w taryfie PGNiG Termika w ocenie tej spółki było korzystne dla odbiorców końcowych, bowiem dzięki zmniejszeniu zużycia ciepła (np. ze względu na łagodną zimą, czy też oszczędność ciepła) mogli oni płacić niższe rachunki za ciepło. Szerzej kwestie kształtowania opłat w taryfie zostały omówione w dalszej części decyzji w pkt. (86), (158) i (160).

Dowód: – [informacja chroniona], k. 1501-1506 ([informacja chroniona]);
– [informacja chroniona], k. 1657-1666.

(76) Zgodnie z powyższymi założeniami, w dniu 30 września 2013 r. PGNiG Termika opracowała strategię marketingową, w której na wstępie wskazano, że „w zakresie taryfy OKW podstawowym konkurentem PGNiG TERMIKA jest Dalkia Warszawa”. Jako cele strategiczne

w perspektywie długookresowej do 2020 r. przyjęto „pozyskiwanie nowych bezpośrednich odbiorców, zwiększanie udziału w rynku” oraz „zapewnienie oferty cenowej bardziej atrakcyjnej niż oferta Dalkia Warszawa lub oferowanie usług odbiorcom końcowym, których nie oferuje Dalkia Warszawa”. Tak wyznaczone cele miały zostać osiągnięte poprzez „zmianę sprzedawcy ciepła z Dalkia Warszawa na PGNiG TERMIKA (OKW)”, w szczególności przez udział w postępowaniach przetargowych na dostawy ciepła do spółdzielni mieszkaniowych, obiektów miejskich, obiektów biurowych. W przetargach bowiem PGNiG Termika mogła wykorzystać istniejącą różnicę w cenach ciepła wynoszącą 0,18 zł/GJ netto, wynikającą z ponoszenia przez Veolię Warszawa dodatkowej opłaty związanej z białymi certyfikatami. Działania przewidziane w nowej strategii miały być prowadzone na terenie całej Warszawy.

Dowód: – [informacja chroniona], k. 1398-1401 ([informacja chroniona]).

- (77) Zwiększenie sprzedaży ciepła przez PGNiG Termika do odbiorców końcowych oznaczało zmianę w działalności PGNiG Termika, która dotychczas koncentrowała się głównie na wytwarzaniu ciepła. Do 2013 r. sprzedaż do odbiorców końcowych rozwijana była w małej skali, wyłącznie na potrzeby rozwoju rynku ciepła systemowego w Warszawie, tj. w tych obszarach, w których poprzedni właściciel sieci ciepłowniczej w Warszawie – SPEC S.A. nie chciał lub nie mógł inwestować. W ten sposób w okresie od 2008 r. do 2013 r. PGNiG Termika współdziałała w podłączaniu nowych odbiorców do warszawskiego systemu ciepłowniczego, przy czym jej udział dla podanego okresu wyniósł ok. 10 % całkowitej mocy nowych odbiorców przyłączonych do sieci w tym okresie.

Dowód: – [informacja chroniona], k. 1918;
– [informacja chroniona], k. 1184 ([informacja chroniona]).

- (78) Równocześnie od połowy 2013 r. PGNiG Termika rozpoczęła działania lobbingowe na szczeblu rządowym, władz miasta Warszawy i dzielnicy Ursus oraz Prezesa URE w przedmiocie braku potrzeby budowy nowego źródła ciepła w Warszawie.

Dowód: [informacja chroniona], k. 4472-4473 ([informacja chroniona]).

- (79) Ostatecznie PGNiG pismem z 23 września 2013 r. poinformowała Veolię Polska, że wszystkie proponowane warianty współpracy pokazują ujemny wpływ na PGNiG Termika. W związku z tym spółka zaproponowała zaprzestanie dalszych prac według omawianych dotychczas scenariuszy współpracy. Jednocześnie PGNiG zadeklarowała chęć dalszej współpracy w zakresie warszawskiego rynku ciepła, ale w innych wariantach współpracy. Dodatkowo PGNiG zaproponował przeniesienie rozmów o współpracy do Veolia Warszawa i PGNiG Termika.

Dowód: – [informacja chroniona], k. 1928;
– [informacja chroniona], k. 3670-3671.

- (80) W dniu 25 września 2013 r. w wiadomości e-mail do p. **[informacja chroniona]** (PGNiG), p. **[informacja chroniona]** (Veolia Polska) informując o swoim przejściu do spółki Veolia w Wielkiej Brytanii wyraziła nadzieję, że między spółkami nie dojdzie do „*głupiej wojny*”, która mogłaby zniweczyć „*wysiłki, które razem poczyniliśmy*”.

Dowód: **[informacja chroniona]**, k. 4458-4459.

4.2. Umowa o Zachowaniu Poufności z 2014 r.

- (81) Zgodnie z rekomendacją PGNiG dalsze rozmowy o możliwych scenariuszach współpracy prowadzone były bezpośrednio przez PGNiG Termika i Veolia Warszawa. W grudniu 2013 r. odbyły się liczne spotkania roboczych przedstawicieli PGNiG Termika i Veolia Warszawa, podczas których ponownie zdefiniowano potencjalne obszary współpracy i omówiono możliwe scenariusze. W szczególności w dniu 18 grudnia 2013 r. na spotkaniu przedstawicieli PGNiG Termika i Veolia Warszawa w siedzibie Veolii Warszawa zostały omówione cztery scenariusze postępowania spółek w sytuacji realizacji Projektu Jagoda przez Veolię Warszawa:

- a) scenariusz 1 – zakładał, że źródło ciepła Veolii Warszawa zostanie wybudowane w Ursusie i podłączone do warszawskiej sieci ciepłowniczej, w tym scenariuszu PGNiG Termika miała podjąć „*działania zmierzające do obrony własnej wartości*”;
- b) scenariusz 2 – zakładał, że źródło Veolii Warszawa zostanie wybudowane w Ursusie i będzie pracowało w trybie tzw. „wyspy”, tj. wyłącznie na potrzeby dzielnicy Ursus, w tym scenariuszu miało dojść do „*współfinansowania rozwoju rynku ciepła i daleko idącą współpracę na linii Dalkia – Termika*”;
- c) scenariusz 3 – zakładał, że źródło Veolii Warszawa zostanie wybudowane w Ursusie i będzie pracowało na potrzeby Ursusa i Pruszkowa, w tym scenariuszu miała nastąpić „*w Warszawie współpraca Dalkia – PGNiG Termika*”;
- d) scenariusz 4 – zakładał, że źródło Veolii Warszawa zostanie wybudowane w Pruszkowie i będzie pracowało na potrzeby Pruszkowa i Ursusa, w tym scenariuszu miała nastąpić „*pełna współpraca w zakresie rozwoju w Warszawie – źródła Termika, przesył Dalkii*”.

Dowód:

- **[informacja chroniona]**, k. 1972 (**[informacja chroniona]**);
- **[informacja chroniona]**, k. 1648;
- **[informacja chroniona]**, k. 1651-1654 (**[informacja chroniona]**);
- **[informacja chroniona]**, k. 1661 (**[informacja chroniona]**).

(82) Równoległe do prowadzonych rozmów z Veolią Warszawa o potencjalnych obszarach współpracy, PGNiG Termika kontynuowała wdrażanie w życie działań obronnych, w postaci przejmowania odbiorców końcowych Veolii Warszawa. Jak wynika z materiału dowodowego w postaci wewnętrznej prezentacji PGNiG Termika na dzień 9 listopada 2013 r. moc zamówiona sprzedawana odbiorcom końcowym przez tę spółkę wzrosła do **[informacja chroniona]** MW ze stanu wynoszącego „przed rozpoczęciem akcji” – **[informacja chroniona]** MW. Wzrost ten został osiągnięty w wyniku udziału PGNiG Termika w postępowaniach przetargowych. Jednocześnie PGNiG Termika podejmowała działania w celu dotarcia ze swoją ofertą do spółdzielni mieszkaniowych. Do grudnia 2013 r. PGNiG Termika udało się nawiązać bezpośrednie rozmowy z blisko 30 spółdzielni mieszkaniowymi, w wyniku tych rozmów PGNiG Termika liczyła na zawarcie z nimi umów dostaw ciepła. Jak wynika z wiadomości e-mail p. **[informacja chroniona]** (PGNiG Termika) do p. Marka Deca (Prezesa Zarządu PGNiG Termika) podstawowym celem strategii „zmiany sprzedawcy” było „ograniczenie negatywnego wpływu działań konkurencji a dopiero drugim zwiększenie zysku na sprzedaży ciepła”.

- Dowód:**
- **[informacja chroniona]**, k. 1237 (**[informacja chroniona]**);
 - **[informacja chroniona]**, k. 4580-4582;
 - **[informacja chroniona]**, k. 1918.

(83) W tym czasie również Veolia Warszawa kontynuowała analizy dotyczące realizacji Projektu Jagoda i jego wpływu na dzielnicę Ursus. We wspólnej prezentacji stworzonej przez Veolia Warszawa, Veolia Polska i Cleveren z 14 stycznia 2014 r. pn. „Plan rozwoju systemu ciepłowniczego Dalkii w Ursusie” wskazywano na potrzebę budowy elektrociepłowni w dzielnicy Ursus. Potrzeba ta miała wynikać przede wszystkim z: (i) zapotrzebowania dzielnicy Ursus na ciepło, szacowanego na ok. **[informacja chroniona]** MWt (z uwzględnieniem podłączenia mieszkańców Skoroszy, likwidacji indywidualnych kotłów gazowych Veolii Warszawa, zasilenia nowych osiedli mieszkaniowych); (ii) konieczności zapewnienia bezpieczeństwa produkcji ciepła dla osiedla Niedźwiadek, zagrożonego w związku ze złą sytuacją finansową dotychczas działającego na tym obszarze źródła ciepła Energetyki Ursus oraz (iii) ułatwienia połączenia dzielnicy Ursus i okolic z miejską siecią ciepłowniczą. Jako korzyści z budowy nowego źródła ciepła dla dzielnicy Ursus w ww. prezentacji wskazywano: sprzyjanie rewitalizacji terenów przemysłowych w Ursusie, wspieranie budowy nowych osiedli mieszkaniowych i ich podłączenia do miejskiej sieci ciepłowniczej zgodnie z planami rozwojowymi dzielnicy, przyłączenie budynków zasilanych z osiedlowych i lokalnych kotłowni do sieci ciepłowniczej, zwiększenie bezpieczeństwa dostaw ciepła i ciepłej wody użytkowej dla dotychczasowych odbiorców, istotne ograniczenie emisji zanieczyszczeń

(głównie CO₂ i pyłów) w przypadku likwidacji lokalnych źródeł opalanych węglem oraz obniżenie rachunków za ciepło.

Dowód: [informacja chroniona], k. 1690-1698 ([informacja chroniona]).

- (84) Mimo powyższych działań, w dniu 22 stycznia 2014 r. PGNiG Termika i Veolia Warszawa podpisały kolejną Umowę o Zachowaniu Poufności z 2014 r., określającą ramy prowadzonych rozmów między spółkami. W jej treści wskazano, że strony rozważają „wspólną realizację projektów inwestycyjnych związanych z budową nowych mocy wytwórczych oraz z rozwojem sieci ciepłowniczych w Warszawie i Pruszkowie”. W szczególności na projekty te miały się składać „budowa i eksploatacja wspólnego źródła kogeneracyjnego z wykorzystaniem spółki celowej” oraz „połączenie warszawskiego systemu ciepłowniczego z pruszkowskim systemem ciepłowniczym”.

Dowód: [informacja chroniona], k. 1036-1047.

- (85) W dniu 28 stycznia 2014 r., kilka dni po podpisaniu ww. umowy, przedstawiciele Veolii Warszawa poinformowali PGNiG Termika o zamiarze samodzielnej realizacji Projektu Jagoda, tj. budowy nowego źródła ciepła w Ursusie. W konsekwencji rozmowy i negocjacje między spółkami zostały zawieszono. W reakcji na powyższą informację PGNiG Termika przystąpiła do intensywnej realizacji planu polegającego na zwiększeniu wielkości sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych. W kwietniu 2014 r. PGNiG Termika ogłosiła publicznie, że celem spółki jest sprzedaż 1000 MW do odbiorców końcowych w 2020 r. Veolia Warszawa dostrzegła powyższe działania PGNiG Termika, a także zdawała sobie sprawę z ich celu. W wewnętrznej korespondencji przedstawiciele Veolii Polska, Prezes Zarządu Veolii Polska wskazywał: „Sprzedaż ciepła według zasady TPA w Warszawie rozwija się, ponieważ jest to jeden ze środków używanych przez PGNiG Termika, aby zmusić nas do wstrzymania projektu Jagoda (Cykl łączony w budowie)”.

Dowód:

- postanowienia Prezesa Urzędu z 29 kwietnia 2020 r. [informacja chroniona], k. 6726;
- [informacja chroniona], k. 1973 ([informacja chroniona]);
- postanowienia Prezesa Urzędu z 29 kwietnia 2020 r. [informacja chroniona], k. 6698 ([informacja chroniona]);
- postanowienia Prezesa Urzędu z 29 kwietnia 2020 r. [informacja chroniona], k. 6707 ([informacja chroniona]).

- (86) Dodatkowo w dniu 15 kwietnia 2014 r. PGNiG Termika przedłożyła do zatwierdzenia Prezesowi URE nowy wniosek taryfowy ze zmienioną strukturą taryfy, poprzez zmniejszenie opłat stałych i zwiększenie opłat zmiennych. Ostatecznie nowa taryfa PGNiG Termika weszła w życie 1 sierpnia 2014 r. i w stosunku do poprzednio obowiązującej taryfy przewidywała

zmniejszenie opłaty stałej w podstawowych źródłach ciepła, pracujących przez cały rok tj. elektrociepłowniach Siekierki i Żerań o odpowiednio ok. 46,4% i 49,9% oraz wzrost opłaty zmiennej o ok. 16 % [pkt (50)].

- Dowód:
- [informacja chroniona], k. 5077 ([informacja chroniona]);
 - [informacja chroniona], k. 7512 ([informacja chroniona]).

(87) W dniu 18 kwietnia 2014 r. p. [informacja chroniona] (PGNiG Termika) zwrócił się e-mailem do członków zarządu PGNiG Termika, w którym skrytykował dotychczasowe działania PGNiG Termika w relacjach z Veolią Warszawa. Wskazał mianowicie, że działania zarządu spółki skierowane są głównie na spowodowanie zmniejszenia przychodów i dochodów Veolii Warszawa, z czym nie wiąże się perspektywa zwiększenia przychodów PGNiG Termika, i które nie przekładają się na jakiegokolwiek zabezpieczenie interesów spółki w kontekście projektu budowy konkurencyjnego źródła ciepła. W konsekwencji powyższego wskazał, że „*brak koncepcji rozwiązania problemu w Ursusie*” stanowi jeden z „*krytycznych problemów*” PGNiG Termiki.

- Dowód: [informacja chroniona], k. 3680 ([informacja chroniona]).

4.3. Pierwszy projekt Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego

(88) Zmiana w relacjach PGNiG Termika i Veolia Warszawa nastąpiła w związku z ogłoszeniem upadłości Energetyki Ursus, a także zmianami na stanowiskach prezesów zarządu spółek, tj. powołaniem w dniu 26 czerwca 2014 r. p. Jacky’ego Lacombe’a na Prezesa Zarządu Veolia Warszawa oraz w dniu 25 września 2014 r. p. Marka Deca na Prezesa Zarządu PGNiG Termika. W szczególności w wewnętrznych dokumentach PGNiG Termika odnotowano „*początek kadencji nowego Prezesa Zarządu Dalkia Warszawa S.A. i powrót do rozmów o współpracy z Termika*”, natomiast w wewnętrznych dokumentach Veolii Warszawa wskazywano, że „*Początek współpracy został ułatwiony w związku z faktem, iż w październiku 2014 r. Prezes PGNiG Termika został zmieniony, Pan [informacja chroniona] został zastąpiony Panem Decem*”.

- Dowód:
- [informacja chroniona], k. 1973 ([informacja chroniona]);
 - postanowienie Prezesa Urzędu z 29 kwietnia 2020 r., [informacja chroniona], k. 6556 [informacja chroniona], k. 6708 ([informacja chroniona]);
 - [informacja chroniona], k. 1843 ([informacja chroniona]);
 - [informacja chroniona], k. 1849 ([informacja chroniona]).

(89) Upadłość likwidacyjna Energetyki Ursus została ogłoszona postanowieniem Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy z dnia 3 kwietnia 2014 r. Energetyka Ursus prowadziła

działalność gospodarczą polegającą na wytwarzaniu, dostawie i sprzedaży ciepła. W skład majątku spółki wchodziła elektrociepłownia oraz sieć ciepłownicza. Wyprodukowane przez Energetykę Ursus ciepło, o łącznej mocy ok. 25 MW, było sprzedawane na terenie dzielnicy Ursus, głównie do podmiotów przemysłowych, a także do ponad 130 budynków mieszkalnych (głównie mieszkańców osiedla Niedźwiadek) oraz budynków użyteczności publicznej.

- Dowód:**
- [informacja chroniona], k. 4598;
 - [informacja chroniona], k. 4600 ([informacja chroniona]);
 - [informacja chroniona], k. 4104 ([informacja chroniona]).

(90) Majątek spółki był zarządzany przez Syndyka, który prowadząc zadania powierzone mu w zakresie likwidacji, miał poszukiwać potencjalnych podmiotów zainteresowanych zakupem majątku zakładu.

(91) PGNiG Termika dostrzegała w upadłości Energetyki Ursus ryzyko pojawienia się nowego podmiotu świadczącego usługi wytwarzania ciepła na terenie Warszawy. W szczególności, spółka obawiała się, że w sytuacji przyłączenia sieci Energetyki Ursus do warszawskiej sieci ciepłowniczej nowy podmiot mógłby na podstawie zasady TPA korzystając z warszawskiej sieci ciepłowniczej Veolii Warszawa prowadzić sprzedaż ciepła bezpośrednio do odbiorców końcowych. Taki scenariusz oznaczałby zmniejszenie sprzedaży ciepła wyprodukowanego w należących do PGNiG Termika źródłach ciepła. Analizując różne warianty, tj. zmniejszenia produkcji ciepła w źródłach szczytowych lub źródłach podstawowych, PGNiG Termika szacowała obniżenie własnego zysku operacyjnego odpowiednio o [informacja chroniona] zł lub [informacja chroniona] zł netto.

- Dowód:**
- [informacja chroniona], k. 753 ([informacja chroniona]).

(92) W okresie od 15 kwietnia 2014 r. dochodziło do rozmów telefonicznych między przedstawicielami PGNiG Termika i Veolia Warszawa, w ramach których rozważano różne scenariusze działania spółek wobec upadłości Energetyki Ursus. W dniu 18 czerwca 2014 r. odbyło się również w tym temacie spotkanie między spółkami. W e-mailu podsumowującym przebieg spotkania p. [informacja chroniona] (Veolia Warszawa) przekazał p. [informacja chroniona] (Veolia Polska), że „[informacja chroniona] uważa, że obie strony Dalkia Warszawa i PGNiG Termika powinny powołać konsorcjum i nabyć EC Ursus [elektrociepłownię należąca do Energetyki Ursus – wyjaśnienie wł.], jeżeli Pan [informacja chroniona] [tj. Syndyk – wyjaśnienie wł.] jeżeli powiernik/ zarządca EC Ursus ogłosi przetarg na sprzedaż elektrociepłowni. Obawia się, że jeżeli będziemy się zwalczać, przetarg wygra ktoś inny. [informacja chroniona] [tj. Syndyk – wyjaśnienie wł.] powiedział mu, że pewien litewski operator jest zainteresowany nabyciem EC Ursus”.

- Dowód:**
- [informacja chroniona], k. 2015-2017;
 - postanowienie Prezesa Urzędu z 29 kwietnia 2020 r., [informacja chroniona], k. 6559, [informacja chroniona], k. 6715.

(93) W rezultacie powrotu do rozmów, w dniu 9 czerwca 2014 r. między PGNiG Termika a Veolią Warszawa został parafowany Pierwszy projekt porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego. W treści projektu porozumienia zostały wskazane obszary, w ramach których utworzone zostaną grupy robocze składające się z przedstawicieli spółek wysokiego szczebla w celu prowadzenia prac. Jako jeden z obszarów możliwej współpracy między PGNiG Termika a Veolia Warszawa wskazano: „(...) współpracę w zakresie połączenia warszawskiej sieci ciepłowniczej z siecią w Dzielnicy Ursus i z siecią w Pruszkowie również, przy założeniu, że planowana jest realizacja i eksploatacja parowo-gazowego bloku ciepłowniczego, którego budowę DALKIA Warszawa planuje w dzielnicy Ursus w Warszawie”.

- Dowód:**
- [informacja chroniona], k. 1838-1847 ([informacja chroniona]);
 - [informacja chroniona], k. 1848-1852 ([informacja chroniona]).

(94) Ostatecznie ww. porozumienie miało zostać podpisane po uzyskaniu akceptacji na szczeblu spółek matek każdej ze stron, aby zapobiec „hamowaniu” przyszłych, wspólnych inwestycji. W związku z tym 10 czerwca 2014 r. parafowany projekt porozumienia wraz z pismem przewodnim został przesłany do akceptacji PGNiG.

- Dowód:** [informacja chroniona], k. 1849 ([informacja chroniona]).

(95) Treść parafowanego Pierwszego projektu porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego została oceniona krytycznie przez PGNiG. Pan [informacja chroniona] (PGNiG) pismem z dnia 16 czerwca 2014 r. skierowanym do p. [informacja chroniona] (PGNiG Termika) wskazał, że plany rozwojowe Veolia Warszawa dotyczące budowy nowego źródła ciepła i połączenia lokalnego systemu ciepłowniczego w Ursusie z warszawską siecią ciepłowniczą będą miały „znaczący negatywny wpływ na wyniki finansowe PGNiG Termika” i są „zagrożeniem dla interesów PGNiG Termika”. W konsekwencji wskazał, że „krytyczne dla zapewnienia ochrony wartości spółki PGNiG Termika jest zaniechanie przez Dalkia Warszawa budowy BGP [bloku gazowo-parowego – wyjaśnienie wł.] w Ursusie”, a gdyby nie było to możliwe zabezpieczenie interesów PGNiG Termika poprzez gwarancję długoterminowego odbioru odpowiednio wysokich wolumenów ciepła zarówno w okresie grzewczym, jak i latem. PGNiG wskazał, że stosowne postanowienia w tym zakresie powinny zostać zawarte w finalnej wersji porozumienia z Veolią Warszawa.

- Dowód:** [informacja chroniona], k. 1852 ([informacja chroniona]).

(96) Na powyższe uwagi, pismem z dnia 27 czerwca 2014 r. p. [informacja chroniona] (PGNiG Termika) udzielił odpowiedzi, w której wyjaśnił „*mamy pełną świadomość negatywnych dla interesów Termika konsekwencji wynikających z realizacji ww. planów [Projekt Jagoda – wyjaśnienie wł.]*”. *Termika stale prowadzi działania blokujące proces budowy nowego źródła Dalkia (...)*”. Jednakże, z uwagi na to, że „*maleją szanse na skuteczne działania blokujące (...) Zarząd zdecydował się rozważyć możliwości współpracy z Dalkia*”. Jak wynika z wewnętrznej korespondencji pracowników PGNiG Termika w ówczesnym czasie uważano, że zablokowanie Projektu Jagoda poprzez samodzielne działania PGNiG Termika nie jest możliwe.

Dowód:

- [informacja chroniona], k. 4085;
- [informacja chroniona], k. 2203.

(97) Podczas posiedzenia Rady Nadzorczej PGNiG Termika w dniach 3 i 10 lipca 2014 r. przekazano informacje o czynnościach zarządu podjętych w okresie od sierpnia 2013 r. do dnia przedmiotowego posiedzenia w zakresie budowy elektrociepłowni w Ursusie. Jak wynika z projektu protokołu p. [informacja chroniona] (PGNiG Termika) wyraził opinię, że „*najkorzystniejszym rozwiązaniem byłoby zasilenie Ursusa ze źródeł PGNiG Termika S.A. Wybudowanie przez Dalkia Warszawa S.A. jednostki kogeneracyjnej w Ursusie spowoduje, że wytwarzane tam ciepło zostanie skierowane na rynek warszawski i doprowadzi bądź do odebrania Spółce klientów, bądź stanie się przeszkodą dla pozyskania nowych klientów na rozwijającym się rynku*”. Następnie jak wynika z treści podpisanej wersji protokołu p. [informacja chroniona] ówczesny Prezes Zarządu PGNiG Termika „*podkreślił, że nadrzędnym celem Zarządu jest blokowanie nowego źródła w Ursusie*”.

Dowód:

- [informacja chroniona], k. 2206 ([informacja chroniona]);
- [informacja chroniona], k. 2317 ([informacja chroniona]).

4.4. Drugi projekt Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego

(98) Z korespondencji e-mail wymienionej w dniu 18 września 2014 r. wynika, że spółki osiągnęły porozumienie co do rezygnacji Veolii Warszawa z budowy nowego źródła ciepła. Mianowicie przed konferencją prasową zaplanowaną na 19 września 2014 r. w elektrociepłowni Siekierki, na której miał zostać ogłoszony zamiar zawarcia Porozumienia o Partnerstwie Energetycznym, p. [informacja chroniona] (PGNiG Termika) zasugerował, aby p. Jacky Lacombe (Veolia Warszawa) powiedział na konferencji o „*zamrożeniu Jagody*”. W odpowiedzi na to p. Jacky Lacombe (Veolia Warszawa) wskazał „*[informacja chroniona], żeby nie robić sensacyjnej deklaracji przed treścią umowy uzgodnionej między nami, proponuję że dodatkowo dodam taki komunikat <PGNiG Termika S.A. i Dalkia Warszawa*

S.A. prowadzą aktualnie rozmowy w sprawie uzgodnienia zasad współpracy pomiędzy Dalkią Warszawa jako dystrybutorem ciepła oraz PGNiG Termika S.A. jako wytwórcą ciepła. Projekt nowej elektrociepłowni w Ursusie jest również przedmiotem tych rozmów. Więcej szczegółów podamy Państwu po zawarciu porozumienia>. Warto pokazać publicznie ze najpierw pracujemy potem przedstawiamy efekty rozmów”.

Dowód: [informacja chroniona], k. 2061.

- (99) W Veolii Polska z ostrożnością podchodzą do publicznego informowania o założeniach współpracy między PGNiG Termika i Veolia Warszawa. Kilka dni po odbyciu ww. konferencji prasowej Prezes Zarządu Veolii Polska p. [informacja chroniona] zwrócił się, w przesłanej do wiadomości Prezesa Zarządu Veolia Warszawa p. Jacky’ego Lacombe’a wiadomości z uwagą: „*Uważaj na komunikację, nie możemy powiedzieć, że dzielimy rynek pomiędzy podmiotem wytwarzającym i dystrybutorem, gdyż jest to wbrew zasadom konkurencji”.*

Dowód: postanowienie Prezesa Urzędu z 29 kwietnia 2020 r., [informacja chroniona], k. 6578, [informacja chroniona], k. 6727.

- (100) W tym okresie spółki rozpoczęły prace nad treścią porozumienia. Jak wynika z wiadomości e-mail z 23 października 2014 r. w tym zakresie doszło do spotkania, na którym Prezes Zarządu PGNiG Termika p. Marek Dec przekazał na ręce Prezesa Zarządu Veolii Warszawa p. Jacky’ego Lacombe’a projekt porozumienia.

Dowód: postanowienie Prezesa Urzędu z 29 kwietnia 2020 r., [informacja chroniona], k. 6584.

- (101) W dniu 30 października 2014 r. powstał Drugi projekt Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego między PGNiG Termika a Veolia Warszawa.

Dowód: [informacja chroniona], k. 771-781.

- (102) W pkt. 1 ww. projektu zatytułowanego „Preambuła – intencje stron” zawarto ppkt H dotyczący założeń współpracy o treści: „*Obie strony zamierzają skoncentrować się na rozwoju podstawowego przedmiotu swojej działalności, jakim dla PGNiG Termika jest produkcja ciepła i energii elektrycznej w Warszawie i w jej okolicach, a dla Dalkii Warszawa obrót i dystrybucja ciepła w Aglomeracji Warszawskiej”.*

- (103) W zakresie Projektu Jagoda w ww. projekcie zawarto postanowienie w pkt. 3.1.5 o treści: „*W związku ze zmianą obszarów podstawowego przedmiotu swojej działalności w obszarze Aglomeracji Warszawskiej zgodnie z zapisami (w pkt. H preambuły) Dalkia Warszawa oraz podmioty powiązane nie będą budować oraz wspierać budowy źródeł wytwórczych nie*

będących własnością PGNiG TERMIKA pracujących na potrzeby ciepła systemowego w aglomeracji warszawskiej”.

- (104) Natomiast w zakresie sprzedaży ciepła prowadzonej przez PGNiG Termika do odbiorców końcowych, w tym samym pkt. 3.1.5 ww. projektu wskazano: *„PGNiG Termika nie będzie podejmowała działań związanych z aktywnym pozyskiwaniem odbiorców w grupie OKW. Jednocześnie strony uzgodniły, że Umowa Przesyłowa zostanie rozwiązana za porozumieniem stron do końca 2016 roku i do tego czasu Strony zobowiązują się do wykonywania Umowy Przesyłowej w zakresie niezbędnym dla zapewnienia dostaw ciepła dotychczasowym odbiorcom każdej ze Stron. Rozwiązanie umowy nie może wpływać negatywnie na świadczenie usług dla obecnych klientów obu Stron porozumienia. PGNiG TERMIKA zobowiązuje się do poinformowania klientów o jej rozwiązaniu i konsekwencjach z tego wynikających. Zawarcie porozumienia o rozwiązaniu Umowy Przesyłowej nastąpi w dniu przeniesienia praw do pozwolenia na budowę projektu budowy nowego źródła w Warszawie na PGNiG TERMIKA lub wycofaniu wszelkich wniosków niezbędnych do pozyskania ww. pozwolenia”.*
- (105) Dodatkowo w pkt. 3.1.3 ww. projektu zawarto postanowienie dotyczące taryf, zgodnie z którym: *„Strony, mając na uwadze ochronę interesów odbiorców przed nieuzasadnionym poziomem cen i stawek opłat określonych taryfami przedsiębiorstw ciepłowniczych, będą konsultować strukturę swoich taryf, ograniczając obciążanie odbiorcy z tytułu opłat zmiennych w sposób analogiczny do taryf obowiązujących w I połowie 2014 r. W tym celu, Strony powołają grupę konsultacyjną, która do dnia 30 kwietnia każdego roku, uzgodni ostateczną strukturę taryf. Uzgodnienie ostatecznej struktury taryf, powinno ograniczyć koszty ponoszone przez odbiorców końcowych. Strony będą informować się o wszelkich zmianach w taryfach przedstawionych Prezesowi URE”.*
- (106) W wiadomości e-mail z 30 października 2014 r. p. **[informacja chroniona]** (Veolia Warszawa) przekazał pracownikom treść Drugiego projektu Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego wskazując, że z treści jego warunków wynika, że *„Dalkia Warszawa: przekaze prawa do pozwolenia na budowę źródła Jagoda do PT lub wycofa wniosek o pozwolenie na budowę”.* Natomiast w zakresie zobowiązań PGNiG Termika wyjaśnił, że *„1. PT zawrze z DW [Dalkia Warszawa S.A., później pod firmą Veolia Warszawa – wyjaśnienie wł.] porozumienie o rozwiązaniu Umowy Przesyłowej z dniem 31.12.2016; 2. PT poinformuje klientów TPA o skutkach rozwiązania umowy 3. Do czasu obowiązywania Umowy Przesyłowej Strony zobowiązują się do jej wykonywania tylko w zakresie niezbędnym dla zapewnienia dostaw ciepła dotychczasowym odbiorcom”.*

Dowód: postanowienie Prezesa Urzędu z 11 marca 2019 r., **[informacja chroniona]**, k. 20.

(107) W tożsamy sposób warunki Drugiego projektu Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego były interpretowane przez pracowników PGNiG Termika. Mianowicie w wiadomości e-mail z 29 października 2014 r. p. **[informacja chroniona]** (PGNiG Termika) wskazał: „(...) *Dalkia upiera się (a nasz prezes się zgadza) żeby zrezygnować z umowy przesyłowej.*(...) *Oczywiście będę jeszcze przekonywał prezesa że umowa jest nam potrzebna do chwili rozwiązania naszych dotychczasowych umów. Mamy z tego przygotować wspólny plan działania i komunikacji w temacie: Zamknięcia projektu Jagoda, wyjścia PT z OKW*”. W odpowiedzi na powyższego e-maila p. **[informacja chroniona]** (PGNiG Termika) tego samego dnia odpowiedział „*Gratuluje rezygnacji z umowy przesyłowej i komunikatu o wyjściu z OKW. (...) Klientów obecnych splawimy. [p. informacja chroniona] - [informacja chroniona] PGNiG Termika – wyjaśnienie wł.] da radę*”. W konsekwencji powyższego, PGNiG Termika obrała strategię, zgodnie z którą gdy zgłaszał się do niej odbiorca końcowy w sprawie dostaw ciepła, spółka przedstawiała mu wzór umowy, której warunki nie podlegały negocjacom. Natomiast w przypadku odbiorców nabywających ciepło w drodze przetargów publicznych, PGNiG Termika nie przystępowała do przetargów.

Dowód: – **[informacja chroniona]**, k. 760;
– **[informacja chroniona]**, k. 4478 (**[informacja chroniona]**).

(108) Kwestia rozwiązania umowy przesyłowej była istotna dla zaniechania przez PGNiG Termika sprzedaży do odbiorców końcowych. Umowa ta stanowiła bowiem podstawę do korzystania przez PGNiG Termika z należącej do Veolii Warszawa sieci ciepłowniczej i tym samym pozwalała na prowadzenie przez PGNiG Termika konkurencyjnej wobec Veolii Warszawa sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych. W związku z tym rozwiązanie umowy przesyłowej wzmocniałoby uzgodnienie, zgodnie z którym to wyłącznie Veolia Warszawa miała zajmować się sprzedażą do odbiorców końcowych.

(109) Dodatkowo w dniu 30 października 2014 r. p. **[informacja chroniona]** (Veolia Warszawa) zwrócił się do p. **[informacja chroniona]** (PGNiG Termika) z prośbą o wyjaśnienie, czy sformułowanie „*PT nie będzie aktywnie pozyskiwać klientów, oznacza że nie będzie brać udziału w przetargach*”, na co p. **[informacja chroniona]** udzielił odpowiedzi twierdzącej.

Dowód: – **[informacja chroniona]**, k. 782.

(110) PGNiG Termika, jeszcze przed podpisaniem ostatecznej wersji porozumienia, przystąpiła do realizacji warunków porozumienia dotyczących ograniczania sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych. W dniu 4 listopada 2014 r. odbyło się posiedzenie zarządu PGNiG Termika, na którym „(...) *zarząd polecił Zespołowi Rynku Ciepła dokończenie rozpoczętych przetargów i trwających uzgodnień. Jednocześnie prezes zwrócił się do pana [informacja chroniona] – [informacja chroniona] z prośbą o zaniechanie działań dotyczących OKW*”.

- Dowód:** – [informacja chroniona], k. 768;
– [informacja chroniona], k. 4856 ([informacja chroniona]).

(111) Powyższe zalecenie zostało zrealizowane, o czym świadczy e-mail pracownika PGNiG Termika, zawierający prośbę o wskazanie czy spółka będzie odpowiadać na zapytanie ofertowe na dostawę ciepła skierowane w dniu 6 listopada 2014 r. przez [informacja chroniona]. Pan [informacja chroniona] (PGNiG Termika) odpowiedział „*Tematy związane z OKW będą dyskutowane w przyszły piątek na posiedzeniu zarządu. Do tego czasu proszę się wstrzymać z ofertowaniem do tej grupy odbiorców*”.

Dowód: [informacja chroniona], k. 769-770.

(112) W czasie gdy ww. warunki porozumienia były wprowadzane w życie przez PGNiG Termika, treść Drugiego projektu Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego została poddana analizie przez pracowników PGNiG pod kątem m.in. potencjalnego ryzyka antymonopolowego. We wnioskach z tej analizy wskazano, że „*Porozumienie budzi nasze pewne obawy na gruncie ochrony konkurencji. W naszej ocenie istnieje ryzyko, iż umowa w obecnym kształcie - jako porozumienie antykonkurencyjne - może być uznana za nieważną*”. W konsekwencji zasugerowano, aby „*wszystkie działania planowane do podjęcia wspólnie odwoływały się do <interesu odbiorców>. W oparciu o ten interes można również ograniczyć możliwość przyłączania innych producentów - bo koszty u dotychczasowych będą musiały być rozłożone na mniejszy wolumen i odbiorcy zapłacą wyższą cenę*”. Wyniki powyższej analizy p. [informacja chroniona] (PGNiG) przekazała do p. [informacja chroniona] (PGNiG Termika).

- Dowód:** – [informacja chroniona], k. 3792-3793;
– [informacja chroniona], k. 3794-3795.

4.5. Porozumienie w sprawie Partnerstwa Energetycznego

(113) W dniu 13 listopada 2014 r. pomiędzy PGNiG Termika a Veolią Warszawa została podpisana ostateczna wersja Porozumienia w Sprawie Partnerstwa Energetycznego.

Dowód: [informacja chroniona], k. 597-602.

(114) W związku ze zgłaszanymi przez PGNiG uwagami, z ostatecznej wersji porozumienia zmodyfikowano postanowienia zawarte w Drugim projekcie porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego. Mianowicie punkt H preambuły Porozumienia w Sprawie Partnerstwa Energetycznego został przeformułowany na: „*Obie strony zmierzają optymalizować [poprzednio w projekcie – „zamierzają skoncentrować się na”] podstawowy przedmiot swojej dotychczasowej działalności, jakim dla PGNiG Termika jest produkcja ciepła i energii elektrycznej w Warszawie i w jej okolicach, a dla Dalkii Warszawa obrót i*

dystrybucja ciepła w Warszawie i jej okolicach”. Postanowienie dotyczące zaniechania przez Veolię Warszawa Projektu Jagoda został usunięty [poprzednio w projekcie w pkt. 3.1.5. zapisano – „Dalkia Warszawa oraz podmioty powiązane nie będzie budować oraz wspierać budowy źródeł wytwórczych nie będących własnością PGNiG TERMIKA pracujących na potrzeby ciepła systemowego w aglomeracji warszawskiej”]. Usunięto również postanowienie dotyczące zaniechania przez PGNiG Termika prowadzenia sprzedaży ciepła na rzecz odbiorców końcowych [poprzednio w projekcie w pkt. 3.1.5. zapisano – „PGNiG Termika nie będzie podejmowała działań związanych z aktywnym pozyskiwaniem odbiorców w grupie OKW. Jednocześnie strony uzgodniły, że Umowa Przesyłowa zostanie rozwiązana za porozumieniem stron do końca 2016 roku”].

- (115) Natomiast w zakresie taryf, zmieniono pkt 3.1.3 Drugiego projektu porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego, który w ostatecznie podpisanej wersji otrzymał brzmienie: „Strony, mając na uwadze ochronę interesów odbiorców przed nieuzasadnionym poziomem cen i stawek opłat określonych taryfami przedsiębiorstw ciepłowniczych, będą informowały się [poprzednio w projekcie – „będą konsultować”] o strukturze swoich taryf każdorazowo przed złożeniem wniosków taryfowych do Prezesa URE. Strony będą informować się o wszelkich zmianach w taryfach zatwierdzonych [poprzednio w projekcie – „przedstawionych”] przez Prezesa URE”. Dodatkowo z ww. postanowienia wykreślono również postanowienie zobowiązujące strony do zmiany taryf w sposób analogiczny do taryf obowiązujących w I połowie 2014 r., a także do powołania grupy konsultacyjnej, która do dnia 30 kwietnia każdego roku, uzgodni ostateczną strukturę taryf.

4.5.1. Projekt Accord

- (116) Po podpisaniu Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego w celu jego realizacji PGNiG Termika i Veolia Warszawa stworzyły zorganizowany system współpracy między spółkami, nazwany Projektem Accord. Jak wynika z korespondencji e-mail koordynatorów projektu p. [informacja chroniona] (PGNiG Termika) i p. [informacja chroniona] (Veolia Warszawa), pierwotnie projekt miał nosić nazwę „Calumet” (fr. Fajka pokoju), jednak p. [informacja chroniona] zwrócił uwagę na potrzebę zmiany nazwy, wskazując: „Jeżeli chodzi o nazwę, to calumet (fajka pokoju) mi się podoba, ale ze względu na to, że media i inni mogą w przyszłości <drążyć>, lepiej aby nazwa była neutralna. Może ACCORD czyli z ang. Porozumienie, zgoda, współdziałanie”. Pan [informacja chroniona] przystał na powyższą propozycję.

Dowód: [informacja chroniona], k. 1031.

(117) W ramach projektu Accord zostały powołane zespoły. Każdy zespół (strumień) składał się z kilku pracowników spółki PGNiG Termika i spółki Veolia Warszawa oraz miał przypisany określony obszar współpracy. Stworzonych zostało 11 strumieni odpowiedzialnych za projekty o nazwie: „01. Analiza dotychczasowych działań stron”, „02. Wieloletnia umowa Sprzedaży Ciepła”, „03. Optymalizacja oferty dla odbiorców ciepła systemowego”, „04. Umowa ERO”, „05. Umowa Przesyłowa”, „06. Plany rozwoju”, „07. Przeciwdziałanie ubytkom wody sieciowej”, „08. Spalarnia odpadów”, „09. Rozbudowa i optymalizacja WSC”, „10. Optymalizacja zasilania ciepłem systemowym obszarów Pruszkowa i Międzyzlesia”, „11. Energetyka Ursus”. Spotkania w ramach strumieni odbywały się co tydzień w środę.

Dowód:

- [informacja chroniona], k. 4484-4485 ([informacja chroniona]);
- [informacja chroniona], k. 1065;
- [informacja chroniona], k. 1031.

(118) Poza spotkaniami w ramach strumieni, dochodziło również do spotkań Komitetu Sterującego, między członkami zarządów i pracownikami wyższego szczebla PGNiG Termika i Veolia Warszawa, które odbywały się w każdy ostatni czwartek miesiąca. Dodatkowo odbywano spotkania w ramach Komitetu Wykonawczego, uczestniczyli w nich wyłącznie członkowie zarządów PGNiG Termika i Veolia Warszawa, spotkania te nie miały ustalonej z góry częstotliwości.

Dowód:

- [informacja chroniona], k. 2063;
- [informacja chroniona], k. 1049 ([informacja chroniona]);
- [informacja chroniona], k. 825-830;
- [informacja chroniona], k. 4484 ([informacja chroniona]).

(119) W ramach tworzenia reguł wzajemnej współpracy spółek w Programie Accord, na wewnętrznym spotkaniu 16 stycznia 2015 r. kierownictwo Veolia Warszawa omawiało sposób komunikacji z PGNiG Termika. Między innymi rozważano, jakie systemy informatyczne mogą być wykorzystywane do wymiany informacji: „Wymiana informacji nie jest jasna. Platforma <Share Point> stanowi rozwiązanie oparte na serwerze PT. Najlepszym rozwiązaniem będzie zidentyfikowanie zabezpieczonej wspólnej platformy, która będzie mogła być wykorzystywana przez obie spółki”. Dodatkowo na ww. spotkaniu przyjęto, że kancelaria prawna „wyda krótkie wytyczne dotyczące wrażliwych informacji z perspektywy konkurencji. Dodanie skróconej informacji: wskazanie pozycji <nie mów o XX – lepiej używać YY>”.

Dowód: postanowienie Prezesa Urzędu z 29 kwietnia 2020 r., [informacja chroniona], k. 6716 ([informacja chroniona]).

4.5.2. Działania stron na szczeblu wytwarzania ciepła

4.5.2.1. Odstąpienie przez Veolię Warszawa od inwestycji w nowe źródło ciepła

(120) W dniu 14 listopada 2014 r., a więc dzień po podpisaniu Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego p. Jacky Lacombe (Veolia Warszawa) wysłał wiadomość e-mail do p. Marka Deca (PGNiG Termika) o treści: „*[t]ak jak uzgodniliśmy, przesyłam Panu kopie dokumentów, które wysłaliśmy do organów odpowiedzialnych, dotyczące decyzji wstrzymania wniosku o pozwolenie na wybudowanie bloku gazowego w Ursusie*”. W załączeniu do ww. wiadomości e-mail przekazane zostały pisma spółki Cleveren (odpowiedzialnej za realizację Projektu Jagoda) datowane na 13 listopada 2014 r., skierowane do Prezydenta m. st. Warszawy – Biura Architektury i Planowania Przestrzennego oraz do Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Warszawie z wnioskiem o zawieszenie postępowania dotyczącego budowy elektrociepłowni w dzielnicy Ursus. Następnie ww. korespondencję p. Marek Dec (PGNiG Termika) przekazał do pracowników z komentarzem: „*Jednak dotrzymują słowa*”. Powyższa wiadomość została skomentowana przez p. **[informacja chroniona]** (PGNiG Termika): „*Pierwsze koty za płoty*”. Proces wstrzymania planów budowy nowego źródła ciepła przez Veolię Warszawa miał zostać zakończony do marca 2015 r.

- Dowód:**
- postanowienie Prezesa Urzędu z 11 marca 2019 r., **[informacja chroniona]**, k. 16;
 - **[informacja chroniona]**, k. 1868;
 - postanowienie Prezesa Urzędu z 11 marca 2019 r., **[informacja chroniona]**, k. 21-22.

(121) W dniu 20 marca 2015 r. p. Jacky Lacombe (Veolia Warszawa) wysłał wiadomość e-mail do p. **[informacja chroniona]** (PGNiG Termika) oraz p. Marka Deca (PGNiG Termika) o treści: „*Jak sygnalizowałem, jestem w tej chwili pod pewną presją w związku z zarekomendowaniem przeze mnie naszemu akcjonariuszowi zawieszenia projektu elektrociepłowni w Ursusie w zamian za współpracę z PGNiG Termika, która miała pozwolić na skompensowanie wyników przewidzianych w biznesplanie tego projektu. Wskazałem akcjonariuszowi, że współpraca doprowadzi pod koniec marca 2015, do zawarcia porozumienia określającego konkretne działania typu win/win dla naszych obu spółek*”.

- Dowód:** **[informacja chroniona]**, k. 738-739.

(122) W czasie, gdy Veolia Warszawa odstąpiła od planu realizacji Projektu Jagoda, powiązana z nią spółka Cleveren, odpowiedzialna za prace przygotowawcze związane z budową źródła ciepła posiadała już m.in.:

- a) nabyte prawa do nieruchomości pod budowę elektrociepłowni (18 kwietnia 2012 r.) oraz gazociągu (17 grudnia 2013 r.),
- b) zakupioną turbinę parową do elektrociepłowni (21 grudnia 2012 r.) oraz umowę na jej dostawę do Polski (z 17 grudnia 2013 r.),
- c) pozytywne opinie Urzędu Lotnictwa Cywilnego (z 27 kwietnia 2012 r.) oraz Szefostwa Służby Ruchu Lotniczego Sił Zbrojnych (z 18 lutego 2013 r.) dotyczące lokalizacji elektrociepłowni,
- d) wydane warunki techniczne przyłączenia elektrociepłowni do warszawskiej sieci ciepłowniczej (z 12 lutego 2013 r.),
- e) opinię Polskich Kolei Państwowych dotyczącą uzgodnienia trasy sieci gazociągu w skrzyżowaniu z torami kolejowymi (z 23 kwietnia 2014 r.),
- f) decyzje o środowiskowych uwarunkowaniach dla trasy gazociągu wydaną przez Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Warszawie (z 27 czerwca 2014 r.),
- g) decyzję Prezydenta m.st. Warszawy o pozwoleniu na budowę sieci wodociągowej (z 1 sierpnia 2014 r.),
- h) złożony wniosek do Prezydenta m.st. Warszawy o pozwolenie na budowę dla elektrociepłowni (z 22 września 2014 r.),
- i) decyzję środowiskową wydaną przez Prezydenta m.st. Warszawy dla budowy elektrociepłowni (wydaną 26 września 2013 r.),
- j) decyzję Wojewody Mazowieckiego o ustaleniu lokalizacji gazociągu (27 października 2014.).

Dowód:

- [informacja chroniona], k. 4109-4111 ([informacja chroniona]);
- [informacja chroniona], k. 1663 ([informacja chroniona]).

(123) Szczególnie istotne spośród wyżej wymienionych czynności było wydanie w dniu 12 lutego 2013 r. przez dystrybutora, tj. Veolię Warszawa, warunków przyłączenia elektrociepłowni do warszawskiej sieci ciepłowniczej. Warunki przyłączenia wydawane są bowiem tylko wówczas, jeżeli źródło mające zostać przyłączone do sieci spełnia łącznie kryteria określone w § 14 pkt 4 Rozporządzenia Ministra Gospodarki z 15 stycznia 2007 r. w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemów ciepłowniczych (Dz.U. z 2007 r., Nr 16, poz. 92), tj. (i) istnieją techniczne możliwości przesyłania istniejącą siecią ciepłowniczą zamówionej mocy cieplnej i ilości ciepła, bez pogorszenia niezawodności i zakresu dostarczania ciepła odbiorcom eksploatującym instalacje odbiorcze przyłączone do tej sieci;

(ii) istnieją układy pomiarowo-rozliczeniowe umożliwiające określenie ilości ciepła dostarczanego ze źródła ciepła i odbieranego z sieci ciepłowniczej; (iii) zapewnione jest zabezpieczenie sieci ciepłowniczej przed pogorszeniem parametrów i jakości nośnika ciepła w tej sieci oraz dotrzymanie uzgodnionych standardów jakościowych obsługi odbiorców eksploatujących instalacje odbiorcze przyłączone do tej sieci; (iv) świadczenie usług przesyłowych nie będzie powodowało wzrostu opłat za dostarczanie ciepła, ponoszonych przez innych odbiorców eksploatujących instalacje odbiorcze przyłączone do tej sieci.

Dowód: [informacja chroniona], k. 7105-7106 ([informacja chroniona]).

- (124) Dodatkowo należy wskazać, że przedsiębiorstwo planujące budowę nowego źródła ciepła może nie uzyskać warunków przyłączenia, gdyby nowe źródło wytwórcze stanowiło zagrożenie dla pracy podłączonych już do tej sieci i pracujących na tę sieć źródeł, czyli w przedmiotowej sprawie źródeł PGNiG Termika. Ocena bezpieczeństwa i konkurencyjność dostaw ciepła wymaga wykonania przez dystrybutora analiz aktualnej nadwyżki mocy w danej sieci i możliwości wyprowadzenia mocy cieplnej z nowego źródła do sieci. W sytuacji zagrożenia dla bezpieczeństwa dostaw ciepła z innych źródeł, właściciel sieci miałby prawo odmówić wydania warunków przyłączenia. Tym samym, wydanie przez Veolię Warszawa warunków przyłączenia dla Projektu Jagoda oznaczało, że w ocenie tej spółki nie istniało zagrożenie dla pracy podłączonych do warszawskiej sieci ciepłowniczej źródeł ciepła PGNiG Termika.

Dowód: [informacja chroniona], k. 7106-7107 ([informacja chroniona]).

- (125) Decyzja Veolii Warszawa o odstąpieniu od planów budowy nowego źródła ciepła była ściśle związana z faktem podjęcia współpracy z PGNiG Termika i oczekiwania co do zaniechania prowadzenia sprzedaży przez tę spółkę do odbiorców końcowych. Powyższe potwierdza treść protokołu posiedzenia Rady Nadzorczej Veolii Warszawa, w którym wpisano: „*zakup turbiny był projektem warszawskim, związanym z planowaną w Warszawie inwestycją. (...) w celu poprawy współpracy z głównym partnerem biznesowym, koniecznym była modyfikacja wcześniejszych planów*”. Powyższy wniosek wynika również z przygotowanej dla Veolii Warszawa prezentacji „Analiza potrzeb interesariuszy Podsumowanie”, w której jako oczekiwanie PGNiG Termika względem Veolii Warszawa wskazano „*wstrzymanie projektu Jagoda*”, a w odniesieniu do tego oczekiwania dopisano „*oczekiwanie Dalkia Warszawa: wstrzymanie TPA*”.

Dowód:

- postanowienie Prezesa Urzędu z 11 marca 2019 r., [informacja chroniona], k. 17-19;
- postanowienie Prezesa Urzędu z 11 marca 2019 r., [informacja chroniona], k. 25-26.

(126) Jak wynika z pisma z 5 stycznia 2016 r. Zarządu PGNiG Termika do Rady Nadzorczej PGNiG Termika rozwiązanie konfliktu w sprawie planowanej przez Veolię Warszawa budowy elektrociepłowni, stało się genezą podpisania przez PGNiG Termika z Veolią Warszawa w dniu 12 stycznia 2016 r. Umowy Marketingowej, tj. umowy o świadczenie usług w zakresie rozwoju rynku ciepła w Warszawie. Przedmiotem tej umowy było zapewnienie przez Veolię Warszawa rozwoju lokalnego rynku ciepła na terenie aglomeracji warszawskiej prowadzącego do zwiększenia zamówionej mocy cieplnej w źródłach PGNiG Termika oraz przyłączenia nowych obiektów końcowych do warszawskiej sieci ciepłowniczej, w szczególności poprzez przedsięwzięcia związane z marketingiem i rozwojem. W zamian za usługi Veolii Warszawa świadczone na rzecz rozwoju rynku ciepła ustalono, że PGNiG Termika miała wypłacać Veolii wynagrodzenie za dodatkowo zamówioną przez Veolię moc cieplną i ciepło według bilansu rocznego. **[informacja chroniona]**.

Dowód:

- **[informacja chroniona]**, k. 3842;
- **[informacja chroniona]**, k. 636-648;
- **[informacja chroniona]**, k. 3902.

(127) Niezależnie od powyższego, w dniu 24 listopada 2016 r. doszło do spotkania przedstawicieli PGNiG Termika i Veolia Warszawa, na którym Veolia Warszawa zwróciła się z ponowną inicjatywą wybudowania nowego źródła ciepła na terenie Ursusa. Veolia Warszawa szacowała bowiem, że **[informacja chroniona]**.

Dowód: – **[informacja chroniona]**, k. 2118 (**[informacja chroniona]**).

4.5.2.2. Zmniejszenie ryzyka przejścia znajdującej się w upadłości Energetyki Ursus

(128) Po podpisaniu Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego PGNiG Termika i Veolia Warszawa kontynuowały rozmowy dotyczące postępowania upadłościowego Energetyki Ursus. W szczególności na jednym ze spotkań Komitetu Sterującego w dniu 7 kwietnia 2015 r. ustalono, aby „uzgodnić przed końcem kwietnia czy należy złożyć ofertę zakupu EU w świetle ryzyka konkurencji”.

Dowód: **[informacja chroniona]**, k. 2087 (**[informacja chroniona]**).

(129) Jak wynika z informacji przygotowanych na planowane w dniu 20 maja 2015 r. posiedzenie Rady Nadzorczej PGNiG Termika, spółki ostatecznie uzgodniły, że nie będą uczestniczyć w przetargu na zakup majątku Energetyki Ursus. Dodatkowo z przekazanych informacji wynika, że Veolia Warszawa wypowiedziała wiążącą ją od 29 października 2007 r. z Energetyką Ursus umowę, na mocy której Energetyka Ursus sprzedawała i dostarczała ciepło do sieci ciepłowniczej Veolii Warszawa. Wspomniana umowa została wypowiedziana 2 kwietnia

2015 r., jednak z uwagi na obowiązujący strony roczny okres wypowiedzenia, umowa ostatecznie przestała obowiązywać w dniu 30 kwietnia 2016 r.

- Dowód:**
- [informacja chroniona], k. 2104 ([informacja chroniona]);
 - [informacja chroniona], k. 4106 ([informacja chroniona]).

(130) Jak wynika z wewnętrznej notatki przygotowanej przez Veolię Warszawa, w której analizowano wypowiedzenie ww. umowy, z finansowego punktu widzenia dla Veolii Warszawa nie miało istotnego znaczenia, czy osiedle Niedźwiadek będzie zasilane ze źródła Energetyki Ursus, czy poprzez warszawską sieć ciepłowniczą podłączoną do źródeł ciepła PGNiG Termika. Spółka dostrzegła jednak, że różnica ta ma znaczenie dla PGNiG Termika.

- Dowód:** postanowienie Prezesa Urzędu z 29 kwietnia 2020 r., [informacja chroniona], k. 6583 ([informacja chroniona]).

(131) Mimo powyższych ustaleń, PGNiG Termika i Veolia Warszawa nadal prowadziły uzgodnienia z Syndykiem, jak również pozostawały w kontakcie z przedstawicielami potencjalnych inwestorów m.in. [informacja chroniona]. w sprawie nabycia upadłego przedsiębiorstwa. Jak wynika z wewnętrznej korespondencji e-mail wymienionej przez pracowników PGNiG Termika, takie działania miały pozwolić na pozyskanie wiedzy o rzeczywistych inwestorach.

- Dowód:** [informacja chroniona], k. 2137.

(132) W dniu 21 sierpnia 2015 r. Syndyk ogłosił sprzedaż przedsiębiorstwa upadłej spółki. Sprzedaż przedsiębiorstwa miała nastąpić w formie przetargowo-aukcyjnej za cenę wywoławczą ok. 35,5 mln zł. W przetargu jednak żaden wykonawca nie złożył oferty. W związku z tym 7 marca 2016 r. Syndyk ponownie ogłosił przetarg. Tym razem sprzedaż miała nastąpić w trybie z wolnej ręki poprzez złożenie ofert pisemnych oraz uzupełniającą procedurę aukcyjną za cenę wywoławczą 24 mln zł. W wyniku drugiego postępowania przetargowego najkorzystniejszą i jedyną ofertę złożyło Przedsiębiorstwo Dochodzenia Roszczeń i Prowadzenia Egzekucji sp. z o.o. (dalej: „PDRiPE”).

- Dowód:** [informacja chroniona], k. 4102 ([informacja chroniona]).

(133) PGNiG Termika oraz Veolia Warszawa pomimo braku udziału w postępowaniu przetargowym, pozostawały zainteresowane nabyciem części majątku Energetyki Ursus w postaci sieci ciepłowniczej. Ostatecznie między PGNiG Termika a Veolią Warszawa doszło do uzgodnienia, że sieć ciepłownicza Energetyki Ursus zostanie zakupiona przez Veolię Warszawa, a PGNiG Termika poniesie z tego tytułu połowę kosztów ceny zakupu. W celu realizacji powyższego założenia, 8 kwietnia 2016 r. wewnątrz spółki PGNiG Termika zlecono

przygotowanie uzasadnienia kapitałowego dla zaangażowania się spółki w nabycie sieci ciepłowniczej Energetyki Ursus przez Veolię Warszawa.

- Dowód:**
- [informacja chroniona], k. 2111;
 - [informacja chroniona], k. 1052-1053 ([informacja chroniona]).

- (134) W przygotowanych dla Rady Nadzorczej i Zarządu PGNiG Termika informacji dotyczących zawarcia przedmiotowej umowy wskazano, że „*przylączenie Niedźwiadka było elementem zaniechanego przez VEW projektu Jagoda (budowa bloku gazowo-parowego w Ursusie)*”. Natomiast we wniosku do zarządu spółki o zgodę na współfinansowanie nabycia przez Veolię Warszawa sieci ciepłowniczej Energetyki Ursus dodatkowo wskazano „*zakłada się przylączenie do rynku warszawskiego dodatkowo odbiorców obecnie zasilanych przez Energetykę Ursus przy równoczesnej likwidacji obecnego źródła. Osiedle Niedźwiadek na dniach zostanie połączone z WSC. Do przejęcia pozostaną odbiorcy końcowi o łącznej mocy zmówionej [informacja chroniona] MW*”. Rozwiązanie to „*pozwoli mitygować ryzyko pojawienia się podmiotu obcego produkującego ciepło w tym rejonie miasta, przy finansowaniu na poziomie niższym niż mogą wynosić potencjalne straty spółki*”. Scenariusz, w którym Veolia Warszawa nie nabyłaby sieci Energetyki Ursus lub nabyłaby ją, lecz sieć ta byłaby zasilana miejscowo, w Ursusie, przez nowego wytwórcę ciepła, wiązałoby się dla PGNiG Termika z ryzykiem wejścia nowego wytwórcy na rynek. Z uwagi na powyższe względy rekomendowano zarządowi PGNiG Termika zawarcie z Veolia Warszawa porozumienia o realizacji Specjalnego Zadania Inwestycyjnego.

- Dowód:**
- [informacja chroniona], k. 711 ([informacja chroniona]);
 - [informacja chroniona], k. 732-735;
 - [informacja chroniona], k. 4472 ([informacja chroniona]).

- (135) W dniu 13 kwietnia 2016 r. zarząd PGNiG Termika podjął uchwałę, w której postanowił zawrzeć z Veolią Warszawa porozumienie o wspólnym przedsięwzięciu polegającym na realizacji Specjalnego Zadania Inwestycyjnego, tj. partycypowania w cenie nabycia sieci ciepłowniczych będących własnością Energetyka Ursus nie przekraczającej kwoty [informacja chroniona] zł netto. [informacja chroniona].

- Dowód:**
- [informacja chroniona], k. 731 ([informacja chroniona]);
 - [informacja chroniona], k. 3902.

- (136) W celu nabycia sieci ciepłowniczej Energetyki Ursus, Veolia Warszawa zawarła w dniu 29 kwietnia 2016 r. Warunkową Umowę Sprzedaży Sieci Ciepłowniczych z PDRiPE, na mocy której w przypadku nabycia przez PDRiPE przedsiębiorstwa Energetyki Ursus w wyniku przetargu, PDRiPE zobowiązana była do sprzedaży na rzecz Veolia Warszawa sieci ciepłowniczej Energetyki Ursus wraz z towarzyszącą infrastrukturą.

- Dowód:**
- [informacja chroniona], k. 4472 ([informacja chroniona]);
 - [informacja chroniona], k. 2154-2159.

(137) Ostatecznie 31 maja 2016 r. między Syndykiem a PDRiPE została podpisana umowa sprzedaży przedsiębiorstwa Energetyki Ursus.

- Dowód:**
- [informacja chroniona] k. 1053 ([informacja chroniona]);
 - [informacja chroniona], k. 2161-2173.

(138) W dniu 5 lipca 2016 r. między PGNiG Termika i Veolią Warszawa zawarto Porozumienie o realizacji Specjalnego Zadania Inwestycyjnego, na mocy którego Veolia Warszawa zobowiązała się nabyć sieć ciepłowniczą elektrociepłowni Energetyka Ursus w celu pozyskania dostępu do istniejących i nowych odbiorców ciepła. Dodatkowo w związku z nabyciem przez Veolię Warszawa sieci ciepłowniczej elektrociepłowni Energetyka Ursus, za przyłączenie dotychczasowych jej odbiorców do warszawskiej sieci ciepłowniczej, PGNiG Termika zobowiązała się wypłacić Veolii Warszawa jednorazowe wynagrodzenie w kwocie [informacja chroniona] zł, co stanowiło połowę kosztów nabycia majątku Energetyki Ursus.

- Dowód:** [informacja chroniona], k. 649-654.

(139) Veolia Warszawa zgodnie z uprzednio zwartą z PDRiPE warunkową umową nabyła część odcinków sieci ciepłowniczych Energetyki Ursus.

- Dowód:** [informacja chroniona], k. 4105 ([informacja chroniona]).

(140) W kwestii zaś źródła ciepła wchodzącego w skład majątku upadłej Energetyki Ursus należy wskazać, że przestało ono produkować ciepło z dniem 30 kwietnia 2016 r. Powyższe wynikało z upływu czasu na jaki została udzielona Energetyce Ursus koncesja na wytwarzanie ciepła, a także nakazu wydanego przez Prezesa URE, którym regulator zobowiązał Syndyka do prowadzenia działalności energetycznej w obszarze wytwarzania ciepła.

- Dowód:** [informacja chroniona], k. 4105-4106 ([informacja chroniona]).

4.5.3. Działania stron na szczeblu dostaw ciepła

4.5.3.1. Ograniczenia przez PGNiG Termika sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych

(141) Kilka dni po podpisaniu Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego 17 listopada 2014 r. p. [informacja chroniona] (PGNiG Termika) zwrócił się do p. [informacja chroniona] (Veolia Warszawa) o przekazanie prognoz mocy zamówionej przez Veolię Warszawa na kolejne lata grzewcze (2015/2016 oraz 2016/2017), wskazując przy tym, że:

„Moce powinny być zamówione przy założeniu ze OKW=0. W uzgodnieniu będziemy się posługiwać taką samą formułą jak przyjęta w porozumieniu zarządów (notatka)”.

Dowód: [informacja chroniona], k. 783.

- (142) Kwestia zaniechania sprzedaży ciepła przez PGNiG Termika do odbiorców ciepła, była omawiana w ramach Projektu Accord na spotkaniu strumienia 5 dotyczącego umowy przesyłowej łączącej Veolię Warszaw i PGNiG Termika. Jak wynika z notatki sporządzonej przez p. [informacja chroniona] (VEW), na spotkaniu tym poinformowano, że w ramach prac strumienia 5 „Dec [p. Marek Dec, Prezes Zarządu PGNiG Termika – wyjaśnienie wł.] deklarował, że nie będzie rozwijał TPA”.

Dowód: postanowienie Prezesa Urzędu z 11 marca 2019 r., [informacja chroniona], k. 27.

- (143) W dniu 28 lipca 2015 r. PGNiG Termika przygotowywała potencjalne pytania i odpowiedzi na potrzeby konferencji prasowej. Jedno z opracowywanych pytań dotyczyło ogłoszonych w kwietniu 2014 r. planów rozwoju PGNiG Termika i pozyskania do 2020 r. odbiorców końcowych ciepła na 1000 MW. Na powyższe pytanie spółka przygotowała odpowiedź: „Obecnie nie mamy planu rozwoju sprzedaży ciepła na zasadach TPA. Wychodzimy z założenia, że podmiotem odpowiedzialnym za pozyskiwanie odbiorców końcowych nie jest producent ciepła, którym jest PGNiG Termika, a dystrybutor ciepła, którym na terenie Warszawy jest Veolia Energia Warszawa”.

Dowód: – [informacja chroniona], k. 2105-2107.

- (144) Jak wynika z danych handlowych opracowanych przez Veolię Warszawa na posiedzenia Rady Nadzorczej, od listopada 2014 r., tj. miesiąca, w którym PGNiG Termika i Veolia Warszawa podpisały Porozumienie w sprawie Partnerstwa Energetycznego, następował systematyczny spadek sprzedaży ciepła przez PGNiG Termika do odbiorców końcowych z wielkości w listopadzie 2014 r. wynoszącej [informacja chroniona] MW, do stanu wynoszącego w lutym 2017 r. – [informacja chroniona] MW.

Dowód: – postanowienie Prezesa Urzędu z 11 marca 2019 r., [informacja chroniona], k. 102-103;
– postanowienie Prezesa Urzędu z 11 marca 2019 r., [informacja chroniona], k. 104-108;
– postanowienie Prezesa Urzędu z 11 marca 2019 r., [informacja chroniona], k. 109-113;
– postanowienie Prezesa Urzędu z 11 marca 2019 r., [informacja chroniona], k. 114-115;

- postanowienie Prezesa Urzędu z 11 marca 2019 r., [informacja chroniona], k. 116-118;
- postanowienie Prezesa Urzędu z 11 marca 2019 r., [informacja chroniona], k. 119-119a.

(145) Powyższe działania PGNiG Termika prowadziły do realizacji celu, jaki Veolia Warszawa wyznaczyła sobie we współpracy z tą spółką. Mianowicie jak wynika z wewnętrznej prezentacji przygotowanej przez Veolię Warszawa jednym z głównych założeń współpracy było: *„Zapewnienie pozycji dominującej Veolia Energia Warszawa na rynku dystrybucyjnym dzięki zrezygowaniu przez PGNiG Termika z realizacji strategii TPA – już ogłoszono i wdrożono”*.

Dowód: postanowienie Prezesa Urzędu z 29 kwietnia 2020 r., [informacja chroniona], k. 6730 ([informacja chroniona]).

(146) W rezultacie zaniechania przez PGNiG Termika prowadzenia sprzedaży do odbiorców końcowych p. Marek Dec (PGNiG Termika) zwrócił się w dniu 15 stycznia 2015 r. [informacja chroniona]. W uzasadnieniu powyższego wniosku wskazano, że *„Ze względu na zawarte porozumienie pomiędzy Dalkią Warszawa, a PGNiG Termika z dnia 13.11.2014 roku, strony uzgodniły, że w przyszłości Dalkia Warszawa odpowiedzialna będzie za optymalny rozwój dystrybucji i handel ciepłem na terenie Warszawy, natomiast PGNiG Termika odpowiadać będzie za optymalny rozwój produkcji ciepła. Oznacza to, iż PGNiG nie będzie rozwijał usługi OKW, a Dalkia (obecnie Veolia) nie będzie rozwijała projektów wytwórczych. (...) Zatem realizacji celu [informacja chroniona] byłby sprzeczny z przyjętą strategią i de facto długoterminowo szkodliwy dla PGNiG Termika. W razie dalszych pytań w tym zakresie (ze względu na poufność tematyki) proponuje spotkanie lub rozmowę telefoniczną”*. [informacja chroniona].

Dowód: – [informacja chroniona], k. 740;
 – [informacja chroniona], k. 754 ([informacja chroniona]);
 – [informacja chroniona], k. 791-810 ([informacja chroniona]);
 – [informacja chroniona], k. 4870-4881 ([informacja chroniona]).

(147) W styczniu 2015 r. między spółkami toczyły się rozmowy na temat rozwiązania łączącej je umowy przesyłowej, w szczególności dyskutowano nad znalezieniem *„właściwego sposobu prawnego na wstrzymanie realizacji/ unieważnienie umowy”*. Ostatecznie jednak nie doszło do jej rozwiązania. Powód odstąpienia od wcześniejszych zamierzeń wskazano w dokumencie z 9 kwietnia 2015 r. przygotowanym dla Rady Nadzorczej Veolii Warszawa: *„PGNiG Termika nie może zobowiązać się formalnie do <wstrzymania> swoich działań na zasadach TPA. Mogłoby to być potraktowane jako ograniczenie konkurencji rynkowej i <zmowa> między*

PGNiG T i VEW. Propozycja VEW dotyczy przekształcenia umowy przesyłowej w celu wprowadzenia dostosowania do istniejącej regulacji (Prawo energetyczne – koniec 2012 r.), co postawiłoby VEW w bardziej komfortowej sytuacji, gdy chodzi o implementację nowych połączeń <TPA>. Na dzień dzisiejszy rozmowy z PGNiG Termika na temat możliwości podpisania <nowej umowy> są jeszcze na wczesnym etapie zaawansowania. W rzeczywistości jednak po ogłoszeniu przez VEW zawieszenia projektu Jagoda, PGNiG T znacząco zredukowało liczbę klientów nominowanych z TPA do VEW, co jest krokiem we właściwym kierunku”.

- Dowód:**
- postanowienie Prezesa Urzędu z 29 kwietnia 2020 r., **[informacja chroniona]**, k. 6725;
 - postanowienie Prezesa Urzędu z 29 kwietnia 2020 r., **[informacja chroniona]**, k. 6719.

- (148) Zarówno PGNiG Termika, jak i Veolia Warszawa dokonywały oceny podejmowanych przez siebie działań z punktu widzenia ich zgodności z prawem konkurencji. W szczególności w prezentacji PGNiG Termika pn. „Działania w zakresie OKW”, jaka została przekazana w wiadomości e-mail z 31 października 2014 r. do pracowników PGNiG Termika w zakresie umów kompleksowych na dostawy ciepła zawieranych przez odbiorców końcowych z PGNiG Termika wskazano na „ryzyko odstąpienia od realizacji umów na skutek porozumienia ograniczającego konkurencję”.

Dowód: **[informacja chroniona]**, k. 762-767.

- (149) Spółki również planowały podjęcie działań, które ograniczyłyby ryzyko antymonopolowe. Mianowicie w opracowanej przez zarząd Veolii Warszawa dokumencie pn. „Założenia do rozmów z PGNiG Termika” w zakresie wygaszenia przez PGNiG Termika aktywności na rynku sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych zostało wskazane „*sądzę z **[informacja chroniona]**; członek zarządu Veolii Warszawa – wyjaśnienie wł.], że możemy zrobić tak, aby nie było problemów z urzędem antymonopolowym; do weryfikacji z doradcą prawnym”.*

Dowód: postanowienie Prezesa Urzędu z dnia 29 kwietnia 2020 r., **[informacja chroniona]**, k. 6564.

4.5.3.2. Zaprzestanie przez PGNiG Termika udziału w przetargach publicznych

- (150) W ramach zaniechania prowadzenia sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych, PGNiG Termika zobowiązała się zaprzestać aktywnego udziału w postępowaniach przetargowych na dostawę ciepła. W tym celu PGNiG Termika zaprzestała składania ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i odpowiadała wyłącznie na indywidualne zapytania kierowane bezpośrednio przez zamawiających, tj. w trybie negocjacji bez ogłoszenia,

zamówień z wolnej ręki i zapytań o cenę. Mianowicie w korespondencji e-mail dotyczącej protokołu z posiedzenia Zarządu PGNiG Termika p. **[informacja chroniona]** zwróciła się do p. **[informacja chroniona]** z pytaniem: „Rozumiem, iż nie chcesz, aby w Protokole pojawił się zapis, że Zarząd postanowił zaniechać aktywnych działań związanych z pozyskiwaniem klientów w grupie OKW tj. Spółka nie będzie brała udziału w przetargach ogłaszanych np. przez Miasto”. W odpowiedzi na powyższe p. **[informacja chroniona]** (PGNiG Termika) wskazał: „Ja chce ale dbam o dobro Miłościwie Panującego...[p. Marka Deca, Prezesa Zarządu PGNiG Termika – wyjaśnienie wł.]”.

- Dowód:**
- **[informacja chroniona]**, k. 743;
 - **[informacja chroniona]**, k. 756 (**[informacja chroniona]**);
 - **[informacja chroniona]**, k. 4478 (**[informacja chroniona]**).

- (151) Na rezygnację PGNiG Termika z udziału w postępowaniach przetargowych wskazuje wiadomość e-mail p. **[informacja chroniona]** (PGNiG Termika), która przekazując p. **[informacja chroniona]** (PGNiG Termika) informację o ogłoszonych w dniu 26 listopada 2014 r. przetargach publicznych zapytała „6 to przetargi na ciepło. Na pewno nie czytamy i nie zadajemy pytań?”. W odpowiedzi p. **[informacja chroniona]** wskazał: „Decyzją Zarządu nie uczestniczymy w przetargach (zapis w protokole z posiedzenia zarządu). Odpowiadamy jedynie na bezpośrednie zapytania klientów”. Wskazane w ww. wiadomości e-mail posiedzenie Zarządu PGNiG Termika odbyło się w dniu 4 listopada 2014 r. [pkt (110)].

- Dowód:**
- **informacja chroniona**, k. 741.

- (152) Proces zaprzestania przez PGNiG Termika udziału w postępowaniach przetargowych był monitorowany przez Veolię Warszawa, która przekazywała w tym zakresie informacje swojej Radzie Nadzorczej. W szczególności w dniu 25 czerwca 2015 r. poinformowano Radę Nadzorczą, że „od listopada 2012 roku dostawca ciepła [PGNiG Termika – wyjaśnienie wł.] rozpoczął aktywną działalność handlową i uczestnictwo w przetargach, wynikających z Prawa Zamówień Publicznych. (...) Sytuacja uległa zmianie od czasu podpisania porozumienia pomiędzy wskazanymi powyżej Spółkami. Odtąd PGNiG Termika zawiesiła swój udział przetargach i nie pozyskuje aktywnie klientów. Odpowiada natomiast na zapytania ofertowe. Obecnie stan MW w TPA zmniejsza się (...)”. Natomiast w dniu 15 października 2015 r. przekazano informację: „PGNiG Termika S.A. w dalszym ciągu nie startuje w przetargach, co mimo różnicy w cenie na jej korzyść, powoduje powrót klientów do VWAW. W ostatnim okresie Spółce udało się odzyskać dużego i prestiżowego klienta – **[informacja chroniona]**, który kupuje ok. **[informacja chroniona]** MW”.

- Dowód:**
- postanowienie Prezesa Urzędu z 11 marca 2019 r., [informacja chroniona], k. 31 ([informacja chroniona]);
 - postanowienie Prezesa Urzędu z 11 marca 2019 r., [informacja chroniona], k. 42 ([informacja chroniona]).

(153) Poniżej znajduje się zestawienie liczby przetargów publicznych na dostawy ciepła dla odbiorców końcowych podłączonych do warszawskiej sieci ciepłowniczej, w jakich w latach 2013-2017 uczestniczyła PGNiG Termika. Zestawienie nie uwzględnia trybu zapytań o cenę.

	Przetargi na dostawę ciepła	2013	2014	2015	2016	2017
PGNiG Termika	udział	[informacja chroniona]	[informacja chroniona]	-	-	[informacja chroniona]
	wygrana	[informacja chroniona]	[informacja chroniona]	-	-	[informacja chroniona]

- Dowód:**
- [informacja chroniona], k. 811-814;
 - [informacja chroniona], k. 815-820;
 - [informacja chroniona], k. 4759-4774;
 - [informacja chroniona], k. 6657 ([informacja chroniona]).

(154) Między spółkami dochodziło również do dyscyplinowania w zakresie pozyskiwania zamówień publicznych przez PGNiG Termika. Mianowicie w dniu 6 lutego 2017 r. Prezes Zarządu Veolii Warszawa zwrócił się w wiadomości e-mail do członka zarządu PGNiG Termika p. [informacja chroniona] w sprawie wygrania przez PGNiG Termika przetargu ogłoszonego przez [informacja chroniona]: „Temat OKW to graniczna linia, której nie należy przekraczać w myśl warunków naszego porozumienia z dnia 14/11/2014”. Dodatkowo p. Jacky Lacombe (Veolia Warszawa) odwołał się do spotkania w dniu 10 stycznia 2017 r., na którym Prezes Zarządu PGNiG Termika „odpowiedział (...) jasno, że polityka Zarządu w żadnym razie nie przewiduje ponownego rozwoju takich umów”. W konsekwencji p. Jacky Lacombe (Veolia Warszawa) wskazał „(...) liczę na to, że swoim autorytetem zapobiegnie Pan występowaniu takich sytuacji w swoim zespole w przyszłości. (...) trzymanie się ustaleń już w tak małej sprawie stworzyłoby lepszą atmosferę do znacznie trudniejszych tematów, jakie nas czekają”. Na powyższe p. [informacja chroniona] (PGNiG Termika) odpowiedział „Proszę traktować umowę ze [informacja chroniona] jako pojedynczy incydent, który nie powinien się zdarzyć. Wydaliśmy polecenie aby nasi pracownicy przykładali szczególną uwagę i wykazywali roztropność w sytuacjach kiedy nie możemy odmówić odbiorcy ciepła złożenia oferty”. Złożenie przez PGNiG Termika oferty w przedmiotowym przetargu wynikało z faktu, że zamawiający zwrócił się do spółki z zapytaniem o ofertę. W związku z tym była to sytuacja, w której PGNiG Termika, mimo uzgodnienia z Veolią Warszawa zaniechania udziału w przetargach, miała składać oferty. W przedmiotowym przetargu oferta PGNiG Termika wygrała, ponieważ była niższa od oferty Veolii Warszawa o 1 grosz. Różnica ta wynikała z

przyjętego arytmetycznego sposobu obliczania wartości oferty. W chwili przetargu, taryfy PGNiG Termika i Veolia Warszawa dla odbiorców końcowych były już zrównane.

Dowód: – postanowienie Prezesa Urzędu z 11 marca 2019 r., [informacja chroniona], k. 4479 ([informacja chroniona]).

4.5.4. Działania stron dotycząca kształtowania cen za zamówioną moc i ciepło

(155) Kontakty pomiędzy PGNiG Termika, a Veolia Warszawa w zakresie struktury cen zawartych w taryfach dotyczyły przede wszystkim odbiorców z grupy OKW.

Dowód: [informacja chroniona], k. 833 ([informacja chroniona]).

(156) Jak wskazano w pkt. 3.1.3 Drugiego projektu Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego: *„Strony, mając na uwadze ochronę interesów odbiorców przed nieuzasadnionym poziomem cen i stawek opłat określonych taryfami przedsiębiorstw ciepłowniczych, będą konsultować strukturę swoich taryf, ograniczając obciążanie odbiorcy z tytułu opłat zmiennych w sposób analogiczny do taryf obowiązujących w I połowie 2014 r. W tym celu, Strony powołają grupę konsultacyjną, która do dnia 30 kwietnia każdego roku, uzgodni ostateczną strukturę taryf. Uzgodnienie ostatecznej struktury taryf, powinno ograniczyć koszty ponoszone przez odbiorców końcowych. Strony będą informować się o wszelkich zmianach w taryfach przedstawionych Prezesowi URE”*. Następnie w podpisanym Porozumieniu w sprawie Partnerstwa Energetycznego fragment ten ostatecznie otrzymał brzmienie: *„Strony, mając na uwadze ochronę interesów odbiorców przed nieuzasadnionym poziomem cen i stawek opłat określonych taryfami przedsiębiorstw ciepłowniczych, będą informowały się [poprzednio w projekcie – „będą konsultować”] o strukturze swoich taryf każdorazowo przed złożeniem wniosków taryfowych do Prezesa URE. Strony będą informować się o wszelkich zmianach w taryfach zatwierdzonych [poprzednio w projekcie – „przedstawionych”] przez Prezesa URE”*. Dodatkowo z ww. postanowienia wykreślono również postanowienie zobowiązujące strony do zmiany taryf w sposób analogiczny do taryf obowiązujących w I połowie 2014 r., a także do powołania grupy konsultacyjnej, która do dnia 30 kwietnia każdego roku, uzgodni ostateczną strukturę taryf.

(157) Głównym celem uzgadniania między PGNiG Termika a Veolia Warszawa wniosków taryfowych było doprowadzenie do zmiany struktury cen w taryfie PGNiG Termika poprzez zwiększenie stawek cen za zamówioną moc ciepłą (mających charakter stały, niezależny od faktycznego zużycia przez odbiorcę końcowego) przy jednoczesnym zmniejszeniu stawek cen ciepła (mających charakter zmienny) w stosunku do taryfy PGNiG Termika, jaka obowiązywała przed zawarciem Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego, tj. w okresie od 1 sierpnia 2014 r. do 14 sierpnia 2015 r. Na powyższą okoliczność wskazuje dowód

w postaci opracowanego przez Veolia Warszawa dokumentu „Główne założenia porozumienia o partnerstwie energetycznym pomiędzy PGNiG Termika S.A. i Dalkia Warszawa S.A.”, z którego wynika, że w ramach planowanego Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego „Strony Umowy zobowiążą się powrócić, począwszy od 2015 r., do struktury swoich taryf, która obowiązywała w pierwszej połowie 2014 r. do momentu zmiany taryfy w sierpniu 2014 r. i którą uznają jako akceptowalną dla obu stron, poprzez zwiększenie obciążenia odbiorcy z tytułu opłat stałych i spadek obciążenia odbiorcy z tytułu opłat zmiennych”. W celu realizacji powyższego zobowiązania PGNiG Termika i Veolia Warszawa miały ustalić harmonogram prac i konsultacji dotyczących taryf na rok 2015 przed złożeniem ich Prezesowi URE.

Dowód: postanowienie Prezesa Urzędu z 11 marca 2019 r., [informacja chroniona], k. 137-138.

- (158) Powyższa zmiana struktury taryfy PGNiG Termika miała bezpośredni wpływ na poprawienie wyników finansowych Veolii Warszawa. Jak zostało wskazane w pkt. (75) i (86) taryfa PGNiG Termika, która weszła w życie przed zawarciem Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego była dla Veolii Warszawa niekorzystna. Zawarte w niej obniżenie opłat stałych za moc i podwyższenie opłat zmiennych za ciepło powodowało zmniejszenie zysków Veolii Warszawa z tzw. niejednoczesności zamówienia mocy, czyli różnicy między mocą zamówioną przez odbiorców końcowych u Veolii Warszawa a mocą, jaką Veolia Warszawa rzeczywiście zamawiała u PGNiG Termika. W praktyce bowiem moc zamawiana przez Veolię Warszawa u PGNiG Termika jest planowana tak, aby w pełni pokryć zapotrzebowanie na moc wszystkich odbiorców w temperaturze -20°C . Jednakże, z uwagi na to, że nie wszyscy korzystają z maksymalnej mocy w tym samym czasie oraz nie wykorzystują w pełni mocy zamówionej, suma mocy zamówionej u Veolii Warszawa przez odbiorców końcowych jest znacząco wyższa od mocy zamówionej przez Veolię Warszawa u PGNiG Termika, pokrywającej faktyczne zapotrzebowanie odbiorców. Moc zakupiona przez Veolię Warszawa u PGNiG Termika na zaspokajanie popytu na moc odbiorców końcowych wynosi [informacja chroniona] % mocy zamówionej przez odbiorców. Taka sytuacja jest dla Veolii Warszawa korzystna, ponieważ odbiorcy końcowi ponoszą koszty za moc zamówioną zgodnie z taryfą producenta ciepła, podczas gdy Veolia Warszawa płaci producentowi cenę z tej samej taryfy za moc faktycznie zakupioną, która jest mniejsza. Dzięki tej różnicy Veolia Warszawa otrzymywała zysk szacowany przez tę spółkę na ok. [informacja chroniona] zł rocznie. Jednocześnie struktura taryfy PGNiG Termika obowiązująca przed zawarciem Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego wpływała również negatywnie na ponoszone przez Veolię Warszawa koszty straty ciepła na przesyle. Tym samym, nawet w sytuacji zaprzestania aktywnej sprzedaży ciepła przez PGNiG Termika do odbiorców końcowych, PGNiG Termika

nadal poprzez sposób ukształtowania struktury własnej taryfy, miała istotny wpływ na wyniki finansowe uzyskiwane przez Veolię Warszawa ze sprzedaży detalicznej ciepła.

Dowód: [informacja chroniona], k. 6405 ([informacja chroniona]).

- (159) Niekorzystny wpływ obowiązującej przed zawarciem Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego taryfy PGNiG Termika na zyski Veolii Warszawa, potwierdza również zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, jak bowiem wynika z wewnętrznych dokumentów Veolii Warszawa „Z jednej strony, straty w sieci stały się bardziej kosztowne, z drugiej strony przychody z objętej mocy stały się mniej znaczne. Skutki te zostały ujęte we wniosku o zmianę taryfy złożonym przez Veolia – żądano [informacja chroniona] % podwyżki taryfy, z czego [informacja chroniona] % dotyczyło zmiany taryfy produkcyjnej. Po długiej procedurze wnioskowania, odrzucono żądanie a taryfa została zatwierdzona na poziomie [informacja chroniona] % (współczynnik referencyjny według Formuły A)”. Dodatkowo wyliczono straty finansowe Veolii Warszawa wynikające z powyższej taryfy PGNiG Termika wskazując, że „Wpływ finansowy na wynik Veolia Energia Warszawa był destrukcyjny w kwocie [informacja chroniona] EUR (okres taryfowy: połowa 2014/ połowa 2015) oraz [informacja chroniona] EUR (okres taryfowy: połowa 2015/ połowa 2016)”.

Dowód: postanowienie Prezesa Urzędu z 29 kwietnia 2020 r., [informacja chroniona], k. 6701-6713.

- (160) Jednocześnie obowiązująca przed zawarciem Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego struktura taryfy PGNiG Termika ze zmniejszonymi opłatami stałymi i zwiększonymi opłatami zmiennymi, była korzystna dla odbiorców końcowych. W wewnętrznych dokumentach PGNiG Termika wskazywano na „negatywne podejście URE do podnoszenia opłat stałych – działanie niekorzystne dla odbiorców, ogranicza możliwość wpływu odbiorców na wysokość rachunku” oraz, że „uzmiennienie taryfy [zwiększenie opłat zmiennych – wyjaśnienie wł.] spowoduje obniżenie ceny dla klienta końcowego”. Zwiększenie udziału opłat o charakterze stałym w taryfie PGNiG Termika istotnie wpływało na cenę ciepła ponoszoną przez odbiorców końcowych. Wiązało się bowiem ze słabszym powiązaniem rachunku odbiorcy końcowego z ilością faktycznie zużytego ciepła, co z kolei ograniczało możliwości kontrolowania wysokości rachunków przez odbiorców poprzez racjonalne zużycie ciepła.

Dowód:

- [informacja chroniona], k. 1597 ([informacja chroniona]);
- [informacja chroniona], k. 1187-1188 ([informacja chroniona]);
- [informacja chroniona], k. 6653 ([informacja chroniona]).

(161) Jak wynika z materiału dowodowego, po podpisaniu Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego Veolia Warszawa dążyła do tego, aby PGNiG Termika złożyła do Prezesa URE wniosek taryfowy „ze strukturą taryf bardziej preferowaną przez VEW”.

Dowód: postanowienie Prezesa Urzędu z 29 kwietnia 2020 r., [informacja chroniona], k. 6569 ([informacja chroniona]).

(162) W dniu 7 kwietnia 2015 r. doszło do spotkania Komitetu Sterującego w ramach projektu Accord, podczas którego przedstawiciele PGNiG Termika i Veolia Warszawa dokonali podsumowania przebiegu prac w poszczególnych strumieniach. Podsumowując prace w strumieniu 3 odpowiedzialnym za „Optymalizację oferty dla odbiorców ciepła systemowego” wskazano, że PGNiG Termika planuje złożyć nowy wniosek taryfowy w dniu 15 kwietnia 2015 r., w którym przewiduje wzrost cen ciepła o [informacja chroniona] %, w tym planuje wzrost opłaty stałej oraz utrzymanie opłaty zmiennej. Jednocześnie wskazano, że istotnym warunkiem utrzymania wysokiej opłaty stałej jest długoterminowa gwarancja mocy zamówionych w źródłach PGNiG Termika odpowiedzialnym za optymalizację oferty dla odbiorców ciepła systemowego. Dodatkowo ustalono, że wniosek taryfowy Veolii Warszawa zostanie złożony do zatwierdzenia Prezesowi URE w dniu 30 czerwca 2015 r.

Dowód: [informacja chroniona], k. 2072-2073 ([informacja chroniona]).

(163) Dzień po wspomnianym wyżej spotkaniu Komitetu Sterującego w wiadomości e-mail z 8 kwietnia 2015 r. p. [informacja chroniona] (PGNiG Termika) zwrócił się do p. [informacja chroniona] (PGNiG Termika) z prośbą o wyjaśnienie jego dyspozycji dotyczących kształtu i struktury nowej taryfy PGNiG Termika. Z wiadomości tej wynika, że nowy wniosek taryfowy PGNiG Termika miał doprowadzić do zmiany struktury taryfy tej spółki poprzez zwiększenie opłat stałych (ceny za zamówioną moc) w podstawowych źródłach ciepła, tj. elektrociepłowniach Siekierki i Żerań, w sposób preferowany przez Veolię Warszawa. Powyższe potwierdza kolejna wiadomość p. [informacja chroniona] (PGNiG Termika), który przekazując dalej ww. wiadomość e-mail określił zawarte w niej informacje, jako „kluczowe ustalenia pod Veolię, na które dostaliśmy dyspozycję od Dyrektora [p. [informacja chroniona]; [informacja chroniona] – wyjaśnienie wł.]”.

Dowód: – [informacja chroniona], k. 955;
– [informacja chroniona], k. 955.

(164) Ostatecznie w dniu 22 kwietnia 2015 r. PGNiG Termika złożyła wniosek taryfowy, który w stosunku do taryfy PGNiG Termika obowiązującej przed nawiązaniem współpracy z Veolią Warszawa, zawierał podwyżkę opłat stałych (za zamówioną moc) w elektrociepłowniach Żerań i Siekierki odpowiednio o [informacja chroniona] % i [informacja chroniona] %,

przy braku podwyżki opłaty zmiennej (za ciepło). Z wewnętrznego dokumentu Veolii Warszawa z dnia 11 maja 2015 r. wynika, że Veolia Warszawa monitorowała postępowanie taryfowe PGNiG Termika i w ramach kolejnego spotkania Strumienia 3 przedstawiciele Veolii Warszawa otrzymali informacje o tym, że: „PGNiG T złożył (informacja z dnia 24.04.2015) do URE wniosek dotyczący taryf na lata 2015/2016. Cały wzrost wprowadzony w części stałej, która stanowi zrównoważenie struktury taryfowej”.

- Dowód:**
- [informacja chroniona], k. 6653 ([informacja chroniona]);
 - postanowienie Prezesa Urzędu z 29 kwietnia 2020 r., [informacja chroniona], k. 6721 ([informacja chroniona]).

(165) Określony przez PGNiG Termika poziom wybranych cen zawartych we wniosku taryfowym na lata 2015/2016 w porównaniu z poziomem tych cen, określonym w taryfach obowiązujących w latach 2014/2015 oraz 2013/2014, który to poziom był punktem odniesienia w uzgodnieniach stron, co do struktury nowej taryfy zawiera poniższa tabela:

Źródło ciepła	Taryfa obowiązująca od dnia 1.07.2013		Taryfa obowiązująca od dnia 1.08.2014		Wniosek PGNiG Termika z dnia 23.04.2015	
	Cena za zamówioną moc (zł/MW/rok)	Cena za ciepło (zł/GJ)	Cena za zamówioną moc (zł/MW/rok)	Cena za ciepło (zł/GJ)	Cena za zamówioną moc (zł/MW/rok)	Cena za ciepło (zł/GJ)
Elektrociepłownia Siekierki	50.547,74	21,92	27.061,56	25,49	[informacja chroniona]	[informacja chroniona]
Elektrociepłownia Żerań	52.422,10	21,92	26.218,80	25,49	[informacja chroniona]	[informacja chroniona]
Ciepłownia Kawęczyn	75.916,06	23,02	107.998,80	26,63	[informacja chroniona]	[informacja chroniona]
Ciepłownia Wola	59.310,17	55,97	68.206,68	64,36	[informacja chroniona]	[informacja chroniona]

- Dowód:**
- [informacja chroniona], k. 874; [informacja chroniona], k. 883,
 - postanowienie Prezesa Urzędu z 29 kwietnia 2020 r., [informacja chroniona], k. 6571 ([informacja chroniona]), [informacja chroniona], k. 6721 ([informacja chroniona]).

(166) Veolia Warszawa odniosła się pozytywnie do powyższego kształtu wniosku taryfowego PGNiG Termika, o czym świadczy treść protokołu posiedzenia Rady Nadzorczej Veolia Warszawa: „umacnia się współpraca z PGNiG Termika S.A. Jednym ze skutków jest złożenie przez PGNiG Termika S.A. wniosku o ustalenie taryf za ciepło na lata 2015-2016, obejmującego dwa komponenty: część stałą w kształcie z przeszłości (kwotowo) i część zmienną”. Zmiana struktury taryfy PGNiG Termika była korzystna dla Veolii Warszawa, jak

bowiem wskazano w treści ww. dokumentu, Veolia Warszawa dotychczas odnotowywała spadek przychodów, na co wpływ miało m.in. uzmiennienie taryfy przez PGNiG Termika, jednakże jak podkreślono „spółka podjęła działania, mające na celu obniżenie tych konsekwencji poprzez: (...) wprowadzenie przez PGNiG Termika S.A. nowej taryfy za ciepło od sierpnia b.r. poprzez powrót do taryfy sprzed uzmiennienia”.

Dowód: postanowienie Prezesa Urzędu z 11 marca 2019 r., [informacja chroniona], k. 40, 43 i 44 ([informacja chroniona]).

(167) Ostatecznie w zatwierdzonej przez Prezesa URE taryfie PGNiG Termika wzrosły zarówno opłaty zmienne, jak i opłaty stałe, lecz w mniejszym stopniu niż było to wnioskowane przez PGNiG Termikę. Nowa taryfa ciepła PGNiG Termika weszła w życie 15 sierpnia 2015 r. i obowiązywała do 16 marca 2017 r. przewidywała wzrost cen za zamówioną moc w elektrociepłowniach Siekierki i Żerań o odpowiednio 5,5% i 14,5% oraz wzrost ceny ciepła o 5,7% [pkt (50)] i spowodowała ogólną podwyżkę cen ciepła dla odbiorców końcowych o 5,2%.

Dowód:

- [informacja chroniona], k. 6653 ([informacja chroniona]);
- postanowienie Prezesa Urzędu z 11 marca 2019 r., [informacja chroniona], k. 45 ([informacja chroniona]);
- [informacja chroniona], k. 7512 ([informacja chroniona]).

5. Stanowiska stron postępowania

5.1. Stanowisko Veolii Warszawa

(168) W odpowiedzi na zawiadomienie Prezesa Urzędu z dnia 11 marca 2019 r. o wszczęciu postanowieniem z dnia 11 marca 2019 r. przedmiotowego postępowania antymonopolowego (dalej: „Zawiadomienie”) Veolia Warszawa zaprzeczyła jakoby miała uczestniczyć w porozumieniu ograniczającym konkurencję. Spółka zanegowała również istnienie jakiegokolwiek zмовy pomiędzy Veolią Warszawa a PGNiG Termika i PGNiG, która mogłaby dotyczyć podziału rynku, uzgadniania cen (taryf), bądź uzgadniania warunków składanych ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia na sprzedaż i dostawę energii cieplnej. Dodatkowo spółka wskazała, że złożenie przez PGNiG Termika wniosku o odstąpienie od nałożenia kary pieniężnej lub jej obniżenie stanowi nadużycie prawa. W jej ocenie złożenie wniosku miało na celu wywarcie presji na Veolię Warszawa i uniknięcie podpisania i realizacji negocjowanej przez spółki umowy na dostawy ciepła. W opinii Veolii Warszawa agresywne zachowanie PGNiG Termika na rynku powinno wykluczać objęcie tej spółki programem łagodzenia kar. W toku postępowania spółka zakwestionowała również zasadność objęcia ww. programem spółki matki PGNiG Termika, tj. PGNiG. Veolia Warszawa podniosła, że nie ma

podstaw prawnych do traktowania PGNiG jak podmiotu wnoszącego o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie.

- (169) Zdaniem Veolii Warszawa nie mogło dojść do naruszenia konkurencji na warszawskim rynku energii cieplnej. W ocenie spółki intencją stron porozumienia nie było ograniczenie konkurencji na warszawskim rynku ciepła, a optymalizacja i modernizacja warszawskiej sieci ciepłowniczej. W toku postępowania Veolia Warszawa wskazywała, że jej współpraca z PGNiG Termika nie mogła skutkować ograniczeniem konkurencji na rynku wytwarzania, dystrybucji i sprzedaży ciepła, z uwagi na monopolistyczną strukturę tego rynku. Biorąc pod uwagę, że na rynku ciepła systemowego nie występuje konkurencja, nie jest możliwe jej eliminowanie, ograniczanie lub naruszanie w inny sposób. Veolia Warszawa podkreślała, że wykluczony jest jakikolwiek podział rynku dokonywany pomiędzy monopolistą na rynku produkcji ciepła i monopolistą po stronie dystrybucji ciepła. W opinii spółki pojawienie się nowego producenta ciepła w aglomeracji warszawskiej byłoby ekonomicznie nieopłacalne. Sytuacja taka wpłynęłaby na powstanie nadwyżki zainstalowanych mocy produkcyjnych ponad faktyczne zużycie odbiorców końcowych, a to przełożyłoby się zdaniem spółki na zwiększenie kosztów stałych ich utrzymywania, które ostatecznie przeniesione zostałyby na odbiorców końcowych.
- (170) Według Veolii Warszawa istotną cechą rynku ciepła systemowego jest pełna regulacja rynku przez Prezesa URE, którego działania zastępują mechanizm konkurencji. Zdaniem spółki Prezes URE przeciwdziała negatywnym skutkom monopoli naturalnych przez podejmowanie działań mających na celu równoważenie interesów przedsiębiorców energetycznych i odbiorców. W opinii Veolii Warszawa szeroki zakres kompetencji Prezesa URE pozwala organowi na równoważenie interesów przedsiębiorstw energetycznych oraz odbiorców paliw i energii. Zdaniem Veolii Warszawa decydującym dla przyjęcia czy na danym rynku występują warunki umożliwiające zaistnienie konkurencji jest swoboda kształtowania ceny przez uczestników dowolnego rynku. Wskazana okoliczność zdaniem spółki nie funkcjonuje na rynku ciepła systemowego, gdzie regulatorem jest Prezes URE. Ponadto Veolia Warszawa wskazywała na rozłączny charakter kompetencji Prezesa URE i Prezesa Urzędu. Jej zdaniem Prezes Urzędu nie ma ustawowych kompetencji kontrolowania rozstrzygnięć Prezesa URE w zakresie sposobu kształtowania taryf.
- (171) Dodatkowo Veolia Warszawa kwestionowała wystąpienie w niniejszej sprawie przesłanki naruszenia interesu publicznego. Zdaniem spółki brak konkurencji na warszawskim rynku ciepła systemowego powoduje, że w niniejszej nie istnieje interes publiczny. Tym samym nie ma podstaw do podjęcia działań przez Prezesa Urzędu. Veolia Warszawa jednocześnie podkreśliła, że nawet gdyby na przedmiotowym rynku istniała konkurencja, jej ochrona pozostawałaby w kolizji z innymi dobrami chronionym w ramach interesu publicznego w

Prawie energetycznym, tj. interesem klienta końcowego, bezpieczeństwem energetycznym czy bezpieczeństwem ekologicznym.

- (172) Zdaniem Veolii Warszawa stosowanie zasady TPA na warszawskim rynku ciepła systemowego było (i jest) nieefektywne, a próby jej wdrożenia przy ówczesnej, jak i aktualnej strukturze warszawskiego rynku ciepła systemowego, mogły nie tylko nie przynieść korzyści dla rynku i jego uczestników, ale również wygenerować negatywne skutki w dłuższej perspektywie czasu. W toku postępowania Veolia Warszawa wskazywała, że w okolicznościach rynku, na którym do jednej i tej samej sieci ciepłowniczej, będącej własnością jednego podmiotu (Veolii Warszawa) przyłączanych jest kilka źródeł ciepła będących własnością jednego wytwórcy (PGNiG Termika), nie może dojść do naruszenia konkurencji. Tym samym PGNiG Termika wchodząc na rynek sprzedaży ciepła stała się dla Veolii Warszawa „równoległym sprzedawcą”, a nie konkurentem.
- (173) W odniesieniu do Projektu Jagoda, Veolia Warszawa stoi na stanowisku, że zawieszenie projektu i finalnie rezygnacja z niego, spowodowana była wyłącznie przyczynami ekonomicznymi. Zdaniem spółki na nierentowność przedsięwzięcia miała wpływ specyfika warszawskiego rynku energii cieplnej i bardzo wysoka bariera wejścia na ten rynek, związana z oferowaniem przez PGNiG Termika bardzo niskich cen. Zdaniem Veolii Warszawa istniało uzasadnione ryzyko, że koszty inwestycji nigdy nie zostałyby odzyskane. Na potwierdzenie swojej tezy, Veolia Warszawa w toku prowadzonego postępowania przedstawiała okoliczności, które jej zdaniem zadecydowały o nierentowności tego przedsięwzięcia. Spółka twierdziła, że nie było związku przyczynowego pomiędzy zawieszeniem Projektu Jagoda a zawarciem porozumienia z PGNiG Termika. Ponadto zdaniem Veolii Warszawa Drugi projekt porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego pomiędzy spółkami miał charakter listu intencyjnego, czyli niezobowiązującej deklaracji współpracy. W obronie prezentowanego stanowiska Veolia Warszawa podnosiła, że ostatecznie nie doszło do realizacji Projektu Jagoda, który pozostał jedynie w fazie przygotowawczej. Zdaniem spółki, wszelkie podejmowane przez nią działania związane z projektem nowej inwestycji, m.in. uzyskanie warunków przyłączenia nowego źródła do warszawskiej sieci ciepłowniczej, nie mogą być postrzegane jako element przesądający o tym, że dana inwestycja powstanie. Spółka stoi na stanowisku, że dokument zawierający warunki przyłączenia stanowił zaledwie jeden z etapów procesu przyłączenia do sieci i związanego z tym procesu decyzyjnego, który w konsekwencji mógł zakończyć się przyłączeniem do sieci lub odmową przyłączenia. W odniesieniu do ewentualnych skutków finalizacji Projektu Jagoda, Veolia Warszawa wskazywała, że realizacja inwestycji nie wpłynęłaby na sytuację odbiorców końcowych. Projekt nie miał realnej ani potencjalnej możliwości przyczynienia się do powstania konkurencji na

warszawskim rynku ciepła. Tym samym rezygnacja z inwestycji nie mogła pociągnąć za sobą żadnych antykonkurencyjnych skutków.

- (174) Odnosząc się do zarzutów Prezesa Urzędu dotyczących uczestnictwa spółki w zмовie przetargowej, Veolia Warszawa stoi na stanowisku, że ograniczenie przez PGNiG Termika udziału w postępowaniach przetargowych nie było rezultatem zмовy przetargowej, a jedynie konsekwencją zawarcia porozumienia specjalizacyjnego. Veolia Warszawa podkreślała, że celem współpracy nie było ograniczenie konkurencji, a ulepszenie sytuacji odbiorców końcowych przyłączonych do warszawskiej sieci ciepłowniczej oraz realizacja założeń bezpieczeństwa energetycznego i ekologicznego (cele publiczne prawem chronione). Jednocześnie Veolia Warszawa wskazywała, że porozumienie nie wykluczało lub nie ograniczało możliwości podejmowania przez strony działalności na innych rynkach. Dodatkowo Veolia Warszawa zaznaczała, że na rynku ciepła systemowego nie występują przetargi fakultatywne. Tym samym na wskazanym rynku w zakresie obrotu ciepłem systemowym nie ma konkurencji produktowej, a kupujący nie odnosi realnych korzyści związanych z wyborem oferty różnych sprzedawców oferujących ten sam produkt. Istnienie monopolu naturalnego na warszawskim rynku energii cieplnej w zakresie produkcji ciepła oraz jego przesyłu, prowadzi do sytuacji, że dokonywany przez odbiorcę wybór sprzedawcy nie jest wyborem dokonywanym z wykorzystaniem mechanizmu konkurencji.
- (175) Veolia Warszawa zaprzeczyła również jakoby podjęła z PGNiG Termika współpracę w zakresie kształtowania taryf. Spółka przyznała, że wymiana informacji pomiędzy przedsiębiorcami w zakresie kształtowania wniosku taryfowego miała charakter informacyjny. Swoje stanowisko motywowała wskazując, że informacje o taryfach producenta energii cieplnej są jej niezbędne do sporządzenia prawidłowego wniosku taryfowego i uwzględnienia całkowitej wartości kosztów i przychodów generowanych przez spółkę. Veolia Warszawa wskazała jednocześnie, że taryfy ciepła systemowego są zatwierdzane przez Prezesa URE, który po dokonaniu analizy przedłożonych mu wniosków, decyduje o ostatecznej wysokości taryfy. Zdaniem spółki na rynku regulowanym nie jest możliwe zawarcie cenowego porozumienia ograniczającego konkurencję. Veolia Warszawa wskazała również, że była i jest uzależniona od jednostronnych decyzji PGNiG Termika w zakresie zastosowanej przez tę spółkę struktury taryf. Zdaniem Veolii Warszawa zmiana struktury taryfy przez PGNiG Termika w 2014 r. miało na celu zaszkodzenie Veolii Warszawa.
- (176) Dodatkowo spółka wskazywała, że jednym z założeń projektu Accord była optymalizacja zasobów Veolii Warszawa i PGNiG Termika. Współpraca miała na celu zwiększenie efektywności funkcjonowania warszawskiego rynku ciepła systemowego. Veolia Warszawa jest zdania, że porozumienie pomiędzy przedsiębiorcami było korzystne dla całego rynku ciepła w Warszawie. Współpraca pomiędzy spółkami opierała się na zasadzie równoważenia

interesów stron. Kolejnym założeniem projektu Accord wskazanym przez spółkę było skorygowanie wcześniejszych działań PGNiG Termika w zakresie kształtowania struktury taryf i zaprzestanie prowadzenia przez tę spółkę praktyk niezgodnych z przepisami prawa energetycznego. Wynikiem porozumienia było korzystanie przez odbiorców końcowych z niższych cen ciepła i przywrócenie współpracy pomiędzy PGNiG Termika i Veolią Warszawa, która wcześniej nie mogła być realizowana, z uwagi na wrogie działania ze strony PGNiG Termika. Veolia Warszawa wskazywała również na inne obszary współdziałania przedsiębiorców, tj. uzgodnienia roczne w zakresie wieloletniej umowy sprzedaży ciepła, ubytki wody sieciowej, ekonomiczny rozkład obciążeń, modernizację i przebudowę sieci, nowe przyłączenia uciepłownienie aglomeracji warszawskiej, a także spalarnię odpadów. Zdaniem Veolii Warszawa współpraca pomiędzy spółkami była oczekiwana zarówno przez Prezesa URE, jak i władze Warszawy. Dodatkowo spółka potwierdziła, że przedmiotem rozmów w ramach projektu Accord był również proces upadłości Energetyki Ursus. Spółka wskazała jednak, że wbrew ustaleniom Prezesa Urzędu, kontakty te nie miały nielegalnego charakteru i były w pełni uzasadnione. Realizacja Specjalnego Zadania Inwestycyjnego wpisywała się w plany Veolii Warszawa rozbudowy warszawskiej sieci ciepłowniczej i była korzystna dla wszystkich uczestników rynku.

- (177) Veolia Warszawa przedstawiła argumentację potwierdzającą postawioną przez nią tezę, że porozumienie w zakresie zmiany struktury taryf za ciepło stosowanych przez PGNiG Termika nie stanowiło ograniczenia konkurencji.
- (178) Zdaniem spółki rozmowy Veolii Warszawa i PGNiG Termika w przedmiocie struktury taryfy PGNiG Termika w żaden obiektywny sposób nie mogły ograniczać konkurencji. Spółka stoi na stanowisku, że zawieszenie Projektu Jagoda i zmiany struktury taryf PGNiG Termika nie są powiązаныmi ze sobą zdarzeniami. Zdaniem Veolii Warszawa prowadzone przez spółki rozmowy w zakresie zmiany struktury taryfy PGNiG Termika były rozmowami podejmowanymi przez podmioty znajdujące się w relacji wertykalnej, a nie horyzontalnej. Wszelkie dyskusje pomiędzy spółkami odnoszące się do struktury taryf były legalne i osadzone w konkretnych okolicznościach faktycznych. Veolia Warszawa podkreślała znaczenie wymiany informacji pomiędzy producentem i dystrybutorem ciepła, którzy zobowiązani są do współpracy w zakresie wypełniania zadań wynikających z przepisów Prawa energetycznego. Współpraca wytwórcy i producenta przynosi ogólne korzyści dla rynku i jest konieczna. Spółka zwróciła uwagę, że efektem tej współpracy powinno być zapewnienie bezpieczeństwa energetycznego, oszczędnego i racjonalnego użytkowania energii oraz zapewnienie ciągłości dostaw ciepła do odbiorców końcowych. Veolia Warszawa stoi na stanowisku, że wymiana informacji pomiędzy spółkami nie miała na celu ograniczenia konkurencji, lecz zapewnienie, że do Prezesa URE przekazywane były odpowiednie

informacje, niezbędne dla wykonywania jego kompetencji. Zdaniem Veolii Warszawa, Prezes URE jest jedynym organem, który uprawniony jest do kształtowania taryf ciepła. Jego kluczowa rola w ostatecznym ukształtowaniu taryfy przedsiębiorców wyklucza możliwość przypisania takim podmiotom jak Veolia Warszawa i PGNiG Termika odpowiedzialności z tytułu naruszenia reguł konkurencji. Zdaniem spółki jakakolwiek zmiana struktury taryf nie wpływa na zróżnicowanie cen sprzedawców na rynku ciepła systemowego, a odbiorcy z tożsamyh grup taryfowych płacą tę samą cenę za wytworzenie ciepła i jego dystrybucję niezależnie, od którego dostawcy je kupują.

- (179) W toku postępowania, na poparcie prezentowanego przez siebie stanowiska Veolia Warszawa przedstawiła analizy ekonomiczne przygotowane przez podmioty zewnętrzne.
- (180) W odpowiedzi na SUZ pismem z dnia 18 września 2020 r. Veolia Warszawa przedstawiła argumentację dotyczącą zastosowania do rozpatrywanego porozumienia wyłączenia indywidualnego przewidzianego w przepisach art. 8 ust. 1 u.o.k.k. oraz art. 101 ust. 3 TFUE. Spółka omówiła przesłanki wyłączenia indywidualnego w odniesieniu do stawianych jej zarzutów. Szczegółowe analizy odnoszące się do kwestii ekonomicznych wyłączenia Veolia Warszawa przedstawiła w opracowaniu przygotowanym przez podmiot zewnętrzny, zatytułowanym „Wyłączenie współpracy pomiędzy VEW i PT spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję, na podstawie art. 101 ust. 3 TFUE i art. 8 ust. 1 Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów”, stanowiącym załącznik do pisma Veolii Warszawa z dnia 23 września 2020 r.
- (181) W odniesieniu do przesłanki opisanej w art. 8 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. i art. 101 ust. 3 TFUE, Veolia Warszawa wskazała, że porozumienie może być rozpatrywane jako porozumienie „proefektywnościowe”. Zdaniem spółki, działania PGNiG Termika i Veolii Warszawa, jako działania dwóch monopolistów obecnych na różnych szczeblach rynku, prowadziły do zwiększenia ogólnej efektywności całego rynku. Decyzja o zawieszeniu Projektu Jagoda pozwoliła uniknąć Veolii Warszawa poniesienia wydatków na projekt, który nie był rentowny. Zaoszczędzone środki finansowe umożliwiły Veolii Warszawa przeprowadzenie innych inwestycji infrastrukturalnych, tj. m.in.: **[informacja chroniona]**. Ponadto, Veolia Warszawa wskazała, że realizacja Projektu Jagoda mogłaby wpłynąć na wzrost cen ciepła dostarczanego z tego źródła do odbiorców końcowych nawet o 50% w porównaniu do źródeł ciepła należących do PGNiG Termika.
- (182) Dodatkowo, zdaniem spółki decyzja PGNiG Termika o częściowym wycofaniu się z działalności na rynku sprzedaży ciepła pozwoliła Veolii Warszawa zmniejszyć koszty korzystania z własnej infrastruktury i tym samym zwiększyć jej możliwości inwestycyjne. Jednocześnie PGNiG Termika nie musiała inwestować w infrastrukturę związaną z obsługą

klienta, charakteryzującą się malejącymi korzyściami skali. W odniesieniu do zmiany struktury taryf PGNiG Termika, Veolia Warszawa wskazała, że rozmowy prowadzone pomiędzy spółkami wpisywały się w kontekst szerszej wymiany informacji pomiędzy producentem ciepła a dystrybutorem.

- (183) Zdaniem Veolii Warszawa przedmiotowe porozumienie spełnia przesłankę zapewniania nabywcom odpowiedniej części korzyści z porozumienia. W ocenie Veolii Warszawa rezygnacja z Projektu Jagoda i realizacja wymienionych przez spółkę inwestycji, było korzystne dla odbiorców końcowych. Spółka wskazała, że zaoszczędzone na rezygnacji z Projektu Jagoda środki zostały przeznaczone na projekty rozwoju warszawskiej sieci ciepłowniczej. Powyższe wpłynęło na poprawę warunków życia mieszkańców aglomeracji warszawskiej i doprowadziło do obniżenia zanieczyszczenia powietrza. Veolia Warszawa wskazała, że częściowe wycofanie się PGNiG Termika ze sprzedaży ciepła systemowego w Warszawie nie spowodowało negatywnych konsekwencji po stronie odbiorców końcowych. Wynika to z faktu, że zdaniem Veolii Warszawa zasada TPA na warszawskim rynku ciepła systemowego nie przynosi żadnych korzyści odbiorcom końcowym. Jednocześnie spółka podniosła, że uzgodnienia PGNiG Termika i Veolii Warszawa w zakresie struktury taryf są neutralne dla odbiorców ciepła. Spółka wskazała, że Prezes URE wykonując ustawowe kompetencje w zakresie zatwierdzania taryf, nie dopuściłby do wzrostu cen ponad uzasadniony poziom, co uchroniłoby odbiorców ciepła przed ewentualnym nieuzasadnionym wzrostem cen ciepła.
- (184) W odniesieniu do przesłanki opisanej w art. 8 ust. 1 pkt 3 u.o.k.k. i art. 101 ust. 3 lit. a) TFUE, spółka stanęła na stanowisku, że nawet gdyby współpraca pomiędzy Veolią Warszawa a PGNiG Termika ograniczała konkurencję, ograniczenia te byłyby niezbędne dla osiągnięcia korzyści wskazanych przez spółkę na rynku ciepła systemowego. Zawieszenie Projektu Jagoda pozwoliło uniknąć budowy nieopłacalnego źródła ciepła i energii elektrycznej i zapobiec ewentualnym podwyżkom cen ciepła dla odbiorców końcowych. Ponadto Veolia Warszawa wskazała, że częściowe wycofanie się PGNiG Termika z rynku sprzedaży ciepła umożliwiło Veolii Warszawa osiągnięcie pełnych korzyści z posiadanej przez nią i rozwiniętej już infrastruktury. W ten sposób wstrzymano nieefektywne z punktu widzenia ekonomii dublowanie infrastruktury związanej z obsługą klientów.
- (185) Przy rozpatrywaniu przesłanki opisanej w art. 8 ust. 1 pkt 4 u.o.k.k. i art. 101 ust. 3 lit. b) TFUE, Veolia Warszawa podkreśliła, że struktura rynku ciepła systemowego w Warszawie pozostaje od lat niezmienna i od lat na rynku tym nie pojawił się nowy podmiot. W opinii spółki zawieszenie Projektu Jagoda nie miało wpływu na działania potencjalnych konkurentów, a nawet zmniejszyło i tak wysokie zdaniem Veolii Warszawa bariery wejścia na ten rynek w porównaniu do sytuacji gdyby ten projekt powstał.

5.2. Stanowisko Veolii Polska

- (186) W odpowiedzi na Zawiadomienie w piśmie z dnia 11 kwietnia 2019 r. Veolia Polska zaprzeczyła jakoby miała uczestniczyć w porozumieniu ograniczającym konkurencję. Spółka zanegowała również istnienie jakiegokolwiek zмовy pomiędzy Veolia Warszawa a PGNiG Termika i PGNiG, która mogłaby dotyczyć podziału rynku, uzgadniania cen (taryf), bądź uzgadniania warunków składanych ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia na sprzedaż i dostawę energii cieplnej. Dodatkowo wskazała, że złożenie przez PGNiG Termika wniosku o odstąpienie od nałożenia kary pieniężnej lub jej obniżenie stanowi nadużycie prawa. W jej ocenie złożenie wniosku miało na celu wywarcie presji na Veolię Warszawa i uniknięcie podpisania i realizacji negocjowanej przez spółki umowy na dostawy ciepła.
- (187) W odpowiedzi na SUZ, pismem z dnia 1 października 2020 r., Veolia Polska odrzuciła zarzuty przedstawione przez Prezesa Urzędu oraz wskazała, że współpraca prowadzona przez Veolię Warszawa i PGNiG Termika nie miała i nie mogła mieć na celu ograniczenia konkurencji. Veolia Polska oświadczyła także, że podziela wyjaśnienia przedstawione przez Veolię Warszawa w przedmiocie zarzucanych Veolii Polska i Veolii Warszawa działań. Spółka podkreśliła, że współpraca między PGNiG Termika i Veolią Warszawa miała charakter proekologicznego i proefektywnościowego porozumienia, realizującego cele Prawa energetycznego. Zdaniem spółki na warszawskim rynku ciepła systemowego nie funkcjonuje konkurencja, a PGNiG Termika i Veolia Warszawa działają na różnych szczeblach rynku i nie są względem siebie ani aktualnymi, ani potencjalnymi konkurentami. Veolia Polska podkreśliła, że wskazany rynek jest rynkiem regulowanym w sposób ścisły, a działania podejmowane przez Prezesa URE zastępują mechanizmy konkurencyjne.
- (188) W odniesieniu do twierdzeń Prezesa Urzędu dotyczących uczestnictwa w porozumieniu Veolii Polska i PGNiG, Veolia Polska podkreślała, że podjęcie rozmów między spółkami było umotywowane zmianami własnościowymi na rynku energii cieplnej w Warszawie. Spółka wskazywała, że rozmowy pomiędzy Veolią Polska i PGNiG dotyczyły ukształtowania i usprawnienia zasad wzajemnej współpracy dostawców produktów działających na różnych szczeblach obrotu w warunkach monopolu, tj. producentem ciepła oraz jego dystrybutorem.
- (189) W opinii Veolii Polska w przedmiotowej sprawie nie mają zastosowania regulacje prawa unijnego, z uwagi na fakt, że działania stron domniemanego porozumienia nie wpłynęły na handel między państwami członkowskimi.
- (190) Veolia Polska przedstawiła również swoje wątpliwości co do sposobu przypisania odpowiedzialności za naruszenie. Spółka stoi na stanowisku, że w obecnym stanie prawnym Prezes Urzędu nie ma możliwości przypisania odpowiedzialności Veolii Polska za domniemane naruszenie prawa konkurencji przez spółkę zależną. Jednocześnie Veolia Polska

wskazała, że na gruncie polskich przepisów prawa nie ma podstaw do zastosowania i nałożenia kary na spółkę matkę. Veolia Warszawa występuje bowiem jako odrębny od akcjonariuszy podmiot prawa, a Veolia Polska jako akcjonariusz nie ponosi odpowiedzialności za działania Veolii Warszawa. Wszelkie przejawy zainteresowania Veolii Polska nawiązaniem i przebiegiem współpracy między PGNiG Termika i Veolią Warszawa były działaniami mieszczącymi się w granicach prawa. Spółka wskazuje, że takie zachowanie świadczyło wyłącznie o tym, że Veolia Polska jako akcjonariusz większościowy Veolii Warszawa interesowała się sprawami tej spółki. Jednocześnie podkreśliła, że nie podejmowała żadnych uchwał dotyczących porozumienia o współpracy między PGNiG Termika i Veolią Warszawa, a wszelkie wypowiedzi przedstawicieli Veolii Polska w przedmiocie współpracy PGNiG Termika i Veolii Warszawa miały na celu dobro całego warszawskiego rynku ciepła systemowego. W opinii Veolii Polska posiadanie przez nią przedstawicieli w Radzie Nadzorczej Veolii Warszawa nie świadczy o nielegalnym charakterze zachowania akcjonariusza czy też członków Zarządu czy Rady Nadzorczej.

- (191) Dodatkowo spółka zanegowała potencjalną odpowiedzialność spółki matki na podstawie koncepcji jednego organizmu gospodarczego. Wskazała, że w prawie polskim wskazana teoria została przyjęta w wąskim zakresie, tj. w przepisach dotyczących kontroli koncentracji oraz w zakresie wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Zdaniem spółki Veolia Polska nie była uczestnikiem porozumienia, w związku z czym nie można przypisać jej odpowiedzialności.
- (192) Veolia Polska podniosła również, że przedmiotowe porozumienie spełniało wszystkie przesłanki wyłączenia przewidzianego w przepisach art. 8 ust. 1 u.o.k.k. oraz art. 101 ust. 3 TFUE. Spółka powołała się na przedstawione przez Veolię Warszawa opracowanie zatytułowane „Wyłączenie współpracy pomiędzy VEW i PT spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję, na podstawie art. 101 ust. 3 TFUE i art. 8 ust. 1 Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów”, stanowiące załącznik do pisma Veolii Warszawa z dnia 23 września 2020 r.

5.3. Stanowisko PGNiG Termika

- (193) Pismem z dnia 7 czerwca 2017 r. PGNiG Termika złożyła skrócony wniosek o odstąpienie od nałożenia kary pieniężnej lub jej obniżenie, który został następnie uzupełniony do formy wniosku pełnego pismami z dnia 13 lipca 2017 r., z dnia 31 lipca 2017 r. oraz z dnia 10 sierpnia 2017 r. W przedłożonym wniosku, spółka przedstawiła najważniejsze obszary współpracy PGNiG Termika i Veolii Warszawa. Spółka przyznała, że doszło do zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia na rynku ciepła w Warszawie. Ponadto spółka przekazała nazwiska osób pełniących w porozumieniu znaczącą rolę, zarówno pracowników PGNiG

Termika jak i Veolii Warszawa. PGNiG Termika zobowiązała się zaprzestać uczestnictwa w opisanym porozumieniu niezwłocznie po złożeniu wniosku o odstąpienie od wymierzenia kary lub obniżenie kary pieniężnej.

5.4. Stanowisko PGNiG

- (194) W odpowiedzi na Zawiadomienie PGNiG w piśmie z dnia 11 kwietnia 2019 r. poinformowała, że jako podmiot objęty wnioskiem o odstąpienie od wymierzenia lub obniżenie kary pieniężnej złożonym przez PGNiG Termika w dniu 7 czerwca 2017 r., podtrzymuje stanowisko PGNiG Termika zawarte we wniosku i zawarte w nim oświadczenia.

5.5. Stanowisko Pana Marka Deca

- (195) W odpowiedzi na Zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego w piśmie z dnia 25 kwietnia 2019 r. p. Marek Dec wskazał na główne motywy, którymi kierował się Zarząd PGNiG Termika przy podejmowaniu współpracy z Veolią Warszawa.
- (196) W odpowiedzi na SUZ pismami z dnia 3 września 2020 r. i 15 września 2020 r. Marek Dec przedstawił stanowisko w sprawie i w całości podtrzymał stanowisko, które było przez niego prezentowane w trakcie całego postępowania przed Prezesem Urzędu.

5.6. Stanowisko Pana Jacky'ego Lacombe'a

- (197) Pan Jacky Lacombe nie przedstawił odpowiedzi na Zawiadomienie.
- (198) W odpowiedzi na zawiadomienie o zakończeniu postępowania dowodowego pismem z dnia 19 października 2020 r. p. Jacky Lacombe wniósł o umorzenie postępowania antymonopolowego w całości, względnie na wypadek nieuwzględnienia tego wniosku o umorzenie postępowania w stosunku do niego, a na wypadek nieuwzględnienia i tego wniosku, o umorzenie postępowania w stosunku do niego w zakresie zarzutu uzgadniania cen energii cieplnej.
- (199) W uzasadnieniu swojego pisma p. Jacky Lacombe podniósł zarzuty dotyczące toczącego się postępowania. Po pierwsze, wskazał na niezgodność art. 6a u.o.k.k. z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej ze względu na brak zapewnienia należytego standardu prawa do obrony oraz z uwagi na nieprecyzyjność tego przepisu, posługiwanie się niedookreślonymi pojęciami, brak możliwości jednoznacznego ustalenia kręgu osób, które mogą ponosić odpowiedzialność na podstawie tego przepisu oraz możliwość rozszerzenia odpowiedzialności osoby zarządzającej również za skutki naruszenia powstałego przez zaniechanie działania, wbrew regulacjom zawartym w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (t.j.: Dz. U. z 2020 r., poz. 1444, dalej: „k.k.”) stanowiącym, że

odpowiedzialność za przestępstwo skutkowe popełnione przez zaniechanie ponosi wyłącznie ten, na kim ciążył prawny obowiązek zapobieżenia temu skutkowi.

- (200) Po wtóre, p. Jacky Lacombe podniósł, że nie zostały spełnione w stosunku do niego przesłanki wynikające z art. 6a u.o.k.k. uprawniające Prezesa Urzędu do nałożenia kary, gdyż: domniemane naruszenie przez przedsiębiorcę zakazów określonych w art. 6 ust. 1 pkt 1 i 3 u.o.k.k. w postaci zawarcia Porozumienia w Sprawie Partnerstwa Energetycznego miało miejsce przed wejściem w życie art. 6a u.o.k.k.; „*dopuszczenie*” do naruszenia zakazu, w rozumieniu art. 6a u.o.k.k. dotyczyć może etapu zawarcia porozumienia, a nie fazy jego wykonywania, czy wywoływania przez nie skutków; do odpowiedzialności na podstawie art. 6a u.o.k.k. nie może mieć zastosowania koncepcja porozumienia ciągłego i jednolitego, lecz konieczne jest każdorazowe wykazanie konkretnych przejawów działań podejmowanych przez osobę zarządzającą po dniu wejścia w życie art. 6a u.o.k.k.; przesłanka „*dopuszczenia do naruszenia*” nie obejmuje odpowiedzialności za brak powstrzymania skutków naruszenia. Dalej p. Jacky Lacombe podniósł, że nie ponosi winy umyślnej za zarzucane mu działania i zaniechania, ze względu na brak świadomości, co do sprzeczności porozumienia z prawem antymonopolowym, o czym świadczyć ma to, że Porozumienie w Sprawie Partnerstwa Energetycznego zostało przygotowane przez kilka zespołów profesjonalnych prawników, a strony nie ukrywały faktu jego zawarcia, lecz wręcz przeciwnie ogłosiły ten fakt publicznie, co nie miałyby miejsca, gdyby p. Jacky Lacombe miał podejrzenie co do jego niezgodności z u.o.k.k.
- (201) W dalszej kolejności p. Jacky Lacombe podniósł, że w sprawie zachodzą w stosunku do niego indywidualne okoliczności wyłączające odpowiedzialność na gruncie art. 6a u.o.k.k., a mianowicie to, że jest on cudzoziemcem i nie jest w stanie bez pomocy tłumacza zrozumieć bardziej skomplikowanych tekstów w języku polskim, w związku z tym działał on w zaufaniu do współpracowników, że treść porozumień, czy innych dokumentów i e-maili była redagowana w zgodzie z obowiązującymi przepisami prawa. Ponadto, w ocenie strony w sprawie należy uwzględnić, że p. Lacombe działał pod silną presją Prezesa URE oraz przedstawicieli m.st. Warszawy, co do zakończenia Projektu Jagoda i nawiązania przez Veolię Warszawa współpracy z PGNiG Termika.
- (202) W swoim stanowisku p. Jacky Lacombe opisuje również okoliczności faktyczne i charakter współpracy między Veolią Warszawa a PGNiG Termika mające wykazać brak naruszenia przez przedsiębiorców art. 6 u.o.k.k. oraz wskazuje na okoliczności, które jego zdaniem mogą świadczyć o spełnieniu przez porozumienie wszystkich przesłanek wyłączenia przewidzianego w art. 8 ust. 1 u.o.k.k. oraz art. 101 ust. 3 TFUE. Argumentacja ta jest zbieżna z argumentacją podnoszoną przez Veolię Warszawa.

- (203) W zakresie oceny stanu faktycznego przez Prezesa Urzędu, p. Lacombe kwestionuje również zasadność uwzględnienia w niniejszej sprawie wniosku PGNiG Termika o odstąpienie lub obniżenie kary pieniężnej na podstawie art. 113e u.o.k.k. oraz wiarygodność materiału dowodowego przedłożonego przez PGNiG Termika w związku z tym wnioskiem.
- (204) Wreszcie p. Lacombe podnosi, że Prezes Urzędu nieprawidłowo interpretuje treść i znaczenie wiadomości e-mail wskazanych w SUZ, jako dowody na umyślne dopuszczenie przez niego do naruszenia przez Veolię Warszawa przepisów u.o.k.k.

W oparciu o przedstawiony stan faktyczny, Prezes Urzędu zważył, co następuje

6. Interes publiczny

Ramy prawne

- (205) Zgodnie z art. 1 ust. 1 u.o.k.k. ustawa ta określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Prezes Urzędu jest rzecznikiem tego interesu, co wynika z jego zadań w strukturze administracji rządowej. Działając w interesie publicznym, Prezes Urzędu podejmuje działania, gdy konieczna jest ochrona konkurencji jako zjawiska o charakterze instytucjonalnym. Dobrem chronionym przez przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest samo istnienie konkurencji jako atmosfery, w jakiej prowadzona jest działalność gospodarcza.⁹ Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów chroni istnienie konkurencji jako optymalnego mechanizmu podziału dóbr, zatem każde działanie wymierzone w ten mechanizm, godzi w interes publiczny.¹⁰

Zastosowanie prawa w niniejszej sprawie

- (206) Prezes Urzędu uznał, że w niniejszej sprawie występuje interes publiczny w wydaniu decyzji stwierdzającej naruszenie reguł konkurencji. Powyższe wynika z faktu, że naruszenie polegające na przypisaniu przez przedsiębiorców określonych szczebli obrotu jako swoich obszarów wyłączności, a także powiązane z nimi ustalenia dotyczące cen, prowadzą do ograniczenia lub wyeliminowania konkurencji na warszawskim rynku ciepła, co w oczywisty sposób zaburza prawidłowość funkcjonowania mechanizmu konkurencji. Jednocześnie takie działanie dotyka nieoznaczonego i szerokiego kręgu podmiotów nabywających energię ciepłą, do którego należą zarówno konsumenci, jak i podmioty prowadzące działalność gospodarczą. Działania te naruszają więc interes publiczny, a ingerencja Prezesa Urzędu jest

⁹ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 16 listopada 2005 r., sygn. akt XVII Ama 97/04.

¹⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z 5 czerwca 2008 r., sygn. akt III SK 40/07.

w niniejszej sprawie w pełni uzasadniona. Na etapie kwalifikacji zachowania przedsiębiorców Prezes Urzędu miał na względzie także ochronę dóbr innych niż konkurencja. Organ antymonopolowy rozważał interes publiczny w ochronie takich wartości jak wskazane w toku postępowania przez Veolię Warszawa na podstawie przepisów Prawa energetycznego, tj. interesu odbiorcy końcowego ciepła, bezpieczeństwa energetycznego czy bezpieczeństwa ekologicznego. Niemniej jednak Prezes Urzędu nie dopatrywał się w ustalonych okolicznościach sprawy względów wyłączających istnienie interesu publicznego we wszczęciu postępowania antymonopolowego.

7. Podmioty naruszające reguły konkurencji

7.1. Przedsiębiorstwa

Ramy prawne

- (207) Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem unijnym pojęcie „przedsiębiorstwa” obejmuje każdy podmiot zaangażowany w działalność gospodarczą niezależnie od jego formy prawnej i sposobu finansowania.¹¹ Działalność polegająca na oferowaniu dóbr i usług uznaje się za działalność gospodarczą.¹²
- (208) Jednocześnie zgodnie z utrwalonym orzecznictwem unijnym fakt posiadania zdolności prawnej i prowadzenia działalności gospodarczej sam w sobie nie oznacza, że podmiot prawa jest zdolny do wywierania samodzielnej presji konkurencyjnej na rynku. Z tych względów reguły konkurencji znajdują zastosowanie w relacjach między przedsiębiorstwami rozumianymi jako jednostki ekonomiczne (organizmy gospodarcze) zdolne do prowadzenia samodzielnej polityki rynkowej.¹³ Jednostka taka może być tworzona przez jeden lub więcej podmiotów prawnych.¹⁴ Konkluzja, że dwa lub więcej podmiotów tworzą jedno przedsiębiorstwo ma istotne znaczenie dla zastosowania reguł konkurencji. Po pierwsze, podmiotom prawnym tworzącym to samo przedsiębiorstwo odpowiedzialność za naruszenie reguł konkurencji przypisuje się jako jednemu podmiotowi gospodarczemu, w tym w szczególności możliwe jest przypisanie tej odpowiedzialności podmiotowi, który wywiera decydujący wpływ na działalność podmiotu bezpośrednio zaangażowanego w naruszenie.¹⁵

¹¹ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 23 kwietnia 1991 r. w sprawie C-41/90, *Höfner*, EU:C:1991:161, pkt 21.

¹² Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 12 września 2000 r. w sprawie C-180/98, *Pavlov*, EU:C:2000:428, pkt 75.

¹³ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 12 lipca 1984 r. w sprawie 170/83, *Hydrotherm Gerätebau*, EU:C:1984:271, pkt 11.

¹⁴ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 12 lipca 1984 r. w sprawie 170/83, *Hydrotherm Gerätebau*, EU:C:1984:271, pkt 11-12; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 14 grudnia 2006 r. w sprawie C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, EU:C:2006:784, pkt 40.

¹⁵ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 10 września 2009 r. w sprawie C-97/08 P, *Akzo przeciwko Komisji*, EU:C:2009:536, pkt 58.

Po drugie, podmioty tworzące jedno przedsiębiorstwo nie mogą zawrzeć między sobą porozumienia ograniczającego konkurencję.¹⁶

- (209) Spółka zależna uznawana jest za część tego samego przedsiębiorstwa co spółka-matka, jeżeli mimo swojej odrębności prawnej nie decyduje niezależnie o swoim działaniu na rynku, ale wykonuje we wszystkich istotnych aspektach instrukcje kierowane do niej przez spółkę-matkę, biorąc pod uwagę w szczególności powiązania gospodarcze, organizacyjne i prawne między tymi podmiotami.¹⁷ Przyjmuje się, że w przypadku posiadania przez spółkę-matkę 100% kapitału spółki powiązanej występuje domniemanie opisanego powyżej wywierania decydującego wpływu.¹⁸ Podobne podejście stosowane jest, gdy spółka nadrzędna posiada „wszystkie lub prawie wszystkie” udziały w spółce powiązanej.¹⁹ Domniemanie to jest wrzuszalne. Jednocześnie możliwe jest uznanie, że podmioty, w odniesieniu do których nie jest możliwe zastosowanie domniemania wywierania decydującego wpływu stanowią jedno przedsiębiorstwo. W takim przypadku konieczne jest wykazanie faktycznego wywierania decydującego wpływu.
- (210) Oceniając charakter powiązań między stronami postępowania Prezes Urzędu miał na względzie wykładnię prawa dokonaną przez sądy unijne w przywołanych powyżej sprawach.

Zastosowanie prawa w niniejszej sprawie

7.1.1. PGNiG Termika i PGNiG

- (211) Prezes Urzędu uznał, że PGNiG Termika oraz PGNiG tworzyli razem jedno przedsiębiorstwo. Powyższe wynika z faktu, że w relewantnym okresie PGNiG posiadał 100% akcji PGNiG Termika. Tym samym, uzasadnione jest domniemanie, że PGNiG wywierał decydujący wpływ na PGNiG Termika.

7.1.2. Veolia Warszawa i Veolia Polska

- (212) W odniesieniu do Veolia Warszawa Prezes Urzędu uznał, że podmiot ten tworzył z Veolią Polska jedno przedsiębiorstwo. Powyższe wynika z faktu posiadania w relewantnym okresie przez Veolia Polska 97% akcji Veolia Warszawa. Dodatkowo Prezes Urzędu wziął pod uwagę okoliczność obsadzenia organu nadzoru Veolii Warszawa członkami zarządu Veolii Polska.

¹⁶ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 12 stycznia 1995 r. w sprawie T-102/92, *Viho przeciwko Komisji*, EU:T:1995:3, pkt 51.

¹⁷ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 10 września 2009 r. w sprawie C-97/08 P, *Akzo przeciwko Komisji*, EU:C:2009:536, pkt 58.

¹⁸ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 10 września 2009 r. w sprawie C-97/08 P, *Akzo przeciwko Komisji*, EU:C:2009:536, pkt 61.

¹⁹ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 8 maja 2013 r. w sprawie C-508/11 P, *Eni przeciwko Komisji*, EU:C:2013:289, pkt 47.

Powyższe okoliczności uzasadniają domniemanie wywierania przez Veolię Polska na Veolię Warszawa decydującego wpływu.

7.2. Przedsiębiorcy

Ramy prawne

- (213) Pojęcie „przedsiębiorcy” na potrzeby zastosowania ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zdefiniowane zostało w art. 4 pkt 1 u.o.k.k. W zakres tej definicji wchodzi między innymi przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (t.j.: Dz. U. z 2019 r., poz. 1292 ze zm.).
- (214) W przeciwieństwie do prawa unijnego, które posługuje się na potrzeby reguł konkurencji pojęciem „przedsiębiorstwa”, prawo polskie nie dopuszcza do uznania za jednego przedsiębiorcę kilku podmiotów prawnych. Zgodnie z art. 4 pkt 1 u.o.k.k. przedsiębiorcą będzie jeden podmiot prawny. Jednocześnie przez „porozumienia” w prawie polskim należy zgodnie z art. 4 pkt 5 lit. a) u.o.k.k. rozumieć m.in. „*umowy zawierane między przedsiębiorcami*”.
- (215) Niezależnie od powyższego przyjmuje się, że na gruncie prawa polskiego zawarte między przedsiębiorcami tworzącymi jeden organizm gospodarczy porozumienia nie mogą naruszać art. 6 u.o.k.k. z uwagi na to, że nie ograniczają one konkurencji. Takie ograniczenie nie jest w tym przypadku możliwe, ponieważ przedsiębiorcy ci i tak nie posiadają autonomii. Z uwagi na sposób uregulowania przyjęty przez polskiego ustawodawcę należy jednak przyjąć, że przedsiębiorcy stanowiący część tego samego organizmu gospodarczego mogą zawrzeć porozumienie (art. 4 pkt 5 u.o.k.k.). Porozumienie to nie będzie jednak mogło być antykonkurencyjne (art. 6 ust. 1 u.o.k.k.). W konsekwencji zastosowanie art. 6 u.o.k.k. nigdy nie prowadzi do zakazania praktyk wykraczających poza te określone w art. 101 TFUE.
- (216) Całość analizy stanu faktycznego powinna zatem przebiegać zgodnie z regułami odpowiadającymi badaniu praktyki w ramach art. 101 TFUE (tj. wyznaczenie zakresów poszczególnych organizmów gospodarczych powinno nastąpić przed badaniem istnienia porozumienia sensu stricto, tj. przed badaniem m.in. formy tego porozumienia). Na potrzeby prawa polskiego należy przyjąć, że orzecznicza koncepcja jednego organizmu gospodarczego jest tożsama z unijną i wpisuje się w pojęcie „przedsiębiorstwa” w prawie unijnym.

Zastosowanie prawa w niniejszej sprawie

- (217) Prezes Urzędu stwierdził, że spółki PGNiG Termika, PGNiG, Veolia Warszawa oraz Veolia Polska posiadają status przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów u.o.k.k. Jak wynika z okoliczności omówionych w pkt. (12)-(23) podmioty te prowadzą działalność gospodarczą.

- (218) Prezes Urzędu uznał, że zarówno PGNiG Termika z PGNiG, jak i Veolia Warszawa z Veolią Polska tworzyli jedne organizmy gospodarcze. Powody takiej konkluzji są tożsame z motywami opisanymi w pkt. (207) i n., ponieważ jak wskazano wyżej polska orzecznicza koncepcja jednego organizmu gospodarczego pozostaje tożsama z pojęciem „przedsiębiorstwa” stosowanym w prawie unijnym.

8. Rynek właściwy

Ramy prawne

- (219) Koncepcja rynku właściwego stanowi narzędzie analityczne służące weryfikowaniu, czy w kontekście określonej teorii szkody może dochodzić do zapobieżenia, ograniczenia lub zakłócenia konkurencji.
- (220) W orzecznictwie unijnym przyjęto, że obowiązek określenia rynku właściwego w kontekście stosowania art. 101 TFUE występuje jedynie, gdy bez zdefiniowania takiego rynku niemożliwe jest stwierdzenie, czy rozpatrywane porozumienie, decyzja związku przedsiębiorstw lub uzgodniona praktyka mogą mieć wpływ na handel między Państwami Członkowskim oraz czy ich celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego.²⁰
- (221) Rynek właściwy posiada wymiar produktowy i geograficzny. Rynek właściwy produktowo obejmuje produkty lub usługi, które są substytucyjne lub w wystarczającym stopniu zamiennie, nie tylko z uwagi na swoje obiektywne cechy, które sprawiają, że są one w stanie zaspokajać określone potrzeby konsumentów, ale także przy uwzględnieniu warunków konkurencji lub struktury podaży i popytu na danym rynku.²¹ Rynek właściwy geograficznie to rynek obejmujący określony obszar, na którym produkt jest sprzedawany i na którym występują wystarczająco homogeniczne warunki konkurencji.²² Jednocześnie w przypadku naruszeń o charakterze horyzontalnym, to w znacznej mierze sposób działania przedsiębiorstw wskazuje na zakres produktowy i geograficzny naruszenia.²³

²⁰ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 16 września 2013 r. w sprawie T-396/10, *Zucchetti Rubinetteria SpA przeciwko Komisji*, EU:T:2013:446; wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 25 października 2005 r. w sprawie T-38/02, *Groupe Danone przeciwko Komisji*, EU:T:2005:367; wyroku Sądu Pierwszej Instancji z 15 września 1998 r. w sprawach połączonych T-374/94, T-375/94, T-384/94 oraz T-388/94, *European Night Services i inni przeciwko Komisji*, EU:T:1998:198; wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 6 lipca 2000 r. w sprawie T-62/98, *Volkswagen przeciwko Komisji*, EU:T:2000:180.

²¹ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 12 czerwca 1997 r. w sprawie T-504/93, *Tiercé Ladbroke przeciwko Komisji*, EU:T:1997:84, pkt 81.

²² Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 31 marca 1998 r. w sprawie C-68/94, *Kali und Salz przeciwko Komisji*, EU:C:1998:148, pkt 143.

²³ Por. Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 15 czerwca 2005 r. w sprawach połączonych T-71/03, T-74/03, T-87/03 oraz T-91/03, *Tokai Carbon*, EU:T:2005:220, pkt 90. Zob. decyzję Komisji Europejskiej z 2 kwietnia 2014 r. w sprawie AT.39610, *Power Cables*, pkt 652.

- (222) Zgodnie z art. 6 u.o.k.k. do wyeliminowania, ograniczenia lub naruszenia w innych sposób konkurencji dochodzić ma na rynku właściwym. Ustawodawca nie zawarł w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów obowiązku zdefiniowania rynku właściwego w każdej sprawie.
- (223) Ustawodawca przez „rynek właściwy” rozumie – zgodnie z art. 4 pkt 9 u.o.k.k. – rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.

Zastosowanie prawa w niniejszej sprawie

- (224) Prezes Urzędu zdefiniował rynki, na których doszło do naruszenia reguł konkurencji jako rynek wytwarzania energii cieplnej w systemie sieciowym obejmującym obszar miasta Warszawy oraz rynek sprzedaży detalicznej energii cieplnej w systemie sieciowym obejmującym obszar miasta Warszawy.
- (225) Na wskazanych wyżej rynkach PGNiG Termika i Veolia Warszawa prowadzą działalność, tj. PGNiG Termika na rynkach wytwarzania i sprzedaży detalicznej energii cieplnej, a Veolia Warszawa na rynku sprzedaży detalicznej energii cieplnej. Jednocześnie kwestionowana w przedmiotowej sprawie współpraca stron dotyczyła obu ww. rynków. Mianowicie spółki podjęły współpracę dotyczącą rynku wytwarzania energii cieplnej w przedmiocie zaniechania przez Veolię Warszawa oraz podmioty z nią powiązane budowy źródła ciepła oraz dotyczącą rynku sprzedaży detalicznej energii cieplnej w przedmiocie zaniechania przez PGNiG Termika sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych. W związku z tym, do potencjalnego wyeliminowania, ograniczenia lub naruszenia w innych sposób konkurencji doszło na rynku wytwarzania energii cieplnej oraz rynku sprzedaży detalicznej energii cieplnej.
- (226) W pierwszej kolejności wytwarzanie oraz sprzedaż detaliczna ciepła systemowego należy odróżnić od ciepła wytwarzanego i sprzedawanego poza systemem sieciowym.²⁴
- (227) Ciepło systemowe produkowane jest przez elektrociepłownie lub ciepłownie dla dużej liczby odbiorców. Najczęściej stosowane paliwa w systemach centralnych to węgiel kamienny i brunatny, gaz systemowy, ciężki olej opałowy (mazut) i biomasa. Tak wyprodukowane ciepło jest następnie dostarczane siecią ciepłowniczą do budynków w postaci gorącej wody lub pary, a tam poprzez węzły cieplne (z wymiennikami ciepła) dostarczane jest do instalacji wewnętrznych centralnego ogrzewania. Tym samym, w sieciowym systemie zaopatrzenia w

²⁴ Podobnie w: decyzji Komisji Europejskiej z 6 października 2009 r., *IPO/EnBW/Praha/PT*, COMP/M.5365; decyzji Komisji Europejskiej z 4 lutego 2002 r., *Vattenfall/Bewag*, COMP/M.2701 oraz decyzji Komisji Europejskiej z 12 maja 2010 r., *Dalkia CZ/ NWR Energy*, COMP/M.5793.

ciepło, źródła ciepła (elektrociepłownie lub ciepłownie) muszą być przyłączone do sieci ciepłowniczych, aby za ich pośrednictwem ciepło mogło zostać dostarczona do budynków i sprzedane odbiorcom.

- (228) Wytwarzanie energii cieplnej może odbywać się również poza systemem w lokalnych źródłach ciepła, którymi są kotłownie zasilające jeden bądź kilka sąsiadujących budynków. Takie kotłownie produkują ciepło na potrzeby centralnego ogrzewania w budynku. Kotłownie tego typu są najczęściej opalane gazem, węglem kamiennym, biomasą albo olejem opałowym. Pojawiają się także alternatywne rozwiązania w oparciu o pompy ciepła, źródła geotermalne lub panele słoneczne. Lokalne źródła znajdują zastosowanie na małych osiedlach, gdzie nie ma dostępu do scentralizowanych systemów ciepłowniczych.
- (229) Kolejnym sposobem wytwarzania ciepła poza systemem są indywidualne źródła ciepła. W tym przypadku produkcja ciepła jest przeznaczona dla pojedynczego lokalu mieszkalnego albo domu. Ciepło rozprowadzane jest w instalacjach wewnętrznych albo bezpośrednio ogrzewa mieszkanie lub dom. Ponieważ zapotrzebowanie na moc cieplną pojedynczego mieszkania lub domu nie jest duże, istnieją możliwości produkcji ciepła na własne potrzeby, np. kotły (węglowe, olejowe, gazowe i elektryczne), kominki opalane drewnem, dwufunkcyjne piece gazowe, przydomowe kompaktowe kotłownie biomasowe, pompy ciepła (płytki geotermia lokalna) oraz panele solarne – głównie na potrzeby ciepłej wody.
- (230) W ocenie Prezesa Urzędu presja konkurencyjna między ciepłem sieciowym a ciepłem wytwarzanym w zdecentralizowanych jednostkach wytwórczych jest ograniczona. Wynika to przede wszystkim z kosztów inwestycyjnych związanych z zakupem zdecentralizowanej jednostki produkcyjnej (np. kotła), konieczności regularnej kontroli i konserwacji, wysokiej emisji spalin²⁵ oraz ogólnie wyższych kosztów operacyjnych zdecentralizowanego ogrzewania. Ciepło systemowe zapewnia bezpieczeństwo dostaw, niski koszt użytkowania, jest bezobsługowe oraz ma ograniczony wpływ na środowisko. Dodatkowo zmiana ogrzewania na zdecentralizowane powoduje również zwiększenie kosztów w postaci paliw wykorzystywanych do produkcji ciepła, takich jak gaz lub energia elektryczna, w przeciwieństwie do tańszego węgla kamiennego, który jest głównie wykorzystywany do wytwarzania ciepła sieciowego. Zmianę dostawcy ciepła z sieciowego na indywidualne ograniczają również długie okresy umów, które są powszechne stosowane w ciepłownictwie, co sprawia, że odbiorcy są mniej skłonni do podjęcia decyzji o zmianie formy ogrzewania na indywidualne. Z tożsamyh względów rynek sprzedaży ciepła sieciowego również stanowi odrębny rynek od sprzedaży ciepła poza systemem sieciowym.

²⁵ W przypadku korzystania z kotłowni, pieców zasilanych gazem, olejem opałowym lub węglem.

- (231) Wytwarzanie ciepła systemowego to produkcja ciepła w specjalnie wybudowanych w tym celu ciepłowniach i elektrociepłowniach. Głównym parametrem charakteryzującym przedsiębiorstwo ciepłownicze prowadzące działalność w zakresie wytwarzania ciepła jest moc zainstalowana, która określa potencjalną wielkość energii cieplnej możliwą do uzyskania w źródle.
- (232) Sprzedaż ciepła systemowego to sprzedaż ciepła do odbiorców końcowych podłączonych do sieci ciepłowniczej. Istotnym parametrem przy sprzedaży ciepła jest długość sieci ciepłowniczej w polskich warunkach wynikająca z liczby podłączonych do niej odbiorców. Działalność w zakresie sprzedaży ciepła może być prowadzona bezpośrednio przez podmiot zajmujący się jego wytwarzaniem lub przez podmiot zajmujący się obrotem ciepła.
- (233) Zasadnym jest, by rynek wytwarzania ciepła oraz rynek sprzedaży ciepła traktować jako odrębne rynki produktowe. Przede wszystkim należy wskazać, że rynek sprzedaży detalicznej ciepła stanowi następny szczebel obrotu w stosunku do rynku wytwarzania (wprowadzania do obrotu) ciepła, w związku z tym mamy odmienne strony transakcji zawieranych na tych rynkach. Mianowicie podstawowym odbiorcą ciepła od wytwórcy jest podmiot zajmujący się obrotem ciepłem, natomiast odbiorcami ciepła od przedsiębiorcy zajmującego się sprzedażą ciepła są odbiorcy końcowi, nabywający ciepło na własny użytek.
- (234) Jednocześnie nie istnieją podstawy do dalszej segmentacji ww. rynków. Analizując rynek wytwarzania energii cieplnej w systemie sieciowym pod kątem substytucyjności popytu stwierdzić należy, że dla podmiotów sprzedających energię cieplną za pośrednictwem sieci Veolii Warszawa, nie istnieje substytut wobec energii cieplnej wytworzonej w źródłach ciepła podłączonych do sieci ciepłowniczej. W szczególności takim substytutem nie jest energia cieplna wytwarzana w lokalnych źródłach ciepła (np. kotłowniach), które nie są podłączone do sieci ciepłowniczej Veolii Warszawa, i których moc cieplna jest zbyt mała, aby zaspokoić zapotrzebowanie na ciepło odbiorców w sieci. W związku z tym dla Veolii Warszawa jako sprzedawcy detalicznego energii cieplnej, w chwili obecnej tylko nabycie ciepła wytwarzanego w źródłach ciepła należących do PGNiG Termika może zaspokoić jej potrzeby w zakresie zapewnienia dostaw ciepła odbiorcom końcowym.
- (235) Natomiast rozpatrując rynek sprzedaży detalicznej ciepła systemowego od strony popytowej należy wskazać, że odbiorca końcowy podłączony do sieci ciepłowniczej może wybrać podmiot, od którego będzie nabywać ciepło spośród przedsiębiorców, zajmujących sprzedażą detaliczną energii cieplnej, niezależnie od tego czy ich podstawowym przedmiotem działalności jest obrót energią cieplną czy też nabywają to ciepło od wytwórców. W takiej sytuacji przedsiębiorcy ci są względem siebie konkurentami na rynku sprzedaży detalicznej ciepła, z tym, że ci z nich, którzy nie posiadają własnej sieci ciepłowniczej, mogą sprzedawać

ciepło odbiorcom końcowym dopiero po uzyskaniu dostępu, w oparciu o zasadę TPA, do istniejącej na danym terenie sieci ciepłowniczej.

- (236) Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Prezesa Urzędu oraz Komisji Europejskiej²⁶ działalność w zakresie wytwarzania i sprzedaży energii cieplnej tradycyjnie jest postrzegana jako działalność mająca charakter lokalny. Wynika to głównie ze ścisłego ograniczenia geograficznego tej działalności, spowodowanego brakiem możliwości przesyłania ciepła na większe odległości, z uwagi na ubytki nośnika ciepła oraz straty ciepła podczas przesyłania. Dlatego też rynek zaopatrzenia w ciepło sieciowe w aspekcie geograficznym należy określić jako rynek lokalny ograniczony zasięgiem sieci ciepłowniczej. Ponadto każda sieć ciepłownicza posiada własną taryfę cenową zatwierdzoną przez Prezesa URE, co również wskazuje na odrębność każdej sieci na terenie objętym zasięgiem jej działania.
- (237) Z uwagi na powyższe, Prezes Urzędu uznał, że na potrzeby niniejszej sprawy rynkiem geograficznym w przedmiotowej sprawie jest obszar miasta Warszawa, na którym funkcjonuje sieć ciepłownicza należąca do Veolii Warszawa.
- (238) Niezależnie od powyższego Prezes Urzędu ma na względzie, że w kontekście charakteru praktyki polegającej na podziale rynku i uzgadnianiu cen opisanej w niniejszej decyzji sposób zdefiniowania rynku nie może wpływać na konkluzję co do samej legalności lub nielegalności tego rodzaju porozumienia.

9. Wpływ na handel między Państwami Członkowskimi

Ramy prawne

- (239) Prawo unijne znajduje zastosowanie w odniesieniu do spraw, w których występuje wpływ na handel między Państwami Członkowskimi. Pojęcie wpływu na handel nie zostało zdefiniowane w aktach prawodawczych Unii Europejskiej. Zagadnienie wpływu na handel zostało opisane przez Komisję Europejską w komunikacie „Wytoczne w sprawie pojęcia wpływu na handel zawartego w art. 81 i 82 Traktatu”²⁷ (dalej: „**Wytoczne w sprawie wpływu na handel**”). Powyższy dokument nie ma charakteru wiążącego dla Państw Członkowskich.
- (240) Przyjmuje się, że pojęcie wpływu na handel ma charakter szeroki, tj. obejmuje różne sposoby wpływu na ten handel (bezpośredni lub pośredni, rzeczywisty lub potencjalny). Wpływ powinien mieć charakter odczuwalny. Ograniczenie geograficzne praktyki do terytorium

²⁶ Przykładowo: decyzja Prezesa Urzędu z 27 sierpnia 2007 r., nr DKK-13/07; decyzja Prezesa Urzędu z 23 lutego 2009 r., nr DKK-7/09 oraz decyzja Komisji Europejskiej z 12 maja 2010 r., *Dalkia CZ/NWR Energy*, COMP/M.5793.

²⁷ Komisja Europejska w Obwieszczeniu *Wytoczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu WE* [obecnie art. 101 ust. 3 TFUE] (Dz. Urz. UE 2004, C 101/08).

jednego Państwa Członkowskiego lub części tego terytorium nie wyklucza istnienia odczuwalnego wpływu na handel.

Zastosowanie prawa w niniejszej sprawie

- (241) Prezes Urzędu uznał, że wpływ praktyk opisanych w niniejszej decyzji na handel między Państwami Członkowskimi występował i miał charakter przynajmniej potencjalnie odczuwalny. Opisane w decyzji działania PGNiG Termika i Veolia Warszawa odnosiły się do części obszaru Rzeczypospolitej Polskiej, tj. obszaru Warszawy. Praktyki te zakłócały konkurencję w relacjach horyzontalnych (między co najmniej potencjalnymi konkurentami) i dotyczyły podziału rynku oraz ustalania cen.
- (242) W powyższym kontekście Prezes Urzędu wziął pod uwagę, że kwestia występowania handlu między Państwami Członkowskimi pozostaje niezależna od zdefiniowania rynku właściwego w wymiarze geograficznym. Innymi słowy, handel między Państwami Członkowskimi może występować zarówno w przypadku, gdy rynkiem właściwym jest rynek krajowy jednego Państwa Członkowskiego, jak i część terytorium jednego Państwa Członkowskiego²⁸. Nawet bowiem przy tak zakreślonym rynku geograficznym badana praktyka może np. prowadzić do utrwalenia się odrębności takiego rynku geograficznego i utrudniać dostęp przedsiębiorcom z innych państw członkowskich.
- (243) Prezes Urzędu uznał, że działania stron postępowania mogły mieć potencjalny wpływ na handel między Państwami Członkowskimi. W tym względzie należy wskazać, że nie jest konieczne rzeczywiste istnienie wpływu na handel, wystarczy sama możliwość jego wystąpienia, a więc wystarczającym jest, że działania polegające na zawarciu antykonkurencyjnego porozumienia są w stanie wywołać takie skutki, bez względu na to czy rzeczywiście je wywołują.²⁹
- (244) W przedmiotowej sprawie jednym z elementów praktyki była kwestia zminimalizowania ryzyka wejścia nowego podmiotu na rynek wytwarzania ciepła, wskutek upadłości Energetyki Ursus. W związku z tym, Prezes Urzędu uznał, że działania podjęte w tym zakresie przez PGNiG Termika i Veolia Warszawa mogły potencjalnie wpływać na procesy decyzyjne podmiotów zagranicznych rozważających wejście na rynek lokalny Warszawy. Innymi słowy należy przyjąć, że charakter naruszenia uwzględniał konieczność przeciwdziałania

²⁸ Wytyczne w sprawie wpływu na handel pkt 22 oraz wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 22 października 1997 r., w sprawie T-213/95 i T-18/96, *SCN i FNK przeciwko Komisji*, Rec. 1997, s. II-1739.

²⁹ Wytyczne w sprawie wpływu na handel, pkt 26; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 14 lipca 1981 r., w sprawie 172/80, *Gerhard Züchner przeciwko Bayerische Vereinsbank AG*, EU:C:1981:178; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 14 grudnia 1983 r., w sprawie 319/82, *Kerpen & Kerpen*, EU:C:1983:374.

konkurentom spoza porozumienia, a tym samym mógł przynajmniej potencjalnie wpływać na handel między Państwami Członkowskimi.

- (245) Powyższe potwierdza okoliczność, że w toku postępowania upadłościowego Energetyki Ursus pojawił się litewski podmiot zainteresowany nabyciem jej majątku [pkt (92)]. Dodatkowo możliwość pojawienia się zagranicznego podmiotu na warszawskim rynku ciepła potwierdza fakt, że na innych lokalnych rynkach ciepła w Polsce takie podmioty prowadzą działalność³⁰, jak również fakt, że taką działalność prowadzą podmioty należące do zagranicznych grup kapitałowych, np. Veolia Warszawa będąca częścią francuskiej grupy kapitałowej, Vatenfall Heat Poland S.A. będący częścią szwedzkiej grupy kapitałowej, który poprzednio zajmował się wytwarzaniem ciepła na warszawskim rynku.
- (246) Z punktu widzenia przesłanki wpływu na handel istotny również jest fakt, że Veolia Warszawa i Veolia Polska należą do międzynarodowej grupy kapitałowej, działającej w wielu Państwach Członkowskich. Sytuacja taka sprawia, że wszelkie zmiany pozycji konkurencyjnej w jednym Państwie Członkowskim będą miały wpływ na pozycję grupy jako całości.³¹ Poprawa rentowności oddziału przedsiębiorcy w jednym kraju może wpływać na handel między Państwami Członkowskimi, w szczególności poprzez zmiany w wypłacanych dywidendach oraz zapotrzebowaniu na środki inwestycyjne.³²
- (247) Przy ocenie, czy spełniona została przesłanka wpływu na handel, Prezes Urzędu uwzględnił, że kwestionowana w przedmiotowej sprawie współpraca stron mogła mieć również pośredni wpływ na handel.³³ Pośredni wpływ na handel może na przykład występować, gdy porozumienie lub praktyka ma wpływ na transgraniczną działalność gospodarczą przedsiębiorstw w jakikolwiek sposób korzystających z produktów objętych porozumieniem lub praktyką. Taka sytuacja wystąpiła w przedmiotowej sprawie, albowiem spółki PGNiG Termika i Veolia Warszawa w okresie funkcjonowania porozumienia dostarczały ciepło do odbiorców końcowych, zajmujących się produkcją przemysłową produktów, które były sprzedawane do innych Państw Członkowskich.³⁴ Chociaż sama energia cieplna nie była przedmiotem handlu transgranicznego, to uzgodnienia stron dotyczące zaprzestania sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych przez PGNiG Termika, który oferował niższą cenę ciepła niż Veolia Warszawa, a także uzgodnienia dotyczące mniej korzystnego dla odbiorców końcowych ukształtowania taryfy PGNiG Termika, mogły przełożyć się na zwiększenie

³⁰ Przykładowo Leipziger Stadtwerke GmbH (z siedzibą w Niemczech) prowadzi działalność na gdańskim rynku ciepła, jako większościowy udziałowiec Gdańskiego Przedsiębiorstwa Energetyki Ciepłej Sp. z o.o.

³¹ Decyzja Komisji Europejskiej z 24 lipca 2002 r. *Industrial and medical gases*, COMP/36.700, Dz. Urz. UE z 2003 r. L 84/1.

³² *Ibidem*, pkt 371.

³³ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 28 kwietnia 1998 r., w sprawie C-306/96 *Javico*, Rec. s. I-1983, pkt 16; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 25 października 2001 r. w sprawie C-475/99 *Ambulanz Glöckner*, Rec. s. I-8089, pkt 48; wyroku Sądu z 8 września 2010 r., w sprawie T-29/05, *Deltafina SpA*, EU:T:2010:355, pkt 173 oraz Wytyczne w sprawie wpływu na handel, pkt 38.

³⁴ Np. **[informacja chroniona]**.

kosztów produkcji tych odbiorców, a co za tym idzie podwyższenie cen produktów, przeznaczonych na eksport.

- (248) Prezes Urzędu uznał także, że wpływ na handel rozpatrywanego porozumienia jest odczuwalny. Miarą odczuwalności wpływu na handel jest znaczna pozycja uczestników porozumienia na rynku. W niniejszej sprawie łączny roczny obrót stron postępowania, a także udział na którymkolwiek z rynków właściwych, na który wpływa porozumienie przekraczają progi znacznego wpływu na handel, o których mowa w Wytocznych w sprawie wpływu na handel, tj. obrotu 40 000 000 euro w odniesieniu do danego produktu oraz udziału przekraczającego 5% na którymkolwiek rynku właściwym, na które wpływa porozumienie.³⁵
- (249) Oceniając konieczność zastosowania prawa unijnego Prezes Urzędu miał na względzie, że odczuwalny wpływ na handel może występować zarówno w przypadku, gdy wpływ ten ma charakter rzeczywisty, jak i potencjalny (tj. również wpływ potencjalny może mieć charakter odczuwalny).
- (250) Jednocześnie Prezes Urzędu za nieuprawniony uznaje argument przedstawiony przez Veolia Polska w odpowiedzi na SUZ, zgodnie z którym nie zostało przeprowadzone postępowanie dowodowe i nie zostało udowodnione, że w niniejszej sprawie wpływ na handel wystąpił. W ocenie Prezesa Urzędu każda z wymienionych wyżej okoliczności samodzielnie i wszystkie z nich postrzegane razem wskazują, że w sprawie występuje wpływ na handel między Państwami Członkowskimi, a co za tym idzie ma zastosowanie TFUE.

10. Naruszenie art. 6 u.o.k.k. i art. 101 TFUE

10.1. Porozumienia i praktyki uzgodnione

Ramy prawne

- (251) Zgodnie z art. 101 TFUE niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane są wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie praktyki uzgodnione, które mogą mieć wpływ na handel między Państwami Członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego.
- (252) Jednocześnie zgodnie z art. 6 u.o.k.k. zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Przez „porozumienia” zgodnie z art. 4 pkt 5 u.o.k.k. rozumie się: (i) umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między

³⁵ Wytoczne w sprawie wpływu na handel, pkt 52.

przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów; (ii) uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki; (iii) uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych.

- (253) Dla istnienia porozumienia (prawo unijne) wystarczające jest, aby między przynajmniej dwoma przedsiębiorstwami istniała zgodność woli, przy czym sposób w jaki się ona objawia pozostaje nieistotny.³⁶ Z kolei dla istnienia praktyki uzgodnionej (prawo unijne) wystarczające jest, aby bez dojścia do fazy, w ramach której porozumienie (prawo unijne) zostaje właściwie zawarte, strony świadomie zastąpiły ryzyko wynikające z konkurencji praktyczną współpracą.³⁷
- (254) To samo zachowanie może jednocześnie zawierać zarówno elementy porozumienia i praktyki uzgodnionej (prawo unijne). Organ ochrony konkurencji nie jest zobowiązany do przesądzania o tym, w jaki dokładnie sposób, w którym momencie i w jakim zakresie określone działania stanowiły porozumienie, a w jakim praktykę uzgodnioną (prawo unijne).³⁸
- (255) Wzajemność ograniczenia swobody działania nie jest elementem konstytutywnym porozumienia na potrzeby stosowania reguł konkurencji.³⁹
- (256) Chociaż prawo unijne i polskie używają różnych pojęć do nazwania form współpracy między podmiotami rynkowymi, należy stwierdzić, że ich zakres przedmiotowy pozostaje tożsamy, tj. odnoszą się one do tych samych form współpracy. Z tych względów Prezes Urzędu uznaje, że określenie, czy dane zachowanie stanowiło umowę lub uzgodnienie (prawo polskie) opiera się na tych samych przesłankach co w prawie unijnym. W decyzji Prezes Urzędu posługuje się sformułowaniem „porozumienie” zgodnie z jego polskim rozumieniem, o ile nie zastrzeżono inaczej. W konsekwencji przez „porozumienie” należy rozumieć: umowy (prawo polskie), uzgodnienia (prawo polskie), porozumienia (prawo unijne), praktyki uzgodnione (prawo unijne).

Zastosowanie prawa w niniejszej sprawie

- (257) Prezes Urzędu uznał, że działania opisane w pkt. (56)-(167) niniejszej decyzji świadczą o istnieniu porozumień i praktyk uzgodnionych w rozumieniu prawa unijnego oraz umów i uzgodnień w rozumieniu prawa polskiego.

³⁶ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 6 stycznia 2004 r. w sprawach połączonych C-2/01 P oraz C-3/01 P, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure*, EU:C:2004:2, pkt 96.

³⁷ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 14 lipca 1972 r. w sprawie C-48/69, *Imperial Chemical Industries*, EU:C:1972:70, pkt 64.

³⁸ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 20 kwietnia 1999 r. w sprawie T-305/94, *Limburgse Vinyl Maatschappij*, EU:T:1999:80, pkt 696; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 23 listopada 2006 r. w sprawie C-238/05, *Asnef-Equifax*, EU:C:2006:734, pkt 32.

³⁹ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie C-194/14 P, *AC-Treuhand*, EU:C:2015:717, pkt 33.

- (258) Prezes Urzędu uznał, że PGNiG Termika i Veolia Warszawa zawarły porozumienie, zgodnie z którym miały nie wykroczać poza swoje rynki macierzyste, tj. koncentrować się na swojej podstawowej działalności, a jednocześnie zaprzestać prowadzonej działalności na rynku macierzystym drugiej strony lub zaniechać wejścia na rynek macierzysty drugiej strony oraz miały uzgodnić struktury taryf.
- (259) Zebrany w sprawie materiał dowodowy w postaci wiadomości e-mail, dokumentów wewnętrznych sporządzonych w związku z tą współpracą, a także podejmowane działania rynkowe stron jednoznacznie wskazują, że faktyczna współpraca PGNiG Termika i Veolii Warszawa odpowiadała w istocie ustaleniom opisanym w Drugim Projekcie Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego, a nie w jego ostatecznej i podpisanej wersji. W związku z tym, Prezes Urzędu uznał, że to treść ww. projektu oddaje rzeczywisty przedmiot i zakres współpracy, co do której wyrażono zgodność woli, a nie podpisane Porozumienie w sprawie Partnerstwa Energetycznego. Należy zauważyć, że ostateczna treść Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego została zmodyfikowana, w wyniku zastrzeżeń zgłoszonych przez wewnętrznych prawników PGNiG, zdaniem których Drugi Projekt Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego rodził ryzyko uznania go za antykonkurencyjne porozumienie [pkt (112)].
- (260) Prezes Urzędu uznał, że w ramach przypisania sobie rynków macierzystych, PGNiG Termika oraz Veolia Warszawa uzgodniły, że Veolia Warszawa oraz podmioty z nią powiązane nie wejdą na rynek wytwarzania ciepła ani nie będą wspierać podmiotów trzecich w wejściu na rynek wytwarzania ciepła (rynek macierzysty PGNiG Termika), a w zamian za to PGNiG Termika zaprzestanie prowadzenia działalności na rynku sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych (rynek macierzysty Veolia Warszawa).
- (261) Odnosząc się do uzgodnień dotyczących odstąpienia przez Veolię Warszawa i podmioty z nią powiązane od wejścia na rynek wytwarzania ciepła, należy w pierwszej kolejności wskazać, że było to działanie wprost przewidziane w treści Drugiego Projektu Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego [pkt (101) i (107)]. Mając na względzie, że od 2012 r. powiązana z Veolią Warszawa spółka Cleveren podjęła działania zmierzające do budowy źródła ciepła w Warszawie [pkt (122)], należy uznać, że postanowienie o treści „(...) *Dalkia Warszawa oraz podmioty powiązane nie będzie budować oraz wspierać budowy źródeł wytwórczych nie będących własnością PGNiG TERMIKA pracujących na potrzeby ciepła systemowego w aglomeracji warszawskiej*” oznaczał zobowiązanie się Veolii Warszawa do rezygnacji z tych planów.
- (262) Jednocześnie porozumienie dotyczące zaniechania przez Veolię Warszawa Projektu Jagoda, stanowiło realizację celów, jakie PGNiG Termika wyznaczyła sobie w rozmowach z Veolią

Warszawa, tj. zablokowania budowy nowego źródła ciepła [pkt (65), (96), (97)]. Wejście nowego podmiotu na podstawowy rynek działalności PGNiG Termika doprowadziłoby do zmniejszenia mocy zamówionej w źródłach ciepła PGNiG Termika i miałyby znaczący negatywny wpływ na wyniki finansowe tej spółki [pkt (95)].

- (263) Na okoliczność, że doszło między spółkami do uzgodnień w tym zakresie wprost wskazuje treść wiadomości e-mail wysłanej przez Prezesa Zarządu Veolia Warszawa do Prezesa Zarządu PGNiG Termika, dzień po podpisaniu Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego. W wiadomości tej p. Jacky Lacombe (Veolia Warszawa) wskazał *„tak jak uzgodniliśmy, przesyłam Panu kopie dokumentów, które wysłaliśmy do organów odpowiedzialnych, dotyczące decyzji wstrzymania wniosku o pozwolenie na wybudowanie bloku gazowego w Ursusie”* [pkt (120)]. Przedmiotowe dokumenty potwierdzały wysłanie przez Cleveren pism do stosownych organów administracyjnych z informacją o wstrzymaniu działań zmierzających do budowy nowego źródła ciepła. O podjęciu przez spółki uzgodnień w tym zakresie, świadczy również reakcja Prezesa Zarządu PGNiG Termika, który przekazując powyższą wiadomość do swoich podwładnych wskazał *„Jednak dotrzymują słowa”* [pkt (120)].
- (264) O tym, że decyzja Veolii Warszawa o odstąpieniu od realizacji Projektu Jagoda wynikała z podjętej z PGNiG Termika współpracy, a nie indywidualnej decyzji spółki, świadczy również dowód w postaci wiadomości e-mail Prezesa Zarządu Veolii Warszawa do Prezesa Zarządu PGNiG Termika, w której wskazuje, że rekomendował Veolii Polska *„zawieszenie projektu elektrociepłowni w Ursusie w zamian za współpracę z PGNiG Termika”* [pkt (121)]. Powyższy wniosek potwierdza także fragment protokołu z posiedzenia Zarządu Veolii Warszawa o treści: *„zakup turbiny był projektem warszawskim, związanym z planowaną w Warszawie inwestycją. (...) w celu poprawy współpracy z głównym partnerem biznesowym, koniecznym była modyfikacja wcześniejszych planów”* [pkt (125)]. Podobny wniosek wynika także z wysłanej wewnątrz spółki PGNiG Termika wiadomości e-mail Prezesa Zarządu PGNiG Termika, w której stwierdził: *„strony uzgodniły, że (...) PGNiG Termika odpowiadać będzie za optymalny rozwój produkcji ciepła. Oznacza to, iż (...) Dalkia (obecnie Veolia) nie będzie rozwijała projektów wytwórczych”* [pkt (146)].
- (265) Dodatkowo w ramach uzgodnień dotyczących nie wykraczania poza rynek wytwarzania ciepła jako rynek przypisany PGNiG Termika, spółki ustaliły w treści Drugiego Projektu Porozumienia w Sprawie Partnerstwa Energetycznego, że Veolia Warszawa oraz spółki z nią powiązane nie będą również wspierać budowy źródła ciepła przez inne niż PGNiG Termika podmioty [pkt (103)].

- (266) Powyższe postanowienie miało istotne znaczenie w kontekście upadłości Energetyki Ursus, która prowadziła działalność w zakresie wytwarzania i sprzedaży ciepła w obrębie własnej lokalnej sieci ciepłowniczej, zlokalizowanej na terenie dzielnicy Ursus. PGNiG Termika obawiała się, że upadłość Energetyki Ursus może stać się okazją do pojawienia się nowego podmiotu świadczącego usługi wytwarzania ciepła na terenie Warszawy [pkt (92)]. Taki scenariusz oznaczałby zmniejszenie sprzedaży ciepła wyprodukowanego w należących do PGNiG Termika źródłach ciepła, a w konsekwencji jak szacowała spółka obniżenie zysku operacyjnego o **[informacja chroniona]** zł lub **[informacja chroniona]** zł netto [pkt (91)].
- (267) W celu zminimalizowania powyższego ryzyka PGNiG Termika i Veolia Warszawa podjęły współpracę, w ramach której koordynowały podejmowane przez siebie działania w związku z postępowaniem upadłościowym Energetyki Ursus. Uzgodnienia w tym zakresie były podejmowane w ramach Projektu Accord na comiesięcznych spotkaniach Komitetu Sterującego, w specjalnym do tego wyznaczonym strumieniu nr 11 zajmującym się tematem „Energetyki Ursus”. W szczególności na istnienie uzgodnień w tym zakresie wskazuje prezentacja podsumowująca przebieg jednego ze spotkań Komitetu Sterującego, na którym ustalano, aby *„uzgodnić przed końcem kwietnia czy należy złożyć ofertę zakupu EU [Energetyki Ursus – wyjaśnienie wł.] w świetle ryzyka konkurencji”* [pkt (128)] oraz informacja przygotowana dla Rady Nadzorczej PGNiG Termika, z której wynika, że spółki ostatecznie uzgodniły, że nie będą uczestniczyć w przetargu ogłoszonym przez Syndyka [pkt (129)].
- (268) Pomimo rezygnacji z przetargu, PGNiG Termika i Veolia Warszawa nadal pozostawały zainteresowane jego przebiegiem oraz potencjalnymi inwestorami [pkt (130)]. Po rozstrzygnięciu postępowania przetargowego, aby zminimalizować ryzyko wejścia na rynek nowego wytwórcy ciepła, spółki zawarły Porozumienie o realizacji Specjalnego Zadania Inwestycyjnego, na mocy którego Veolia Warszawa zobowiązała się nabyć sieć ciepłowniczą Energetyki Ursus, natomiast PGNiG Termika zobowiązała się pokryć połowę ceny zakupu, tj. **[informacja chroniona]** zł [pkt (138)]. Jak wynika z przygotowanych dla Rady Nadzorczej i Zarządu PGNiG Termika informacji dotyczących zawarcia przedmiotowej umowy: *„przylączenie Niedźwiadka⁴⁰ było elementem zaniechanego przez VEW projektu Jagoda (budowa bloku gazowo-parkowego w Ursusie)”*, *„rozwiązanie to pozwoli mitygować ryzyko pojawienia się podmiotu obcego produkującego ciepło w tym rejonie miasta, przy finansowaniu na poziomie niższym niż mogły wynosić potencjalne straty spółki”* [pkt (134)].
- (269) W zamian za odstąpienie przez Veolię Warszawa oraz podmioty z nią powiązane od budowy nowego źródła ciepła oraz niewspieranie takiej budowy przez inne podmioty, spółki

⁴⁰ Osiedle Niedźwiadek – osiedle mieszkaniowe zlokalizowane na terenie dzielnicy Ursus, dotychczas zasilane ze źródła ciepła Energetyki Ursus.

uzgodniły, że PGNiG Termika zaniecha prowadzenia działalności na rynku sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych. Uzgodnienie w tym zakresie zostało zawarte w treści Drugiego Projektu Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego, zgodnie z którym PGNiG Termika miała zaniechać aktywnego pozyskiwania odbiorców końcowych w celu sprzedaży ciepła, a do końca 2016 r. całkowicie zaprzestać prowadzenia sprzedaży do tej grupy odbiorców, poprzez rozwiązanie łączącej spółki umowy przesyłowej [pkt (104)]. Umowa ta stanowiła podstawę do korzystania przez PGNiG Termika z sieci ciepłowniczej należącej do Veolii Warszawa, na potrzeby prowadzenia sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych. W związku z tym rozwiązanie umowy przesyłowej wzmacniało zobowiązanie PGNiG Termika do zaniechania prowadzenia działalności na rynku sprzedaży ciepła, bowiem bez umowy przesyłowej taka sprzedaż stałaby się niemożliwa.

- (270) Działalność PGNiG Termika na rynku sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych była dla Veolii Warszawa problematyczna, gdyż w praktyce oznaczała utratę dotychczasowych odbiorców Veolii Warszawa i zmniejszenie jej sprzedaży. Efekt ten potęgował fakt, że od 1 lipca 2013 r. PGNiG Termika oferowała niższe ceny sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych niż Veolia Warszawa [pkt (52)].
- (271) Na podjęcie uzgodnień dotyczących zaniechania przez PGNiG Termika prowadzenia działalności na rynku sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych wskazuje wiadomość e-mail, w której pracownik PGNiG Termika stwierdza „(...) *Dalkia upiera się (a nasz prezes się zgadza) żeby zrezygnować z umowy przesyłowej*” [pkt (107)]. Powyższe potwierdza również wiadomość e-mail Prezesa Zarządu PGNiG Termika, który zwracając się o **[informacja chroniona]**: „*strony uzgodniły, że w przyszłości Dalkia Warszawa odpowiedzialna będzie za optymalny rozwój dystrybucji i handel ciepłem na terenie Warszawy (...). Oznacza to, iż PGNiG nie będzie rozwijał usługi OKW (...).* **[informacja chroniona]** [pkt (146)].
- (272) Elementem zaniechania prowadzenia sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych przez PGNiG Termika było również zobowiązanie do zaprzestania udziału w przetargach na dostawę ciepła do odbiorców końcowych. Na okoliczność tę wskazuje korespondencja e-mail, w której pracownik Veolii Warszawa zwraca się do PGNiG Termika o wyjaśnienie, czy sformułowanie zawarte w treści Drugiego Projektu Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego o treści: „*PT nie będzie aktywnie pozyskiwać klientów, oznacza że nie będzie brać udziału w przetargach*”, na co pracownik PGNiG Termika udzielił odpowiedzi twierdzącej [pkt (109)].
- (273) Powyższe potwierdza również dowód w postaci wiadomości e-mail, w której Prezes Zarządu Veolia Warszawa powołując się na ustalenia spółek wyraził niezadowolenie z powodu wygrania przez PGNiG Termika przetargu na dostawę ciepła do odbiorcy końcowego,

wskazując: „*Temat OKW to graniczna linia, której nie należy przekraczać w myśl warunków naszego porozumienia z dnia 14/11/2014. (...) trzymanie się ustaleń już w tak małej sprawie stworzyłoby lepszą atmosferę do znacznie trudniejszych tematów, jakie nas czekają*” [pkt (154)].

- (274) Dodatkowo na istnienie uzgodnień co do zaprzestania prowadzenia przez PGNiG Termika sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych w tym również w formie przetargów, wskazują dowody świadczące o wprowadzeniu w życie powyższego uzgodnienia. Mianowicie jeszcze przed podpisaniem ostatecznej wersji Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego, odbyło się posiedzenie Zarządu PGNiG Termika, na którym Zarząd polecił pracownikom zaniechanie aktywnych działań w zakresie sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych [pkt (110)]. Powyższe zalecenia zostały wprowadzone w życie, o czym świadczy wiadomość e-mail p. **[informacja chroniona]** (PGNiG Termika), który nakazał wstrzymać się z odpowiadaniem na zapytanie ofertowe na dostawę ciepła [pkt (111)], a także wiadomość e-mail, w której powołując się na wspomnienie wyżej posiedzenie Zarządu informuje podwładnego, że spółka nie bierze udziału w przetargach i odpowiada tylko na bezpośrednie zapytania odbiorców [pkt (151)].
- (275) O faktycznym ograniczeniu sprzedaży przez PGNiG Termika do odbiorców końcowych świadczą również dane handlowe zbierane przez Veolię Warszawa, z których wynika, że od podpisania Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego następował systematyczny spadek sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych przez PGNiG Termika z poziomu wynoszącego w listopadzie 2014 r. – **[informacja chroniona]** MW, do poziomu w lutym 2017 r. – **[informacja chroniona]** MW [pkt (144)]. PGNiG Termika w latach 2015-2016 zaprzestała również udziału w przetargach publicznych na dostawę ciepła do odbiorców końcowych [pkt (153)].
- (276) Veolia Warszawa monitorowała udział PGNiG Termika w postępowaniach przetargowych. Z informacji przekazywanych w tym zakresie wewnątrz spółki do Rady Nadzorczej wynika, że zaprzestanie udziału w przetargach przez PGNiG Termika powodowało powrót odbiorców końcowych do Veolii Warszawa [pkt (152)].
- (277) Uzgodnienia co do rozwiązania umowy przesyłowej nie zostały wprowadzone w życie. Jak ustalono w toku postępowania, rozmowy w tym zakresie były prowadzone między członkami zarządów i pracownikami wyższego szczebla PGNiG Termika i Veolia Warszawa, na spotkaniach Komitetu Sterującego, w specjalnym do tego wyznaczonym strumieniu nr 5 zajmującym się tematem „Umowy Przesyłowej”. Ostatecznie PGNiG Termika i Veolia Warszawa odstąpiły od realizacji zobowiązania dotyczącego rozwiązania umowy

przesyłowej, gdyż obawiały się, że może to być postrzegane jako porozumienie ograniczające konkurencję [pkt (147)].

- (278) W ramach współpracy między PGNiG Termika a Veolią Warszawa doszło również do uzgodnienia w zakresie struktury taryfy PGNiG Termika dla odbiorców końcowych, na mocy którego PGNiG Termika miała powrócić, począwszy od 2015 r. do struktury swojej taryfy obowiązującej przed 1 sierpnia 2014 r., poprzez zwiększenie obciążenia odbiorców końcowych z tytułu opłat stałych i spadek obciążenia odbiorców z tytułu opłat zmiennych [pkt (156)]. Było to działanie wprost przewidziane w treści Drugiego Projektu Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego, zgodnie z którym „*będą konsultować strukturę swoich taryf, ograniczając obciążanie odbiorcy z tytułu opłat zmiennych w sposób analogiczny do taryf obowiązujących w I połowie 2014 r. W tym celu, Strony powołają grupę konsultacyjną, która do dnia 30 kwietnia każdego roku, uzgodni ostateczną strukturę taryf.*” [pkt (156)].
- (279) Struktura taryfy PGNiG Termika do odbiorców końcowych, która obowiązywała po 1 sierpnia 2014 r. (ze zmniejszonymi opłatami stałymi i zwiększonymi opłatami zmiennymi w stosunku do poprzedniej taryfy), była niekorzystna finansowo dla Veolii Warszawa, bowiem powodowała zmniejszenie przychodów tej spółki z tzw. niejednoczesności zamówienia mocy oraz zwiększała koszty wynikające ze straty ciepła na przesyłach [pkt (158)]. W wewnętrznych dokumentach Veolii Warszawa wskazywano, że powyższe ukształtowanie taryfy PGNiG Termika ma „*destrukcyjny*” wpływ na wyniki finansowe spółki, a straty w okresie taryfowym od połowa 2014 r. do połowy 2015 r. szacowano na ok. **[informacja chroniona]** EUR (pkt (159)). W powyższych okolicznościach Veolia Warszawa postawiła sobie za cel, aby w ramach współpracy z PGNiG Termika spółka ta złożyła do Prezesa URE wnioski taryfowe „*ze strukturą taryf bardziej preferowaną przez VEW*” [pkt (161)].
- (280) Powyższy niekorzystny dla Veolii Warszawa sposób ukształtowania struktury taryfy PGNiG Termika miał na celu wywarcie na Veolii Warszawa presji, aby spółka ta zaniechała realizacji planu budowy nowego źródła ciepła. Jak wynika z wewnętrznej prezentacji PGNiG Termika, takie działanie miało zmniejszyć zyski Veolii Warszawa, co w okolicznościach finansowania przez Veolię Warszawa budowy nowego źródła ciepła z zysku wypracowanego przez tę spółkę, utrudniłoby jej finansowanie inwestycji [pkt (75)]. Z chwilą nawiązania między spółkami współpracy, w tym w szczególności odstąpienia Veolii Warszawa od realizacji Projektu Jagoda, przestał istnieć powód dla którego taka zmiana w strukturze taryfy PGNiG Termika została wprowadzona.
- (281) W związku z tym w ramach w Projekcie Accord na comiesięcznych spotkaniach Komitetu Sterującego, w specjalnym do tego wyznaczonym strumieniu nr 3 zajmującym się tematem „*Optymalizacji oferty dla odbiorców ciepła systemowego*” przedstawiciele PGNiG Termika i

Veolii Warszawa podejmowali uzgodnienia i wymieniali się informacjami na temat sposobu ukształtowania struktury nowej taryfy PGNiG Termika. Na powyższą okoliczność wskazuje wspólna prezentacja obu spółek podsumowująca wyniki prac strumienia nr 3, z treści której wynika, że między spółkami uzgodniono złożenie przez PGNiG Termika taryfy przewidującej wzrost opłaty stałej i utrzymanie opłaty zmiennej, w zamian za co Veolia Warszawa miała udzielić długoterminowej gwarancji mocy zamówionych w źródłach PGNiG Termika [pkt (162)]. Ostatecznie po spotkaniu Komitetu Sterującego PGNiG Termika złożyła wniosek taryfowy, który przewidywał podwyżkę opłat stałych [pkt (164)].

- (282) Dodatkowo na okoliczność, że złożenie wniosku taryfowego przez PGNiG Termika ze zmienioną w ww. zakresie strukturą, było konsekwencją uzgodnień podjętych przez PGNiG Termika i Veolia Warszawa wprost wskazuje dowód w postaci protokołu posiedzenia Rady Nadzorczej Veolia Warszawa. Mianowicie po złożeniu wniosku taryfowego przez PGNiG Termika w protokole tym wskazano: „*umacnia się współpraca z PGNiG Termika S.A. Jednym ze skutków jest złożenie przez PGNiG Termika S.A. wniosku o ustalenie taryf za ciepło na lata 2015-2016, obejmującego dwa komponenty: część stałą w kształcie z przeszłości (kwotowo) i część zmienną*” [pkt (166)]. Przy czym przez „*część stałą w kształcie z przeszłości*” należy rozumieć powrót PGNiG Termika do taryfy ze zwiększoną opłatą stałą dla odbiorców końcowych, jaka obowiązywała w I połowie 2014 r.
- (283) W konsekwencji powyższego, w zatwierdzonej przez Prezesa URE taryfie PGNiG Termika wzrosły zarówno opłaty zmienne, jak i opłaty stałe, lecz w mniejszym stopniu niż było to wnioskowane przez PGNiG Termikę. Mianowicie w nowej taryfie PGNiG Termika, która weszła w życie 15 sierpnia 2015 r. w elektrociepłowniach Siekierki i Żerań opłaty stałe wzrosły o odpowiednio 5,5% i 14,5% a opłaty zmienne o 5,7%, co spowodowało ogólną podwyżkę cen PGNiG Termika dla odbiorców końcowych o 5,2% [pkt (167)].

Uczestnictwo spółek matek w uzgodnieniach PGNiG Termika i Veolia Warszawa

- (284) Prezes Urzędu uznał, że PGNiG oraz Veolia Polska uczestniczyły w opisanym wyżej porozumieniu. Należy wskazać, że uczestniczenie w naruszeniu może zostać udowodnione przez wykazanie, że spółka matka uczestniczyła w podejmowaniu decyzji o dopuszczeniu się przez spółkę córkę naruszenia lub przez wykazanie, że spółka matka posiadała wiedzę o naruszeniu i wyrażała na nie zgodę.⁴¹ W przedmiotowej sprawie Prezes Urzędu dysponuje materiałem dowodowym wskazującym na to, że PGNiG i Veolia Polska rozpoczęły rozmowy, które doprowadziły do nawiązania współpracy między PGNiG Termika a Veolią Warszawa,

⁴¹ J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law of Competition*, 2nd Ed., Oxford University Press 2007, s. 995 oraz wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 14 maja 1998 r., w sprawie T-309/94, *NV Koninklijke przeciwko Komisji*, EU:T:1998:91, pkt 46-48.

uczestniczyły w uzgadnianiu warunków współpracy między PGNiG Termika a Veolia Warszawa, a także posiadały wiedzę o naruszeniu spółek córek oraz wyrażały na nie zgodę.

- (285) W pierwszej kolejności należy zauważyć, że to kontakt spółek matek w 2012 r. był impulsem do podjęcia rozmów na temat potencjalnych obszarów współpracy między PGNiG Termika i Veolia Warszawa na warszawskim rynku ciepła. Rozpoczęcie rozmów było ściśle związane z ogłoszeniem przez Veolię Warszawa planów budowy nowego źródła ciepła w Warszawie [pkt (63)]. PGNiG przystępując do rozmów o współpracy z Veolią Polska miała na celu zablokowanie budowy nowego źródła [pkt (65)], a cel ten zamierzano zrealizować m.in. poprzez wykupienie części udziałów w Veolii Warszawa lub spółki Cleveren odpowiedzialnej za realizację Projektu Jagoda [pkt (67) i (72)]. W toku prowadzonych między PGNiG a Veolia Polska rozmów, spółki omawiały również kwestię problematycznej dla Veolii Warszawa konkurencji ze strony PGNiG Termika na rynku sprzedaży ciepła [pkt (70)].
- (286) We wrześniu 2013 r. decyzją spółek matek dalsze rozmowy na temat możliwych scenariuszy współpracy między PGNiG Termika i Veolia Warszawa zostały przeniesione na poziom spółek córek [pkt (79)]. Jednakże, pomimo przeniesienia rozmów na szczebel spółek córek, PGNiG i Veolia Polska pozostały zaangażowane w przebieg rozmów nad współpracą.
- (287) W szczególności należy wskazać, że gdy między PGNiG Termika a Veolią Warszawa wypracowano treść Pierwszego Projektu Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego, spółki te uzgodniły, że zostanie on ostatecznie podpisany po akceptacji projektu przez spółki matki [pkt (94)].
- (288) Opinia wyrażona w tym zakresie przez PGNiG miała istotny wpływ na zmianę strategii prowadzenia przez PGNiG Termika rozmów z Veolią Warszawa. Jak wynika z materiału dowodowego, gdy Prezes Zarządu PGNiG odniósł się krytycznie do treści projektu, w zakresie w jakim przewidywał on wybudowanie przez Veolię Warszawa nowego źródła ciepła, ówczesny Prezes Zarządu PGNiG Termika początkowo uważał, że „*mają szansę na skuteczne działania blokujące*” i z tego powodu „*Zarząd zdecydował się rozważyć możliwości współpracy z Dalkia*” [pkt (96)]. Wkrótce opinia Prezesa Zarządu PGNiG Termika na temat blokowania budowy źródła ciepła uległa jednak zmianie, o czym świadczy treść protokołu z posiedzenia Rady Nadzorczej spółki, podczas którego wskazał, że „*nadrzędnym celem Zarządu jest blokowanie nowego źródła w Ursusie*” [pkt (97)].
- (289) W konsekwencji między PGNiG Termika a Veolia Warszawa został opracowany Drugi Projekt Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego, który wprost przewidywał zaniechanie przez Veolia Warszawa i podmioty z nią powiązane budowy nowego źródła ciepła, w zamian za odstąpienie przez PGNiG Termika od sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych. Co istotne, przedmiotowy projekt, w którym określono warunki współpracy

między PGNiG Termika i Veolia Warszawa, które następnie były przez te spółki realizowane, został przesłany do zaopiniowania PGNiG pod kątem m.in. potencjalnego ryzyka antymonopolowego. W konsekwencji zastrzeżeń zgłoszonych przez przedstawicieli PGNiG treść podpisanego Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego została w znacznym stopniu zmodyfikowana [pkt (112)].

- (290) Odnosząc się zaś do Veolii Polska należy wskazać, że również ta spółka, po odstąpieniu od podpisania Pierwszego Projektu Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego, pozostawała zaangażowana w podejmowanie decyzji o nawiązaniu współpracy przez Veolię Warszawa z PGNiG Termika. Powyższy wniosek potwierdza wiadomość e-mail Prezesa Zarządu Veolii Warszawa do PGNiG Termika o treści: *„Jak sygnalizowałem, jestem w tej chwili pod pewną presją w związku z zarekomendowaniem przeze mnie naszemu akcjonariuszowi [Veolia Polska – wyjaśnienie wł.] zawieszenia projektu elektrociepłowni w Ursusie w zamian za współpracę z PGNiG Termika, która miała pozwolić na skompensowanie wyników przewidzianych w biznesplanie tego projektu. Wskazałem akcjonariuszowi, że współpraca doprowadzi pod koniec marca 2015, do zawarcia porozumienia określającego konkretne działania typu win/win dla naszych obu spółek”* [pkt (121)]. Okoliczność, że odstąpienie od budowy źródła ciepła było „rekomendowane” Veolii Polska przez Prezesa Zarządu Veolii Warszawa wskazuje, że Veolia Polska co najmniej uczestniczyła w podjęciu decyzji o odstąpieniu Veolii Warszawa od Projektu Jagoda. Jednocześnie z powyższej wiadomości wynika, że w zamian za to Veolia Polska oczekiwała uzyskania od PGNiG Termika korzyści na rzecz Veolii Warszawa.
- (291) Dodatkowo z materiału dowodowego wynika, że Prezes Zarządu Veolia Polska miał świadomość, że współpraca między PGNiG Termika i Veolia Warszawa narusza prawo konkurencji. Wskazuje na to dowód w postaci wiadomości e-mail Prezesa Zarządu Veolii Polska, który w kontekście konferencji prasowej, jaka miała miejsce kilka dni wcześniej z udziałem przedstawicieli PGNiG Termika i Veolii Warszawa, kierowanej również do Prezesa Zarządu Veolia Warszawa, zwraca się z uwagą *„Uważaj na komunikację, nie możemy powiedzieć, że dzielimy rynek pomiędzy podmiotem wytwarzającym i dystrybutorem, gdyż jest to wbrew zasadom konkurencji”* [pkt (99)].
- (292) Veolia Polska posiadała również pełną wiedzę o funkcjonowaniu porozumienia między PGNiG Termika a Veolia Warszawa, w tym o wywiązywaniu się przez PGNiG Termika z jego warunków. Świadczy o tym fakt, że zarówno w okresie kiedy doszło do nawiązania współpracy między PGNiG Termika i Veolia Warszawa, jak i w okresie jej funkcjonowania

członkowie Zarządu Veolii Polska zasiadali w Radzie Nadzorczej Veolii Warszawa.⁴² Natomiast jak wynika z materiału dowodowego, temat współpracy z PGNiG Termika był wielokrotnie poruszany na posiedzeniach Rady Nadzorczej Veolii Warszawa, z udziałem przedstawicieli Veolia Polska.

- (293) W szczególności na jednym z posiedzeń Rady Nadzorczej Veolii Warszawa, Zarząd spółki poinformował, że decyzja Veolii Warszawa o odstąpieniu od planów budowy nowego źródła ciepła była ściśle związana z faktem podjęcia współpracy z PGNiG Termika i oczekiwania co do zaniechania prowadzenia sprzedaży przez tę spółkę do odbiorców końcowych: „*zakup turbiny był projektem warszawskim, związanym z planowaną w Warszawie inwestycją. (...) w celu poprawy współpracy z głównym partnerem biznesowym, koniecznym była modyfikacja wcześniejszych planów*” [pkt (125)].
- (294) Przedstawiciele Veolii Polska w Radzie Nadzorczej Veolii Warszawa otrzymywali również informacje na temat realizacji przez PGNiG Termika zobowiązania dotyczącego zaniechania sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych. W tym zakresie przekazywano bowiem dane handlowe wskazujące na systematyczny spadek wielkości sprzedaży PGNiG Termika do tej grupy odbiorców od listopada 2014 r., tj. miesiąca, w którym PGNiG Termika i Veolia Warszawa podpisały Porozumienie w sprawie Partnerstwa Energetycznego [pkt (144)]. Przekazywano także informacje o zaniechaniu przez PGNiG Termika udziału w postępowaniach przetargowych: „*od listopada 2012 roku dostawca ciepła [PGNiG Termika – wyjaśnienie wł.] rozpoczął aktywną działalność handlową i uczestnictwo w przetargach, wynikających z Prawa Zamówień Publicznych. (...) Sytuacja uległa zmianie od czasu podpisania porozumienia pomiędzy wskazanymi powyżej Spółkami. Odtąd PGNiG Termika zawiesiła swój udział przetargach i nie pozyskuje aktywnie klientów. Odpowiada natomiast na zapytania ofertowe. Obecnie stan MW w TPA zmniejsza się (...)*” oraz „*PGNiG Termika S.A. w dalszym ciągu nie startuje w przetargach, co mimo różnicy w cenie na jej korzyść, powoduje powrót klientów do VWAW. W ostatnim okresie Spółce udało się odzyskać dużego i prestiżowego klienta – [informacja chroniona], który kupuje ok. [informacja chroniona] MW*” [pkt (152)].
- (295) Ponadto przedstawiciele Veolii Polska w Radzie Nadzorczej Veolii Warszawa zostali poinformowani o przyczynach odstąpienia przez spółki od zobowiązania w zakresie rozwiązania umowy przesyłowej, a mianowicie że: „*PGNiG Termika nie może zobowiązać się formalnie do <wstrzymania> swoich działań na zasadach TPA. Mogłoby to być potraktowane*

⁴² Wg danych z KRS w okresie od 18 września 2014 r. do czerwca 2017 r. w Radzie Nadzorczej Veolii Warszawa zasiadali następujący członkowie Zarządu Veolia Polska: p. [informacja chroniona] (od 26 marca 2014 r. do 25 listopada 2014 r.), p. [informacja chroniona] (od 19 sierpnia 2011 r. do 24 lutego 2015 r.), p. [informacja chroniona] (od 10 października 2014 r. do 23 sierpnia 2017 r.), p. [informacja chroniona] (od 10 grudnia 2013 r. do 3 maja 2018 r.), p. [informacja chroniona] (od 26 marca 2014 r. do 20 sierpnia 2019 r.), p. [informacja chroniona] (od 9 stycznia 2015 r.), p. [informacja chroniona] (od 25 lutego 2015 r.). Data dostępu: 30 kwietnia 2010 r.

jako ograniczenie konkurencji rynkowej i <zmowa> między PGNiG T i VEW. (...) W rzeczywistości jednak po ogłoszeniu przez VEW zawieszenia projektu Jagoda, PGNiG T znacząco zredukowało liczbę klientów nominowanych z TPA do VEW, co jest krokiem we właściwym kierunku” [pkt (147)].

- (296) Przedstawicielom Veolii Polska w Radzie Nadzorczej Veolii Warszawa przekazana również była informacja, że na skutek współpracy podjętej z PGNiG Termika, PGNiG Termika złożyła wniosek taryfowy ze strukturą taryfy ukształtowaną w sposób preferowany przez Veolię Warszawa, tj. ze zwiększonymi opłatami stałymi [pkt (166)].

10.2. Standard dowodu

Ramy prawne

- (297) W odniesieniu do standardu dowodu należy wskazać, że zgodnie z treścią art. 84 u.o.k.k. w sprawach dotyczących dowodów w postępowaniu przed Prezesem Urzędu, w zakresie nieuregulowanym w tej ustawie, stosuje się odpowiednio art. 227-315 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j.: Dz. U. z 2020 r., poz. 1575 ze zm., dalej jako: „**k.p.c.**”).
- (298) Należy przy tym wskazać, że akceptowany również przez sądy standard dowodu w postępowaniu przed Prezesem Urzędu uwzględnia szczególnie, sekretny charakter antykonkurencyjnych porozumień, który niejednokrotnie wymusza szerokie posługiwanie się dowodami pośrednimi. W tym względzie można wskazać na wyrok Sądu Najwyższego z 9 sierpnia 2006 r., w którym to Sąd w odniesieniu do porozumień cenowych stwierdził, że *„mogą być ujawniane za pomocą dowodów bezpośrednich lub pośrednich. W praktyce możliwość skorzystania przez Prezesa Urzędu z dowodów bezpośrednich jest ograniczona ze względu na świadomość przedsiębiorców co do nielegalności takich działań”*.⁴³
- (299) Reżim dowodowy przy stwierdzaniu istnienia porozumień lub uzgodnionych praktyk jest również złagodzony na gruncie prawa unijnego. Mianowicie w orzecznictwie sądów unijnych, wskazuje się, że zakaz uczestnictwa w antykonkurencyjnych porozumieniach i grożące za to kary są dobrze znane, jest zrozumiałe, że działania jakie za sobą pociągają takie porozumienia mogą być skryte, a dokumenty związane z porozumieniem są ograniczone do minimum. Nawet jeśli Komisja znajdzie dowody wyraźnie wskazujące na niezgodne z prawem kontakty pomiędzy przedsiębiorcami, to zazwyczaj są one jedynie fragmentaryczne, zatem część ustaleń musi być wynikiem dedukcji. W większości spraw, istnienie antykonkurencyjnego porozumienia musi zostać wywiedzione ze zbiegów okoliczności i śladów (ang. *signs/marks*),

⁴³ Wyrok Sądu Najwyższego z 9 sierpnia 2006 r., sygn. akt III SK 6/06.

które rozważane łącznie mogą, w braku innego wiarygodnego wytłumaczenia, stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji.⁴⁴ Dodatkowo w wyroku *Dresdner Bank i inni przeciwko Komisji* wskazano, że podczas, gdy dostatecznie precyzyjne i spójne dowody muszą zostać przedstawione na poparcie zarzutu naruszenia reguł konkurencji, to „nie każdy z dowodów dostarczonych przez Komisję musi koniecznie odpowiadać tym kryteriom w odniesieniu do każdego elementu naruszenia. Wystarczy, by zbiór wskazanych przez instytucję poszłak jako całość odpowiadał temu wymogowi”.⁴⁵

Zastosowanie prawa w niniejszej sprawie

- (300) Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, że w przedmiotowej sprawie większość podejmowanych przez uczestników porozumienia uzgodnień oraz wymienianych informacji odbywała się w sposób bezpośredni. Zebrany w sprawie materiał dowodowy pozwolił na przeprowadzenie kompleksowej analizy stanu faktycznego, przy uwzględnieniu kontekstu gospodarczego i prawnego zawartego porozumienia. Prezes Urzędu ustalając stan faktyczny oraz dokonując jego oceny, oparł się na dowodach stanowiących wewnętrzne dokumenty uczestników porozumienia. W ocenie Prezesa Urzędu dokumentom tym można przypisać najwyższą moc dowodową, z uwagi na fakt, że pochodzą one od samych uczestników porozumienia. Stanowią one wiarygodne źródło informacji i pozwalają na odtworzenie rzeczywistych intencji stron porozumienia. Zgodnie z orzecznictwem unijnym okoliczności, że dane dokumenty zostały sporządzone natychmiast po spotkaniu bez brania pod uwagę tego, czy zostaną one przekazane osobom trzecim, należy przypisać istotne znaczenie.⁴⁶
- (301) W kontekście tak wyznaczonego standardu dowodu w sprawach dotyczących antykonkurencyjnych porozumień, tym bardziej należy uznać, że wniosek o istnieniu antykonkurencyjnego porozumienia Prezes Urzędu może wywodzić z dowodów w postaci oświadczeń przedsiębiorców – uczestników tego porozumienia złożonych w ramach programu łagodzenia kar przewidzianego w art. 113b u.o.k.k.
- (302) Nie można przy tym uznać za zasadny argument podnoszony przez Veolię Warszawa i p. Jacky'ego Lacombe'a jakoby Prezes Urzędu został „wmanewrowany w rozgrywkę PT, której wniosek leniency miał jedynie zaszkodzić VEW i VEP”⁴⁷ i oparł się jedynie na materiałach

⁴⁴ Wyrok Sądu Unii Europejskiej z 7 stycznia 2004 r. w sprawie C-204/00 P, *Aalborg Portland i inni przeciwko Komisji*, EU:C:2004:6, pkt 55-57; wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 27 września 2006 r. w sprawie T-44/02 OP, *Bank i inni przeciwko Komisji*, EU:T:2006:271, pkt 58; decyzja Komisji Europejskiej z 3 maja 2006 r. *Hydrogen Peroxide and Preborate*, COMP/38.620, pkt 315.

⁴⁵ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 27 września 2006 r. w sprawie T-44/02, *Dresdner Bank i inni przeciwko Komisji*, EU:T:2006:271, pkt 63; wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 8 lipca 2004 r. w sprawie T-67/00, *JFE Engineering Corp. et al. przeciwko Komisji*, EU:T:2004:221, pkt 180; decyzja Komisji Europejskiej z 3 maja 2006 r. *Hydrogen Peroxide and Preborate*, COMP/38.620, pkt 316.

⁴⁶ Wyrok Sądu Unii Europejskiej z 15 grudnia 2016 r. w sprawie T-762/14, *Philips przeciwko Komisji*, EU:T:2016:738, pkt 109; wyrok Sądu Unii Europejskiej z 27 września 2012 r. w sprawie T-343/06, *Shell Petroleum and Others przeciwko Komisji*, EU:T:2012:478, pkt 207.

⁴⁷ Pismo Veolii Warszawa z 18 września 2020 r., s. 15.

przedstawionych przez wnioskodawcę leniency, pomimo, że miały istotne znaczenie dla sprawy. Materiał dowodowy w przedmiotowej sprawie pozyskiwany był zarówno na etapie postępowania wyjaśniającego pod sygnaturą akt DOK1-400-3/17, jak również postępowania antymonopolowego. Przede wszystkim jako wiarygodne i istotne dla przedmiotowej sprawy, Prezes Urzędu uznał pozyskane podczas przeszukania w siedzibie Veolii Warszawa m.in. protokoły, notatki i prezentacje z odbytych spotkań konkurentów, e-maile podsumowujące wzajemne ustalenia, projekty umów o współpracy. W toku prowadzonych postępowań Prezes Urzędu kilkakrotnie kierował do stron postępowania wezwania o udzielenie szczegółowych informacji w sprawie. Ponadto jednym z elementów materiału dowodowego były oświadczenia i dowody przedłożone przez PGNiG Termika i PGNiG w ramach programu łagodzenia kar [pkt (522)-(543)]. Prezes Urzędu wskazuje, że informacje dostarczane przez ww. spółki umożliwiły pozyskanie kolejnych dowodów niezbędnych do wszczęcia postępowania antymonopolowego.

10.3. Antykonkurencyjny cel porozumienia

Ramy prawne

- (303) Istotą funkcjonowania reguł konkurencji jest zapewnienie, żeby uczestnicy obrotu gospodarczego niezależnie określali swoją politykę rynkową.⁴⁸ Zakazy określone w art. 101 TFUE oraz art. 6 u.o.k.k. dotyczą porozumień, które ze względu na swój cel lub skutek zapobiegają, ograniczają lub zakłócają konkurencję (prawo unijne) oraz eliminują, ograniczają lub naruszają konkurencję w inny sposób (prawo polskie). W powyższym kontekście należy stwierdzić, że zarówno w prawie unijnym, jak i krajowym przewidziano dwie alternatywne formy naruszeń („ze względu na cel” i „ze względu na skutek”) oraz zakaz stosowania praktyk, których dolegliwość może przejawiać różny poziom. W przypadku, gdy analiza wskazuje, że określone porozumienie ze względu na swój cel (przedmiot) zapobiegało, ograniczało lub zakłócało konkurencję, nie jest konieczne badanie skutków porozumienia.⁴⁹
- (304) Do kategorii porozumień, które ze względu na swój cel ograniczają konkurencję, należy zaliczyć m.in. dzielenie rynku, które może być również realizowane przy użyciu innych antykonkurencyjnych praktyk, jak zmowy przetargowe oraz uzgadnianie cen.⁵⁰ Ustalając, że konkretne porozumienie ograniczało konkurencję ze względu na cel należy wziąć pod uwagę

⁴⁸ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 8 lipca 1999 r. w sprawie C-199/92 P, *Hüls przeciwko Komisji*, EU:C:1999:358, pkt 159.

⁴⁹ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 11 września 2014 r. w sprawie C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires przeciwko Komisji*, EU:C:2014:2204, pkt 49.

⁵⁰ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 19 grudnia 2013 r. w sprawie C-239/11 P, *Siemens przeciwko Komisji*, EU:C:2013:866, pkt 218.

jego prawny oraz gospodarczy kontekst.⁵¹ Uwzględnienia prawnego i gospodarczego kontekstu porozumienia nie należy mylić z analizą wywieranych przez praktykę skutków lub prowadzeniem analizy właściwej dla stwierdzenia, że porozumienie ogranicza konkurencję ze względu na skutek.⁵² Porozumienie, które ma charakter porozumienia ograniczającego konkurencję ze względu na cel, nie przestaje być nielegalne z tego względu, że w konkretnym przypadku nie pociągnęło za sobą szkód.⁵³

Zastosowanie prawa w niniejszej sprawie

- (305) Prezes Urzędu uznał, że porozumienie stron polegające na zaniechaniu przez Veolię Warszawa oraz spółki z nią powiązane wejścia na rynek wytwarzania energii cieplnej oraz zaprzestaniu przez PGNiG Termika działalności na rynku sprzedaży energii cieplnej, a także polegające na uzgodnieniu struktury taryf miało za swój przedmiot (cel) zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji na ww. rynkach. Działania te polegały na zastąpieniu niezależności ww. przedsiębiorców w określaniu polityki, którą zamierzają przyjąć na ww. rynkach, koordynacją zachowań rynkowych. W ramach wspomnianej koordynacji PGNiG Termika i Veolia Warszawa dokonywały uzgodnień dotyczących realizacji Projektu Jagoda, postępowania upadłościowego Energetyki Ursus, sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych przez PGNiG Termika, udziału PGNiG Termika w przetargach publicznych na dostawy ciepła odbiorców końcowych oraz struktury taryf. Wskazane wyżej działania odpowiadają charakterowi porozumień podziałowych, w tym zmów przetargowych oraz porozumień cenowych, które uznaje się za ograniczające konkurencję ze względu na cel.
- (306) Prezes Urzędu oceniając, że przedmiotowe porozumienie ma antykonkurencyjny cel, zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej⁵⁴ uwzględnił kontekst gospodarczy i prawny prowadzący do zawarcia porozumienia. Analiza ta pozwoliła ocenić, czy analizowane w przedmiotowej sprawie zachowanie PGNiG Termika i Veolii Warszawa było wymagane przez krajowe przepisy lub decyzje administracyjne i w związku z tym przedsiębiorcy nie mieli uprawnień dyskrecjonalnych do działania w inny sposób. Dodatkowo analizie zostało poddane, czy PGNiG Termika i Veolia Warszawa w chwili zawarcia porozumienia były konkurentami lub potencjalnymi konkurentami na rynku wytwarzania ciepła oraz rynku sprzedaży ciepła. W drugim etapie została zbadana treść i cele porozumienia,

⁵¹ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, EU:C:2009:343, pkt 31.

⁵² Por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 11 września 2014 r. w sprawie C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:2204, pkt 81-83.

⁵³ Por. opinię Rzecznik Generalnej Kokott z 19 lutego 2009 r. do sprawy C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, pkt 45-47.

⁵⁴ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 6 października 2009 r., w sprawie Case C-501/06P, C-241/06P, C-515/06P and C-519/06P, *GlaxoSmithKline*, [2009] ECR I-9291, pkt 58; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 4 października 2011, w sprawie C-403/08, *Football Association Premier League*, pkt 136 oraz wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 4 czerwca 2009 r., w sprawie C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV*, EU:C:2009:343, pkt 27.

analiza ta w szczególności określiła zobowiązania przyjęte przez obie spółki. W trzecim etapie, zostały zbadane subiektywne intencje każdej ze stron dotyczące porozumienia, aby sprawdzić, czy odpowiadają one analizie obiektywnych elementów pierwszych dwóch kroków.

(307) Analiza przeprowadzona w oparciu o powyższe przesłanki pozwoliła na stwierdzenie, że porozumienie PGNiG Termika i Veolia Warszawa stanowiło ograniczenie ze względu na cel. Ustalając, że kwestionowane w niniejszej sprawie porozumienie miało potencjał, aby ze swej natury naruszyć konkurencję, Prezes Urzędu wziął pod uwagę, że:

- a) w okresie funkcjonowania porozumienia, krajowe przepisy prawne dotyczące rynku energetyki ciepłej nie zobowiązywały PGNiG Termika i Veolię Warszawa do podjęcia kwestionowanych w niniejszej sprawie działań, ani też nie eliminowały wszelkich możliwości podjęcia przez ww. spółki działań zgodnych z regułami konkurencji;
- b) przedsiębiorstwa uczestniczące w porozumieniu były na rynku sprzedaży energii ciepłej konkurentami, a na rynku wytwarzania energii ciepłej potencjalnymi konkurentami;
- c) Veolia Warszawa w ramach porozumienia z PGNiG Termika zobowiązała się, że spółka ta oraz podmioty z nią powiązane zaniechają wejścia na rynek wytwarzania ciepła, a także że nie będą wspierać budowy źródeł ciepła nie będących własnością PGNiG Termika;
- d) w zamian za powyższe, PGNiG Termika zobowiązała się do zaprzestania prowadzenia działalności na rynku sprzedaży ciepła, w tym również udziału w postępowaniach przetargowych na dostawy ciepła do odbiorców końcowych oraz do rozwiązania umowy przesyłowej. Ponadto PGNiG Termika w konsekwencji uzgodnień poczynionych z Veolią Warszawa dokonała zmian w zakresie strukturze taryfy dla odbiorców końcowych, na mocy których PGNiG Termika miała powrócić, począwszy od 2015 r. do struktury swojej taryfy obowiązującej przed 1 sierpnia 2014 r., poprzez zwiększenie obciążenia odbiorców końcowych z tytułu opłat stałych i spadek obciążenia odbiorców z tytułu opłat zmiennych, co doprowadziło w konsekwencji do wyższych cen dla odbiorców końcowych.

(308) Każdy z ww. elementów został poniżej poddany analizie.

10.3.1. Kontekst prawny i gospodarczy

(309) Oceniając kontekst prawny i gospodarczy, w jakim porozumienie było stosowane, niezbędne jest uwzględnienie charakteru dóbr lub usług, których to porozumienie dotyczy, jak również

rzeczywistych warunków prawnych i gospodarczych panujących na badanym rynku.⁵⁵ Przedmiotowa analiza nie stanowi jednak weryfikacji skutków przedmiotowego porozumienia. W tym względzie należy wskazać na wyrok w sprawie *Toshiba*, w którym Trybunał stwierdził, że jeśli chodzi o porozumienia, którym zarzuca się sprzeczność z zasadami konkurencji ze względu na cel „*analiza kontekstu gospodarczego i prawnego, w jaki wpisuje się dana praktyka, może (...) ograniczyć się do tego, co jest ściśle konieczne w celu stwierdzenia ograniczenia konkurencji ze względu na cel*”.⁵⁶

- (310) Zdaniem Rzecznika Generalnego Michała Bobeka powyższe oznacza, że „*Jeśli doświadczenie mówi nam, że analizowane porozumienie należy do kategorii porozumień, które w większości przypadków oddziałują niekorzystnie na konkurencję, szczegółowa analiza wpływu owego porozumienia na dane rynki wydaje się być zbędna. Wystarczy, aby organ sprawdził, czy właściwy rynek (właściwe rynki) oraz dane porozumienie nie charakteryzują się żadnymi szczególnymi cechami, które mogłyby wskazywać na to, że rozpatrywana sprawa może stanowić wyjątek od zasady przewidującej oparcie się na nabytym doświadczeniu*”.⁵⁷
- (311) Z uwagi na to, że rynek energii cieplnej, na którym działają PGNiG Termika i Veolia Warszawa jest rynkiem regulowanym, Prezes Urzędu w pierwszej kolejności poddał analizie, czy spółki do kwestionowanego w niniejszej sprawie działania nie zostały zobowiązane przez regulacje prawne lub decyzje administracyjne lub, czy regulacje prawne lub decyzje administracyjne nie wyeliminowały wszelkich możliwości zachowania spółek w sposób zgodny z regułami konkurencji, bowiem w takiej sytuacji reguły konkurencji nie znalazłyby zastosowania.⁵⁸
- (312) W okresie funkcjonowania porozumienia nie istniały regulacje prawne ani decyzje administracyjne, które zobowiązywały Veolię Warszawa oraz spółki z nią powiązane do podjęcia działań kwestionowanych w niniejszej sprawie, tj. odstąpienia tej spółki oraz spółek z nią powiązanych od wejścia na rynek wytwarzania ciepła. Jednocześnie należy wskazać, że Veolia Warszawa dysponowała rzeczywistą swobodą w zakresie podjęcia decyzji o wejściu na rynek wytwarzania ciepła, albowiem obowiązujące przepisy umożliwiały dostarczanie ciepła do sieci przez dwóch lub więcej konkurujących ze sobą producentów ciepła.

⁵⁵ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 14 marca 2013 r., w sprawie C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító i in.*, EU:C:2013:160, pkt 36 i 37; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 19 marca 2015 r., w sprawie C-286/13 P, *Dole Food i Dole Fresh Fruit Europe/Komisja*, EU:C:2015:184, pkt 117 i 118.

⁵⁶ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 20 stycznia 2016 r., w sprawie C-373/14 P, *Toshiba Corporation/Komisja*, EU:C:2016:26, pkt 29.

⁵⁷ Opinia Rzecznik Generalnego Michała Bobeka z 5 września 2019 r., w sprawie, C-228/18, *Gazdasági Versenyhivatal przeciwko Budapest Bank Nyrt. I inni*, EU:C:2019:678, pkt 48.

⁵⁸ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 10 kwietnia 2008, w sprawie T-271/03, *Deutsche Telekom przeciwko Komisji*, EU:T:2008:101, pkt 85; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 11 listopada 1997 r., w sprawie C-359/95 P i C-379/95 P, *Komisja i Francja przeciwko Ladbroke Racing*, Rec. s. I-6265, pkt 33.

- (313) Powyższe potwierdza fakt, że taki system ciepłowniczy, w którym jedno przedsiębiorstwo jest właścicielem sieci i części źródeł, a drugie pozostałych źródeł funkcjonuje na innych lokalnych rynkach ciepła, np. w Lublinie, Wrocławiu, Białymstoku, Krakowie i Gdańsku [pkt (34)].
- (314) Prezes Urzędu uznał również, że konieczność uzyskania przez Veolię Warszawa koncesji na wytwarzanie ciepła wydawanej przez Prezesa URE nie wyklucza odpowiedzialności Veolii Warszawa z tytułu art. 6 u.o.k.k. i art. 101 TFUE. Powyższe wynika z faktu, że do chwili odstąpienia od realizacji Projektu Jagoda, Veolia Warszawa miała możliwość wejścia na rynek wytwarzania ciepła poprzez złożenie wniosku o wydanie koncesji, natomiast ograniczające konkurencję zachowanie polegające na odstąpieniu od tego zamierzenia, nie było wywołane przepisami prawnymi, czy też decyzją regulatora rynku (np. odmową udzielenia koncesji), a kooperacją tej spółki z PGNiG Termika.
- (315) W okresie funkcjonowania przedmiotowego porozumienia nie istniały regulacje prawne ani decyzje administracyjne, które zobowiązywały PGNiG Termika do zaprzestania sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych, w tym do zaprzestania udziału w przetargach publicznych na dostawy ciepła do odbiorców końcowych. PGNiG Termika dysponował rzeczywistą swobodą w zakresie prowadzenia sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych. Powyższe potwierdza obowiązująca na rynku energii cieplnej zasada TPA, zgodnie z którą właściciel sieci ciepłowniczej jest zobowiązany do jej udostępnienia każdemu podmiotowi w tym również wytwórcy ciepła w celu dostarczenia ciepła odbiorcom końcowym (art. 4 ust. 2 Prawa energetycznego).
- (316) Podobnie sytuacja wygląda w kwestii uzgadniania między PGNiG Termika i Veolią Warszawa struktury wniosku taryfowego PGNiG Termika, tj. strony nie były zobligowane do powyższego działania przez przepisy krajowe i dysponowały w tym względzie rzeczywistą swobodą działań. W tym miejscu Prezes Urzędu kwestionuje zasadność tezy przedstawionej w toku postępowania przez Veolię Warszawa i p. Jacky'ego Lacombe'a, jakoby zatwierdzenie taryf przez Prezesa URE zarówno dla wytwórcy ciepła, jak i sprzedawcy wyklucza możliwość zawarcia zabronionego porozumienia w zakresie ustalania cen. Należy wskazać, że okoliczność, iż taryfy stosowane przez strony musiały być zatwierdzone przez Prezesa URE nie wyklucza odpowiedzialności stron z tytułu naruszenia art. 6 u.o.k.k. i art. 101 TFUE. Powyższe wynika z faktu, że PGNiG Termika i Veolia Warszawa mają wpływ na stosowane przez siebie ceny, bowiem kształtują one składane do zatwierdzenia Prezesa URE wnioski taryfowe. Tym samym działanie polegające na uzgadnianiu struktury wniosków taryfowych nie było zdeterminowane przepisami prawa i świadczy o zawarciu ograniczającego konkurencję porozumienia.

- (317) Ponadto należy zauważyć, że Prezes URE zatwierdzając taryfy weryfikuje wyłącznie, czy zapewniają one pokrycie uzasadnionych kosztów działalności przedsiębiorców oraz ochronę interesów odbiorców przed nieuzasadnionym poziomem cen i stawek opłat (art. 47 ust. 2 w zw. z art. 45 ust. 1 Prawa energetycznego). Prezes URE nie bada natomiast, czy wnioski taryfowe zostały ukształtowane przez przedsiębiorców samodzielnie, czy też przedsiębiorcy ci podjęli w tym zakresie współpracę naruszającą art. 6 u.o.k.k. i art. 101 TFUE. Podmiotem uprawnionym do rozstrzygnięcia w sprawach konkurencji na regulowanym rynku ciepła jest Prezes Urzędu. Innymi słowy w niniejszej sprawie przedmiotem oceny przez Prezesa Urzędu nie jest to, czy stawki cen i opłat zawartych w taryfach PGNiG Termika i Veolii Warszawa skalkulowane były prawidłowo, ani to, czy nie były one nadmiernie wygórowane w stosunku do odbiorców końcowych, gdyż to było przedmiotem oceny przez Prezesa URE w ramach postępowań o zatwierdzenie tych taryf. Prezes Urzędu ocenia natomiast, czy między przedsiębiorcami nie dochodziło do niedozwolonej koordynacji w samym procesie kalkulowania cen i ich struktury (relacji opłat o charakterze stałym w stosunku do opłat o charakterze zmiennym).
- (318) Jednocześnie należy zauważyć, że obowiązujące w czasie trwania kwestionowanej w przedmiotowej sprawie współpracy między PGNiG Termika i Veolią Warszawa Rozporządzenie Ministra Gospodarki z 17 września 2010 r. w sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryf oraz rozliczeń z tytułu zaopatrzenia w ciepło (Dz. U. Nr 194, poz. 1291), dawało PGNiG Termika swobodę w zakresie możliwości ukształtowania własnej taryfy, poprzez zmniejszanie lub zwiększanie opłat stałych i zmiennych. Zawarte w tym rozporządzeniu regulacje stwarzały możliwość modyfikacji struktury taryfy wytwórcy przez wykorzystanie wskaźnika udziału kosztów stałych w łącznych kosztach wytwarzania ciepła. Mianowicie poprzez dobranie pożądanego wskaźnika udziału kosztów stałych możliwe było w określonym zakresie balansowanie stosunkiem opłaty stałej względem opłaty zmiennej, przy zachowaniu wszystkich warunków brzegowych narzuconych odpowiednim rozporządzeniem taryfowym.
- (319) Biorąc pod uwagę kontekst gospodarczy i prawny przedmiotowej praktyki, Prezes Urzędu stwierdził, że regulacje prawne dotyczące rynku energii cieplnej oraz działania Prezesa URE nie wymagały od PGNiG Termika i Veolia Warszawa dokonania podziału rynku i uzgadniania struktury taryf. Podejmując powyższe działania przedsiębiorcy dysponowali dyskrecjonalnością i swoim działaniem ograniczyli konkurencję rynkową.
- (320) W dalszej kolejności Prezes Urzędu przeanalizował, czy PGNiG Termika i Veolia Warszawa były konkurentami na rynku wytwarzania energii cieplnej i rynku sprzedaży energii cieplnej. Pojęcie „konkurencji” obejmuje zarówno konkurentów rzeczywistych, jak i potencjalnych. Przedsiębiorcy są uznawani za rzeczywistych konkurentów, jeżeli działają na tym samym

ryнку właściwym. Natomiast z potencjalnymi konkurentami mamy do czynienia, jeżeli istnieje prawdopodobieństwo, że przedsiębiorca przeprowadzi konieczne inwestycje lub poniesie inne niezbędne koszty w celu wejścia na rynek właściwy, na którym prowadzi działalność inny przedsiębiorca.⁵⁹ Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądów unijnych kluczową okolicznością wskazującą na istnienie potencjalnej konkurencji między przedsiębiorcami jest również to, czy przedsiębiorcy obecni na danym rynku postrzegają potencjalnych konkurentów jako wiarygodnych potencjalnych konkurentów.⁶⁰ Dodatkowo wskazuje się, że fakt istnienia obiektywnych barier wejścia na rynek nie oznacza, że wejście na rynek jest niemożliwe, a jedynie, że wejście takie jest trudne.⁶¹ Podobnie fakt, że przedsiębiorca nie miał interesu handlowego w wejściu na dany rynek nie przeczy możliwości stwierdzenia istnienia potencjalnej konkurencji.⁶²

- (321) Prezes Urzędu uznał, że w okresie, w którym doszło do zawarcia porozumienia między PGNiG Termika a Veolia Warszawa spółki te były względem siebie potencjalnymi konkurentami na rynku wytwarzania energii cieplnej oraz rzeczywistymi konkurentami na rynku sprzedaży energii cieplnej. W opinii Prezesa Urzędu twierdzenia Veolii Warszawa i Veolii Polska jakoby na rynku wytwarzania ciepła w Warszawie nie istniała konkurencja są błędne. W odniesieniu do argumentacji Veolii Warszawa przedstawionej w toku postępowania, zgodnie z którą Prezes Urzędu w jedynym z rozstrzygnięć⁶³ potwierdził funkcjonowanie monopolu naturalnego na lokalnym rynku sprzedaży energii cieplnej w Warszawie, wskazuje się, że organ antymonopolowy w przedmiotowym rozstrzygnięciu nie przesądził o braku konkurencyjności na tym rynku. Zgodnie z treścią uzasadnienia powołanej decyzji: „*Producenci ciepła zazwyczaj działają w warunkach monopolu naturalnego, o czym decydują przede wszystkim uwarunkowania techniczne – producent zasila ciepłem daną sieć ciepłowniczą, zamkniętą dla innych producentów, która w naturalny sposób określa terytorialny zasięg działania tego producenta (rynek lokalny).*” Tym samym Prezes Urzędu wskazał jedynie na możliwość zaistnienia na lokalnym rynku ciepła monopolu naturalnego, określając jednocześnie uwarunkowania techniczne niezbędne do osiągnięcia takiego skutku. Zdaniem organu antymonopolowego istnieją rynki ciepła, gdzie wytwarzanie ma cechy monopolu naturalnego. Są to jednak rynki niewielkie, na których popyt na ciepło jest zaspokajany przez jedną ciepłownię. W takich sytuacjach pojawienie się konkurenta wytwarzającego ciepło nie jest uzasadnione, a ekonomicznie opłacalne jest co najwyżej zastąpienie jednego źródła innym. Opisana sytuacja nie dotyczy jednak warszawskiej sieci

⁵⁹ Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie stosowania art. 101 TFUE do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych (Dz.U. C 11 z 14.1.2011), pkt 10.

⁶⁰ Wyrok Sądu Unii Europejskiej z 12 lipca 2011 r. w sprawie T-112/07, *Hitachi przeciwko Komisji*, EU:T:2011:342, pkt 90, 226 i 319.

⁶¹ Wyrok Sądu Unii Europejskiej z 12 lipca 2011 r. w sprawie T-112/07, *Hitachi przeciwko Komisji*, EU:T:2011:342, pkt 110.

⁶² *Ibidem*, pkt 158 i 160.

⁶³ Decyzja Prezesa Urzędu z 7 czerwca 2016 r., nr DKK-82/2016.

ciepłowniczej, do której podłączone są cztery źródła, co wyklucza istnienie monopolu naturalnego na rynku wytwarzania. Szczegółowa analiza Prezesa Urzędu w przedmiocie istnienia monopolu naturalnego na rynku sprzedaży energii ciepłej w aglomeracji warszawskiej zawarta jest w pkt. [(473)-(478)].

- (322) W zakresie wytwarzania ciepła dla powyższej oceny istotne jest, że w latach 2012-2014 Cleveren, spółka powiązana z Veolią Warszawa, podjęła działania i poczyniła nakłady finansowe mające na celu budowę nowego źródła ciepła. W szczególności podpisane zostały umowy z podmiotami trzecimi na wykonawstwo inwestycji, zakupiono nieruchomości, na których zlokalizowana miała być inwestycja, przetransportowano do Polski turbinę, uzyskano warunki techniczne przyłączenia elektrociepłowni do warszawskiej sieci ciepłowniczej oraz uzyskano lub wystąpiono o niezbędne opinie i decyzje administracyjne wymagane do realizacji projektu, w tym złożono wnioski o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę, która to decyzja jest ostatnim formalnym etapem procesu inwestycyjno-budowlanego przed faktycznym rozpoczęciem wykonywania robót budowlanych [pkt (122)]. Działania te potwierdzają, że Projekt Jagoda nie pozostawał w fazie przygotowawczej, lecz przystąpiono do jego realizacji przez podjęcie konkretnych czynności. Należy przy tym mieć na uwadze, że w chwili wystąpienia z wnioskiem o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę znane musiały już być wszystkie parametry techniczne realizowanej inwestycji budowlanej, pozwalające na samodzielne jej funkcjonowanie zgodnie z jej przeznaczeniem. Przeczy to więc twierdzeniom Veolii Warszawa i p. Jacky'ego Lacombe'a, że Projekt Jagoda był tylko „ogólnym pomysłem, który miał zostać doprecyzowany na etapie bezpośrednio poprzedzającym jego realizację”⁶⁴ i że był to projekt jedynie potencjalny.⁶⁵ Zgodnie z orzecznictwem unijnym⁶⁶ dla oceny istnienia potencjalnej konkurencji istotnym jest, czy w dniu zawarcia porozumienia określony podmiot podjął wystarczające czynności przygotowawcze umożliwiające mu wejście na określony rynek w terminie, który mógłby wyrzucić presję konkurencyjną na innym podmiocie. W odniesieniu do faktu uzyskania warunków technicznych przyłączenia elektrociepłowni do warszawskiej sieci ciepłowniczej, Prezes Urzędu wskazuje, że podjęcie działań w tym zakresie potwierdza, że ówczesne analizy ekonomiczne spółki nie przewidywały ryzyka wzrostu cen w związku z realizacją Projektu Jagoda. Organ antymonopolowy wskazuje na przepis § 14 pkt 4 Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 15 stycznia 2007 r. w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemów ciepłowniczych (Dz.U. z 2007 r., Nr 16, poz. 92), zgodnie z którym wydanie ww. warunków technicznych możliwe jest m.in. w sytuacji, gdy świadczenie usług przesyłowych nie będzie powodowało wzrostu opłat za dostarczanie ciepła, ponoszonych przez innych odbiorców eksploatujących instalacje odbiorcze przyłączone do tej

⁶⁴ Pismo p. Jacky'ego Lacombe'a z 19 października 2020 r., s. 76.

⁶⁵ Pismo Veolii Warszawa z 18 września 2020 r., s. 46.

⁶⁶ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 30 stycznia 2020 r. w sprawie C-307/18, *Generics*, EU:C:2020:52, pkt 43.

sieci. Tym samym Prezes Urzędu kwestionuje zasadność twierdzeń Veolii Warszawa, jakoby realizacja Projektu Jagoda wiązała się z niebezpieczeństwem wzrostu cen ciepła dostarczanego z tego źródła do odbiorców końcowych.

(323) O istnieniu prawdopodobieństwa wejścia na rynek wytwarzania ciepła Veolii Warszawa świadczy również fakt, że PGNiG Termika jako podmiot zasiedziały na rynku wytwarzania ciepła postrzegała ryzyko pojawienia się nowego podmiotu na tym rynku jako realne i w związku z tym podejmowała działania mające na celu powstrzymanie budowy nowego źródła ciepła, mianowicie:

- a) w okresie 2012-2013 prowadzono rozmowy na szczeblu spółek matek, tj. PGNiG i Veolia Polska na temat potencjalnej współpracy PGNiG Termika i Veolia Warszawa, przy czym dla PGNiG celem tych rozmów było zablokowanie powstania nowego źródła ciepła poprzez wykupienie udziałów w spółce Veolia Warszawa [pkt (65)];
- b) gdy nie osiągnięto porozumienia w powyższym zakresie, w 2013 r. PGNiG Termika zaczęła zwiększać sprzedaż ciepła poprzez przejmowanie odbiorców Veolii Warszawa, co miało wymusić na Veolii Warszawa rezygnację z budowy źródła ciepła [pkt (76), (82) i (85)];
- c) w latach 2013-2014 PGNiG Termika prowadziła działania o charakterze lobbingsowym, które miały na celu wytworzenie wśród władz rządowych, samorządowych, Prezesa URE oraz opinii publicznej przekonania o braku potrzeby budowy nowego źródła na rynku warszawskim [pkt (78)];
- d) w 2014 r. PGNiG Termika zawarła z Veolią Warszawa porozumienie, na mocy którego w zamian za rezygnację Veolii Warszawa oraz spółek z nią powiązanych z budowy źródła ciepła, zobowiązała się do zaprzestania prowadzenia sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych [pkt (103)-(104)]

(324) W ocenie Prezesa Urzędu PGNiG Termika jako przedsiębiorca działający na rynku wytwarzania ciepła postrzegał wejście Veolii Warszawa jako wysoce prawdopodobne, w przeciwnym razie nie podejmowałby ww. działań. Dodatkowo na powyższą okoliczność wskazują również dowody w postaci wewnętrznej korespondencji wymienianej w grupie PGNiG, w której plany Veolia Warszawa dotyczące budowy nowego źródła ciepła, są określane jako „zagrożenie dla interesów PGNiG Termika” [pkt (95)], a ówczesny Prezes Zarządu PGNiG Termika uznawał, że „nadrzędnym celem Zarządu jest blokowanie nowego źródła w Ursusie” [pkt (97)]. Zgodnie z orzecznictwem unijnym⁶⁷: „postrzeganie podmiotu

⁶⁷ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 30 stycznia 2020 r. w sprawie C-307/18, *Generics*, EU:C:2020:52, pkt 42.

obecnego na rynku jest istotnym elementem oceny istnienia stosunku konkurencji pomiędzy nim, a przedsiębiorstwem spoza rynku, jako że jeśli to drugie jest postrzegane jako gracz, który potencjalnie wejdzie na rynek, może ono, poprzez samo swoje istnienie, wywierać presję konkurencyjną na przedsiębiorstwo obecne na tym rynku.”. W świetle powyższego zasadne jest twierdzenie, że w okresie, w którym doszło do zawarcia porozumienia między PGNiG Termika a Veolia Warszawa spółki te były względem siebie potencjalnymi konkurentami na rynku wytwarzania energii cieplnej.

- (325) Odnosząc się do rynku sprzedaży detalicznej energii cieplnej Prezes Urzędu uznał, że w okresie, w którym doszło do zawarcia porozumienia PGNiG Termika i Veolia Warszawa były rzeczywistymi konkurentami. Obaj przedsiębiorcy prowadzili działalność na wspomnianym rynku. PGNiG Termika, podobnie jak Veolia Warszawa, dysponowała w tym zakresie koncesją na sprzedaż ciepła i korzystała z niej na rynku ciepła systemowego w Warszawie [pkt (72)]. Od 2013 r. PGNiG Termika zwiększyła swoją działalność na tym rynku. Jak wynika z ustaleń dokonanych przez Prezesa Urzędu, sprzedaż ciepła przez PGNiG Termika do odbiorców końcowych wzrosła z **[informacja chroniona]** MW w listopadzie 2013 r. do stanu **[informacja chroniona]** MW w listopadzie 2014 r. [pkt (82) i (144)]. W tym czasie PGNiG Termika również aktywnie ubiegała się o zamówienia publiczne na dostawy ciepła do odbiorców końcowych startując w 2013-2014 r. w ok. 100 przetargach rocznie [pkt (153)]. Dodatkowo jak wynika z dowodu w postaci opracowanej przez PGNiG Termika strategii marketingowej, spółka ta postrzegała Veolię Warszawa, jako swojego „podstawowego konkurenta” w zakresie sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych [pkt (76)].
- (326) Istotne znaczenie dla istnienia konkurencji między PGNiG Termika a Veolią Warszawa na rynku sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych miał również fakt, że od lipca 2013 r. PGNiG Termika oferowała odbiorcom końcowym ceny niższe o 0,18 zł/GJ netto, a od grudnia 2014 r. o 0,33 zł/GJ od cen oferowanych dla tych samych odbiorców w taryfie Veolii Warszawa [pkt (52)]. W powyższych okolicznościach na rynku sprzedaży ciepła między PGNiG Termika a Veolia Warszawa oprócz istniejącej konkurencji pozacenowej, możliwa również była konkurencja cenowa.
- (327) W ocenie Prezesa Urzędu powyższe okoliczności świadczą o tym, że PGNiG Termika i Veolia Warszawa były potencjalnymi konkurentami na rynku wytwarzania energii cieplnej i rzeczywistymi konkurentami na rynku sprzedaży energii cieplnej.

10.3.2. Treść porozumienia

- (328) Oceniając istnienie antykonkurencyjnego celu praktyki, Prezes Urzędu uznał, że treść porozumienia wskazuje, że dokonany podział rynku oraz uzgadnianie struktury taryf wpisują się w obraz naruszenia „ze względu na cel”.

- (329) Jak zostało wskazane wyżej Prezes Urzędu uznał, że to właśnie Drugi Projekt Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego oddaje rzeczywistą treść porozumienia, jakie zostało zawarte między PGNiG Termika i Veolia Warszawa. W ramach tego porozumienia PGNiG Termika i Veolia Warszawa dokonały podziału rynku poprzez przypisanie sobie na wyłączność rynków macierzystych oraz uzgodniły strukturę taryf.
- (330) W ramach podziału rynku spółki uzgodniły, że Veolia Warszawa oraz podmioty z nią powiązane zaniechają wejścia na rynek wytwarzania ciepła oraz nie będą wspierać innych podmiotów w wejściu na rynek wytwarzania ciepła, będący macierzystym rynkiem PGNiG Termika, a w zamian za to PGNiG Termika zaprzestanie prowadzenia działalności rynku sprzedaży ciepła, będącym macierzystym rynkiem Veolii Warszawa.
- (331) Wskazane wyżej działania odpowiadają charakterowi porozumień podziałowych, które uznaje się za ograniczające konkurencję ze względu na cel. Podejmowanie uzgodnień przez uczestników porozumienia pozwala na ograniczenie samodzielności działań na rzecz wspólnego (skoordynowanego w ramach porozumienia) kształtowania sytuacji rynkowej. Istotą takiego działania jest z kolei przejście od stanu, w którym konkurent lub potencjalny konkurent jest naturalnym rywalem rynkowym, do stanu, w którym przestaje on stanowić zagrożenie, stanowi mniejsze zagrożenie lub wręcz udziela aktywnego wsparcia w dochodzeniu do wspólnego celu. Istnienie ograniczenia „ze względu na cel” wynika w przypadku tego rodzaju porozumień z faktu, że wymierzone są one bezpośrednio w ograniczenie atmosfery niepewności rynkowej charakterystycznej dla stanu konkurencji.
- (332) W przedmiotowej sprawie do takiego ograniczenia niepewności rynkowej niewątpliwie doszło. PGNiG Termika obawiała się wejścia nowego podmiotu na swój macierzysty rynek wytwarzania ciepła [pkt (62) i (91)]. Ryzyko to istotnie zwiększyło się wraz z ogłoszeniem przez Veolię Warszawa planów budowy nowego źródła ciepła w dzielnicy Ursus. Plan ten był przez PGNiG Termika postrzegany jako „krytyczny problem” [pkt (87)], „zagrożenie dla interesów PGNiG Termika” [pkt (95)], ponieważ „doprowadzi bądź do odebrania Spółce klientów, bądź stanie się przeszkodą dla pozyskania nowych klientów na rozwijającym się rynku” [pkt (97)]. Powyższa niepewność została jednak wyeliminowana w wyniku zawarcia przez PGNiG Termika i Veolię Warszawa porozumienia, na mocy którego Veolia Warszawa zobowiązała się, że ani ona, ani spółki z nią powiązane nie będą budować źródła ciepła ani wspierać takiej budowy przez inny podmiot [pkt (102)]. Realizując powyższe zobowiązanie Prezes Zarządu Veolia Warszawa przekazał Prezesowi Zarządu PGNiG Termika kopie pism wysłanych do stosownych organów dotyczących wstrzymania wniosku o pozwolenie na budowę bloku gazowego w Ursusie [pkt (120)], co w wewnętrznej korespondencji pracowników PGNiG Termika zostało skomentowane słowami „Jednak dotrzymują słowa”, „Pierwsze koty za płoty [pkt (120)].

- (333) Dodatkowo współpraca spółek doprowadziła również do wyeliminowania niepewności PGNiG Termika związanej z możliwością wejścia na rynek podmiotu trzeciego w wyniku upadłości Energetyki Ursus [pkt (128)]. W tym zakresie spółki uzgodniły zakup sieci ciepłowniczej Energetyki Ursus przez Veolię Warszawa przy współfinansowaniu PGNiG Termika oraz podłączenie tej sieci do warszawskiej sieci ciepłowniczej należącej do Veolii Warszawa. Jak wynika z materiału dowodowego powyższe działanie było „*elementem zaniechanego przez VEW projektu Jagoda (budowa bloku gazowo-parkowego w Ursusie)*” i miało „*mitygować ryzyko pojawienia się podmiotu obcego produkującego ciepło w tym rejonie miasta*” [pkt (134)]. Ostatecznie budowa nowego źródła ciepła przez Veolię Warszawa nie została zrealizowana, a także nie pojawił się żaden inny podmiot trzeci na rynku wytwarzania ciepła.
- (334) W tym względzie należy wskazać, że potencjalna konkurencja podlega takiej samej ochronie co konkurencja rzeczywista. Możliwość wejścia na rynek nowych graczy wywiera bowiem istotny wpływ na zachowania podmiotów już funkcjonujących na tym rynku. Jeżeli zatem nastąpi ograniczenie potencjalnej konkurencji, to podmioty już istniejące na rynku będą działać pod mniejszą presją. W przedmiotowej sprawie uzgodnienia miały na celu ograniczenie potencjalnej konkurencji między PGNiG Termika, a Veolią Warszawa oraz między PGNiG Termika a podmiotami trzecimi potencjalnie zainteresowanymi wejściem na rynek. Mając dodatkowo na względzie, że w chwili podejmowana powyższych uzgodnień PGNiG Termika już posiadał monopolistyczną pozycję na rynku wytwarzania ciepła, powyższe działanie doprowadziło de facto do wyeliminowania konkurencji na tym rynku.
- (335) W zamian za zobowiązanie do zaniechania wejścia na rynek wytwarzania ciepła, Veolia Warszawa oczekiwała od PGNiG Termika zaprzestania prowadzenia sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych [pkt (123)]. Ograniczenie niepewności na macierzystym rynku sprzedaży ciepła Veolii Warszawa było szczególnie istotne dla spółki, z uwagi na możliwość oferowania przez PGNiG Termika w tym czasie niższej ceny ciepła dla odbiorców końcowych niż Veolia Warszawa [pkt (52)]. Powyższe sprawiło, że PGNiG Termika przejmował dotychczasowych odbiorców końcowych Veolii Warszawa [pkt (74) i (82)].
- (336) W wyniku zawarcia kwestionowanego w przedmiotowej sprawie porozumienia PGNiG Termika przestała być zagrożeniem dla Veolii Warszawa. Spółka zobowiązała się bowiem do zaprzestania aktywnej sprzedaży do odbiorców końcowych, a w dalszej perspektywie do całkowitego zaniechania takiej sprzedaży, w wyniku rozwiązania umowy przesyłowej [pkt (104) i (108)]. Ostatecznie nie zrealizowano zamierzenia w zakresie całkowitego zaprzestania sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych przez PGNiG Termikę, z obawy że zostanie to uznane za przejaw antykonkurencyjnego porozumienia [pkt (147) i (148)]. Niemniej jednak PGNiG Termika wykonała zobowiązanie co do zaniechania aktywnej działalności na rynku

sprzedaży ciepła, sukcesywnie zmniejszając wielkość sprzedaży [pkt (144)]. W tym celu PGNiG Termika zaniechała również udziału w postępowaniach przetargowych, ograniczając się wyłącznie do odpowiadania na indywidualne zapytania kierowane do niej bezpośrednio przez zamawiających [pkt (150)-(153)]. Prezes Urzędu przy rozstrzygnięciu sprawy miał na uwadze, że porozumienie, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. należy rozumieć szerzej niż działania polegające tylko i wyłącznie na uzgodnieniu warunków złożonych ofert. Szerokie rozumienie wskazanego terminu potwierdza utrwalone orzecznictwo. Jak wskazał Sąd Najwyższy orzekając na gruncie art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k.: „*przedmiotem niedozwolonego uzgodnienia mogą być zarówno warunki składanych ofert, jak i krąg oferentów zarówno poprzez zobowiązanie się do niewzięcia udziału w przetargu, jak i zobowiązanie się do złożenia fikcyjnej oferty mającej uwiarygodnić ofertę innego uczestnika porozumienia*”.⁶⁸ Tym samym Prezes Urzędu nie zgadza się ze stanowiskiem prezentowanym przez Veolię Warszawa w toku postępowania, wynikającym z literalnej wykładni art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k., zgodnie z którym zakresem normowania wskazanego przepisu są porozumienia dotyczące warunków składanych w przetargu ofert, a nie zobowiązanie do nieuczestniczenia w przetargu. Do uznania praktyki za porozumienie, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. wystarczy fakt porozumienia się w przedmiocie jednego z elementów postępowania np. tego, iż jeden z potencjalnych oferentów, który z reguły występował w przetargach wycofa się.⁶⁹

- (337) W tym miejscu należy wyjaśnić, że prawo unijne nie wyróżnia dokonywania ustaleń w odniesieniu do przetargów jako odrębnej kategorii porozumień. Ustalenia takie z natury rzeczy będą zawsze odpowiadały albo naruszeniom o charakterze cenowym, albo podziałowym, albo o ograniczeniu produkcji. W konsekwencji fakt, że ustalenia takie ograniczają konkurencję „ze względu na cel” wynika w konsekwencji z tych względów, co w przypadku wskazanych wyżej kategorii ustaleń. Z uwagi na fakt, że w niniejszej sprawie ustalenia w odniesieniu do przetargów polegały na prostym zaniechaniu aktywnego udziału w przetargach, Prezes Urzędu uznał, że ustalenia te miały również charakter podziałowy i stanowiły ograniczenie „ze względu na cel” z tych samych powodów, co w przypadku ograniczenia zwykłej sprzedaży.
- (338) Elementem porozumienia PGNiG Termika i Veolia Warszawa było również uzgodnienie struktury taryfy PGNiG Termika, polegające na zwiększeniu we wniosku taryfowym tej spółki opłat stałych i zmniejszeniu opłat zmiennych. Uzgodnienie to wywierało wpływ na rynek sprzedaży detalicznej w ten sposób, że zmniejszało zależność opłat uiszczanych przez odbiorców końcowych od ilości zużytego ciepła. Tym samym ograniczało możliwości kontrolowania wysokości rachunków przez odbiorców poprzez racjonalne zużycie ciepła [pkt (160)].

⁶⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z 14 stycznia 2009 r., sygn. akt III SK 26/08.

⁶⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 13 października 2009 r., sygn. akt VI ACa 6/09.

- (339) Mając na względzie, że przedsiębiorstwa ciepłownicze dysponują swobodą w zakresie kształtowania swoich wniosków taryfowych oraz fakt, że powinny kształtować ich treść samodzielnie, ustalenia takie odpowiadają charakterowi porozumień cenowych. Porozumienia cenowe uznaje się za ograniczające konkurencję ze względu na cel, ponieważ prowadzą do ograniczenia dobrobytu konsumentów, z uwagi na fakt, że konsumenci są zmuszeni do płacenia wyższych cen za towary i usługi, których dotyczy porozumienie. Tak też było w niniejszym przypadku [pkt (167)].
- (340) Jednocześnie powyższe uzgodnienie cenowe miało również na celu zmniejszenie presji konkurencyjnej między stronami. Należy wskazać, że PGNiG Termika pierwotnie ukształtowała strukturę swojej taryfy celowo w sposób niekorzystny dla Veolii Warszawa, a korzystny przy tym dla odbiorców końcowych, chcąc w ten sposób zmniejszyć ryzyko wejścia Veolii Warszawa na rynek wytwarzania ciepła [pkt (75) i (86)]. PGNiG Termika zakładała bowiem, że jeżeli Veolia Warszawa będzie miała mniejsze zyski, to nie będzie mieć wystarczających środków na budowę nowego źródła ciepła. Z chwilą, gdy między spółkami uzgodniono, że Veolia Warszawa odstąpi od wejścia na rynek wytwarzania ciepła, PGNiG Termika w zamian za to zobowiązała się zmienić strukturę swojej taryfy, w sposób korzystny dla Veolii Warszawa, jednocześnie powodujący wzrost cen dla odbiorców końcowych [pkt (162), (166) i (167)].
- (341) Opisane wyżej ustalenia są wyraźnie sprzeczne z regułami konkurencji, zgodnie z którymi każdy podmiot gospodarczy musi samodzielnie określać politykę, którą zamierza przyjąć na rynku.⁷⁰ Artykuł 6 ust. 1 u.o.k.k. i art. 101 ust. 1 TFUE mają na celu zakazanie jakiegokolwiek formy koordynacji, która umyślnie zastępuje ryzyko konkurencji praktyczną współpracą między przedsiębiorstwami.
- (342) W związku z powyższym Prezes Urzędu uznał, że uzgodnienia stron polegające na zaniechaniu przez Veolia Warszawa i podmioty z nią powiązane wejścia na rynek wytwarzania ciepła, w zamian za zaprzestanie przez PGNiG Termika prowadzenia działalności na rynku sprzedaży ciepła, spełniają znamiona naruszenia w postaci podziału rynku, zakazanego na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 3 u.o.k.k. i art. 101 lit. c) TFUE. Jednocześnie będące elementem ww. uzgodnień zaprzestanie udziału przez PGNiG Termika w przetargach publicznych na dostawy ciepła, spełnia również znamiona naruszenia w postaci zмовы przetargowej. Niemniej jednak, z uwagi na to, że działanie to wpisywało się w ogólne uzgodnienie dotyczące podziału rynku, a także z przyczyn wskazanych w pkt. (337) wyżej, zachowanie to stanowiło naruszenie, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 3 i 7 u.o.k.k. oraz art. 101 lit. c) TFUE. Natomiast działania stron w zakresie uzgadniania struktury taryf, które

⁷⁰ Komisja Europejska w Obwieszczeniu *Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu WE* [obecnie art. 101 ust. 3 TFUE] (Dz. Urz. UE 2004, C 101/08), pkt 14.

również były powiązane z podziałem rynku, stanowią naruszenie polegające na uzgadnianiu cen, zakazane na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. i art. 101 lit a) TFUE.

- (343) Mając na względzie fakt, że wszystkie z form ograniczania konkurencji, których dopuszczali się uczestnicy naruszenia, tj. podział rynku, w tym zмова przetargowa oraz uzgadnianie cen mogłyby stanowić samodzielne naruszenia ze względu na cel, Prezes Urzędu uznał, że całość jednolitego i ciągłego naruszenia ograniczała konkurencję ze względu na cel.

10.3.3. Intencje stron porozumienia

- (344) Jakkolwiek subiektywny cel przedsiębiorstw nie stanowi, okoliczności decydującej samodzielnie o tym, czy doszło do naruszenia „ze względu na cel” Prezes Urzędu jest w posiadaniu dowodów, które w jednoznaczny sposób wskazują na intencje PGNiG Termika i Veolia Warszawa w związku z koordynacją ich działań.
- (345) Intencje PGNiG Termika w odniesieniu do podjęcia współpracy z Veolią Warszawa obrazuje protokół posiedzenia Rady Nadzorczej tej spółki, w którym w kontekście informacji o współpracy z Veolią Warszawa wskazano „*nadrzędnym celem Zarządu jest blokowanie nowego źródła w Ursusie*” [pkt (97)]. Z wewnętrznych dokumentów PGNiG Termika wynika, że wejście Veolii Warszawa na rynek wytwarzania ciepła miało mieć „*znaczący negatywny wpływ na wyniki finansowe PGNiG Termika*” [pkt (95)].
- (346) Natomiast w kontekście możliwości wejścia na rynek innego podmiotu trzeciego w wyniku upadłości Energetyki Ursus, PGNiG Termika przeprowadziła kalkulacje, w których szacowała, że spowoduje to obniżenie jej zysku operacyjnego o **[informacja chroniona]** zł lub **[informacja chroniona]** zł netto [pkt (91)]. Ostatecznie by zminimalizować to ryzyko, PGNiG Termika zawarła z Veolią Warszawa Porozumienie o realizacji Specjalnego Zadania Inwestycyjnego, w ramach którego PGNiG Termika zobowiązała się do partycypowania w cenie nabycia sieci ciepłych będących własnością Energetyki Ursus przez Veolię Warszawa w kwocie **[informacja chroniona]** zł netto. Intencje podjęcia takiej decyzji ujawnia wniosek Zarządu PGNiG Termika do Rady Nadzorczej spółki o wydanie zgody na zawarcie ww. umowy, w którym wyjaśniono, że współfinansowanie nabycia sieci przez Veolię Warszawa „*pozwole mitygować ryzyko pojawienia się podmiotu obcego produkującego ciepło w tym rejonie miasta, przy finansowaniu na poziomie niższym niż mogą wynosić potencjalne straty spółki*” [pkt (134)]. Jednocześnie we wniosku tym Zarząd PGNiG Termika wskazał, że zawarcie ww. umowy jest również elementem porozumienia z Veolią Warszawa co do zaniechania budowy nowego źródła ciepła: „*przylączenie Niedźwiadka było elementem zaniechanego przez VEW projektu Jagoda (budowa bloku gazowo-parkowego w Ursusie)*” [pkt (134)].

- (347) Natomiast na intencje dotyczące rezygnacji PGNiG Termika z prowadzenia sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych wskazuje wiadomość e-mail Prezesa Zarządu PGNiG Termika, który zwracając się o **[informacja chroniona]** odwoływał się do zawartego między spółkami porozumienia, w myśl którego „*Dalkia Warszawa odpowiedzialna będzie za optymalny rozwój dystrybucji i handel ciepłem na terenie Warszawy*” [pkt (146)].
- (348) Natomiast na intencje Veolii Warszawa dotyczące rezygnacji z Projektu Jagoda, wskazuje dowód w postaci protokołu z posiedzenia Zarządu Veolii Warszawa, zgodnie z którym przyczyną odstąpienia od budowy nowego źródła ciepła była poprawa współpracy z PGNiG Termika: „*zakup turbiny był projektem warszawskim, związanym z planowaną w Warszawie inwestycją. (...) w celu poprawy współpracy z głównym partnerem biznesowym, koniecznym była modyfikacja wcześniejszych planów*” [pkt (125)].
- (349) Wiadomość e-mail Prezesa Zarządu Veolii Warszawa do Prezesa Zarządu PGNiG Termika o treści: „*Jak sygnalizowałem, jestem w tej chwili pod pewną presją w związku z zarekomendowaniem przeze mnie naszemu akcjonariuszowi zawieszenia projektu elektrociepłowni w Ursusie w zamian za współpracę z PGNiG Termika, która miała pozwolić na skompensowanie wyników przewidzianych w biznesplanie tego projektu. Wskazałem akcjonariuszowi, że współpraca doprowadzi pod koniec marca 2015, do zawarcia porozumienia określającego konkretne działania typu win/win dla naszych obu spółek*” [pkt (121)] wskazuje, że Veolia Warszawa oczekiwała konkretnych korzyści finansowych w zamian za rezygnację z budowy nowego źródła ciepła. Jedną z takich korzyści było wspomniane wyżej współfinansowanie przez PGNiG Termika nabycia przez Veolię Warszawa sieci ciepłowniczej Energetyki Ursus.
- (350) Ponadto intencją Veolii Warszawa było umocnienie swojej pozycji na rynku sprzedaży ciepła poprzez spowodowanie zaniechania przez PGNiG Termika sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych. Na powyższe wskazuje wewnętrzna prezentacja przygotowana przez Veolię Warszawa, w której jako jedno z głównych założeń współpracy z PGNiG Termika wskazano: „*Zapewnienie dominującej pozycji Veolia Energia Warszawa na rynku dystrybucyjnym dzięki rezygnacji PGNiG Termika ze strategii TPA - już ogłoszonej i wdrożonej*” [pkt (145)].
- (351) Podobny wniosek wynika z wiadomości e-mail pracowników PGNiG Termika, w której stwierdzono, że: „*Dalkia upiera się (...) żeby zrezygnować z umowy przesyłowej*” [pkt (107)]. Powyższe potwierdza również reakcja Prezesa Zarządu Veolii Warszawa wobec wygrania przez PGNiG Termika przetargu na dostawy ciepła dla odbiorcy końcowego, który w wiadomości e-mail do PGNiG Termika wskazał: „*Temat OKW [sprzedaży do odbiorców końcowych – wyjaśnienie wł.] to graniczna linia, której nie należy przekraczać w myśl warunków naszego porozumienia z dnia 14/11/2014*” [pkt (154)].

- (352) Natomiast w odniesieniu do uzgodnienia między spółkami struktury taryfy PGNiG Termika, należy wskazać, że intencją Veolii Warszawa było ograniczenie „destrukcyjnego” wpływu taryfy PGNiG Termika na wyniki finansowe Veolii Warszawa [pkt (159)] i złożenie przez PGNiG Termika wniosku taryfowego „ze strukturą taryf bardziej preferowaną przez VEW” [pkt (161)].
- (353) Podsumowując powyższe należy stwierdzić, że niezależnie od obiektywnego charakteru wskazanych w niniejszej decyzji praktyk, polegającego na tym, że ograniczały one konkurencję ze względu na sam swój cel z uwagi na swoją naturę, również intencje PGNiG Termika i Veolia Warszawa wskazują, że taka była istota tych praktyk.
- (354) Mając na względzie powyższe Prezes Urzędu uznał, że naruszenie będące przedmiotem postępowania stanowiło naruszenie „ze względu na cel”.

10.4. Okres funkcjonowania porozumienia oraz odpowiedzialność za naruszenie podmiotów korporacyjnych

Ramy prawne

- (355) Zgodnie z prawem unijnym podmiotami, między którymi zgodnie z art. 101 TFUE zakazane jest stosowanie praktyk ograniczających konkurencję, są przedsiębiorstwa. Jak wyjaśniono w [pkt (208)] na jedno przedsiębiorstwo może składać się jeden lub więcej podmiotów prawnych. Odpowiedzialność za naruszenie przypisywana jest podmiotowi lub podmiotom prawnym tworzącym przedsiębiorstwo.⁷¹ Z kolei art. 6 u.o.k.k. mówi ogólnie (bezosobowo) o zakazie zawierania porozumień ograniczających konkurencję, przy czym art. 4 pkt 5 u.o.k.k. precyzuje, że umowy i uzgodnienia dokonywane są w jakiegokolwiek formie między przedsiębiorcami.
- (356) Należy również wskazać, że w utrwalonym orzecznictwie unijnym przyjmuje się, że jeżeli podmiot dominujący jest w stanie wywierać decydujący wpływ na politykę podmiotu zależnego to ponosi odpowiedzialność za naruszenie reguł konkurencji dokonane przez przedsiębiorstwo.⁷² W celu wykazania wywierania decydującego wpływu przez podmiot

⁷¹ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 10 września 2009 r. w sprawie C-97/08 P, *Akzo przeciwko Komisji*, EU:C:2009:536, pkt 57.

⁷² Wyroki: Trybunału Sprawiedliwości z 14 lipca 1972 r. w sprawie C-48/69, *Imperial Chemical Industries przeciwko Komisji*, EU:C:1972:70, pkt 132 i 133; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 14 lipca 1972 r., w sprawie 52/69, *Geigy przeciwko Komisji*, EU:C:1972:73, Rec. s. 787, pkt 44; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 21 lutego 1973 r. w sprawie 6/72, *Europemballage i Continental Can przeciwko Komisji*, EU:C:1973:22, Rec. s. 215, pkt 15; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 16 listopada 2000 r., w sprawie C-286/98, *Stora Kopparbergs Bergslags przeciwko Komisji*, EU:C:2000:630, pkt 26.

dominujący na spółkę zależną, wystarczające jest wykazanie, że cały kapitał spółki zależnej⁷³ lub w istocie cały kapitał spółki zależnej⁷⁴ znajduje się w posiadaniu spółki dominującej.

- (357) Zgodnie z art. 10 u.o.k.k. Prezes Urzędu wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję, jeżeli stwierdzi naruszenie zakazów określonych w art. 6 u.o.k.k. lub art. 101 TFUE.

Zastosowanie prawa w niniejszej sprawie

10.4.1. PGNiG Termika i PGNiG

Odpowiedzialność za naruszenie art. 101 TFUE i 6 u.o.k.k.

- (358) Prezes Urzędu stwierdził, że PGNiG Termika i PGNiG uczestniczyły w naruszeniu art. 101 TFUE i 6 u.o.k.k. od najpóźniej 18 września 2014 r. do czerwca 2017 r. Odpowiedzialność za to naruszenie Prezes Urzędu przypisał:

- a) PGNiG Termika jako bezpośredniemu uczestnikowi naruszenia w okresie od najpóźniej 18 września 2014 r. do czerwca 2017 r.;
- b) PGNiG jako:
 - (i) bezpośredniemu uczestnikowi naruszenia w okresie od najpóźniej 18 września 2014 r. do czerwca 2017 r.,
 - (ii) spółce matce PGNiG Termika w okresie od najpóźniej 18 września 2014 r. do czerwca 2017 r., tj. w związku z wywieraniem przez PGNiG decydującego wpływu na PGNiG Termika.

- (359) W przedmiotowej sprawie, Prezes Urzędu przypisał nie tylko PGNiG Termika, ale również PGNiG odpowiedzialność za jej bezpośrednie uczestnictwo w naruszeniu. Jak ustalono w pkt. (284)-(296) niniejszej decyzji, PGNiG rozpoczęła rozmowy z Veolią Polska, które doprowadziły do nawiązania współpracy między PGNiG Termika a Veolią Warszawa, uczestniczyła w uzgadnianiu warunków współpracy przez PGNiG Termika i Veolia Warszawa, a także posiadała wiedzę o naruszeniu PGNiG Termika i wyrażała na nie zgodę.

⁷³ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 1 września 2009 r., w sprawie C-97/08 P, *Akzo Nobel NV przeciwko Komisji*, EU:C:2009:536, pkt 61.

⁷⁴ Przykładowo w decyzjach Komisji Europejskiej z 28 listopada 2007 r. COMP/39.165 *Flat Glass*, pkt 448 oraz z 30 maja 2006 r., COMP/F/38.620, *Hydrogen Peroxide and Perborate* uznano, że domniemanie decydującego wpływu występuje, gdy podmiot dominujący posiada 96% udziałów w podmiocie zależnym. Natomiast w wyroku Sądu Pierwszej Instancji z 30 września 2009 r., w sprawie T-168/05, *Arkema przeciwko Komisji*, EU:T:2009:367, pkt 70 powyższe domniemanie zastosowano w sytuacji posiadania przez podmiot dominujący 98% udziałów w podmiocie zależnym.

- (360) W pierwszej kolejności, należy wskazać, że to kontakt PGNiG i Veolii Polska w 2012 r. stanowił impuls do rozpoczęcia rozmów na temat potencjalnych obszarów współpracy między PGNiG Termika i Veolia Warszawa na warszawskim rynku ciepła. Co istotne już na tym etapie rozmów PGNiG stawiała sobie za cel zablokowanie budowy nowego źródła przez Veolię Warszawa, a także podejmowała rozmowy z Veolią Polska na temat problematycznej dla Veolii Warszawa konkurencji ze strony PGNiG Termika na rynku sprzedaży detalicznej ciepła [pkt (285)].
- (361) Po przekazaniu przez spółki matki rozmów na temat możliwej współpracy między PGNiG Termika a Veolia Warszawa do spółek córek, PGNiG nadal pozostawała zaangażowana w podejmowanie decyzji o nawiązaniu współpracy przez PGNiG Termika z Veolią Warszawa oraz jej kształcie. Świadczy o tym przekazanie przez PGNiG Termika i Veolia Warszawa treści Pierwszego Projektu Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego do akceptacji spółek matek [pkt (287)]. Dodatkowo z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika, że po otrzymaniu ww. projektu Prezes Zarządu PGNiG wywarł istotny wpływ na określony w nim zakres współpracy PGNiG Termika i Veolia Warszawa. Mianowicie w skutek skierowania przez niego do Prezesa Zarządu PGNiG Termika krytycznej opinii co do treści projektu, w zakresie w jakim przewidywał on wybudowanie nowego źródła ciepła przez Veolię Warszawa, Prezes Zarządu PGNiG doprowadził do jego niepodpisania [pkt (288)].
- (362) W konsekwencji opracowany został Drugi Projekt Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego, który już wprost przewidywał zaniechanie przez Veolię Warszawa i podmioty z nią powiązane budowy nowego źródła ciepła, w zamian za odstąpienie przez PGNiG Termika od sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych. Również ten projekt został przesłany do zaopiniowania PGNiG. Co istotne, przedmiotowy projekt określał warunki współpracy między PGNiG Termika i Veolia Warszawa, które następnie były przez spółki te realizowane. Po otrzymaniu drugiego projektu, PGNiG wskazała PGNiG Termika, że porozumienie to budzi obawy na gruncie prawa ochrony konkurencji i może być uznane za porozumienie antykonkurencyjne, w konsekwencji tego treść podpisanego Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego została w znacznym stopniu zmodyfikowana [pkt (289)].
- (363) Zdaniem Prezesa Urzędu powyższe wskazuje na uczestnictwo PGNiG w kwestionowanym w przedmiotowej sprawie naruszeniu. Poprzez swoje działanie PGNiG uczestniczyła w podejmowaniu decyzji o nawiązaniu współpracy z Veolią Warszawa oraz jej warunkach, a także posiadała wiedzę o naruszeniu przez PGNiG Termika prawa konkurencji i wyrażała na nie zgodę.
- (364) W kwestii przypisania odpowiedzialności spółce PGNiG, jako spółce matce PGNiG Termika, tj. za wywieranie decydującego wpływu, należy wskazać, że w przedmiotowej sprawie PGNiG

posiadała w okresie funkcjonowania porozumienia 100% akcji w PGNiG Termika. W związku z tym możliwe stało się zastosowanie domniemania wywierania decydującego wpływu przez PGNiG na PGNiG Termika i tym samym przypisanie odpowiedzialności PGNiG za naruszenie art. 101 TFUE jako części przedsiębiorstwa tworzonego przez PGNiG i PGNiG Termika. Ponadto w kwestii przypisania odpowiedzialności za naruszenie art. 6 u.o.k.k. spółce PGNiG, jako spółce matce PGNiG Termika, należy wskazać, że spółka ta miała decydujący wpływ na działania spółki córki. Wynika to z faktu, że PGNiG w okresie funkcjonowania porozumienia posiadała 100% akcji w PGNiG Termika, co przekładało się na realną możliwość oddziaływania na proces podejmowania decyzji w spółce córce. Niebagatelny wpływ PGNiG na działania PGNiG Termika potwierdzają okoliczności przedmiotowej sprawy. Spółka matka do końca trwania porozumienia pozostawała zaangażowana w kształtowanie współpracy pomiędzy PGNiG Termika i Veolią Warszawa. Wszelkie działania PGNiG Termika wymagały aprobaty PGNiG. Spółka córka konsultowała z PGNiG postanowienia zawartego porozumienia, co pozwala stwierdzić, że wszelkie działania spółki córki były emanacją woli PGNiG. Przedstawiony stan faktyczny sprawy potwierdza, że działania spółki matki doprowadziły do zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia przez PGNiG Termika.

10.4.2. Veolia Warszawa i Veolia Polska

Odpowiedzialność za naruszenie art. 101 TFUE i art. 6 u.o.k.k.

- (365) Prezes Urzędu stwierdził, że Veolia Warszawa i Veolia Polska uczestniczyły w naruszeniu art. 101 TFUE i art. 6 u.o.k.k. od najpóźniej 18 września 2014 r. do czerwca 2017 r. Odpowiedzialność za to naruszenie Prezes Urzędu przypisał:
- a) Veolii Warszawa jako bezpośredniemu uczestnikowi naruszenia w okresie od najpóźniej 18 września 2014 r. do czerwca 2017 r.;
 - b) Veolii Polska jako:
 - (i) bezpośredniemu uczestnikowi naruszenia w okresie od najpóźniej 18 września 2014 r. do czerwca 2017 r.,
 - (ii) spółce matce Veolii Warszawa w okresie od najpóźniej 18 września 2014 r. do czerwca 2017 r., tj. w związku z wywieraniem przez Veolia Polska decydującego wpływu na Veolia Warszawa.
- (366) Prezes Urzędu przypisał nie tylko Veolii Warszawa, ale również Veolii Polska odpowiedzialność za jej bezpośrednie uczestnictwo w naruszeniu. Jak zostało ustalone w pkt.

(284)-(296) niniejszej decyzji spółka ta rozpoczęła rozmowy z PGNiG, które doprowadziły do nawiązania współpracy między PGNiG Termika a Veolią Warszawa, uczestniczyła w uzgadnianiu warunków współpracy przez PGNiG Termika i Veolię Warszawa, a także posiadała wiedzę o naruszeniu Veolii Warszawa i wyrażała na nie zgodę.

- (367) Należy wskazać, że to kontakt Veolii Polska i PGNiG w 2012 r. zapoczątkował rozmowy na temat potencjalnych obszarów współpracy między PGNiG Termika i Veolia Warszawa na warszawskim rynku ciepła. Co istotne już na tym etapie rozmów Veolia Polska podnosiła temat problematycznej dla Veolii Warszawa konkurencji ze strony PGNiG Termika na rynku sprzedaży detalicznej ciepła, natomiast PGNiG stawiała sobie za cel zablokowanie budowy nowego źródła przez Veolię Warszawa [pkt (285)].
- (368) Po przekazaniu przez spółki matki rozmów na temat możliwej współpracy między PGNiG Termika a Veolia Warszawa do spółek córek, Veolia Polska nadal pozostawała zaangażowana w podejmowanie decyzji o nawiązaniu współpracy przez Veolię Warszawa z PGNiG Termika. Świadczy o tym przekazanie przez Veolię Warszawa do akceptacji Veolii Polska treści Pierwszego Projektu Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego [pkt (287)].
- (369) Po odstąpieniu od podpisania Pierwszego Projektu Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego, Veolia Polska pozostała zaangażowana w podejmowanie decyzji o dopuszczeniu do naruszenia, polegającego na odstąpieniu przez Veolię Warszawa od Projektu Jagoda. Świadczy o tym wiadomość e-mail Prezesa Zarządu Veolia Warszawa do PGNiG Termika, w której informuje, że znalazł się *„pod pewną presją w związku z zarekomendowaniem przeze mnie naszemu akcjonariuszowi [Veolii Polska – wyjaśnienie wł.] zawieszenia projektu elektrociepłowni w Ursusie w zamian za współpracę z PGNiG Termika, która miała pozwolić na skompensowanie wyników przewidzianych w biznesplanie tego projektu. Wskazałem akcjonariuszowi, że współpraca doprowadzi, pod koniec marca 2015, do zawarcia porozumienia określającego konkretne działania typu win/win dla naszych obu spółek”*. Okoliczność, że odstąpienie od budowy źródła ciepła było *„rekomendowane”* Veolii Polska przez Prezesa Zarządu Veolii Warszawa wskazuje, że Veolia Polska co najmniej uczestniczyła w podjęciu decyzji o odstąpieniu Veolii Warszawa od planów budowy źródła ciepła. Jednocześnie z powyższej wiadomości wynika, że w zamian za to Veolia Polska oczekiwała uzyskania od PGNiG Termika korzyści na rzecz Veolii Warszawa [pkt (290)].
- (370) Jednocześnie, jak wynika z materiału dowodowego Prezes Zarządu Veolia Polska miał świadomość, że współpraca PGNiG Termika i Veolia Warszawa polegała na podziale rynku poprzez przypisanie PGNiG Termika rynku wytwarzania ciepła, a dla Veolii Warszawa rynku sprzedaży ciepła, oraz że takie działanie narusza prawo konkurencji [pkt (290)].

- (371) Veolia Polska posiadała również pełną wiedzę o funkcjonowaniu porozumienia między PGNiG Termika a Veolia Warszawa, w tym o wywiązywaniu się przez PGNiG Termika z jego warunków, o czym świadczy okoliczność zasiadania w Radzie Nadzorczej Veolii Warszawa członków Zarządu Veolii Polska. Jak ustalono w toku postępowania, na posiedzeniach Rady Nadzorczej Veolii Warszawa, a więc z udziałem przedstawicieli Veolia Polska, informowano o odstąpieniu od Projektu Jagoda wskutek nawiązania współpracy z PGNiG Termika [pkt (293)], o stopniu realizacji przez PGNiG Termika uzgodnienia w zakresie zaniechania sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych [pkt (294)] oraz o przebiegu ustaleń z PGNiG Termika w zakresie ukształtowania struktury taryfy PGNiG Termika w sposób preferowany dla Veolii Warszawa [pkt (296)].
- (372) Zdaniem Prezesa Urzędu powyższe wskazuje na uczestnictwo Veolii Polska w kwestionowanym w przedmiotowej sprawie naruszeniu. Poprzez swoje działanie Veolia Polska uczestniczyła w podejmowaniu decyzji o nawiązaniu współpracy z PGNiG Termika oraz jej warunkach, a także posiadała wiedzę o naruszeniu przez Veolię Warszawa prawa konkurencji i wyrażała na nie zgodę.
- (373) Z tożsamyh powodów, co w przypadku PGNiG Prezes Urzędu przypisał Veolii Polska, jako spółce matce wywierającej decydujący wpływ na politykę Veolii Warszawa odpowiedzialność za naruszenie art. 101 TFUE i 6 u.o.k.k. przez przedsiębiorstwo w skład którego wchodzi Veolia Polska i Veolia Warszawa. W zakresie art. 101 TFUE Prezes Urzędu oparł się na domniemaniu, zgodnie z którym podmiot dominujący, który posiada cały kapitał spółki zależnej⁷⁵ lub w istocie cały kapitał spółki zależnej⁷⁶, wywiera decydujący wpływ na zachowanie tego podmiotu zależnego. W przedmiotowej sprawie Veolia Polska posiadała w okresie funkcjonowania porozumienia 97% akcji w Veolii Warszawa. W kwestii przypisania odpowiedzialności za naruszenie art. 6 u.o.k.k. Veolii Polska, jako spółce matce Veolii Warszawa, należy wskazać, że spółka ta faktycznie miała decydujący wpływ na politykę spółki córki. Wynika to z faktu, że Veolia Polska w okresie funkcjonowania porozumienia posiadała 97% akcji w Veolii Warszawa, co przekładało się na realną możliwość oddziaływania na proces podejmowania decyzji w spółce córce. Znaczący wpływ Veolii Polska na działania Veolii Warszawa potwierdzają okoliczności przedmiotowej sprawy. Spółka matka posiadała pełną wiedzę o funkcjonowaniu porozumienia między Veolią Warszawa i PGNiG Termika. To ona zadecydowała o nawiązaniu współpracy pomiędzy spółkami, a następnie koordynowała poszczególne etapy negocjowania warunków

⁷⁵ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 1 września 2009 r. w sprawie C-97/08 P, *Akzo Nobel NV przeciwko Komisji*, EU:C:2009:536, pkt 61.

⁷⁶ Przykładowo w decyzjach Komisji Europejskiej z 28 listopada 2007 r. COMP/39.165 *Flat Glass*, pkt 448 oraz z 30 maja 2006 r., COMP/F/38.620, *Hydrogen Peroxide and Perborate* uznano, że domniemanie decydującego wpływu występuje, gdy podmiot dominujący posiada 96% udziałów w podmiocie zależnym. Natomiast w wyroku Sądu z 30 września 2009 r. w sprawie T-168/05, *Arkema przeciwko Komisji*, EU:T:2009:367, pkt 70 powyższe domniemanie zastosowano w sytuacji posiadania przez podmiot dominujący 98% udziałów w podmiocie zależnym.

porozumienia. Wszelkie działania Veolii Warszawa wymagały poparcia Veolii Polska. Spółka matka kontrolowała również działalność Rady Nadzorczej Veolii Warszawa. Spółka córka konsultowała z Veolią Polska kształt zawartego porozumienia, co pozwala stwierdzić, że wszelkie działania Veolii Warszawa były emanacją woli samej Veolii Polska. Przedstawiony stan faktyczny sprawy potwierdza, że działania spółki matki doprowadziły do zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia przez Veolię Warszawa. W powyższym zakresie Prezes Urzędu nie uznał argumentów Veolia Polska przedstawionych w toku postępowania o niemożności przypisania jej odpowiedzialności za naruszenie art. 6 u.o.k.k. jako spółce matce Veolii Warszawa.

10.5. Odpowiedzialność za naruszenie osób zarządzających

10.5.1. Status osoby zarządzającej

Ramy prawne

(374) Zgodnie z art. 4 pkt 3a u.o.k.k. przez osobę zarządzającą rozumie się kierującego przedsiębiorstwem, w szczególności osobę pełniącą funkcję kierowniczą lub wchodzącą w skład organu zarządzającego przedsiębiorcy. Z powyższego wynika, że za okoliczność świadcząca o tym, że dana osoba jest osobą zarządzającą ustawodawca uznaje kierowanie przedsiębiorstwem. Sytuację, w której dana osoba pełni „funkcję kierowniczą” lub jest członkiem organu zarządzającego, ustawodawca uznaje za szczególne formy kierowania przedsiębiorstwem. Przepis art. 4 pkt 3a u.o.k.k. wszedł w życie 18 stycznia 2015 r.

Zastosowanie prawa w niniejszej sprawie

10.5.1.1. Pan Marek Dec

(375) Prezes Urzędu uznał, że p. Marek Dec był osobą zarządzającą w PGNiG Termika w okresie od 18 stycznia 2015 r. (czyli dnia wejścia w życie przepisów wprowadzających odpowiedzialność osób zarządzających) do 26 stycznia 2016 r. (czyli do momentu odwołania ze stanowiska). Powyższe wynika z faktu, że p. Marek Dec w ww. okresie pełnił funkcję Prezesa Zarządu PGNiG Termika.

10.5.1.2. Pan Jacky Lacombe

(376) Prezes Urzędu uznał, że p. Jacky Lacombe był osobą zarządzającą w Veolia Warszawa w okresie od 18 stycznia 2015 r. (czyli dnia wejścia w życie przepisów wprowadzających odpowiedzialność osób zarządzających) do czerwca 2017 r. (czyli do zakończenia

przedmiotowego antykonkurencyjnego porozumienia). Powyższe wynika z faktu, że p. Jacky Lacombe w ww. okresie pełnił funkcję Prezesa Zarządu Veolii Warszawa.

10.5.2. Dopuszczenie do naruszenia

Ramy prawne

- (377) Zgodnie z art. 6a u.o.k.k. w przypadku stwierdzenia naruszenia przez przedsiębiorcę zakazów określonych w art. 6 ust. 1 pkt 1-6 u.o.k.k. lub w art. 101 ust. 1 lit. a-e TFUE, odpowiedzialności podlega również osoba zarządzająca, która w ramach sprawowania swojej funkcji w czasie trwania stwierdzonego naruszenia tych zakazów umyślnie dopuściła przez swoje działanie lub zaniechanie do naruszenia przez tego przedsiębiorcę wymienionych zakazów. Przepis art. 6a u.o.k.k. wszedł w życie 18 stycznia 2015 r.
- (378) Prezes Urzędu uwzględnił fakt, że naruszenia reguł konkurencji mogą mieć charakter naruszeń jednolitych i ciągłych, tj. że może się na nie składać wiele działań rozłożonych w czasie. Powyższe oznacza, że dla odtworzenia subiektywnego elementu naruszenia przejawiającego się w umyślności naruszenia (lub jej braku) po stronie osoby zarządzającej konieczne może być wzięcie pod uwagę całości zachowania składającego się na jednolite i ciągłe działanie.
- (379) Mając na względzie kontekst niniejszej sprawy należy mieć również na względzie, że zachowania składające się na jednolite i ciągłe działanie (lub zaniechanie) mogą częściowo mieścić się w okresie, w którym dane zachowanie nie stanowiło deliktu, ale stało się nim w chwili wejścia w życie ustawy ustanawiającej odpowiednią normę zakazującą. Prezes Urzędu przyjmuje, że dla należytego odtworzenia subiektywnego elementu naruszenia dokonanego przez określoną osobę może być niezbędne uwzględnienie stosunku osoby do czynu w chwili zaangażowania się przez tę osobę w określoną działalność, nawet jeżeli w tym czasie działanie to nie było jeszcze zakazane na podstawie art. 6a u.o.k.k. Prezes Urzędu uznał, że w tego rodzaju sytuacji nie można przypisać osobie odpowiedzialności za okres przypadający przed objęciem określonego działania zakazem prawnym (*lex retro non agit*).⁷⁷ Jednocześnie jednak stosunek osoby do działania w chwili podejmowania określonej działalności, która jednocześnie jest kontynuowana po objęciu zachowania zakazem, nie pozostaje bez znaczenia dla oceny czynów tej osoby w okresie, gdy określone działanie mogło już stanowić naruszenie.

Zastosowanie prawa w niniejszej sprawie

- (380) Mając na uwadze, że Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez PGNiG Termika, PGNiG, Veolia Warszawa i Veolia Polska przepisów wymienionych w art. 6a u.o.k.k., a mianowicie

⁷⁷ Art. 6 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2014 r., poz. 945).

naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 1 i 3 u.o.k.k. oraz art. 101 ust. 1 lit. a) i c) TFUE, odpowiedzialności podlegają również osoby zarządzające.

10.5.2.1. Pan Marek Dec

- (381) Prezes Urzędu przypisuje p. Markowi Decowi odpowiedzialność za naruszenie dokonane przez PGNiG Termika w okresie od 18 stycznia 2015 r. do 26 stycznia 2016 r. Prezes Urzędu uznał, że zachowanie p. Marka Deca bezpośrednio prowadziło do naruszenia dokonanego przez PGNiG Termika w zakresie podziału rynku i ustalania cen.
- (382) Pan Marek Dec został powołany na funkcję Prezesa Zarządu PGNiG Termika z dniem 25 września 2014 r., a więc w chwili gdy między PGNiG Termika a Veolią Warszawa rozpoczęto negocjacje dotyczące warunków współpracy i zostały w tym zakresie poczynione ustalenia dotyczące „zamrożenia Jagody” [pkt (98)].
- (383) Pan Marek Dec zaraz po objęciu stanowiska aktywnie zaangażował się w prowadzenie dalszych prac nad koordynacją działań między spółkami. W szczególności, jak wynika z dokonanych ustaleń już w październiku 2014 r. doszło do spotkania, na którym p. Marek Dec przekazał Prezesowi Zarządu Veolii Warszawa projekt przyszłego porozumienia [pkt (100)].
- (384) W ramach podejmowanych z Veolią Warszawa kontaktów p. Marek Dec uzgadniał również dalsze aspekty funkcjonowania porozumienia, dotyczące zaniechania działalności PGNiG Termika na rynku sprzedaży ciepła. Zebrany w sprawie materiał dowodowy wskazuje, że p. Marek Dec w toku negocjacji z Veolią Warszawa wyraził zgodę na rozwiązanie umowy przesyłowej [pkt (107)], na podstawie której PGNiG Termika mogła korzystać z sieci ciepłowniczej Veolii Warszawa w celu prowadzenia sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych. Ponadto na polecenie wydane przez p. Marka Deca, PGNiG Termika jeszcze przed podpisaniem Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego zaniechała sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych [pkt (110)]. Dodatkowo p. Marek Dec był osobą, która w imieniu PGNiG Termika podpisała się pod finalną wersją Porozumienia w Sprawie Partnerstwa Energetycznego [pkt (113)].
- (385) Z uwagi na powyższe, Prezes Urzędu uznał, że powołanie p. Marka Deca na funkcję Prezesa Zarządu miało istotny wpływ na nawiązanie oraz określenie warunków współpracy między PGNiG Termika a Veolia Warszawa. Powyższy wniosek potwierdza również wewnętrzna notatka Veolii Warszawa, z której wynika, że spółka ta postrzegала objęcie przez p. Marka Deca funkcji Prezesa Zarządu, jako okoliczność, która ułatwiła rozpoczęcie współpracy między PGNiG Termika a Veolia Warszawa [pkt (88)].
- (386) Po podpisaniu porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego p. Marek Dec nadal pozostawał w kontakcie z przedstawicielami Veolia Warszawa, w ramach którego otrzymywał

i przekazywał informacje na temat realizacji przyjętych przez spółki zobowiązań. Dzień po podpisaniu ww. porozumienia otrzymał od Prezesa Zarządu Veolii Warszawa informacje o wstrzymaniu postępowań przed stosownymi organami w sprawie pozwolenia na wybudowanie źródła ciepła w ramach Projektu Jagoda [pkt (120)]. Dodatkowo jak ustalono w toku postępowania p. Marek Dec na spotkaniu zorganizowanym w ramach Projektu Accord informował przedstawicieli Veolii Warszawa, że PGNiG Termika nie będzie rozwijała sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych, korzystając z zasady TPA [pkt (142)].

- (387) Z dokonanych przez Prezesa Urzędu ustaleń wynika również, że p. Marek Dec w wiadomości e-mail z 15 stycznia 2015 r. zwrócił się o **[informacja chroniona]**. W uzasadnieniu powyższego p. Marek Dec powołał się na zawarte między PGNiG Termika i Veolia Warszawa porozumienie i przyjęte w nim założenie o podziale rynku [pkt (146)]. Dodatkowo w treści ww. wiadomości zaznaczył, że *„W razie dalszych pytań w tym zakresie (ze względu na poufność tematyki) proponuje spotkanie lub rozmowę telefoniczną”*, co zdaniem Prezesa Urzędu wskazuje na to, że p. Marek Dec miał świadomość sprzeczności z prawem działań podejmowanych przez spółki. Nie sposób bowiem uznać, że w korespondencji wymienianej wewnątrz spółki PGNiG Termika p. Marek Dec obawiałby się pisać o szczegółach współpracy z innym przedsiębiorcą, którą uważałby za w pełni legalną.
- (388) W tym względzie należy zauważyć, że również pracownicy PGNiG Termika niższego szczebla podejmowali działania mające na celu zachowanie w poufności szczegółów współpracy z Veolią Warszawa. Jak wynika z dokonanych ustaleń, pracownicy uważali, aby w treści protokołu posiedzenia Zarządu spółki nie wpisywać decyzji Zarządu o zaniechaniu aktywnej sprzedaży do odbiorców końcowych, powołując się przy tym na *„dbałość o dobro”* p. Marka Deca [pkt (150)].
- (389) Współpraca PGNiG Termika i Veolia Warszawa była kontynuowana po 18 stycznia 2015 r., tj. w dniu wejścia w życie ustawy ustanawiającej odpowiedzialność osób zarządzających za naruszenia reguł konkurencji. P. Marek Dec jako Prezes Zarządu posiadał wiedzę o tym, że PGNiG Termika jest uczestnikiem antykonkurencyjnych ustaleń z Veolią Warszawa. Mimo to zobowiązania PGNiG Termika wynikające z tych ustaleń w postaci zaniechania sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych były po 18 stycznia 2015 r. realizowane [pkt (144) i (153)]. Jednocześnie brak jest dowodów, aby 18 stycznia 2015 r. lub w okresie późniejszym p. Marek Dec podjął działania mające na celu zaprzestanie respektowania warunków porozumienia z Veolią Warszawa.
- (390) W podpisanym przez p. Marka Deca Porozumieniu w sprawie Partnerstwa Energetycznego zawarty został fragment dotyczący taryf, zgodnie z którym: *„Strony, mając na uwadze ochronę interesów odbiorców przed nieuzasadnionym poziomem cen i stawek opłat określonych*

taryfami przedsiębiorstw ciepłowniczych, będą informowały się o strukturze swoich taryf każdorazowo przed złożeniem wniosków taryfowych do Prezesa URE. Strony będą informować się o wszelkich zmianach w taryfach zatwierdzonych przez Prezesa URE”. Jak zostało wskazane pełne założenia stron w zakresie kształtowania wniosków taryfowych odzwierciedla pkt 3.1.3 Drugiego projektu Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego, zgodnie z którym: „Strony, mając na uwadze ochronę interesów odbiorców przed nieuzasadnionym poziomem cen i stawek opłat określonych taryfami przedsiębiorstw ciepłowniczych, będą konsultować strukturę swoich taryf, ograniczając obciążanie odbiorcy z tytułu opłat zmiennych w sposób analogiczny do taryf obowiązujących w I połowie 2014 r. W tym celu, Strony powołają grupę konsultacyjną, która do dnia 30 kwietnia każdego roku, uzgodni ostateczną strukturę taryf. Uzgodnienie ostatecznej struktury taryf, powinno ograniczyć koszty ponoszone przez odbiorców końcowych. Strony będą informować się o wszelkich zmianach w taryfach przedstawionych Prezesowi URE”. Dnia 7 kwietnia 2015 r. doszło do spotkania Komitetu Sterującego w ramach projektu Accord, podczas którego przedstawiciele PGNiG Termika i Veolia Warszawa dokonali podsumowania przebiegu prac w poszczególnych strumieniach. Podsumowując prace w strumieniu 3 odpowiedzialnym za „Optymalizację oferty dla odbiorców ciepła systemowego” wskazano, że PGNiG Termika planuje złożyć nowy wniosek taryfowy w dniu 15 kwietnia 2015 r., w którym przewiduje wzrost cen ciepła o **[informacja chroniona]** %, w tym planuje wzrost opłaty stałej oraz utrzymanie opłaty zmiennej. Na skutek dokonanych uzgodnień PGNiG Termika w dniu 22 kwietnia 2015 r. złożyła wniosek do Prezesa URE w wersji uzgodnionej z Veolia Polska [pkt (164)]. Ostatecznie w zatwierdzonej przez Prezesa URE taryfie PGNiG Termika wzrosły zarówno opłaty zmienne, jak i opłaty stałe, lecz w mniejszym stopniu niż było to wnioskowane przez PGNiG Termikę. Nowa taryfa ciepła PGNiG Termika weszła w życie 15 sierpnia 2015 r. i obowiązywała do 16 marca 2017 r., przewidywała wzrost opłat stałych w elektrociepłowniach Siekierki i Żerań o odpowiednio 5,5% i 14,5% oraz wzrost opłat zmiennych o 5,7% i spowodowała ogólną podwyżkę cen ciepła dla odbiorców końcowych o 5,2% [pkt (167)].

- (391) Prezes Urzędu uznał, że opisane powyżej działania i zaniechanie polegające na niezaprzestaniu współpracy PGNiG Termika z Veolią Warszawa miały charakter umyślny, tj. p. Marek Dec zmierzał do ograniczenia konkurencji na rynku podejmując kontakty i ustalenia z Veolią Warszawa, będącą potencjalnym konkurentem PGNiG Termika na rynku wytwarzania ciepła i konkurentem na rynku sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych. Działanie polegające na przypisaniu sobie rynków na wyłączność oraz uzgadnianiu struktury taryf, bezpośrednio i w sposób naturalny przekładały się na redukowanie atmosfery konkurencji rynkowej i z tych względów należy przyjąć, że działania te miały charakter

umyślny, tj. należy przyjąć, że p. Marek Dec zmierzał do ograniczenia konkurencji na wspomnianych rynkach i podjął stosowne działania w tym kierunku.

- (392) Mając na względzie powyższe Prezes Urzędu przypisał p. Markowi Decowi odpowiedzialność na podstawie art. 6a u.o.k.k. uznając, że przez swoje działanie i zaniechanie umyślnie doprowadził PGNiG Termika do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję. Odpowiedzialność ta jest przypisywana za działania podejmowane przez p. Marka Deca od 18 stycznia 2015 r. do 26 stycznia 2016 r. w ramach funkcji pełnionej w PGNiG Termika, polegające na dzieleniu rynku i uzgadnianiu cen oraz za zaniechanie w postaci braku odstąpienia od ww. praktyk z dniem 18 stycznia 2015 r. Z uwagi na to, że część z uzgodnień została podjęta przed 18 stycznia 2015 r. (tj. dniem wejścia w życie ustawy ustanawiającej odpowiedzialność osób zarządzających za naruszenia reguł konkurencji), Prezes Urzędu przypisał p. Markowi Decowi odpowiedzialność za brak odstąpienia od naruszenia dokonanego przez PGNiG Termika.

10.5.2.2. Pan Jacky Lacombe

- (393) Prezes Urzędu przypisał p. Jacky'emu Lacombe'owi odpowiedzialność za naruszenie dokonane przez Veolia Warszawa w okresie od 18 stycznia 2015 r. do czerwca 2017 r. Prezes Urzędu uznał, że zachowanie p. Jacky'ego Lacombe'a bezpośrednio prowadziło do naruszenia dokonanego przez Veolia Warszawa w zakresie podziału rynku i ustalania cen.
- (394) Pan Jacky Lacombe był zaangażowany w rozmowy na temat możliwych wariantów współpracy z PGNiG Termika od chwili powołania go na stanowisko Prezesa Zarządu Veolii Warszawa w dniu 26 czerwca 2014 r. Jak wynika z materiału dowodowego, powołanie p. Jacky'ego Lacombe'a na tę funkcję przyczyniło się do powrotu PGNiG Termika i Veolii Warszawa do rozmów o współpracy [pkt (88)], zawieszonych uprzednio na skutek przekazania przez Veolię Warszawa informacji o zamiarze samodzielnej realizacji Projektu Jagoda [pkt (85)].
- (395) Pan Jacky Lacombe co najmniej od 18 września 2014 r. aktywnie uczestniczył w podejmowaniu uzgodnień z przedstawicielami PGNiG Termika dotyczących zaniechania budowy nowego źródła ciepła przez Veolię Warszawa [pkt (98)]. Był również zaangażowany w prace nad dalszą koordynacją działań spółek. Mianowicie uczestniczył w spotkaniu, na którym Prezes Zarządu PGNiG Termika p. Marek Dec przekazał mu projekt porozumienia [pkt (100)]. Uczestniczył w pracach nad założeniami Drugiego projektu Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego, które ukształtowało faktyczne ramy współpracy między spółkami. Świadczy o tym wiadomość e-mail pracownika Veolii Warszawa wysłana do p. Jacky'ego Lacombe'a, w której przekazał treść ww. projektu, a także podsumował jego podstawowe warunki w postaci zaniechania przez Veolię Warszawa Projektu Jagoda oraz

zaniechania przez PGNiG Termika aktywnej sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych [pkt (106)]. Dodatkowo p. Jacky Lacombe był osobą, która w imieniu Veolii Warszawa podpisała się pod finalną wersją Porozumienia w Sprawie Partnerstwa Energetycznego [pkt (113)].

- (396) Po podpisaniu porozumienia, p. Jacky Lacombe podjął aktywne działania w zakresie realizacji podjętych uzgodnień. W szczególności dzień po podpisaniu Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego wysłał wiadomość e-mail do Prezesa Zarządu PGNiG Termika, w której przesłał skany dokumentów potwierdzających wstrzymanie działań zmierzających do budowy nowego źródła ciepła przez Veolię Warszawa [pkt (120)]. Dodatkowo jak wynika z dowodu w postaci wiadomości e-mail z 20 marca 2015 r., p. Jacky Lacombe osobiście rekomendował spółce matce (Veolii Polska) rezygnację z budowy nowego źródła ciepła. Ponadto ww. wiadomość wskazuje, że powodem tej rezygnacji było nawiązanie współpracy z PGNiG Termika oraz, że w zamian za to p. Jacky Lacombe oczekiwał korzyści finansowych dla Veolii Warszawa kompensujących wyniki finansowe przewidziane w związku z realizacją Projektu Jagoda [pkt (121)]. Wiadomości te całościowo wskazują, że p. Jacky Lacombe, w imieniu kierowanej przez siebie spółki podejmował się realizacji porozumienia w zakresie rezygnacji przez Veolię Warszawa z budowy nowego źródła ciepła i wejścia na rynek jego wytwarzania. Działania te, opisane w pkt. (120)-(125), stanowiły przejaw niedozwolonych uzgodnień między Veolią Warszawa i PGNiG Termika, zmierzających do podziału między nimi rynków wytwarzania i obrotu detalicznego energią cieplną. Cel i przyczyna wysłania tych wiadomości przez p. Jacky'ego Lacombe'a w świetle całości zebranego materiału dowodowego dotyczącego rezygnacji z realizacji Projektu Jagoda, nie budzą w ocenie Prezesa Urzędu żadnych wątpliwości, a oceny tej nie zmieniają wskazywane przez p. Jacky'ego Lacombe'a drobne nieścisłości językowe omawianych e-maili.
- (397) Wiadomość e-mail z dnia 16 stycznia 2015 r. wskazuje, że p. Jacky Lacombe był również informowany o postępie prac spółek nad znalezieniem sposobu na realizację przez PGNiG Termika zobowiązania dotyczącego całkowitego zaniechania sprzedaży ciepła przez tę spółkę klientom końcowym [pkt (147)].
- (398) Pan Jacky Lacombe podejmował również działania dyscyplinujące wobec PGNiG Termika, w zakresie przestrzegania ustaleń dotyczących zaniechania sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych. Mianowicie, jak wynika z wiadomości e-mail z 6 lutego 2017 r., w sytuacji wygrania przez PGNiG Termika przetargu na dostawy ciepła p. Jacky Lacombe zwrócił się do Prezesa Zarządu PGNiG Termika ze wskazaniem, że sprzedaż do odbiorców końcowych to „*graniczna linia, której nie należy przekraczać w myśl warunków naszego porozumienia z dnia 14/11/2014*” oraz zwrócił się o zapobieganie w przyszłości występowaniu takich sytuacji „*(...) liczę na to, że swoim autorytetem zapobiegnie Pan występowaniu takich sytuacji w swoim zespole w przyszłości*” [pkt (154)]. Działania p. Jacky'ego Lacombe'a w tym zakresie

stanowiły przejaw dokonanego przez Veolia Warszawa i PGNiG Termika podziału rynku, w ramach którego jedynie Veolia Warszawa miała zajmować się dostarczaniem ciepła do klientów końcowych. Wiadomość ta świadczy, że p. Lacombe w imieniu kierowanej przez siebie spółki, świadomie „dopuscił” do naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 3 u.o.k.k.

- (399) Jednocześnie p. Jacky Lacombe miał świadomość niezgodności z prawem współpracy podjętej z PGNiG Termika, na co wskazuje dowód z wiadomości e-mail z dnia 22 września 2014 r., w której Prezes Zarządu Veolii Polska p. **[informacja chroniona]** ostrzega, aby w komunikacji z mediami nie mówić, że *„dzielimy rynek pomiędzy podmiotem wytwarzającym i dystrybutorem, gdyż jest to wbrew zasadom konkurencji”* [pkt (99)]. Prezes Urzędu nie zgadza się równocześnie z podnoszonymi przez p. Jacky’ego Lacombe’a twierdzeniami, że wiadomość ta mogła zostać niedokładnie przetłumaczona na język polski przez kogoś z pracowników spółki i w związku z tym mogła nie oddawać rzeczywistej intencji zawartego w niej przekazu oraz że e-mail kierowany nie był bezpośrednio do p. Lacombe’a więc nie można zakładać, że w ogóle go przeczytał. Pierwsze z powyższych twierdzeń jest niezrozumiałe, gdyż e-mail ten był w oryginale sformułowany w języku angielskim⁷⁸, który jak wynika z całokształtu materiału dowodowego był jednym z przyjętych języków komunikacji wewnętrznej w ramach spółek z grupy Veolia (wcześniej Dalkia). Jeżeli chodzi o drugi zarzut, to o ile pierwotna wiadomość w ramach przedmiotowej korespondencji z dnia 19 września 2014 r. dotycząca zreferowania przebiegu konferencji prasowej z udziałem przedstawicieli Veolia Warszawa i PGNiG Termika była kierowana od p. **[informacja chroniona]** (**[informacja chroniona]**) do p. **[informacja chroniona]** (VEP), to odpowiedź p. **[informacja chroniona]** (VEP), zawierająca omawiane powyżej ostrzeżenie, została skierowana również do wiadomości p. Jacky’ego Lacombe’a. W związku z tym nie może ulec zmianie konkluzja, że p. Jacky Lacombe miał świadomość niezgodności z prawem współpracy podjętej z PGNiG Termika. Umieszczenie p. Jacky’ego Lacombe’a jako jednego z adresatów przedmiotowej wiadomości świadczy również o wadze uwagi zgłaszanej przez p. **[informacja chroniona]** (VEP), w związku z czym wbrew twierdzeniom p. Lacombe’a nie można jej traktować jako jedynie rutynowego e-maila do **[informacja chroniona]** z pouczeniem o obowiązujących regulacjach prawa konkurencji.
- (400) W podpisanym przez p. Jacky’ego Lacombe’a Porozumieniu w sprawie Partnerstwa Energetycznego zawarty został fragment dotyczący taryf, zgodnie z którym: *„Strony, mając na uwadze ochronę interesów odbiorców przed nieuzasadnionym poziomem cen i stawek opłat określonych taryfami przedsiębiorstw ciepłowniczych, będą informowały się o strukturze*

⁷⁸ Jego treść brzmi: *„Take care in the communication, we cannot say we split the market between generator and distributor, as it is against competition”*.

swoich taryf każdorazowo przed złożeniem wniosków taryfowych do Prezesa URE. Strony będą informować się o wszelkich zmianach w taryfach zatwierdzonych przez Prezesa URE". Jak zostało wskazane pełne założenia stron w zakresie kształtowania wniosków taryfowych odzwierciedla pkt 3.1.3 Drugiego projektu Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego, zgodnie z którym: „Strony, mając na uwadze ochronę interesów odbiorców przed nieuzasadnionym poziomem cen i stawek opłat określonych taryfami przedsiębiorstw ciepłowniczych, będą konsultować strukturę swoich taryf, ograniczając obciążanie odbiorcy z tytułu opłat zmiennych w sposób analogiczny do taryf obowiązujących w I połowie 2014 r. W tym celu, Strony powołają grupę konsultacyjną, która do dnia 30 kwietnia każdego roku, uzgodni ostateczną strukturę taryf. Uzgodnienie ostatecznej struktury taryf, powinno ograniczyć koszty ponoszone przez odbiorców końcowych. Strony będą informować się o wszelkich zmianach w taryfach przedstawionych Prezesowi URE". Dnia 7 kwietnia 2015 r. doszło do spotkania Komitetu Sterującego w ramach projektu Accord, podczas którego przedstawiciele PGNiG Termika i Veolia Warszawa dokonali podsumowania przebiegu prac w poszczególnych strumieniach. Podsumowując prace w strumieniu 3 odpowiedzialnym za „Optymalizację oferty dla odbiorców ciepła systemowego” wskazano, że PGNiG Termika planuje złożyć nowy wniosek taryfowy w dniu 15 kwietnia 2015 r., w którym przewiduje wzrost cen ciepła o **[informacja chroniona]** %, w tym planuje wzrost opłaty stałej oraz utrzymanie opłaty zmiennej. Na skutek dokonanych uzgodnień PGNiG Termika w dniu 22 kwietnia 2015 r. złożyła wniosek do Prezesa URE w wersji uzgodnionej z Veolią Polska [pkt (164)]. Ostatecznie w zatwierdzonej przez Prezesa URE taryfie PGNiG Termika wzrosły zarówno opłaty zmienne, jak i opłaty stałe, lecz w mniejszym stopniu niż było to wnioskowane przez PGNiG Termikę. Nowa taryfa ciepła PGNiG Termika weszła w życie 15 sierpnia 2015 r. i obowiązywała do 16 marca 2017 r., przewidywała wzrost opłat stałych w elektrociepłowniach Siekierki i Żerań o odpowiednio 5,5% i 14,5% oraz wzrost opłat zmiennych o 5,7% i spowodowała ogólną podwyżkę cen ciepła dla odbiorców końcowych o 5,2% [pkt (167)]. Pan Jacky Lacombe miał świadomość toczących się rozmów i uzgodnień między Veolią Warszawa, a PGNiG Termika w przedmiocie kształtu taryfy tej ostatniej spółki (co m.in. wynika z pkt. 10 protokołu nr 4/5/2015 z posiedzenia Rady Nadzorczej, które odbyło się w dniu 25 czerwca 2015 r. [pkt (166)]. Jako Prezes Zarządu Veolii Warszawa nie podjął działań w celu zapobieżenia niedozwolonemu procederowi uzgadniania i koordynowania między spółkami prac nad przygotowaniem nowych taryf dla odbiorców ciepła [pkt (162), (164)], czym przez swoje umyślne zaniechanie dopuścił do naruszenia przez Veolię Warszawa zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k.

- (401) Powyższe działania, podjęte po 18 stycznia 2015 r., tj. w dniu wejścia w życie ustawy ustanawiającej odpowiedzialność osób zarządzających za naruszenia reguł konkurencji,

wskazują, że p. Jacky Lacombe kontynuował współpracę z PGNiG Termika mimo świadomości jej antykonkurencyjnego charakteru. Pan Jacky Lacombe jako Prezes Zarządu aktywnie angażował się w podejmowanie antykonkurencyjnych ustaleń z PGNiG Termika, podejmował działania w zakresie ich realizacji oraz przestrzegania poczynionych ustaleń. Jednocześnie brak jest dowodów, aby 18 stycznia 2015 r. lub w okresie późniejszym p. Jacky Lacombe podjął działania w celu zaprzestania respektowania warunków porozumienia z PGNiG Termika.

(402) Prezes Urzędu nie podziela natomiast stanowiska prezentowanego przez p. Jacky'ego Lacombe'a, że do naruszenia reguł konkurencji w niniejszej sprawie doszło jedynie przed dniem 18 stycznia 2015 r., czyli wraz z zawarciem Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego, a kolejne działania stron stanowiły jedynie skutek i efekt uzgodnionej wcześniej praktyki. Jak to zostało szerzej omówione w rozdziale 10.6 uzasadnienia decyzji, praktyka stwierdzana w niniejszej decyzji ma charakter ciągły, co oznacza, że tak długo, jak trwają uzgodnione przez strony antykonkurencyjne zachowania, tak długo dochodzi do naruszenia zakazów. Po wtóre, jak ustalił Prezes Urzędu antykonkurencyjne działania stron nie przejawiały się wyłącznie w samym fakcie zawarcia Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego, gdyż Veolia Warszawa i PGNiG Termika po jego zawarciu aktywnie je realizowały i koordynowały swoje zachowania rynkowe w ramach Projektu Accord [pkt (114)]. Zgodnie ze swoją treścią art. 6a u.o.k.k., mówiący o „*dopuszczeniu do naruszenia*” nie wyklucza, że „*naruszenie*” (zakazana praktyka) było porozumieniem ciągłym i jednolitym (na co również wskazuje zawarte w tym przepisie sformułowanie „*w czasie trwania stwierdzonego naruszenia tych zakazów*”), a w konsekwencji „*dopuszczenie do naruszenia*”, czyli zachowanie osoby zarządzającej, mogło również stanowić zachowanie o charakterze ciągłym. Ponadto, osoba zarządzająca ponosi odpowiedzialność nie tylko za swoje umyślne działania, lecz również za umyślne zaniechania, które doprowadziły do naruszenia przez przedsiębiorcę przedmiotowych zakazów. Oznacza to, że sankcjonowany przez ustawodawcę jest również umyślny, trwający w czasie brak podjęcia przez osobę zarządzającą działań zmierzających do zaprzestania przez przedsiębiorcę naruszeń reguł konkurencji, co nie jest wszakże tożsame z brakiem podjęcia aktywnych działań w celu zapobieżenia antykonkurencyjnemu skutkowi naruszeń, czy brakiem przywrócenia stanu rzeczy, jaki istniał przed zawarciem porozumienia. W sprawie niniejszej p. Lacombe nie tylko zaniechał po 18 stycznia 2015 r. podjęcia jakichkolwiek działań, w celu zaprzestania wykonywania przez Veolia Warszawa niedozwolonych aspektów porozumienia, ale wręcz podejmował aktywne działania, w celu ich dalszej realizacji [pkt (398), (400)].

(403) Prezes Urzędu uznał, że zachowanie p. Jacky'ego Lacombe'a nosiło cechę umyślności. Podjęcie kontaktów z PGNiG Termika, będącą potencjalnym konkurentem na rynku

wytwarzania ciepła i konkurentem na rynku sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych, miało bezpośrednio służyć ograniczeniu konkurencji, a co za tym idzie odznaczało się umyślnością. Pan Jacky Lacombe zmierzał do ograniczenia konkurencji na rynku podejmując kontakty i ustalenia z PGNiG Termika. Działanie polegające na ustalaniu z konkurentem przypisania sobie rynków bezpośrednio i w sposób naturalny przekłada się na redukcję atmosfery konkurencji rynkowej i z tych względów należy przyjąć, że działania te miały charakter umyślny, tj. należy przyjąć, że p. Jacky Lacombe zmierzał do ograniczenia konkurencji na rynku i podjął stosowne działania w tym kierunku.

- (404) Prezes Urzędu nie podzielił zarzutu p. Lacombe'a o braku możliwości przypisania mu umyślności ze względu na brak świadomości p. Lacombe'a co do bezprawności podejmowanych działań. Dla odpowiedzialności uregulowanej w art. 6a u.o.k.k. istotne jest bowiem czy określone antykonkurencyjne działania (zaniechania) osoby zarządzającej podejmowane były umyślnie, a nie, czy osoba ta świadomie dążyła do naruszenia zakazów przewidzianych w art. 6 u.o.k.k. i art. 101 TFUE, ani nawet, czy była ona świadoma treści tych zakazów. Należy również zauważyć, że u.o.k.k., nie posługuje się prawno-karną koncepcją winy umyślnej z rozróżnieniem na zamiar bezpośredni i zamiar ewentualny, gdyż odpowiedzialność przewidziana w art. 6a u.o.k.k. ma charakter odpowiedzialności administracyjnej, a nie karnej. Wreszcie, w ocenie Prezesa Urzędu brak i tak jest jakichkolwiek przesłanek wskazujących na usprawiedliwioną nieświadomość p. Lacombe'a bezprawności (w rozumieniu art. 6 u.o.k.k. i art. 101 TFUE) podejmowanych przez Veolię Warszawa działań. Prezes Urzędu za takie okoliczności w szczególności nie uznaje faktu, że p. Lacombe jest obywatelem Francji i nie włada biegle językiem polskim, ani faktu, że w ramach wykonywanych obowiązków zawodowych korzystał z usług kancelarii prawnych i prawników, jak również, że działał w zaufaniu do PGNiG, jako spółki kontrolowanej przez Skarb Państwa. Żadna z powyższych okoliczności nie może przemawiać za wyłączeniem jego indywidualnej odpowiedzialności za własne działania podejmowane w ramach sprawowanej funkcji w zarządzie spółki prawa handlowego. Pan Jacky Lacombe podejmując pracę w spółce operującej na terytorium Polski musiał liczyć się z okolicznością, że część komunikacji w ramach tej spółki i pomiędzy tą spółką, a podmiotami zewnętrznymi będzie odbywała się w języku polskim oraz, że zastosowanie będą miały polskie regulacje prawne i uwarunkowania wykonywania działalności gospodarczej w Polsce, w szczególności z zakresu energetyki. To do niego, jako członka zarządu, a następnie prezesa zarządu należało odpowiednie zorganizowanie sobie pracy i dobranie współpracowników, którzy wspieraliby go jego działaniach. Analogicznie potraktować należy fakt korzystania ze wsparcia kancelarii prawnych i doradców. Już zupełnie na marginesie należy dodać, że w niniejszej sprawie

zdaniem Prezesa Urzędu p. Jacky Lacombe dopuścił do naruszenia nie tylko prawa polskiego, ale także prawa unijnego.

- (405) Niezależnie od powyższego, należy zwrócić uwagę, że Prezes Urzędu przypisał p. Jacky'emu Lacombe'owi odpowiedzialność za jego działania i zaniechania wykraczające poza sam fakt zawarcia Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego, a przejawiające się m.in. w faktycznych działaniach zmierzających do rezygnacji przez Veolię Warszawa z realizacji alternatywnego w stosunku do PGNiG Termika źródła ciepła, czy wywieraniu wpływu na PGNiG Termika, co do rezygnacji ze sprzedaży ciepła odbiorcom końcowym [pkt (121), (154), (394)-(396)]. Prezes Urzędu nie ustalił również żadnych okoliczności świadczących, że p. Lacombe działał pod przymusem rozumianym, jako stan wyłączający możliwość kierowania swoim postępowaniem. Za stan taki nie może zostać uznana zewnętrzna presja na zarządzaną przez niego spółkę, w szczególności presja ekonomiczna wywierana przez konkurenta tej spółki.
- (406) Z uwagi na podnoszony przez p. Jacky'ego Lacombe'a zarzut niezgodności art. 6a u.o.k.k. z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej, Prezes Urzędu wyjaśnia, że jako organ administracji publicznej, zgodnie z art. 7 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz art. 6 k.p.a. zobowiązany jest stosować przepisy prawa zgodnie z katalogiem ich źródeł określonym w art. 87 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej i nie ma kompetencji do badania konstytucyjności ustaw i innych aktów prawa powszechnie obowiązującego mającego stanowić podstawę rozstrzygnięcia w danej sprawie.⁷⁹ Niezależnie jednak od powyższego, Prezes Urzędu nie zgadza się z podnoszonymi zarzutami, jako niemającymi zastosowania do niniejszego postępowania.
- (407) Po pierwsze, Prezes Urzędu wskazuje, że zgodnie ze stanowiskiem wynikającym z orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, karny (penalny) charakter sankcji administracyjnych w postaci kar pieniężnych przewidzianych w przepisach o ochronie konkurencji nie oznacza automatycznie konieczności stosowania materialnoprawnych instytucji prawa karnego. Należy podkreślić, że spraw antymonopolowych nie traktuje się jako spraw karnych w ścisłym znaczeniu i łagodniej traktuje się również wymagania stawiane przez art. 6 Europejskiej Konwencji Prawa Człowieka takim sprawom. W tym kontekście należy zwrócić uwagę na wyrok Sądu Najwyższego, w którym Sąd przesądził, że: *„odwołanie do standardu konwencyjnego służy [...] zapewnieniu odpowiednich gwarancji proceduralnych, a nie zrównaniu standardu administracyjnego z karnym w zakresie przesłanek*

⁷⁹ Zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 13 czerwca 2013 r., sygn. akt I OSK 15/12; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 26 czerwca 2012 r., sygn. akt II GSK 802/11; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z 20 września 2007 r., sygn. akt III SA/Łd 382/07; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 26 marca 2008 r., sygn. akt III SA/Wa 30/08.

odpowiedzialności”.⁸⁰ Stosowanie więc materialnych instytucji prawa karnego, takich jak znamiona strony podmiotowej (zamiar bezpośredni/ewentualny), kontratypy, podstawy wymiaru kary, itd. jest nieuzasadnione, uwzględniając różnice między specyfiką odpowiedzialności przewidzianej prawem karnym, a prawem administracyjnym.

- (408) Prezes Urzędu stoi na stanowisku, że art. 6a u.o.k.k. w wystarczająco precyzyjny sposób określa podstawę odpowiedzialności osoby zarządzającej, poprzez odwołanie do unormowań art. 6 ust. 1 pkt 1-6 u.o.k.k. (oraz art. 101 TFUE). Pamiętając, że zakazy określone w tej normie, stanowią wyraz administracyjno-prawnej regulacji mającej na celu ochronę gospodarki wolnorynkowej opartej o zasadę swobodnej konkurencji, a nie element wymiaru sprawiedliwości, czy konkretniej polityki karnej państwa, brak jest podstaw do przenoszenia zasad dotyczących ustalania i przypisywania odpowiedzialności karnej, przewidzianych Kodeksem karnym. Odpowiedzialność osoby zarządzającej ma w tym zakresie charakter pochodny w stosunku do odpowiedzialności przedsiębiorcy za naruszenie omawianych zakazów. Nie ma aksjologicznego uzasadnienia, dla którego wobec osoby zarządzającej należałoby stosować inne kryteria oceny, czy doszło do naruszenia zakazów zawierania antykonkurencyjnego porozumienia, niż wobec samego przedsiębiorcy.
- (409) Po wtóre, art. 6a u.o.k.k. nie nakłada na osobę zarządzającą odpowiedzialności za dopuszczenie do powstania, a zwłaszcza za zaniechanie zapobieżenia, antykonkurencyjnego skutku, lecz za samo dopuszczenie do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazów określonych w art. 6 ust. 1 pkt 1-6 u.o.k.k. i 101 TFUE.
- (410) Po trzecie, nie ma żadnych wątpliwości, że osoby fizyczne, w stosunku do których skierowane zostało niniejsze postępowanie [pkt (377) i (378)] były osobami zarządzającymi w rozumieniu art. 4 pkt 3a u.o.k.k., gdyż w okresie trwania zarzucanych naruszeń, sprawowały one funkcje prezesów zarządów kierowanych przez siebie spółek.
- (411) W zakresie zapewnienia należytego standardu prawa do obrony, wskazać należy, że osoba zarządzająca, wobec której prowadzone jest postępowanie, występuje w nim jako strona, na równi z przedsiębiorcą, którego dotyczy ta sprawa (art. 88 ust. 3 u.o.k.k.). W związku z tym posiada w pełnym zakresie wszystkie gwarancje procesowe wynikające z przepisów u.o.k.k. oraz k.p.a., w tym prawo wniesienia odwołania od decyzji Prezesa Urzędu do sądu. Należy też dodać, że dzięki takiemu rozwiązaniu osoba zarządzająca ma zapewnione odpowiednie gwarancje procesowe nie tylko w wymiarze formalnym, ale również materialnym, gdyż ma pełną możliwość udziału w postępowaniu również na etapie ustalania okoliczności mogących świadczyć o naruszeniu przez przedsiębiorcę zakazów, o których mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1-6 u.o.k.k. i 101 TFUE, której to możliwości nie miałyby, gdyby postępowanie administracyjne

⁸⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z 5 stycznia 2011 r., sygn. akt III SK 32/10.

w sprawie odpowiedzialności z tytułu art. 6a u.o.k.k. było prowadzone odrębnie, dopiero po uprawomocnieniu się decyzji przeciwko przedsiębiorcy. W ocenie Prezesa Urzędu brak jest również związku między zasadą odpowiedzialności przewidzianą w art. 6a u.o.k.k., a kwestią wolności osoby zarządzającej od samooskarżania się. Wolności tej, w analizowanym przypadku nie narusza treść art. 50 u.o.k.k., gdyż z przepisu tego wynika obowiązek „przedsiębiorców”, a nie „osób zarządzających” do przekazywania Prezesowi Urzędu żądanych przez niego informacji. Ponadto, ze sformułowanej w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości tzw. wolności od samooskarżania się⁸¹ nie wynika absolutny zakaz zbierania przez organ ochrony konkurencji materiału dowodowego poprzez żądanie udzielenia mu określonych informacji, lecz jedynie wymóg, ażeby organ ochrony konkurencji formułując pytania nie zmuszał przedsiębiorcy do dostarczenia odpowiedzi, które mogłyby wymagać przyznania się do popełnienia naruszenia. W ocenie Prezesa Urzędu, ani treść art. 50 u.o.k.k., ani obowiązujący model postępowania związany z odpowiedzialnością osób zarządzających, wynikający z art. 88 ust. 3 u.o.k.k. nie mają wpływu na gwarancje procesowe stron postępowania antymonopolowego, gdyż są one zachowane w takim samym stopniu dla przedsiębiorców, jak i dla osób zarządzających.

- (412) Mając na względzie powyższe Prezes Urzędu przypisał p. Jacky’emu Lacombe’owi odpowiedzialność na podstawie art. 6a u.o.k.k. uznając, że przez swoje działanie i zaniechanie umyślnie doprowadził Veolia Warszawa do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję. Odpowiedzialność ta jest przypisywana za działania podejmowane przez p. Jacky’ego Lacombe’a od 18 stycznia 2015 r. do czerwca 2017 r. w ramach funkcji pełnionej w Veolia Warszawa, polegające na dzieleniu rynku i uzgadnianiu cen oraz za zaniechanie w postaci braku odstąpienia od ww. praktyk z dniem 18 stycznia 2015 r. Z uwagi na to, że część z uzgodnień została podjęta przed 18 stycznia 2015 r. (tj. dniem wejścia w życie ustawy ustanawiającej odpowiedzialność osób zarządzających za naruszenia reguł konkurencji), Prezes Urzędu przypisał p. Jacky’emu Lacombe’owi odpowiedzialność za brak odstąpienia od naruszenia dokonanego przez Veolię Warszawa.

10.6. Porozumienie jako jednolite i ciągle naruszenie

Ramy prawne

- (413) Naruszenia art. 101 TFUE wynikają z koordynacji zachowań między dwoma lub więcej przedsiębiorstwami, które są współsprawcami naruszenia, ale których uczestnictwo w naruszeniu może przyjmować różne formy, w szczególności w związku z charakterem rynku,

⁸¹ Podstawowe znaczenie ma tu wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 18 października 1989 r. w sprawie 374/87, *Orkem przeciwko Komisji*, EU:C:1989:387.

którego dotyczy to naruszenie, pozycją przedsiębiorstw na rynku, zamierzonych celów naruszenia oraz zastosowanych lub przewidzianych środków jego realizacji.⁸² W konsekwencji naruszenie takie może wynikać nie tylko z pojedynczego działania, ale również z serii działań lub działania o charakterze ciągłym, nawet jeżeli jeden lub kilka aspektów tego rodzaju działań mogłyby same w sobie i w oderwaniu od innych działań, stanowić naruszenie normy wynikającej z tego przepisu.⁸³ Innymi słowy możliwe jest uznanie, że kilka działań lub działanie ciągłe stanowi samo w sobie (w całości) naruszenie reguł konkurencji, nawet jeżeli jego poszczególne elementy mogłyby stanowić odrębne naruszenia i stać się przedmiotem odrębnych postępowań. Nie jest przy tym konieczne, aby każde działanie składające się na jednolite i ciągłe naruszenie stanowiło samodzielne naruszenie.⁸⁴

- (414) Jeżeli przedsiębiorstwo uczestniczyło w jednolitym i ciągłym naruszeniu poprzez własne zachowanie, które stanowiło porozumienie i które przyczyniało się do realizacji naruszenia jako całości, to możliwe jest przypisanie mu odpowiedzialności za całość naruszenia w odniesieniu do okresu, w którym uczestniczyło w tym naruszeniu.⁸⁵ Powyższe ma miejsce, gdy przedsiębiorstwo zamierzało własnym zachowaniem przyczynić się do realizacji celów naruszenia, a zarazem znało działania planowane lub wdrażane przez innych uczestników naruszenia lub mogło je przewidzieć.⁸⁶
- (415) Mając na względzie zasadniczą równoważność art. 6 u.o.k.k. oraz art. 101 TFUE należy stwierdzić, że koncepcja jednolitego i ciągłego naruszenia znajduje zastosowanie również w prawie polskim.

Zastosowanie prawa w niniejszej sprawie

- (416) Prezes Urzędu uznał, że uzgodnienia, o których mowa w pkt. (113)-(167) niniejszej decyzji, stanowiły jednolite i ciągłe naruszenie, którego istotą było ograniczenie konkurencji między PGNiG Termika a Veolią Warszawa. Naruszenie to trwało nieprzerwanie od co najmniej 18 września 2014 r. do czerwca 2017 r.
- (417) Prezes Urzędu uznał, że naruszenie zostało zapoczątkowane przez ustalenie, że Veolia Warszawa wycofa się z Projektu Jagoda podjęte przez PGNiG Termika i Veolia Warszawa

⁸² Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 8 lipca 1999 r. w sprawie C-49/92 P, *Anic Partecipazioni*, EU:C:1999:356, pkt 79.

⁸³ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 8 lipca 1999 r. w sprawie C-49/92 P, *Anic Partecipazioni*, EU:C:1999:356, pkt 81; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 24 czerwca 2015 r. w sprawach połączonych C-293/13 P oraz C-294/13 P, *Fresh Del Monte*, EU:C:2015:416, pkt 156; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 6 grudnia 2012 r. w sprawie C-441/11 P, *Verhuizingen Coppens*, ECLI:EU:C:2012:778, pkt 41.

⁸⁴ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 1 lipca 2010 r. w sprawie C-407/08 P, *Knauf Gips*, EU:C:2010:389, pkt 48.

⁸⁵ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 24 czerwca 2015 r. w sprawach połączonych C-293/13 P oraz C-294/13 P, *Fresh Del Monte*, EU:C:2015:416, pkt 157.

⁸⁶ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 8 lipca 1999 r. w sprawie C-49/92 P, *Anic Partecipazioni*, EU:C:1999:356, pkt 87; Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 7 stycznia 2004 r. w sprawach połączonych C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P oraz C-219/00 P, *Aalborg*, pkt 83.

najpóźniej w dniu 18 września 2014 r. [pkt (98)]. Ustalenie to zostało następnie podtrzymane i przestrzegane w kolejnych latach, a dodatkowo zostało uzupełniane o kolejne ustalenia czynione w ramach bieżących kontaktów między przedstawicielami przedsiębiorstw.

- (418) Opisanym wyżej działaniom należy przypisać wspólny cel, którym było skoncentrowanie się na podstawowej działalności przy jednoczesnym zaniechaniu prowadzenia działalności na rynku macierzystym drugiej strony, a także ukształtowanie struktury taryfy w sposób preferowany dla stron. Działania te zmierzały zatem do ograniczenia wynikającej z konkurencji niepewności w zakresie prowadzenia działalności na rynku.
- (419) W odniesieniu do ciągłości naruszenia należy stwierdzić, że PGNiG Termika oraz Veolia Warszawa utrzymywały kontakty przez cały okres trwania porozumienia. Przy czym po podpisaniu Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego kontakty te przybrały sformalizowaną formę w postaci Projektu Accord. W ramach funkcjonowania Projektu Accord dochodziło do spotkań zespołów (strumieni) przedstawicieli spółek różnego szczebla, a także Komitetu Sterującego i Komitetu Wykonawczego, które odbywały się z różną częstotliwością [pkt (117) i (118)].
- (420) W tym kontekście należy wskazać, że porozumienia o podziale rynku opierają się na prostym założeniu, którego wdrożenie często nie jest trudne i jako takie nie muszą wymagać intensywnych interakcji między uczestnikami naruszenia.⁸⁷ W związku z tym największa intensywność kontaktów stron dotyczących podziału rynku miała miejsce przy ustalaniu warunków tego podziału, a więc przed i zaraz po podpisaniu Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego. Po osiągnięciu porozumienia, realizacja uzgodnień dotyczących poszanowania obszarów macierzystych poprzez zaniechanie określonych działań nie wymagała szczególnie intensywnych kontaktów. Z chwilą podjęcia takich uzgodnień każda ze spółek mogła liczyć na brak ekspansji konkurenta na swoim rynku macierzystym, nawet jeżeli druga strona nie potwierdzała każdego dnia/tygodnia/miesiąca, że nadal respektuje poczynione ustalenia.
- (421) Kontakty stron po podpisaniu Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego w ramach Projektu Accord dotyczyły przede wszystkim tych obszarów współpracy, w tym również związanych z przypisaniem rynków macierzystych, które nie zostały ostatecznie uzgodnione przy zawieraniu ww. porozumienia. Mianowicie był to obszar współpracy dotyczący postępowania upadłościowego Energetyki Ursus, rozwiązania umowy przesyłowej oraz kształtowania struktury taryf.

⁸⁷ Wyrok Sądu Unii Europejskiej z 12 lipca 2011 r. w sprawie T-113/07, *Toshiba Corp. przeciwko Komisji*, EU:T:2011:343, pkt 123.

- (422) Dodatkowo należy stwierdzić, że działania stron miały charakter nieprzerwany. W szczególności we wskazanym okresie trwania naruszenia Veolia Warszawa nie powróciła do realizacji Projektu Jagoda, a PGNiG Termika nie zwiększała sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych.
- (423) Należy wskazać, że chociaż kwestionowane w przedmiotowej sprawie działania stron składały się z kilku zachowań, które mogłyby same w sobie stanowić odrębne naruszenia w postaci podziału rynku, zмовы przetargowej i uzgadniania cen, zdaniem Prezesa Urzędu tworzyły jednolite naruszenie, ponieważ posiadały identyczny cel w postaci zmniejszenia presji konkurencyjnej między przedsiębiorcami na rynku wytwarzania ciepła i rynku sprzedaży ciepła.
- (424) Prezes Urzędu uznał, że rozpatrywane w przedmiotowej sprawie naruszenie zostało zaniechane w czerwcu 2017 r. Na powyższą okoliczność wskazuje fakt złożenia w dniu 7 czerwca 2017 r. przez PGNiG Termika skróconego wniosku o odstąpienie od wymierzenia lub obniżenie kary pieniężnej, w treści którego przedsiębiorca ten zobowiązał się zaprzestać uczestnictwa w porozumieniu niezwłocznie po złożeniu wniosku [pkt (2)]. W konsekwencji [informacja chroniona] [pkt (126) i (135)].

10.7. Niepodleganie wyłączeniom spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję

- (425) Dla stwierdzenia naruszenia zakazu określonego w art. 6 u.o.k.k. oraz art. 101 TFUE konieczne jest wykazanie, że rozpatrywane porozumienie nie wchodzi w zakres wyjątków w zakresie zastosowania ww. przepisów (tj. wyłączeniu spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję). Powyższe dotyczy trzech rodzajów sytuacji:
- a) tzw. zastosowania reguły *de minimis*, która określona została w art. 7 u.o.k.k.;
 - b) tzw. spełniania warunków wyłączenia grupowego, które wydane zostało na podstawie art. 8 ust. 3 u.o.k.k.;
 - c) tzw. indywidualnego spełniania przez porozumienie przesłanek, o których mowa w art. 8 ust. 1 u.o.k.k.

10.7.1. Brak zastosowania reguły *de minimis*

Ramy prawne

- (426) Sądy unijne przyjmują, że zakaz określony w art. 101 TFUE znajduje zastosowanie do naruszeń o charakterze odczuwalnym. Jednocześnie przyjmuje się, że jeżeli naruszenie

posiada wpływ na handel między Państwami Członkowskimi i jest naruszeniem „ze względu na cel”, to zapobiega, ogranicza lub zakłóca konkurencję w sposób odczuwalny.⁸⁸

- (427) W prawie polskim ustawodawca określił regułę *de minimis* w art. 7 u.o.k.k. Zgodnie z art. 7 ust. 3 u.o.k.k. reguła ta nie znajduje zastosowania do porozumień podziałowych i cenowych oraz zmów przetargowych.

Zastosowanie prawa w niniejszej sprawie

- (428) Z uwagi na fakt, że naruszenie będące przedmiotem niniejszej decyzji ma wpływ w ocenie Prezesa Urzędu na handel między Państwami Członkowskimi i zapobiega, ogranicza lub zakłóca konkurencję ze względu na cel, Prezes Urzędu uznał, że naruszenie to ma charakter odczuwalny w rozumieniu prawa unijnego.
- (429) Mając jednocześnie na względzie, że reguła *de minimis* zgodnie z art. 7 ust. 3 u.o.k.k. nie znajduje w prawie polskim zastosowania do porozumień podziałowych, zmów przetargowych oraz cenowych, a naruszenie będące przedmiotem niniejszej decyzji ma w ocenie Prezesa Urzędu taki charakter, Prezes Urzędu stwierdził, że naruszenie to ma charakter odczuwalny w rozumieniu prawa polskiego i nie podlega przedmiotowemu wyłączeniu.

10.7.2. Brak zastosowania wyłączenia grupowego

Ramy prawne

- (430) Stosownie do art. 8 ust. 3 u.o.k.k. Rada Ministrów może, w drodze rozporządzenia, wyłączyć określone rodzaje porozumień spełniające przesłanki, o których mowa w ust. 1, spod zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 u.o.k.k., biorąc pod uwagę korzyści, jakie mogą przynieść określone rodzaje porozumień. Z kolei w unijnym prawie ochrony konkurencji wyłączenie może wynikać ze stosownego rozporządzenia Komisji.

Zastosowanie prawa w niniejszej sprawie

- (431) W ocenie Prezesa Urzędu strony postępowania zawarły porozumienie o charakterze horyzontalnym (między co najmniej potencjalnymi konkurentami), polegające na podziale rynku, w tym zmwie przetargowej oraz ustalaniu cen. Żadne z rozporządzeń – polskich i unijnych – przewidujących wyłączenie grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję nie wyłącza spod zakazu porozumienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania.

⁸⁸ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-226/11, *Expedia*, EU:C:2012:795, pkt 37.

10.7.3. Brak spełnienia warunków wyłączenia indywidualnego

Ramy prawne

- (432) Zgodnie z art. 8 ust. 1 i 2 u.o.k.k. oraz art. 101 ust. 3 TFUE w odniesieniu do porozumień, które spełniają warunki określone w tych przepisach, nie stosuje się zakazu określonego odpowiednio w art. 6 u.o.k.k. oraz art. 101 ust. 1 TFUE.
- (433) W odniesieniu do indywidualnego spełniania przez porozumienie przesłanek, o których mowa w art. 8 ust. 1 u.o.k.k. należy wskazać, że koncepcja tego rodzaju wyłączeń opiera się na założeniu o względnym charakterze zakazu porozumień ograniczających konkurencję.⁸⁹ Co do zasady wszystkie porozumienia ograniczające konkurencję, które spełniają łącznie wskazane w art. 8 ust. 1 u.o.k.k. oraz art. 101 ust. 3 TFUE przesłanki są objęte wyłączeniem spod zakazu.
- (434) Zgodnie z art. 8 ust. 1 u.o.k.k. możliwość zastosowania wyłączenia indywidualnego zależy od łącznego spełnienia przez porozumienie następujących przesłanek:
- (i) przyczynia się ono do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego;
 - (ii) zapewnia nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających z porozumienia korzyści;
 - (iii) nie nakłada na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów;
 - (iv) nie stwarza tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów.
- (435) Analogicznie powyższe przesłanki są sformułowane w art. 101 ust. 3 TFUE.
- (436) Zgodnie z art. 8 ust. 2 u.o.k.k. oraz art. 2 Rozporządzenia 1/2003 ciężar dowodowy w zakresie wykazania spełnienia warunków określonych odpowiednio w art. 8 ust. 1 u.o.k.k. oraz 101 ust. 3 TFUE spoczywa na odpowiednio przedsiębiorcy lub przedsiębiorstwie.

Zastosowanie prawa w niniejszej sprawie

- (437) Prezes Urzędu stwierdził, że rozpatrywane w niniejszej sprawie porozumienie nie jest objęte wyłączeniem indywidualnym.

⁸⁹ A. Jurkowska, *Porozumienia kooperacyjne w świetle wspólnotowego i polskiego prawa ochrony konkurencji. Od formalizmu do ekonomizacji*, Warszawa 2005, s. 106.

- (438) Veolia Warszawa, Veolia Polska oraz p. Jacky Lacombe podjęli próbę wykazania, że istnieją podstawy do indywidualnego wyłączenia porozumienia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Argumenty w tym zakresie strony przedstawiły w piśmie Veolii Warszawa z dnia 18 września 2020 r., piśmie Veolii Warszawa z dnia 23 września 2020 r. oraz załączniku do pisma zatytułowanym: „Wyłączenie współpracy pomiędzy VEW i PT spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję, na podstawie art. 101 ust. 3 TFUE i art. 8 ust. 1 Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów” (dalej jako: „**Analiza dot. wyłączenia indywidualnego**”), a także w piśmie p. Jacky’ego Lacombe’a z dnia 19 października 2020 r.
- (439) W opinii Prezesa Urzędu strony postępowania nie udowodniły, że w odniesieniu do porozumienia będącego przedmiotem postępowania zostały spełnione warunki wskazane w art. 8 ust. 1 u.o.k.k. oraz w art. 101 ust. 3 TFUE. Jednocześnie należy wskazać, że przedstawione przez ww. strony postępowania argumenty są zbieżne, dlatego też w poniższym omówieniu Prezes Urzędu będzie odnosił się do argumentów według systematyki wskazanej w Analizie dot. wyłączenia indywidualnego.
- (440) W odniesieniu do Analizy dot. wyłączenia indywidualnego, na wstępie należy wskazać, że zawiera ona błędy w określeniu obszarów monopolu naturalnego. Ponadto w analizie nie dokonano rozłączenia działalności Veolii Warszawa w obszarze dystrybucji i sprzedaży detalicznej ciepła. Prezes Urzędu wskazuje, że w przedmiotowej sprawie do ograniczenia konkurencji doszło pomiędzy podmiotem, który działa na szczeblu wytwarzania (wprowadzania do obrotu) i sprzedaży detalicznej energii cieplnej oraz podmiotem działającym na rynku sprzedaży detalicznej energii cieplnej, który zamierzał wejść na rynek wytwarzania (wprowadzania do obrotu). Fakt prowadzenia przez Veolię Warszawa działalności na rynku dystrybucji (dostaw) energii cieplnej jest nieistotny dla oceny kwestionowanych zachowań. Dystrybucja energii cieplnej jest obszarem, na którym istnieje monopol naturalny i nie istnieje możliwość wprowadzania mechanizmów konkurencji.
- (441) W odniesieniu do pierwszej przesłanki wyłączenia indywidualnego, tj. przyczynienia się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego, Analiza dot. wyłączenia indywidualnego wskazuje, że korzyścią ma być modernizacja warszawskiej sieci ciepłowniczej sfinansowana przez przedsiębiorcę ze środków zaoszczędzonych na skutek rezygnacji z Projektu Jagoda oraz zaoszczędzonych przez PGNiG Termika, z uwagi na nie ponoszenie kosztów obsługi odbiorcy końcowego energii cieplnej. Prezes Urzędu stoi na stanowisku, że nieprawidłowe jest wskazywanie, że porozumienie doprowadziło do rozwoju sieci ciepłowniczej.⁹⁰ Wzmoczona aktywność inwestycyjna Veolii

⁹⁰ Analiza dot. wyłączenia indywidualnego, pkt 36-39.

Warszawa, nie świadczy o zwiększonych możliwościach ekonomicznych spółki spowodowanych zawieszeniem Projektu Jagoda. Duże podmioty gospodarcze często realizują więcej niż jeden projekt inwestycyjny jednocześnie, zwłaszcza w zakresie obszarów, na których istnieje monopol naturalny i taryfikowanie cen. Zatwierdzone przez regulatora stawki w taryfach uwzględniają koszty inwestycji infrastrukturalnych, wobec czego inwestycje takie obciążone są niskim ryzykiem i są zupełnie niezależne od działalności takich spółek na innych rynkach. Fakt, że Veolia Warszawa zrealizowała w latach 2012-2019 inwestycje o wartości wyższej o [informacja chroniona] % od przyjętego zobowiązania⁹¹ wykazują, że zapisy tzw. inwestycji gwarantowanych nie determinowały wartości inwestycji.

- (442) W zakresie zapewnia nabywcy odpowiedniej części wynikających z porozumienia korzyści w Analizie dot. wyłączenia indywidualnego wskazane zostało, że odbiorcy końcowi uniknęli wyższych cen za energię ciepłą, które ponieśliby na skutek nierentownej inwestycji w Projekt Jagoda oraz korzystają z nowocześniejszej infrastruktury, natomiast w zakresie porozumienia dotyczącego ustalania cen jego skutki były, w ocenie autorów analizy, neutralne dla odbiorców końcowych. Prezes Urzędu kwestionuje zasadność twierdzeń, jakoby skutkiem realizacji Projektu Jagoda był wzrost cen na rynku, co w konsekwencji miałyby się przyczynić do uzyskania korzyści przez konsumentów.⁹² W tym zakresie szczegółowa argumentacja przedstawiona została w pkt. (322) oraz pkt. (454) i n. decyzji. W zakresie nowocześniejszej infrastruktury, z której mogą korzystać odbiorcy końcowi, aktualna pozostaje argumentacja przedstawiona w pkt. (441) powyżej. Natomiast w zakresie rzekomo neutralnego wpływu ustaleń dotyczących taryf na sytuację odbiorców końcowych wskazać należy, że dla wyłączenia indywidualnego przepisy wymagają, żeby porozumienie nie tyle nie miało wpływu na odbiorców, co powinno im przynosić korzyści. Niezależnie od powyższego ustalenia dotyczą taryf spowodowały podniesienie cen sprzedaży energii ciepłej dla odbiorców końcowych. W tym zakresie należy wskazać na pkt (283) decyzji. Okoliczność ta nie może zatem zostać uznana nawet za neutralną względem odbiorców.
- (443) W ocenie Prezesa Urzędu nie można także uznać, że doszło do spełnienia przesłanki niezbędności określonej w art. 8 ust. 1 pkt 3 u.o.k.k. i art. 101 ust. 3 lit. a) TFUE. Mając na uwadze przedstawione w Analizie dot. wyłączenia indywidualnego twierdzenia, wątpliwym jest by zawarcie porozumienia było niezbędne do osiągnięcia korzyści wynikających z rozwoju infrastruktury sieci ciepłowniczej. Prezes Urzędu nie zgadza się z postawioną tezą, zgodnie z którą żadne oszczędności w Veolii Warszawa nie byłyby możliwe, gdyby Projekt Jagoda był kontynuowany.⁹³ Przyjęcie założenia, że Projekt Jagoda faktycznie był

⁹¹ Analiza dot. wyłączenia indywidualnego, pkt 35.

⁹² *Ibidem*, pkt 58-63.

⁹³ *Ibidem*, pkt 79.

nieopłacalnym przedsięwzięciem inwestycyjnym, prowadzi do wniosku, że inwestycja ta mogła zostać zawieszona w sposób jednostronny na późniejszym etapie jej realizacji. Tym samym zasadne jest stwierdzenie, że zawarcie przedmiotowego porozumienia nie było niezbędnym środkiem do zaistnienia domniemych skutków niepojawienia się nowego źródła w warszawskim systemie ciepłowniczym.

- (444) W odniesieniu do argumentacji przedstawionej przez Veolię Warszawa w zakresie przesłanki z art. 8 ust. 1 pkt 4 u.o.k.k. i art. 101 ust. 3 lit. b) TFUE, Prezes Urzędu wbrew twierdzeniom spółki stoi na stanowisku, że porozumienie wyeliminowało potencjalną konkurencję na rynku wytwarzania ciepła oraz ograniczyło istniejącą konkurencję na rynku sprzedaży do odbiorców końcowych. Brak lub niewielkie udziały rynkowe konkurentów nie mogą być jedynym wyznacznikiem istnienia konkurencji. Częściowe wycofanie się PGNiG Termika ze sprzedaży bezpośredniej ograniczyło klientom wybór dostawców ciepła. Dodatkowo w wyniku zawartego porozumienia rynek wytwarzania ciepła pozostał zmonopolizowany, a konkurencja została wyłączona w odniesieniu do całego rynku wytwarzania energii cieplnej.
- (445) Podsumowując w ocenie Prezesa Urzędu żadna z przesłanek wyłączenia indywidualnego nie została spełniona w odniesieniu do stwierdzonego porozumienia. Należy przy tym mieć na względzie, że dla wyłączenia porozumienia spod zakazu konieczne jest, żeby wszystkie przesłanki zaistniały kumulatywnie. W opinii Prezesa Urzędu przedstawione przez Veolię Warszawa, Veolię Polska, a także p. Jacky'ego Lacombe'a argumenty nie pozwalają na stwierdzenie, że wyłączenie indywidualne z art. 8 ust. 1 u.o.k.k. i art. 101 ust. 3 TFUE ma zastosowanie do przedmiotowego porozumienia.

11. Ustosunkowanie się Prezesa Urzędu do stanowiska Veolii Warszawa

- (446) W przedmiotowym punkcie Prezes Urzędu odnosi się do argumentów stron postępowania podniesionych w toku postępowania, do których nie odniósł się w innych częściach decyzji.
- (447) W pierwszej kolejności należy wskazać, że Veolia Warszawa podniosła, że przedstawiony SUZ nie zawierał odniesienia się Prezesa Urzędu do argumentów i zarzutów prezentowanych przez spółkę w toku postępowania. Prezes Urzędu wskazuje, że wydanie SUZ miało na celu przedstawienie stronom postępowania, w oparciu o zgromadzony na etapie wydania SUZ materiał dowodowy, istotnych faktów i dowodów, które mogły stać się podstawą decyzji kończącej postępowanie. Jest to więc dokument, który przedstawia stronom ocenę sprawy dokonaną przez Prezesa Urzędu, natomiast nie ma na celu przedstawienia polemiki z zarzutami stron. Doręczenie wskazanego pisma dało stronom postępowania dodatkową możliwość oraz czas na sformułowanie swoich stanowisk odnośnie do zebranego materiału dowodowego. Podkreślenia wymaga fakt, że wydanie SUZ przez organ antymonopolowy nie stanowi zgodnie z przepisami u.o.k.k. obligatoryjnego elementu postępowania toczącego się

przed Prezesem Urzędu. Dopiero niniejsza decyzja stanowi rozstrzygnięcie Prezesa Urzędu sprawy co do istoty w całości i w jej uzasadnieniu Prezes Urzędu odnosi się do twierdzeń spółki. Zarzuty Veolii Warszawa przedstawione w odpowiedzi na SUZ, odnoszące się do zaniechania przez Prezesa Urzędu odniesienia się do twierdzeń spółki w SUZ, uznać więc należy za bezzasadne.

- (448) Należy również na wstępie wskazać, że Veolia Warszawa przedstawiła opinie ekonomiczne sporządzone na jej zlecenie w toku postępowania antymonopolowego. W tym zakresie, Prezes Urzędu wskazuje, że zgodnie z orzecznictwem unijnym⁹⁴ jedynym kryterium istotnym dla oceny swobodnie przedstawionych przez strony dowodów jest ich wiarygodność. W niniejszej sprawie przedstawione przez Veolię Warszawa analizy zostały opracowane na zlecenie samej spółki. W ocenie Prezesa Urzędu przedstawienie przedmiotowych analiz przez Veolię Warszawa jest w rzeczywistości wyrażeniem własnego stanowiska strony przy zaakcentowaniu, że poglądy zawarte w analizach odpowiadają stanowisku podmiotów zewnętrznych. W tym względzie należy wskazać na wyrok w sprawie *Siemens*, w którym Sąd odmówił wiarygodności prywatnej analizie sporządzonej na zlecenie strony z uwagi na fakt, że analiza ta: „została zamówiona i opłacona przez Siemens oraz sporządzona na podstawie danych udostępnionych przez tę spółkę, a prawdziwość lub znaczenie tych danych nie zostały zweryfikowane w niezależny sposób. Dlatego też należy uznać, że omawiana analiza nie odznacza się wiarygodnością, a zatem wartością dowodową, które wykrczałyby poza wiarygodność i wartość dowodową zwykłego oświadczenia Siemens.”⁹⁵ Tym samym przyjęć należy, że przedstawione przez Veolię Warszawa opinie zewnętrznych podmiotów mają taką samą moc dowodową jak oświadczenia samej spółki złożone w toku postępowania, co wpływa na ocenę ich wiarygodności. Prezes Urzędu wziął również pod uwagę, że przygotowanie ww. analiz ekonomicznych zostało zlecone po wszczęciu postępowania antymonopolowego. Na przedstawioną okoliczność wskazał Sąd w wyroku w sprawie *Hitachi Ltd i inni*, w którym zakwestionował wiarygodność przedstawionego przez skarżące zewnętrznego sprawozdania, z uwagi na fakt, że zostało ono opracowane *ex post* na potrzeby obrony stron w ramach toczącego się postępowania.⁹⁶ Zdaniem Prezesa Urzędu na zmniejszenie mocy dowodowej przedstawionych analiz wpływa więc fakt, że powstały one w związku z toczącym się postępowaniem. Dokonując powyższej oceny Prezes Urzędu miał na względzie wypracowane przez orzecznictwo unijne zasady przeprowadzania dowodów, zgodnie z którymi wartość

⁹⁴ Wyrok Sądu Unii Europejskiej z 3 marca 2011 r. w sprawie T-110/07, *Siemens przeciwko Komisji*, EU:T:2011:68, pkt 54; wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 8 lipca 2011 r. w sprawie T-50/00, *Dalmine SpA przeciwko Komisji*, EU:T:2004:220, pkt 72, wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 8 lipca 2004 r. w sprawie T-44/00, *Mannesmannröhren-Werke AG przeciwko Komisji*, EU:T:2004:218, pkt 84.

⁹⁵ Wyrok Sądu Unii Europejskiej z 3 marca 2011 r. w sprawie T-110/07, *Siemens przeciwko Komisji*, EU:T:2011:68, pkt 137.

⁹⁶ Wyrok Sądu Unii Europejskiej z 12 lipca 2011 r. w sprawie T-112/07, *Hitachi Ltd i inni przeciwko Komisji*, EU:T:2011:342, pkt 320.

dowodowa dokumentu zależy m.in. od okoliczności jego sporządzenia, w tym czy dokument został sporządzony w bezpośrednim związku ze zdarzeniami.⁹⁷

11.1. Ustosunkowanie się do analizy ekonomicznej zatytułowanej „Analiza warszawskiego rynku ciepła systemowego w latach 2011-2015” dołączonej do pisma z dnia 2 kwietnia 2020 r.

- (449) Do pisma z dnia 2 kwietnia 2020 r. Veolia Warszawa dołączyła opinię ekonomiczną z dnia 1 kwietnia 2020 r. zatytułowaną „Analiza warszawskiego rynku ciepła systemowego w latach 2011-2015” (dalej: „**Analiza I**”). Argumentacja przedstawiona w Analizie I skupia się na trzech głównych twierdzeniach, mianowicie, że: (i) budowa źródła ciepła była finansowo nieopłacalna dla Veolii Warszawa, (ii) korzystanie przez wytwórcę ciepła z zasady TPA nie przynosi korzyści odbiorcom końcowym oraz (iii) współpraca przedsiębiorców świadczących usługi komplementarne na rynku ciepła jest dla odbiorców ciepła korzystna.
- (450) W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że przedstawiona przez stronę zewnętrzną analiza została opracowana *ex post* w odpowiedzi na szczególne potrzeby obrony w ramach przedmiotowego postępowania.
- (451) W odniesieniu do rozważań dotyczących nieopłacalności Projektu Jagoda należy zaznaczyć, że wszelkie analizy w tym zakresie przygotowane po podjęciu decyzji o zaniechaniu budowy źródła ciepła są dla przedmiotowego postępowania nieistotne i polemika z nimi nie ma wartości dla oceny zachowań Veolii Warszawa i PGNiG Termika.
- (452) W świetle powyższego, argumentacja, że inwestycja przyniosłaby starty dowodzić może jedynie, że w przypadku podjęcia decyzji o realizacji Projektu Jagoda okazałby się on nieopłacalny, a nie że zaniechanie inwestycji wynikało z autonomicznej decyzji Veolii Warszawa. Działalność gospodarcza zawsze związana jest z ryzykiem i nie wszystkie decyzje podejmowane przez przedsiębiorców okazują się trafne. Dowodzenie, że jakaś decyzja była słuszna lub nie, opierając się m.in. na regulacjach wprowadzonych cztery lata po jej podjęciu (w analizowanym przypadku w grudniu 2018 r.), w żaden sposób nie tłumaczy jej poprawności czy motywów w momencie, gdy była ona podejmowana.
- (453) Z powyższych względów Prezes Urzędu odniesie się wyłącznie do oryginalnych analiz opłacalności inwestycji Veolii Warszawa przeprowadzonych przed podjęciem decyzji o

⁹⁷ Wyrok Sądu Unii Europejskiej z 3 marca 2011 r. w sprawie T-110/07, *Siemens przeciwko Komisji*, EU:T:2011:68, pkt 54; wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 16 grudnia 2003 r. w sprawach połączonych T-5/00 i T-6/00, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied, Technische Unie BV przeciwko Komisji*, EU:T:2003:342, pkt 181.

zaniechaniu budowy źródła ciepła,⁹⁸ z wyłączeniem analiz powstałych po 13 listopada 2014 r., w tym powstałych wyłącznie na potrzeby przedstawionej Analizy I.

- (454) Zgodnie z analizami z 2011 r.⁹⁹ Projekt Jagoda miał wysoki dodatni **[informacja chroniona]**, analizy te jednoznacznie wskazywały na opłacalność tej inwestycji. Również późniejsze analizy z 2014 r.¹⁰⁰ wskazywały na opłacalność tego projektu. Jedynie scenariusz, **[informacja chroniona]**¹⁰¹.
- (455) Należy również zauważyć, że na ocenę projektu Jagoda nie powinna wpływać rezygnacja innych przedsiębiorców z projektów inwestycyjnych w kogeneracyjne źródła gazowe. Analizy z 2014 r., mimo że uwzględniały pogorszenie warunków rynkowych **[informacja chroniona]**, nadal wskazywały na opłacalność inwestycji. Fakt, że część innych inwestycji planowanych w latach 2011-2012 zostało zawieszonych w wyniku pogorszenia się tych warunków nie ma związku z tym, że Projekt Jagoda, zgodnie z aktualnymi wówczas prognozami, był nadal opłacalny. W przypadku pozostałych ryzyk wymienionych w Analizie I, nie wykazano by ich realizacja prowadziła do nieopłacalności projektu.
- (456) Wymaga jednakże podkreślenia, że w ramach niniejszego postępowania przedsiębiorcom nie zostały postawione zarzuty dotyczące podjęcia nieracjonalnej decyzji biznesowej, lecz dotyczące zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję. Z punktu widzenia tego ostatniego poprawność podejmowanych przez przedsiębiorców decyzji pozostaje bez znaczenia. Jeżeli przedsiębiorcy uzgadniają, że jeden z nich zaniecha wejścia na dany rynek, to zachowanie takie będzie naruszać prawo konkurencji, nawet jeśli analizy, którymi dysponował w momencie podejmowania decyzji wskazywały na nieopłacalność takiego wejścia. Istotne bowiem jest to, że decyzja taka nie była wynikiem autonomicznych zachowań uczestników rynku, lecz skoordynowanym działaniem.
- (457) Tym samym nawet gdyby Projekt Jagoda był wysoce nieopłacalny, a jego istnienie w przestrzeni publicznej miało na celu jedynie wywarcie presji na PGNiG Termika i skłonienie tego podmiotu do zawarcia porozumienia i wycofania się z rynku sprzedaży energii cieplnej do odbiorców końcowych, w żaden sposób nie wpłynęłoby to na ocenę zaobserwowanych zachowań. Również w takiej sytuacji ocena Prezesa Urzędu pozostałaby niezmienna, porozumienie ograniczałoby konkurencję.
- (458) Odnosząc się z kolei do zawartych w Analizie I argumentów dotyczących zasady TPA Prezes Urzędu wyjaśnia, że nie ocenia zasadności wprowadzania w Polsce rozwiązań opartych na

⁹⁸ Okoliczność, że w ocenie autorów Analizy I były one zbyt optymistyczne, w żaden sposób nie mogło wpływać na wstrzymanie inwestycji w 2014 r.

⁹⁹ Analiza I, pkt 146.

¹⁰⁰ *Ibidem*, pkt 169-176.

¹⁰¹ *Ibidem*, rysunek 13 w pkt. 163.

zasadzie TPA w ciepłownictwie, poprawności taryf, ani sposobu ich zatwierdzania przez regulatora. Stąd nie ma potrzeby przeprowadzania analizy zasadności wprowadzenia istniejących rozwiązań prawnych dotyczących ciepłownictwa, ani przyczyny zastosowania odmiennych rozwiązań w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej. Istotnym dla sprawy jest, że ustawodawca uznał, że rozwiązanie oparte na zasadzie TPA ma mieć zastosowanie do rynków energii cieplnej. Jak zresztą przyznają sami autorzy Analizy I, celem wprowadzenia regulacji TPA jest zwiększenie konkurencji na rynku wytwarzania energii, poprzez ograniczenie pozycji monopolistycznej dystrybutora.¹⁰² Ponadto możliwe do uzyskania korzyści z organizacji rynku na zasadzie TPA są tym większe, im większy jest rynek, na którym wprowadzana jest konkurencja, co oznacza, że jeżeli na jakimkolwiek rynku w Polsce możliwe jest uzyskanie korzyści z wprowadzenia TPA w ciepłownictwie jest to warszawski rynek ciepła, na którym działa największa w Polsce sieć ciepłownicza należąca do Veolii Warszawa.

- (459) Dodatkowo należy zauważyć, że autorzy Analizy I wskazując, że zasada TPA nie przyniosła odbiorcom końcowym żadnych korzyści pomijają, że w okresie, w którym między PGNiG Termika a Veolią Warszawa doszło do zawarcia porozumienia, PGNiG Termika oferowała niższe ceny ciepła dla odbiorców końcowych niż Veolia Warszawa. W związku z tym umowy kompleksowe zawierane przez odbiorców końcowych z ww. podmiotami różniły się ceną. Niemniej jednak dla stwierdzenia praktyki wystarczająca jest możliwość pojawienia się konkurencji, a ze zgromadzonego materiału dowodowego jednoznacznie wynika, że konkurencja taka w wyniku działań podejmowanych przed zawarciem porozumienia istniała.
- (460) Na marginesie Prezes Urzędu pragnie podkreślić, że Veolia Warszawa nie porzuciła planów budowy nowego źródła ciepła. Zgodnie z materiałem dowodowym zebrany w sprawie, w listopadzie 2016 r. spółka ponownie wyszła z inicjatywą realizacji nowego źródła ciepła na terenie Ursusa [pkt (127)]. Działania spółki potwierdzają, że rezygnacja z realizacji Projektu Jagoda nie była umotywowana charakterystyką rynku ciepła w Warszawie, czy nierentownością inwestycji, lecz założeniami podjętej z PGNiG Termika współpracy.
- (461) Jednocześnie należy zaznaczyć, że przedstawiona Analiza I całkowicie abstrahuje od korzyści z funkcjonowania konkurencji tam, gdzie może być ona wprowadzona, wskazując jedynie na koszty związane z funkcjonowaniem na rynku więcej niż jednego przedsiębiorcy (np. wynikające z dublowania infrastruktury służącej do obsługi klientów). Przyjmując taką perspektywę należałoby uznać, że na żadnym rynku konkurencja nie jest wskazana.

¹⁰² Analiza I, pkt 245.

- (462) Analiza I zawiera twierdzenie, zgodnie z którym pojawienie się konkurencji na rynku doprowadziłoby do wzrostu cen.¹⁰³ W opinii Prezesa Urzędu realizacja Projektu Jagoda nie spowodowałaby wzrostu cen ciepła na rynku, a argumenty przywoływane przez Veolię Warszawa są całkowicie nietrafione i sprzeczne z mechanizmami rynkowymi. Przedstawiona w Analizie I teza, że monopolista (PGNiG Termika) w reakcji wejścia konkurenta na rynek podniósłby ceny jest błędna.¹⁰⁴ Monopoliści w reakcji na wejście nowych konkurentów obniżają ceny w obawie przed masowym odejściem swoich dotychczasowych klientów. Co więcej, pojawienie się konkurentów zmusza monopolistów do działań na rzecz ograniczenia kosztów, co oznacza, że nie tylko rezygnują oni w takiej sytuacji z części swojej dotychczasowej marży, ale w wyniku presji zwiększają swoją efektywność.
- (463) Odnosząc się do wskazanych w Analizie I korzyści wynikających ze współpracy PGNiG Termika i Veolia Warszawa, jako podmiotów świadczących usługi komplementarne, należy wskazać, że kwestionowane w przedmiotowej sprawie porozumienie polegające na podziale rynku i uzgadnianiu struktury taryf nie mieści się w zakresie koniecznej współpracy podmiotów świadczących usługi komplementarne. Świadczenie komplementarnych usług nie stanowi uzasadnienia dla zmniejszenia lub wyeliminowania niepewności związanej z normalnie funkcjonującą konkurencją. Współpraca stron powinna być prowadzona zgodnie z pierwotnie przypisanym im celem i nie przechodzić na grunt czynienia ustaleń zabronionych na gruncie prawa konkurencji. Natomiast w przedmiotowej sprawie ustalenie podjęte przez strony, dotyczące zaniechania wejścia na rynek wytwarzania ciepła, zaprzestania działalności na rynku sprzedaży ciepła oraz uzgadniania struktury taryf wykraczały w istocie poza kontekst koniecznej współpracy stron.
- (464) Dodatkowo należy wskazać, że ustalenia lub wymiana informacji między wytwórcą i dystrybutorem ciepła na etapie kształtowania przez wytwórcę własnego wniosku taryfowego nie stanowiła niezbędnego, ani prawnie uzasadnionego działania. W praktyce bowiem tylko obowiązująca (zatwierdzona przez Prezesa URE) taryfa PGNiG Termiki mogła stanowić podstawę dla przygotowania przez Veolię Warszawa wniosku taryfowego na kolejny okres. Natomiast informacja o dopiero planowanym przez wytwórcę poziomie cen i stawek w żadnym wypadku nie mogła determinować treści wniosku taryfowego dystrybutora. Proponowane przez wytwórcę ceny i stawki podlegają bowiem weryfikacji przez Prezesa URE, który może odmówić ich zatwierdzenia w pierwotnym kształcie. W związku z tym brak było jakiegokolwiek racjonalnego uzasadnienia dla przygotowania przez dystrybutora własnej taryfy, w oparciu o projektowany przez wytwórcę wniosek taryfowy. Prezes URE nie miałby podstaw dla uznania dopiero co projektowanych przez wytwórcę ciepła cen i stawek za

¹⁰³ Analiza I, pkt 226-238.

¹⁰⁴ *Ibidem*, pkt 238.

uzasadnione koszty dystrybutora. Powyższy brak zasadności dokonywania ustaleń i wymiany informacji między wytwórcą a dystrybutorem na etapie projektowania wniosku taryfowego przez wytwórcę, potwierdza również fakt, że postępowania taryfowe prowadzone przed Prezesem URE są niejawnie. Informacje i dane przedkładane Prezesowi URE przez stronę takiego postępowania objęte są ochroną i nie są udostępniane innym uczestnikom rynku. Procedura ta dotyczy także podmiotów działających na rynku wyższego bądź niższego szczebla, niebędących konkurentami strony postępowania. Przyjęcie powyższego rozwiązania świadczy o tym, że wytwórca i dystrybutor ciepła powinni opracowywać wnioski taryfowe samodzielnie, każdy we własnym zakresie i na podstawie publicznie dostępnych informacji.

- (465) Podsumowując ocena rentowności inwestycji po podjęciu decyzji o zaniechaniu kontynuowania planowanego projektu jest nieistotna z punktu widzenia oceny zachowań stron postępowania. Ponadto podkreślenia wymaga fakt, że stanowisko Veolii Warszawa wyrażone w powyższych analizach ekonomicznych, jakoby planowane przez spółkę projekty biznesowe ocenione zostały w momencie podejmowania decyzji jako nieopłacalne, nie znajdując uzasadnienia w opracowaniach z jakimi mogli się zapoznać decydenci przed rezygnacją z Projektu Jagoda.

11.2. Ustosunkowanie się do analiz ekonomicznych strony dołączonych do pisma z dnia 8 czerwca 2020 r.

- (466) W tym miejscu Prezes Urzędu odniesie się do stanowiska Veolii Warszawa zawartego w piśmie z dnia 8 czerwca 2020 r., do którego załączone zostały trzy opracowane w 2020 r. opinie ekonomiczne zatytułowane: „Rynki ciepła systemowego w wybranych miastach w Polsce”, „Zasada TPA w systemach ciepłowniczych – analiza możliwości i zasadności zastosowania a praktyka rynkowa w kontekście funkcjonowania rynku ciepła systemowego na terenie Warszawy i okolic” oraz „Podstawowe cechy i zasady funkcjonowania rynku ciepła systemowego, w tym rynku ciepła systemowego na terenie Warszawy i okolic” (dalej również łącznie: „**Analiza II**”).
- (467) Również w tym przypadku należy wyjść od podkreślenia, że przedstawiona przez stronę analiza została opracowana *ex post* w odpowiedzi na potrzeby obrony w ramach przedmiotowego postępowania. Ponadto Analiza II stanowi w większości powtórzenie twierdzeń zawartych w Analizie I. Jak wskazano powyżej, Prezes Urzędu nie widzi podstaw do przeprowadzenia analizy zasadności wprowadzenia do polskiego systemu prawnego zasady TPA oraz poprawności i sposobu zatwierdzania taryf. Zaznaczyć należy, że zawarte w Analizie II twierdzenia zawierają liczne nieprawidłowości polegające m.in. na błędnym określeniu szczebla obrotu i obszarów monopolu naturalnego i konkurencji, a także wadliwym

określeniu struktury rynków. Wskazane błędy podważają wiarygodność przedstawionych twierdzeń.

- (468) Opracowanie zatytułowane „Rynki ciepła systemowego w wybranych miastach w Polsce” odnosi się do warunków stosowania zasady TPA na rynkach ciepła sieciowego w Polsce. Autor publikacji w oparciu o opracowane przez siebie warunki stosowania zasady TPA dochodzi do wniosku, że na żadnym z przeanalizowanych rynków nie występuje konkurencja pomiędzy jego uczestnikami. Wskazać należy, że opracowana przez autora publikacji metoda badania rynku, w ocenie Prezesa Urzędu nie jest wiarygodna. Przedstawiony zestaw warunków zawiera liczne pozycje, które nie muszą być spełnione by zasada TPA mogła zostać zastosowana. Przedstawione we wskazanym opracowaniu¹⁰⁵ warunki takie jak „niepogorszenie sytuacji ekonomicznej tych odbiorców końcowych, którzy nie korzystają z zasady TPA”, „stworzenie mechanizmów bilansowania ciepła”, „opomiarowanie wszystkich odbiorców ciepła przy wykorzystaniu liczników ze zdalnym odczytem” lub „brak regulacji cenowej ze strony regulatora rynku w przypadku, gdy uznaje on dany rynek za konkurencyjne” są w ocenie Prezesa Urzędu wątpliwe i dyskusyjne.
- (469) Ponadto Prezes Urzędu wskazuje, że zasada TPA została wprowadzona na rynku gazu ziemnego i energii elektrycznej mimo istnienia regulacji cen (obowiązek taryfowania), jak również mimo braku powszechnego wyposażenia odbiorców w liczniki ze zdalnym odczytem. Oznacza to, że zasadę TPA z powodzeniem wdrożono na innych rynkach w warunkach, w których w opinii autora publikacji nie jest możliwe jej zastosowanie.
- (470) Zgodnie z twierdzeniami zawartymi w publikacji, warunkiem zastosowania zasady TPA jest „konieczność unbundlingu, czyli wydzielenia operatora sieci przesyłowej do niezależnego podmiotu”.¹⁰⁶ Wyjaśnić należy, że unbundling, jakkolwiek sprzyjający rozwojowi konkurencji i z tego powodu wdrażany na rynkach infrastrukturalnych, jest oddzielnym rozwiązaniem od TPA i nie jest konieczne stosowanie obu tych rozwiązań jednocześnie. Unbundling może przybierać różne formy, od księgowego (rozdzielność sprawozdań finansowych działalności dedykowanej zarządzaniu siecią i pozostałej) po własnościowy (wydzielenie niezależnych, czyli niepowiązanych kapitałowo spółek), a wydzielenie operatora sieci do niezależnego podmiotu oznacza najbardziej radykalne rozwiązanie, które w praktyce nie zostało zastosowane chociażby w odniesieniu do dystrybucji gazu ziemnego i energii elektrycznej. W świetle powyższego stwierdzić należy, że przedstawione twierdzenia oparte są na błędnych założeniach.

¹⁰⁵ Opracowanie pt. „Rynki ciepła systemowego w wybranych miastach w Polsce”, s. 60-61.

¹⁰⁶ *Ibidem*, s 7.

- (471) Dodatkowo w odniesieniu do powyższego opracowania zauważyć należy, że autor prezentuje sprzeczne ze sobą stanowisko w odniesieniu do konkurowania źródeł ciepła na obszarze działalności [informacja chroniona]. Zgodnie z przedstawionymi twierdzeniami¹⁰⁷ nie można mówić o konkurencji pomiędzy tymi źródłami podczas, gdy wśród kryteriów wyboru źródeł tego sprzedawcy wymienione zostały m. in. ceny ciepła z poszczególnych źródeł.¹⁰⁸ Tak więc w sytuacji, gdy źródła konkurują ze sobą, autor opinii twierdzi, że nie można mówić o konkurencji pomiędzy nimi.
- (472) W odniesieniu do rozważań zawartych w opracowaniu zatytułowanym „Zasada TPA w systemach ciepłowniczych – analiza możliwości i zasadności zastosowania a praktyka rynkowa w kontekście funkcjonowania rynku ciepła systemowego na terenie Warszawy i okolic”, należy zaznaczyć, że autor publikacji błędnie określił relacje pomiędzy zasadą TPA, a unbundlingiem, ponieważ określił unbundling jako cel wprowadzenia zasady TPA.¹⁰⁹ Wskazuje się również, że przedstawiona w sprawie opinia jest sprzeczna z opisanym powyżej opracowaniem zatytułowanym „Rynki ciepła systemowego w wybranych miastach w Polsce”.
- (473) W opracowaniu zatytułowanym „Podstawowe cechy i zasady funkcjonowania rynku ciepła systemowego, w tym rynku ciepła systemowego na terenie Warszawy i okolic” autorzy twierdzą, że na rynku wprowadzania do obrotu energii cieplnej istnieje monopol naturalny, co ma prowadzić do konkluzji, że w obszarze tym nie jest możliwe zaistnienie konkurencji. Wskazać należy, że opracowana przez autora publikacji analiza cech monopolu naturalnego w segmencie wytwarzania ciepła, w ocenie Prezesa Urzędu jest błędna.
- (474) Przywołana publikacja opiera się na analizie pięciu elementów, które służą udowodnieniu tezy o istnieniu monopolu naturalnego w segmencie wytwarzania ciepła: korzyści skali, niższych cenach jednego producenta, substytucyjności, elastyczności popytu oraz barier wejścia.
- (475) Należy wskazać, że w przypadku dwóch pierwszych elementów¹¹⁰ (tj. korzyści skali i niższych cen jednego producenta), odsetek kosztów stałych w koszcie całkowitym nie musi świadczyć o efektach skali sprawiających, że produkcja jednego producenta skutkuje niższymi cenami. Korzyści skali prowadzą do monopolu naturalnych jedynie wówczas gdy jednostkowy koszt stały maleje w sposób ciągły przy wzroście produkcji do poziomu, jaki pozwala na zaspokojenie całości popytu na rynku. Inaczej mówiąc - gdy całość popytu rynkowego można zaspokoić produkcją z jednego zakładu. Nawet jeśli koszty stałe stanowią bardzo znaczący odsetek kosztów produkcji, jednak efektywną skalę działalności jest w stanie osiągnąć więcej

¹⁰⁷ Opracowanie pt. „Rynki ciepła systemowego w wybranych miastach w Polsce”, s. 21.

¹⁰⁸ *Ibidem*, s. 19-20.

¹⁰⁹ Opracowanie pt. „Zasada TPA w systemach ciepłowniczych – analiza możliwości i zasadności zastosowania a praktyka rynkowa w kontekście funkcjonowania rynku ciepła systemowego na terenie Warszawy i okolic”, s. 4-5.

¹¹⁰ Opracowanie pt. „Podstawowe cechy i zasady funkcjonowania rynku ciepła systemowego, w tym rynku ciepła systemowego na terenie Warszawy i okolic”, s. 14-20.

niż jeden zakład, nie będziemy mieć do czynienia z monopolem naturalnym, ponieważ możliwe jest prowadzenie efektywnej kosztowo produkcji przez więcej niż jednego wytwórcę. W odniesieniu do rynku ciepła, za rynki, gdzie może faktycznie istnieć monopol naturalny na poziomie wytwarzania, mogą uchodzić wyłącznie rynki, na których całość popytu zaspokajana jest z jednego źródła wytwórczego. Do warszawskiego systemu ciepłowniczego podłączone były cztery źródła ciepła (Ciepłownia Kawęczyn, Ciepłownia Wola, Elektrociepłownia Siekierki, Elektrociepłownia Żerań) wobec czego nie może być w tym przypadku mowy o monopole naturalnym.

- (476) Biorąc pod uwagę trzy kolejne elementy będące przedmiotem rozważań autorów opracowania, tj. substytucyjność, elastyczność cenową i bariery wejścia na rynek, należy wskazać że kwestie te mają niewiele wspólnego z monopolem naturalnym i dotyczą kwestii definicji rynków. Fakt, że dany produkt nie ma substytutów, charakteryzuje się niską elastycznością cenową, a wejście do branży wiąże się z wysokimi barierami wejścia związanymi z wysokimi kosztami w żaden sposób nie wskazuje na to, iż wytwarzanie tego produktu jest monopolem naturalnym i na rynku tym nie może istnieć konkurencja.
- (477) W świetle powyższych okoliczności nie można dowodzić, że na rynku wytwarzania ciepła mamy do czynienia z monopolem naturalnym.
- (478) Na szczególną uwagę zasługuje też fakt, że warszawska sieć ciepłownicza jest największą siecią ciepłowniczą w Unii Europejskiej. Co do zasady sieci ciepłownicze są mniejsze, wobec czego mniejsze są możliwości wykorzystania TPA na tych sieciach. W systemach ciepłowniczych, do których podłączona jest jedna jednostka wytwarzania ciepła, zaspokajająca całość popytu na ciepło, istotnie trudno mówić o konkurencji na rynku wytwarzania. Niewielkie rozmiary systemów ciepłowniczych mogą więc być podstawowym powodem, dla którego rozwiązania przyjęte w celu promowania konkurencji na rynkach o charakterystyce sieciowej w ograniczonym stopniu mają zastosowanie w odniesieniu do rynku ciepła. Tym niemniej należy podkreślić, że wszystkie cechy warszawskiego systemu ciepłowniczego (tj. rozmiar, liczba i moc jednostek wytwórczych, struktura pierścieniowa) wskazują, że na tym właśnie rynku konkurencja może istnieć.
- (479) Podsumowując, Prezes Urzędu wskazuje, że w ramach niniejszego postępowania organ antymonopolowy ocenia zachowanie przedsiębiorców pod kątem naruszenia przepisów u.o.k.k. i TFUE. Tym samym Prezes Urzędu bada kwestię stosowania praktyk antykonkurencyjnych, a nie racjonalność przyjętych regulacji prawnych czy też zasadność decyzji inwestycyjnych podejmowanych przez strony postępowania.

11.3. Ustosunkowanie się do analizy ekonomicznej zatytułowanej „Raport wykazujący brak ograniczenia konkurencji na skutek zmian struktury taryf za ciepło PGNiG Termika” dołączonej do pisma z dnia 23 września 2020 r.

(480) Do pisma Veolii Warszawa z 23 września 2020 r. dołączona została analiza z 22 września 2020 r. pn. „Raport wykazujący brak ograniczenia konkurencji na skutek zmian struktury taryf za ciepło PGNiG Termika” (dalej: „**Analiza III**”).

(481) Analiza III zawiera omówienie aspektu ekonomicznego zmian struktury taryfy PGNiG Termika oraz ich wpływu na Veolię Warszawa i odbiorców końcowych. W opinii Prezesa Urzędu przedstawione opracowanie w niewielkim stopniu ukazuje analizowane przez organ antymonopolowy zależności, gdyż w sposób nieprawidłowy identyfikuje rynki, których dotyczyło porozumienie. Analiza III, podobnie jak omówiona powyżej Analiza dot. wyłączenia indywidualnego, zawiera nieprawidłowy obraz relacji pomiędzy sprzedawcą detalicznym a wytwórcą ciepła. Niepoprawne posługiwanie się terminem „dystrybutor” wprowadza w błąd i utrudnia zrozumienie ekspertyzy, ponieważ nie jest jasne, które argumenty autorów odnoszą się do sprzedawcy detalicznego, a które do podmiotu zarządzającego siecią dystrybucyjną. W tym zakresie aktualne pozostają rozważania przedstawione w odniesieniu do Analizy dot. wyłączenia indywidualnego zawarte w pkt. (440) decyzji. Z tego powodu wszelkie kwestie związane z ustanawianiem taryf za dystrybucję i sposobem uwzględniania w tych taryfach kosztów strat ciepła nie stanowią przedmiotu niniejszego postępowania, a organem właściwym w tej sprawie jest Prezes URE. To w kompetencjach wskazanego organu mieści się analizowanie i weryfikowanie czy uzasadnione koszty dystrybutora ciepła są pokrywane z opłat zatwierdzonych w taryfie.

(482) Przywołana Analiza III opisuje sposób wdrażania kolejnych wniosków taryfowych, a także wpływ taryf PGNiG Termika na wyniki finansowe Veolii Warszawa. W opinii Prezesa Urzędu opisane zagadnienia nie dotyczą przedmiotu niniejszego postępowania. Należy zwrócić uwagę, że kluczowym dla oceny zawartego porozumienia jest okoliczność, że w zamian za rezygnację przez Veolia Warszawa z wejścia na rynek wytwarzania energii, PGNiG Termika zgodziła się zmienić taryfę za wytwarzanie ciepła, z czego korzyść odniosła Veolia Warszawa. Prezes Urzędu nie ocenia przy tym poprawności działań Prezesa URE. Organ antymonopolowy nie kwestionuje wysokości cen określonych w taryfach zatwierdzonych przez Prezesa URE. Zagadnieniem istotnym z punktu widzenia ochrony konkurencji jest jedynie, czy taryfy były ukształtowane w sposób nieskoordynowany, czy też zawartość wniosków taryfowych stanowiła przedmiot uzgodnień.

(483) W odniesieniu do kwestii wpływu wysokości opłat zmiennych i stałych na rynek sprzedaży energii cieplnej do odbiorców końcowych należy zwrócić uwagę, że taryfy, w których przyjęte

zostały względnie wysokie ceny mocy i względnie niskie ceny ciepła są niekorzystne dla odbiorców końcowych. Stała opłata za moc zakłada wyższe niż faktycznie zgłaszane (w przypadku standardowych w ostatnich latach ciepłych zim) zapotrzebowanie na ciepło i nie jest redukowana, w sytuacji gdy z powodu cieplej temperatury powietrza nabywcy w niewielkim stopniu korzystają z dostarczanego im ciepła. Zmienna opłata za ciepło z drugiej strony maleje wraz ze zmniejszaniem się faktycznego zużycia ciepła. Tym samym taryfa zakładająca względnie wysokie ceny stałe i niskie zmienne, może być korzystna dla nabywców wyłącznie w przypadku bardzo mroźnych zim (niespotykanych w ostatnich latach). Jednocześnie należy pamiętać, że obowiązujące w czasie trwania porozumienia rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 17 września 2010 r. w sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryf oraz rozliczeń z tytułu zaopatrzenia w ciepło (Dz. U. Nr 194, poz. 1291) nie zawierało regulacji analogicznej do tej, którą zawiera § 11 ust. 3 aktualnie obowiązującego rozporządzenia Ministra Klimatu z dnia 7 kwietnia 2020 r. o takim samym tytule (Dz. U. z 2020 r., poz. 718).¹¹¹ Zgodnie z tym przepisem, w chwili obecnej dystrybutor nie jest w stanie czerpać zysku na tzw. niejednoczesności wynikającej z różnicy między mocą zamówioną przez klientów detalicznych u dystrybutora (sprzedawcy detalicznego), a mocą jaką on sam zamawia u wytwórcy ciepła – co było jeszcze możliwe przed 2017 r.

- (484) Z drugiej strony należy zaznaczyć, że względnie wysokie ceny za moc i względnie niskie za ciepło uznawać należy za ceny korzystne dla sprzedawców energii cieplnej. Tego typu struktura taryfy stabilizuje wysokość ich przychodów w przypadku ciepłych zim. Wysokości cen za moc i za ciepło powinny wynikać ze struktury kosztów u wytwórcy ciepła – cena za moc powinna odpowiadać kosztom utrzymania mocy wytwórczych, a cena za ciepło zmiennych kosztów zmiennych wytworzenia ciepła. Wynikające z porozumienia, a nie ze struktury faktycznych kosztów, zmiany wysokości tych cen dawać mogą korzyści sprzedawcom detalicznym – w analizowanym przypadku PGNIG Termika i Veolii Warszawa w części działalności związanej ze sprzedażą detaliczną.
- (485) Na marginesie wskazać należy, że względnie wysokie ceny ciepła i niskie ceny mocy sprawiają, że zarówno odbiorcy końcowi, jak i dystrybutor, mają silniejsze bodźce do ograniczania zużycia ciepła oraz zwiększania efektywności energetycznej budynków i infrastruktury. Również ze społecznego punktu widzenia wydaje się być niekorzystny nieuzasadniony kosztami wzrost cen mocy połączony ze spadkiem cen za ciepło.

¹¹¹ Paragraf 11 ust. 3 rozporządzenia Ministra Klimatu z dnia 7 kwietnia 2020 r. w sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryf oraz rozliczeń z tytułu zaopatrzenia w ciepło stanowi: „W kalkulacji stawek opłat w taryfie dystrybutora ciepła prowadzącego równocześnie działalność gospodarczą w zakresie obrotu ciepłem uzasadniony planowany przychód będący podstawą kalkulacji stawek opłat za usługi przesyłowe pomniejsza się o przychody uzyskiwane z tytułu różnicy pomiędzy wielkością mocy cieplnej zamówionej przez odbiorców zaopatrywanych z sieci ciepłowniczej na podstawie umów kompleksowych a wielkością mocy cieplnej zamówionej w obcych źródłach zasilających sieć ciepłowniczą dystrybutora ciepła”.

(486) Jednocześnie podkreślenia wymaga fakt, że na działalność dystrybucyjną Veolii Warszawa wpływ ma jedynie poziom cen sprzedaży energii cieplnej, ponieważ od tych cen zależy koszt związany ze stratami na przesyłach. Koszty te są jednak w całości kosztami, które mogą być uwzględniane w taryfie, wobec czego zakładać należy, że dla działalności w zakresie dystrybucji zmiany poziomu cen za moc i ciepło są nieistotne.

11.4. Ustosunkowanie się do analizy ekonomicznej zatytułowanej „Współpraca pomiędzy wytwórcą a dystrybutorem ciepła sieciowego – kluczowe aspekty, zasadność oraz praktyka rynkowa” dołączonej do pisma z dnia 25 listopada 2020 r.

(487) W tym miejscu Prezes Urzędu odniesie się do opinii pt. „Współpraca pomiędzy wytwórcą a dystrybutorem ciepła sieciowego – kluczowe aspekty, zasadność oraz praktyka rynkowa”, załączonej do pisma Veolii Warszawa z dnia 25 listopada 2020 r. (dalej: „**Analiza IV**”).

(488) Prezes Urzędu wskazuje, że również i ta przedstawiona przez stronę opinia, opracowana została *ex post* w odpowiedzi na potrzeby obrony w ramach przedmiotowego postępowania. Ponadto Analiza IV stanowi w większości powtórzenie twierdzeń zawartych w Analizie II, a zawarte w niej tezy nie ujawniają nowych okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy.

(489) Analiza IV zawiera w dużej mierze bardzo ogólne i teoretyczne rozważania na temat funkcjonowania systemów ciepłowniczych. Po wtóre, Prezes Urzędu nie kwestionuje co do zasady, wskazywanej w Analizie IV, konieczności współpracy między wytwórcą, a dystrybutorem ciepła, szczególnie w zakresie, w jakim ta współpraca jest niezbędna do zapewnienia bezpieczeństwa dostaw energii i niezawodności funkcjonowania systemu ciepłowniczego. Konieczność takiej współpracy wynika również z przepisów Prawa energetycznego. Natomiast Prezes Urzędu kwestionuje konkretnie wskazane w niniejszej decyzji antykonkurencyjne praktyki stron postępowania, które nie mieściły się w zakresie współpracy, jaka jest pożądana od wytwórcy i dystrybutora ciepła, a w przedmiocie tych praktyk, autorzy Analizy IV się nie wypowiadają.

(490) Wreszcie, odnosząc się do argumentu o potencjalnych korzyściach dla odbiorców ciepła wynikających ze współpracy między wytwórcą, a dystrybutorem, autorzy Analizy IV zupełnie pomijają okoliczność, że na skutek antykonkurencyjnych praktyk doszło w istocie do wzrostu cen energii dla jej odbiorców, co nakazuje uznać, że rozważania zawarte w tym opracowaniu mają charakter wyłącznie teoretyczny i nie odnoszą się do sytuacji będącej przedmiotem niniejszej decyzji.

(491) Z tych też przyczyn Analizę IV należy uznać za nieprzydatną w niniejszym postępowaniu.

(492) W tym miejscu Prezes Urzędu zaznacza, że Veolia Warszawa w toku postępowania przedłożyła również inne niż wskazane w pkt. 11.1-11.4 powyżej analizy. Wskazać w tym

zakresie należy, że podnoszone w pozostałych opracowaniach argumenty powielają twierdzenia prezentowane przez Veolię Warszawa w toku prowadzonego postępowania. Prezes Urzędu zaznacza, że wydanie przedmiotowego rozstrzygnięcia poprzedziła kompleksowa analiza całości materiału dowodowego przedstawianego przez stronę w toku postępowania. Prezes Urzędu odniósł się do stanowiska strony w treści uzasadnienia niniejszej decyzji.

12. Kary pieniężne nałożone na podstawie art. 106 u.o.k.k.

Ramy prawne

- (493) Zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6 u.o.k.k., w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i art. 8 u.o.k.k..
- (494) Zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 2 u.o.k.k. karę w tej samej maksymalnej wysokości Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, który naruszył art. 101 TFUE.
- (495) Zgodnie z orzecznictwem unijnym, w sprawach, w których narodowy organ ochrony konkurencji stwierdza jednocześnie naruszenie prawa unijnego i prawa krajowego, możliwe jest przyjęcie różnych sposobów nałożenia kary.¹¹² Możliwe jest nałożenie dwóch odrębnych kar w jednej sprawie – jednej za naruszenie prawa unijnego i jednej za naruszenie prawa ustanowionego przez Państwo Członkowskie – lub nałożenie jednej kary za oba naruszenia.
- (496) Zgodnie z art. 111 ust. 1 u.o.k.k. Prezes Urzędu, ustalając wysokość nakładanych kar pieniężnych, uwzględnia w szczególności okoliczności naruszenia przepisów tej ustawy oraz uprzednie naruszenie przepisów ustawy, a także okres, stopień oraz skutki rynkowe naruszenia przepisów ustawy, przy czym stopień naruszenia Prezes Urzędu ocenia biorąc pod uwagę okoliczności dotyczące natury naruszenia, działalności przedsiębiorcy, która stanowiła przedmiot naruszenia oraz specyfiki rynku, na którym doszło do naruszenia.
- (497) Ustawodawca wymaga od Prezesa Urzędu wzięcia pod uwagę przy wymierzaniu kar pieniężnych okoliczności obciążających i łagodzących, o których mowa w art. 111 ust. 3-4 u.o.k.k.
- (498) Wymierzając kary Prezes Urzędu posługuje się zasadami określonymi w wydanych przez siebie, zgodnie z art. 31a u.o.k.k., „Wyjaśnieniach dotyczących ustalania wysokości kar

¹¹² Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 3 kwietnia 2019 r. w sprawie C-617/17, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A.*, EU:C:2019:283.

pieniężnych w sprawach związanych z naruszeniem zakazu praktyk ograniczających konkurencję (2015)” (dalej: „Wyjaśnienia w sprawie kar dla przedsiębiorców”).

Zastosowanie prawa w niniejszej sprawie

- (499) W niniejszej sprawie Prezes Urzędu wymierzył każdemu z określonych w decyzji podmiotów jedną karę, która jest karą za udział w praktyce, naruszającej zarówno unijne, jak i polskie reguły konkurencji. Kary nie podlegają podwyższeniu ze względu na liczbę kwalifikacji prawnych (podwójna kwalifikacja związana z zastosowaniem prawa unijnego i polskiego), co oznacza, że całość kar Prezes Urzędu uznaje za adekwatne niezależnie od występowania podwójnej kwalifikacji prawnej naruszenia. Jak też wskazano w pkt. (358) i (365) decyzji, niektórym podmiotom (PGNiG i Veolia Polska) Prezes Urzędu zamierza przypisać dwie formy odpowiedzialności za naruszenie. Kary, które zostały nałożone na te podmioty, Prezes Urzędu uznaje za adekwatne w kontekście uczestnictwa w naruszeniu, niezależnie od współwystępowania różnych form odpowiedzialności. Powyższe oznacza, że kara nałożona na każdy ze wskazanych wyżej podmiotów nie podlegała zwielokrotnieniu ze względu na występowanie dwóch form odpowiedzialności.

12.1. Przesłanka „choćby nieumyślnego” naruszenia przepisów

- (500) Możliwość nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej z art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. wymaga stwierdzenia, że naruszenie zakazu określonego w przepisach ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów było „choćby nieumyślne”. W niniejszej sprawie Prezes Urzędu uznał, że działania każdej strony postępowania miały charakter umyślny, a co za tym idzie spełniona została przesłanka „choćby nieumyślnego” naruszenia reguł konkurencji.
- (501) Dokonując oceny zaistnienia ww. przesłanki Prezes Urzędu wziął pod uwagę, że strony postępowania dokonując podziału rynku (w tym w ramach przetargów) i ustalając ceny świadomie dążyły do ograniczenia konkurencji. W ramach podziału rynku spółki uzgodniły, że Veolia Warszawa oraz podmioty z nią powiązane zaniechają wejścia na rynek wytwarzania ciepła, będący macierzystym rynkiem PGNiG Termika, a w zamian za to PGNiG Termika zaprzestanie prowadzenia działalności na rynku sprzedaży ciepła, będącym macierzystym rynkiem Veolii Warszawa. Powyższe ustalenie dotyczyło również zawierania umów sprzedaży ciepła w ramach przetargów. Ponadto strony uzgodniły strukturę taryfy PGNiG Termika dla odbiorców końcowych.
- (502) Element umyślności działania stron można utożsamiać także ze świadomością przedsiębiorców naruszenia prawa ochrony konkurencji. Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego, element subiektywny w postaci umyślności lub nieumyślności naruszenia przepisów u.o.k.k. wyraża się w tym, że przedsiębiorca działa mając świadomość, że swoim

zachowaniem narusza zakaz stosowania praktyk ograniczających konkurencję, lub gdy jako profesjonalny uczestnik obrotu mógł (powinien był) taką świadomość posiadać.¹¹³ Dokonując oceny zaistnienia ww. przesłanki w niniejszej sprawie, Prezes Urzędu uznał, że PGNiG Termika, PGNiG, Veolia Warszawa oraz Veolia Polska posiadały odpowiednie rozeznanie rynkowe wynikające zarówno ze skali ich działalności, jak i okresu prowadzenia działalności gospodarczej dla należytego rozpoznania podejmowanych przez siebie działań, na co wskazują okoliczności opisane w pkt. (355) i n. niniejszej decyzji.

(503) Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, Prezes Urzędu stoi na stanowisku, że strony postępowania działały umyślnie, o czym świadczy: (i) świadomość i dążenie stron do ograniczenia konkurencji między nimi; (ii) świadomość stron, że ich działanie narusza przepisy zakazujące zawierania antykonkurencyjnych porozumień.

12.2. Wysokość kar pieniężnych

12.2.1. Stopień i skutki rynkowe naruszenia przepisów

(504) Prezes Urzędu uznał opisane w niniejszej decyzji naruszenie za bardzo poważne naruszenie polskich i unijnych reguł konkurencji. Powyższe wynika z faktu, że stwierdzone naruszenie, polegało na podejmowaniu przez konkurentów szerokiego spektrum działań służących podziałowi rynku, w tym również zmwie przetargowej oraz obejmowało uzgadnianie cen, tj. należało do kategorii najpoważniejszych naruszeń reguł konkurencji. Z tych względów na potrzeby wymierzania kar Prezes Urzędu w pierwszej kolejności określił w odniesieniu do każdego podmiotu odsetek obrotu w wysokości od 1 do 3%, który służył dalszemu określeniu wysokości kary.

(505) W poniższej tabeli określona została kwota bazowa do dalszego wyliczania wysokości kary pieniężnej dla każdej ze stron porozumienia.

Podmiot	Wymiar kary	
	Natura naruszenia	Kwota bazowa kary (w zł)
Veolia Energia Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie	bardzo poważna	33 775 852,59 zł
Veolia Energia Polska S.A. z siedzibą w Warszawie	bardzo poważna	32 793 120,65 zł
PGNiG Termika S.A. z siedzibą w Warszawie	bardzo poważna	39 229 380,00 zł
Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. z siedzibą w Warszawie	bardzo poważna	412 340 000,00 zł

(506) Oceniając stopień naruszenia przepisów ustawy, Prezes Urzędu przyjął, że wymiar kary nie może abstrahować od specyfiki rynku właściwego oraz działalności przedsiębiorców na tym

¹¹³ Wyrok Sądu Najwyższego z 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III SK 45/10, niepubl.

rynku, a zatem kwota wyjściowa powinna podlegać dalszej modyfikacji. Stosując ustawową przesłankę stopnia naruszenia, Prezes Urzędu przyjmuje jednocześnie w Wyjaśnieniach w sprawie kar dla przedsiębiorców, że dla zachowania spójności w polityce karania naruszeń reguł konkurencji okoliczności związane ze stopniem naruszenia inne niż natura naruszenia mogą skutkować zwiększeniem albo zmniejszeniem kwoty ustalonej w pierwszym etapie obliczania wysokości kary o maksymalnie 80%.

- (507) Określając poziom kar wynikający ze stopnia naruszenia Prezes Urzędu wziął pod uwagę okoliczności wpływające na zwiększenie wysokości kar nakładanych na wszystkie strony postępowania mianowicie, że:
- a) ciepło sieciowe, którego dotyczyła praktyka ma szczególnie istotne znaczenie dla odbiorców końcowych;
 - b) naruszenie zostało wprowadzone w życie.
- (508) W przypadku PGNiG Termika i Veolii Warszawa Prezes Urzędu wziął również pod uwagę, że przedsiębiorcy ci posiadali praktycznie monopolistyczną pozycję na rynkach objętych praktyką.
- (509) W przypadku natomiast PGNiG oraz Veolii Polska, Prezes Urzędu wziął pod uwagę wpływającą na obniżenie kary okoliczność niskiego udziału obrotów z rynku właściwego w obrocie tych przedsiębiorców.
- (510) W poniższej tabeli przedstawiona została wysokość kar po wzięciu pod uwagę całokształtu okoliczności relewantnych na tym etapie wyliczania kary.

Podmiot	Wymiar kary		
	Natura naruszenia	Specyfika rynku	Po modyfikacji
Veolia Energia Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie	33 775 852,59 zł	↑ 30 %	43 908 608,36 zł
Veolia Energia Polska S.A. z siedzibą w Warszawie	32 793 120,65 zł	↓ 60 %	13 117 248,26 zł
PGNiG Termika S.A. z siedzibą w Warszawie	39 229 380,00 zł	↑ 30 %	50 998 194,00 zł
Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. z siedzibą w Warszawie	412 340 000,00 zł	↓ 60 %	164 936 000,00 zł

12.2.2. Okres naruszenia

- (511) Dokonując oceny wpływu okresu naruszenia na wymiar kary, Prezes Urzędu przyjmuje, że kwota bazowa kar może ulec zwiększeniu ze względu na długotrwałe stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję. Jako długotrwałe traktowane są naruszenia trwające dłużej niż rok.

- (512) Prezes Urzędu ustalił, że porozumienie będące przedmiotem niniejszej decyzji funkcjonowało od najpóźniej 18 września 2014 r. do czerwca 2017 r. Tym samym w niniejszej sprawie dochodziło do ograniczenia konkurencji na przestrzeni prawie 3 lat. Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że istnieją uzasadnione podstawy do podwyższenia kwoty bazowej na tym etapie obliczania wysokości kary o 100%.

Podmiot	Wymiar kary		
	Kwota z drugiego etapu naliczania wysokości kary	Długotrwałość naruszenia	Po modyfikacji
Veolia Energia Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie w Warszawie	43 908 608,36 zł	↑ 100 %	87 817 216,72 zł
Veolia Energia Polska S.A. z siedzibą w Warszawie	13 117 248,26 zł	↑ 100 %	26 234 496,52 zł
PGNiG Termika S.A. z siedzibą w Warszawie	50 998 194,00 zł	↑ 100 %	101 996 388,00 zł
Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. z siedzibą w Warszawie	164 936 000,00 zł	↑ 100 %	329 872 000,00 zł

12.2.3. Okoliczności łagodzące oraz obciążające

- (513) Oceniając okoliczności naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu dokonuje podziału tych okoliczności na mające wpływ na zwiększenie (okoliczności obciążające) i zmniejszenie (okoliczności łagodzące) wymiaru kary. Prezes Urzędu przyjmuje, że z uwagi na te okoliczności kwoty ustalone na wcześniejszym etapie obliczania wysokości kar mogą ulec zwiększeniu bądź zmniejszeniu maksymalnie o 80%.
- (514) Okolicznością łagodzącą, którą Prezes Urzędu wziął pod uwagę w odniesieniu do wszystkich stron jest zaniechanie stosowania praktyk ograniczających konkurencję przed wszczęciem postępowania antymonopolowego.
- (515) Jako okoliczność obciążającą w odniesieniu do wszystkich stron organ antymonopolowy potraktował fakt, że dokonane naruszenie miało charakter umyślny. Szersze ustalenia w tym zakresie znajdują się w pkt. (500) i n. niniejszej decyzji.
- (516) W ocenie Prezesa Urzędu w rozpatrywanej sprawie występuje dodatkowa okoliczność obciążająca, która ma zastosowanie wyłącznie wobec PGNiG. Prezes Urzędu przyjął, że na zwiększenie wymiaru kary wpływ ma okoliczność dokonania uprzednio przez tego przedsiębiorcę podobnego naruszenia.¹¹⁴
- (517) Biorąc pod uwagę powyższe, Prezes Urzędu na tym etapie wymierzenia kar uznał za zasadne podwyższenie ich wysokości w sposób podany w poniższej tabeli.

¹¹⁴ Decyzja Prezesa Urzędu z 29 września 2004, nr RLU-30/2004.

Podmiot	Wymiar kary		
	Kwota z trzeciego etapu naliczania wysokości kary	Okoliczności łagodzące i obciążające	Po modyfikacji
Veolia Energia Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie w Warszawie	87 817 216,72 zł	↑ 5 %	92 208 077,56 zł
Veolia Energia Polska S.A. z siedzibą w Warszawie	26 234 496,52 zł	↑ 5 %	27 546 221,35 zł
PGNiG Termika S.A. z siedzibą w Warszawie	101 996 388,00 zł	↑ 5 %	107 096 207,40 zł
Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. z siedzibą w Warszawie	329 872 000,00 zł	↑ 15 %	379 352 800,00 zł

12.2.4. Zastosowanie progu maksymalnego wymiaru kar

(518) Wymierzając wysokość nakładanych kar Prezes Urzędu miał na uwadze maksymalny, możliwy do wymierzenia wymiar kar. Zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary. W związku z powyższym Prezes Urzędu ustalił wysokość obrotów osiągniętych przez strony postępowania w 2019 r. i ustalił, że wymiar kar wyliczony w oparciu o obroty z 2017 r. nie przekracza maksymalnego progu.

12.2.5. Wymiar kar

(519) Prezes Urzędu biorąc pod uwagę maksymalny próg kary wynikający z ww. przepisu ustalił kary w wysokościach przedstawionych w poniższej tabeli.

Podmiot	Wysokość kar pieniężnych
Veolia Energia Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie	92 208 077,56 zł
Veolia Energia Polska S.A. z siedzibą w Warszawie	27 546 221,35 zł
PGNiG Termika S.A. z siedzibą w Warszawie	107 096 207,40 zł
Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. z siedzibą w Warszawie	379 352 800,00 zł

(520) W ocenie Prezesa Urzędu wskazane powyżej wysokości kar odzwierciedlają stopień, okres i okoliczności naruszenia przepisów u.o.k.k., a także fakt uprzednich naruszeń tej ustawy.

(521) Należy podkreślić, że zdaniem Prezesa Urzędu tylko kary w ustalonej wyżej wysokości pozwolą osiągnąć cele, jakie są związane z tym rodzajem sankcji. Nakładając karę pieniężną Prezes Urzędu kieruje się bowiem założeniem, że powinna ona spełniać funkcję represyjną, jak i prewencyjną (dyscyplinującą). Nałożone kary pieniężne powinny przyczynić się do

zapewnienia trwałego zaprzestania w przyszłości naruszania przez strony reguł konkurencji. Aby skutecznie zapobiegać próbom pojawienia się w przyszłości takich niekorzystnych zjawisk, muszą być ostrzeżeniem odczuwalnym. Wobec powyższego w niniejszej sprawie kary pieniężne powinny być na tyle dolegliwe, by uczestnicy stwierdzonego porozumienia odczuli je w sposób wymierny. Kary w ustalonych wysokościach będą miały wobec ww. spółek taki właśnie wymiar.

12.3. Zastosowanie programu łagodzenia kar względem PGNiG Termika i PGNiG

- (522) Zgodnie z art. 113a u.o.k.k. możliwe jest złożenie wniosku o odstąpienie od wymierzenia lub o obniżenie kary pieniężnej. Powyższa regulacja przewiduje, że podmiot, który współpracuje z Prezesem Urzędu w ujawnieniu i wykazaniu zawarcia niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję, jest traktowany łagodniej. To łagodniejsze traktowanie przejawia się w możliwości odstąpienia od wymierzenia kary albo obniżenia wymiaru kary pieniężnej za udział w antykonkurencyjnym porozumieniu.
- (523) PGNiG Termika jako pierwsza z uczestników porozumienia złożyła wniosek, w którym dostarczyła dowody i informacje dotyczące charakteru oraz mechanizmu funkcjonowania porozumienia. W momencie złożenia wniosku, Prezes Urzędu nie miał wiedzy na temat zawartego przez strony postępowania porozumienia, a więc nie mógł wszcząć postępowania antymonopolowego lub wydać decyzji, o której mowa w art. 10 lub 11 u.o.k.k. Ustalając znaczenie oświadczeń i dowodów przedłożonych przez wnioskodawcę, organ ochrony konkurencji uwzględnia ich wartość i moc dowodową. Prezes Urzędu pozytywnie ocenił i uznał za posiadające istotną wartość dodaną informacje przedstawione przez PGNiG Termika. Przekazane informacje pozwoliły Prezesowi Urzędu na przeprowadzenie ukierunkowanego przeszukania w siedzibie Veolii Warszawa, a następnie wszczęcie postępowania antymonopolowego. Wniosek złożony przez PGNiG Termika objął również PGNiG jako spółkę matkę wobec PGNiG Termika oraz p. Marka Deca jako osobę zarządzającą PGNiG Termika.

12.3.1. Warunki zastosowania programu łagodzenia kar

- (524) Stosownie do art. 113b u.o.k.k. Prezes Urzędu odstępuje od nałożenia kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt 1 lub 2 u.o.k.k., na przedsiębiorcę, który zawarł porozumienie, o którym mowa w art. 6 ust. 1 u.o.k.k. lub w art. 101 TFUE i który złożył wniosek o odstąpienie od wymierzenia lub o obniżenie kary pieniężnej (dalej: „wnioskodawca leniency”), w przypadku, gdy przedsiębiorca ten łącznie:

- a) jako pierwszy z uczestników porozumienia złożył wniosek zgodny z wymogami, określonymi w art. 113a ust. 2 u.o.k.k.¹¹⁵ oraz spełnił warunki określone w art. 113a ust. 3¹¹⁶, 5 i 6¹¹⁷ u.o.k.k;
- b) przedstawił: dowód wystarczający do wszczęcia postępowania antymonopolowego lub informacje umożliwiające Prezesowi Urzędu uzyskanie takiego dowodu, o ile Prezes Urzędu nie posiadał w tym czasie tych informacji lub dowodów;
- c) nie nakłaniał innych przedsiębiorców do uczestnictwa w porozumieniu.

12.3.2. Kolejność złożenia wniosku i spełnienie wymagań formalnych

- (525) W dniu 7 czerwca 2017 r. PGNiG Termika złożyła wniosek skrócony o odstąpienie lub obniżenie kary pieniężnej na podstawie art. 113e u.o.k.k. Wniosek ten został następnie uzupełniony do formy wniosku pełnego pismami z dnia 13 lipca 2017 r., z dnia 31 lipca 2017 r. oraz z dnia 10 sierpnia 2017 r.
- (526) W dniu 14 czerwca 2018 r. Prezes Urzędu zawiadomił wnioskodawcę, że wstępna analiza wniosku oraz materiału dowodowego dostarczonego przez niego wskazywała, że może on spełniać warunki określone w art. 113a-113c u.o.k.k.
- (527) Wniosek złożony przez PGNiG Termika był pierwszym wnioskiem złożonym w przedmiotowej sprawie. Wniosek spełniał również wymagania formalne dotyczące elementów składowych wynikające z art. 113a ust. 2 u.o.k.k. Ponadto zostało spełnione wymaganie wynikające z art. 113a ust. 3 u.o.k.k. dotyczące nieujawniania zamiaru złożenia wniosku.

12.3.3. Przedstawienie dowodów

- (528) Prezes Urzędu oceniając, czy wnioskodawca leniency spełnił przesłanki do odstąpienia od nałożenia kary za udział w sprzecznym z prawem konkurencji porozumieniu, wziął pod uwagę – stosownie do art. 113b pkt 2 lit. a u.o.k.k. – czy przedstawił on dowód wystarczający do wszczęcia postępowania antymonopolowego lub informacje umożliwiające Prezesowi Urzędu uzyskanie takiego dowodu, o ile Prezes Urzędu takich dowodów lub informacji nie posiadał.

¹¹⁵ Art. 113a ust. 2 u.o.k.k. stanowi: *Wniosek zawiera opis porozumienia wskazujący w szczególności; 1) przedsiębiorców, którzy zawarli porozumienie; 2) produkty lub usługi, których dotyczy porozumienie; 3) terytorium objęte porozumieniem; 4) cel porozumienia; 5) okoliczności zawarcia porozumienia; 6) okoliczności i sposób funkcjonowania porozumienia; 7) czas trwania porozumienia; 8) rolę poszczególnych przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu; 9) imiona, nazwiska i stanowiska służbowe osób pełniących w porozumieniu znaczącą rolę wraz z jej opisem; 10) czy wniosek został złożony również do organów ochrony konkurencji państw członkowskich Unii Europejskiej lub Komisji Europejskiej.*

¹¹⁶ Art. 113a ust. 3 u.o.k.k. stanowi: *Przedsiębiorca o którym mowa ust. 1, jest obowiązany nie ujawniać zamiaru złożenia wniosku.*

¹¹⁷ Art. 113a ust. 6 u.o.k.k. stanowi: *Wnioskodawca, który nie zaprzestął uczestnictwa w porozumieniu przed złożeniem wniosku, jest obowiązany zaprzestać tego uczestnictwa niezwłocznie po złożeniu wniosku.*

- (529) Należy wskazać, że przedmiotowy wniosek został złożony przed wszczęciem postępowania wyjaśniającego w sprawie. Prezes Urzędu uznał, że wśród zawartych we wniosku informacji i dowodów znajdowały się bezpośrednie i pośrednie dowody wskazujące na funkcjonowanie niedozwolonego porozumienia. Przedstawione również zostały liczne wyjaśnienia dotyczące przedmiotowego porozumienia m.in. ogólny opis funkcjonowania porozumienia, w szczególności korespondencję elektroniczną pomiędzy przedstawicielami PGNiG Termika i Veolii Warszawa dotyczącą szczegółów współpracy. Na podstawie informacji i dowodów przedstawionych przez wnioskodawcę leniency, Prezes Urzędu przeprowadził przeszukanie pomieszczeń i rzeczy Veolia Energia Warszawa. Jednocześnie Prezesa Urzędu przez złożeniem przedmiotowego wniosku nie posiadał dowodów wystarczających do wszczęcia postępowania antymonopolowego lub informacji umożliwiających uzyskanie takich dowodów.
- (530) Mając na uwadze powyższe rozważenia, Prezes Urzędu ocenił pozytywnie i uznał za posiadające istotną wartość dodaną informacje i dowody przedstawione we wniosku leniency.

12.3.4. Nienakłanianie innych do udziału w porozumieniu

- (531) Stosownie do art. 113b pkt 3 u.o.k.k., Prezes Urzędu odstępuje od nałożenia kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt 1 lub 2 u.o.k.k., na przedsiębiorcę, który zawarł porozumienie, o którym mowa w art. 6 ust. 1 u.o.k.k. lub w art. 101 ust. 1 TFUE, w przypadku gdy przedsiębiorca ten nie nakłaniał innych przedsiębiorców do uczestnictwa w porozumieniu.
- (532) W związku z powyższym, interpretacja pojęcia nakłaniania przywołanego w art. 113b pkt 3 u.o.k.k. ma znaczenie dla oceny, czy Prezes Urzędu może odstąpić od nałożenia kary pieniężnej na wnioskodawcę leniency.
- (533) Z językowego punktu widzenia „nakłanianie” oznacza „*wpłynąć na czyjąś decyzję, namówić, przekonać, zachęcić, skłonić*”.¹¹⁸ Tym samym, nakłanianie do uczestnictwa w porozumieniu może mieć postać wpływania na decyzje innych przedsiębiorców co do uczestnictwa w porozumieniu, namawiania, przekonywania, zachęcania do uczestnictwa w porozumieniu.
- (534) W zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym brak jest dowodów na nakłanianie przez wnioskodawcę leniency innych przedsiębiorców do uczestnictwa w porozumieniu zawartym przez strony niniejszego postępowania. Twierdzenia Veolii Warszawa jakoby PGNiG Termika wywierała presję na tę spółkę, nie znalazły odzwierciedlenia w zebranych materiale dowodowym. Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że spełniony został określony w

¹¹⁸ M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*. Tom drugi: L-P, PWN, Warszawa 1993, s. 264.

art. 113b pkt 3 u.o.k.k warunek nienakłaniania innych przedsiębiorców do uczestnictwa w porozumieniu.

12.3.5. Współpraca z Prezesem Urzędu

- (535) Zgodnie z art. 113a ust. 5 u.o.k.k. wnioskodawca ma obowiązek współpracować z Prezesem Urzędu w pełnym zakresie od złożenia wniosku.
- (536) PGNiG Termika współpracowała z Prezesem Urzędu, dostarczając dowody, którymi dysponowała, a także udzielając informacji związanych ze sprawą.
- (537) Również PGNiG w toku prowadzonego postępowania spółka przedstawiała z własnej inicjatywy, jak i na żądanie Prezesa Urzędu, informacje i dowody potwierdzające istnienie niedozwolonego porozumienia, a także udzielała informacji związanych ze sprawą. Prezes Urzędu zwraca uwagę, że dostarczany przez PGNiG materiał dowodowy uzupełniał oświadczenia i dowody dostarczane przez PGNiG Termika.
- (538) Współpraca z Prezesem Urzędu PGNiG Termika i PGNiG w toku postępowania spełniła warunki, o których mowa w art. 113a ust. 5 u.o.k.k.

12.3.6. Zaprzestanie udziału w porozumieniu

- (539) Kolejnym wymogiem warunkującym możliwość odstąpienia od nałożenia kary pieniężnej jest zaprzestanie przez wnioskodawcę udziału w porozumieniu niezwłocznie po złożeniu wniosku.
- (540) W niniejszej sprawie wniosek został złożony w dniu 7 czerwca 2017 r. Prezes Urzędu uznał, że porozumienie zostało zaniechane w czerwcu 2017 r. [por. pkt (424) decyzji]. W związku z tym przesłanka zaprzestania uczestnictwa w porozumieniu niezwłocznie po złożeniu wniosku została spełniona.

12.3.7. Odstąpienie od nałożenia kary względem PGNiG Termika i PGNiG

- (541) Mając na względzie powyższe, należy stwierdzić, że spełnione zostały przesłanki, odstąpienia od nałożenia kary pieniężnej, która zostałaby na niego nałożona w przypadku braku współpracy z Prezesem Urzędu w ramach programu łagodzenia kar.
- (542) Prezes Urzędu przyjął przy tym, że wniosek PGNiG Termika o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej obejmuje również PGNiG, jako spółkę matkę wobec PGNiG Termika. Zgodnie z „Wyjaśnieniami Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w sprawie programu łagodzenia kar”¹¹⁹ wniosek o odstąpienie od wymierzenia lub o obniżenie kary pieniężnej złożony przez spółkę zależną, z uwagi na przynależność do jednej grupy

¹¹⁹ Wyjaśnienia Prezesa Urzędu w sprawie programu łagodzenia kar, pkt 71.

kapitałowej, obejmuje swoim zakresem również spółkę matkę. Podejście Prezesa Urzędu wynikające z ww. wyjaśnień opiera się m.in. na założeniu, że istotą grupy kapitałowej jest wspólne działanie formalnie odrębnych podmiotów, nastawione na realizację wspólnego celu gospodarczego. Tak więc na rynku uczestnicy grupy kapitałowej występują jako jeden organizm gospodarczy. Nie może zatem ulegać wątpliwości, że PGNiG jako podmiot dominujący w grupie kapitałowej posiada wiedzę o działalności spółki zależnej, tj. PGNiG Termika. Przyjąć należy, że PGNiG Termika składając wniosek o odstąpienie od wymierzenia kary lub jej obniżenie działała w interesie całej grupy kapitałowej PGNiG.

- (543) Wobec wszystkich powyższych okoliczności Prezes Urzędu odstąpił od nałożenia kary na PGNiG Termika i PGNiG.

13. Kary pieniężne nałożone na podstawie art. 106a u.o.k.k.

Ramy prawne

- (544) Zgodnie z art. 106a ust. 1 u.o.k.k. Prezes Urzędu może nałożyć na osobę zarządzającą, o której mowa w art. 6a u.o.k.k., karę pieniężną w wysokości do 2 000 000 zł, jeżeli osoba ta umyślnie dopuściła do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazów określonych w art. 6 ust. 1 pkt 1-6 u.o.k.k. lub w art. 101 ust. 1 lit. a-e TFUE.
- (545) Ustawodawca wymaga, żeby wymierzając osobie zarządzającej karę pieniężną Prezes Urzędu uwzględnił w szczególności okoliczności naruszenia przepisów ustawy oraz uprzednie naruszenie przepisów ustawy, a także stopień wpływu zachowania osoby zarządzającej na naruszenie, którego dokonał przedsiębiorca, przychody uzyskane przez osobę zarządzającą u danego przedsiębiorcy, z uwzględnieniem okresu trwania naruszenia, oraz okres i skutki rynkowe naruszenia lub skutki naruszenia dla konsumentów.
- (546) Przy wymierzaniu kar pieniężnych dla osób zarządzających Prezes Urzędu uwzględnia okoliczności obciążające i łagodzące, o których mowa w art. 111 ust. 3-4 u.o.k.k.
- (547) Wymierzając kary dla osób zarządzających, Prezes Urzędu miał na względzie przesłanki określone przez ustawodawcę. Prezes Urzędu posługiwał się również zasadami określonymi w wydanych przez siebie, zgodnie z art. 31a u.o.k.k. „Wyjaśnieniach w sprawie sposobu wymierzania kar pieniężnych dla osób zarządzających na podstawie art. 106a i 111 u.o.k.k.” (dalej: „**Wyjaśnienia w sprawie kar dla osób zarządzających**”). Całość analizy służącej wymierzeniu adekwatnych kar Prezes Urzędu przeprowadził uwzględniając kolejno:
1. charakter naruszenia, tj. jego wagę, skutki oraz inne okoliczności naruszenia nieodnoszące się jednak do stopnia wpływu zachowania osoby zarządzającej na

- naruszenie oraz jego okres, a także niestanowiących okoliczności obciążających i łagodzących;
2. stopień wpływu osoby zarządzającej na naruszenie;
 3. okoliczności obciążających i łagodzących;
 4. okres naruszenia;
 5. uprzednie naruszenia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów inne niż naruszenia podobne do naruszenia, za które jest nakładana kara pieniężna;
 6. adekwatność kary wynikającej z rozważań poczynionych we wcześniejszych krokach do naruszenia postrzeganego jako całość, w tym uwzględnienie przychodów uzyskanych przez osobę zarządzającą u danego przedsiębiorcy (z uwzględnieniem okresu trwania naruszenia);
 7. maksymalny wymiar kary.

Zastosowanie prawa w niniejszej sprawie

13.1. Przesłanka „umyślnego” naruszenia przepisów

- (548) Możliwość nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej z art. 106a ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. wymaga stwierdzenia, że doprowadzenie do naruszenia przez przedsiębiorców zakazu określonego w przepisach ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów było umyślne.
- (549) Prezes Urzędu uznał, że p. Marek Dec i p. Jacky Lacombe umyślnie przez swoje działania i zaniechania zmierzali do ograniczenia konkurencji na rynku. Szczegółowa argumentacja w tym zakresie znajduje się w pkt. (381) i n. decyzji.

13.1.1. Pan Marek Dec

Charakter naruszenia

- (550) Prezes Urzędu uznał, że zachowanie p. Marka Deca doprowadziło do bardzo poważnego naruszenia reguł konkurencji przez PGNiG Termika. Naruszenie to polegało na podejmowaniu przez konkurentów szerokiego spektrum działań służących podziałowi rynku oraz obejmowało uzgadnianie cen, tj. należało do kategorii najpoważniejszych naruszeń reguł konkurencji. Ponadto Prezes Urzędu wziął pod uwagę fakt, że porozumienie wyeliminowało potencjalną konkurencję na rynku wytwarzania ciepła oraz ograniczyło konkurencję na rynku sprzedaży detalicznej.

- (551) W odniesieniu do p. Marka Deca Prezes Urzędu uznał za uzasadnione określenie następującej kwoty początkowej:

Osoba zarządzająca	Kwota początkowa służąca określeniu kary
Marek Dec	100 000,00 zł

Stopień wpływu na naruszenie

- (552) Prezes Urzędu uznał, że stopień wpływu p. Marka Deca na naruszenie PGNiG Termika był wysoki.
- (553) Pan Marek Dec był Prezesem Zarządu PGNiG Termika, odpowiadającym za prowadzenie spraw spółki. Jak wynika z materiału dowodowego powołanie p. Marka Deca na stanowisko Prezesa Zarządu było oceniane w ramach grupy kapitałowej jako okoliczność, która ułatwiła rozpoczęcie współpracy PGNiG Termika z Veolią Warszawa [pkt (88)]. Prezes Urzędu uznał, że powołanie p. Marka Deca na funkcję Prezesa Zarządu miało istotny wpływ na nawiązanie oraz określenie warunków niedozwolonej współpracy pomiędzy spółkami.
- (554) W ocenie Prezesa Urzędu p. Marek Dec miał decydujący wpływ na naruszenie, tj. bez jego działań do naruszenia mogłoby nie dojść lub naruszenie byłoby znacznie utrudnione. Pan Marek Dec jako członek organu zarządzającego PGNiG Termika, miał realny wpływ na proces podejmowania głównych decyzji biznesowych w spółce.
- (555) W tym zakresie, Prezes Urzędu wziął pod uwagę, że p. Marek Dec wyraził zgodę na rozwiązanie umowy przesyłowej, bez której nie była możliwa sprzedaż ciepła przez PGNiG Termika do odbiorców końcowych. Również na polecenie p. Marka Deca PGNiG Termika zaniechała sprzedaży ciepła do odbiorców końcowych. Należy również wskazać na zaangażowanie p. Marka Deca w kontynuowanie współpracy pomiędzy PGNiG Termika i Veolia Warszawa. Pan Marek Dec pozostawał w stałym kontakcie z przedstawicielami Veolii Warszawa, w ramach których otrzymywał i przekazywał informacje na temat realizacji przyjętych ustaleń.
- (556) Pan Marek Dec w związku z pełnioną funkcją posiadał pełną wiedzę o tym, że spółka prowadzi politykę wyeliminowania potencjalnej konkurencji na rynku wytwarzania ciepła i ograniczenia konkurencji na rynku sprzedaży ciepła.
- (557) Z powyższych względów przy dokonywaniu oceny stopnia wpływu p. Marka Deca na naruszenie, Prezes Urzędu zastosował następujący mnożnik:

Osoba zarządzająca	Kwota początkowa służąca określeniu kary	Mnożnik służący odzwierciedleniu stopnia wpływu na naruszenie	Kwota po uwzględnieniu stopnia wpływu na naruszenie
Marek Dec	100 000,00 zł	1	100 000,00 zł

Okoliczności łagodzące i obciążające

- (558) Okoliczności obciążające przemawiają za wymierzeniem kary bardziej dolegliwej, okoliczności łagodzące za karą niższego wymiaru. Prezes Urzędu ocenia okoliczności te łącznie, indywidualnie dla każdej sprawy oraz dla każdego przedsiębiorcy, przyjmując zarazem, że poszczególne okoliczności obciążające lub łagodzące mogą mieć różną wagę.
- (559) Prezes Urzędu po przeanalizowaniu zebranego w sprawie materiału dowodowego nie zidentyfikował występowania w sprawie okoliczności łagodzących i obciążających w odniesieniu do p. Marka Deca.

Okres naruszenia

- (560) Prezes Urzędu przypisał p. Markowi Decowi odpowiedzialność za naruszenie dokonane przez PGNiG Termika w okresie od 18 stycznia 2015 r. do 26 stycznia 2016 r., tj. okres naruszenia wynikający z art. 6a u.o.k.k. wynosił niewiele ponad rok. W konsekwencji okres uczestnictwa w naruszeniu wpłynął następująco na określenie wymiaru kary:

Osoba zarządzająca	Kwota po uwzględnieniu stopnia wpływu na naruszenie	Mnożnik służący odzwierciedleniu okresu naruszenia	Kwota po uwzględnieniu okresu naruszenia
Marek Dec	100 000,00 zł	1	100 000,00 zł

Uprzednie naruszenie

- (561) Prezes Urzędu nie zidentyfikował uprzednich naruszeń ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, które wymagałyby wzięcia pod uwagę przy wymierzaniu kary pieniężnej w odniesieniu do p. Marka Deca.

Adekwatność

- (562) Określając wysokość kary pieniężnej Prezes Urzędu uwzględnił, czy kwota będąca wynikiem analizy na poprzednich etapach nie będzie pozostawać rażąco nieadekwatna w warunkach rozpatrywanej sprawy. W powyższym zakresie Prezes Urzędu wziął pod uwagę przychody (w okresie naruszenia) p. Marka Deca w PGNiG Termika. Przychody te Prezes Urzędu ustalił na podstawie informacji przekazanych przez PGNiG Termika.

Dowód: [informacja chroniona], k. 6996-6997.

- (563) W ocenie Prezesa Urzędu kara wyliczona na poprzednich etapach spełnia wymóg adekwatności i nie powinna być modyfikowana na obecnym etapie.

Maksymalny wymiar kary

- (564) Prezes Urzędu przy nałożeniu kary na p. Marka Deca uwzględnił maksymalny wymiar kary, o którym mowa w pkt. (544), w którym wskazano, że kara nie może przekroczyć kwoty 2 000 000 zł. Kara wyliczona na podstawie zaprezentowanej metodyki jest znacznie poniżej progu kary maksymalnej.

Wysokość kary pieniężnej

- (565) Mając na uwadze stopień wpływu p. Marka Deca na naruszenie PGNiG Termika, Prezes Urzędu określił następującą wysokość kary pieniężnej:

Osoba zarządzająca	Wysokość kary pieniężnej
Marek Dec	100 000,00 zł

13.1.1.1. Zastosowanie programu łagodzenia kar względem Pana Marka Deca

- (566) Prezes Urzędu odstąpił od nakładania kary na p. Marka Deca zgodnie z art. 113b u.o.k.k. w związku z art. 113j u.o.k.k., z uwagi na uwzględnienie wniosku o odstąpienie od nałożenia kary złożonego w ramach programu łagodzenia kar przez PGNiG Termika.

13.2. Pan Jacky Lacombe

Charakter naruszenia

- (567) Prezes Urzędu uznał, że zachowanie p. Jacky'ego Lacombe'a doprowadziło do bardzo poważnego naruszenia reguł konkurencji przez Veolia Warszawa. Naruszenie to polegało na podejmowaniu przez konkurentów szerokiego spektrum działań służących podziałowi rynku oraz obejmowało uzgadnianie cen, tj. należało do kategorii najpoważniejszych naruszeń reguł konkurencji. Ponadto Prezes Urzędu wziął pod uwagę fakt, że porozumienie wyeliminowało potencjalną konkurencję na rynku wytwarzania ciepła oraz ograniczyło konkurencję na rynku sprzedaży detalicznej.
- (568) Z tego względu Prezes Urzędu określił następującą kwotę bazową kary pieniężnej:

Osoba zarządzająca	Kwota początkowa służąca określeniu kary
Jacky Lacombe	100 000,00 zł

Stopień wpływu na naruszenie

- (569) Prezes Urzędu uznał, że stopień wpływu p. Jacky’ego Lacombe’a na naruszenie Veolii Warszawa był wysoki. Pan Jacky Lacombe był Prezesem Zarządu Veolii Warszawa, zaangażowanym w prowadzenie spraw spółki. W związku z pełnioną funkcją w organie zarządzającym Veolii Warszawa, odpowiadał za strategię spółki, w tym wszelkie projekty inwestycyjne.
- (570) W ocenie Prezesa Urzędu p. Jacky Lacombe miał decydujący wpływ na naruszenie, tj. bez jego działań do naruszenia mogłoby nie dojść lub naruszenie byłoby znacznie utrudnione. Pan Jacky Lacombe jako członek organu zarządzającego Veolii Warszawa, miał realny wpływ na proces podejmowania głównych decyzji biznesowych w spółce.
- (571) Pan Jacky Lacombe dążył do wznowienia współpracy PGNiG Termika i Veolia Warszawa. Jak wynika z materiału dowodowego powołanie p. Jacky’ego Lacombe’a na stanowisko przyczyniło się do powrotu PGNiG Termika i Veolii Warszawa do rozmów o współpracy [pkt (88)]. Od momentu objęcia funkcji Prezesa Zarządu Veolii Warszawa p. Jacky Lacombe aktywnie uczestniczył w spotkaniach z przedstawicielami PGNiG Termika. Uczestniczył też w uzgodnieniach Drugiego Projektu Porozumienia w Sprawie Partnerstwa Energetycznego, które ukształtowały faktyczne ramy współpracy między spółkami [pkt (106)]. Pan Jacky Lacombe, dzień po podpisaniu Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego, wysłał do p. Marka Deca e-maila potwierdzającego wstrzymanie budowy nowego źródła ciepła w Warszawie [pkt (120)]. Ponadto p. Jacky Lacombe rekomendował spółce matce rezygnację z budowy nowego źródła ciepła, której powodem miało być podjęcie przez Veolię Warszawa współpracy z PGNiG Termika [pkt (121)].
- (572) Mając na uwadze powyższe, Prezes Urzędu uznał, że p. Jacky Lacombe ponosi pełną odpowiedzialność za prowadzoną przez Veolię Warszawa politykę wyeliminowania potencjalnej konkurencji na rynku wytwarzania ciepła i ograniczenia konkurencji na rynku sprzedaży ciepła. Z tego względu przy dokonywaniu oceny stopnia wpływu p. Jacky’ego Lacombe’a na naruszenie, Prezes Urzędu zastosował następujący mnożnik:

Osoba zarządzająca	Kwota początkowa służąca określeniu kary	Mnożnik służący odzwierciedleniu stopnia wpływu na naruszenie	Kwota po uwzględnieniu stopnia wpływu na naruszenie
Jacky Lacombe	100 000,00 zł	1	100 000,00 zł

Okoliczności łagodzące i obciążające

- (573) Okoliczności obciążające przemawiają za wymierzeniem kary bardziej dolegliwej, okoliczności łagodzące za karą niższego wymiaru. Prezes Urzędu ocenia okoliczności te łącznie, indywidualnie dla każdej sprawy oraz dla każdego przedsiębiorcy, przyjmując zarazem, że poszczególne okoliczności obciążające lub łagodzące mogą mieć różną wagę.
- (574) Prezes Urzędu po przeanalizowaniu materiału dowodowego nie zidentyfikował występowania w sprawie okoliczności obciążających i łagodzących w odniesieniu do p. Jacky'ego Lacombe'a.

Okres naruszenia

- (575) Prezes Urzędu przypisał p. Jacky'emu Lacombe'owi odpowiedzialność za naruszenie dokonane przez Veolię Warszawa w okresie od 18 stycznia 2015 r. do czerwca 2017 r., tj. okres naruszenia wynikający z art. 6a u.o.k.k. wynosił ponad 2 lata.
- (576) W konsekwencji okres uczestnictwa w naruszeniu wpływał następująco na określenie wymiaru kary:

Osoba zarządzająca	Kwota po uwzględnieniu stopnia wpływu na naruszenie	Mnożnik służący odzwierciedleniu okresu naruszenia	Kwota po uwzględnieniu okresu naruszenia
Jacky Lacombe	100 000,00 zł	2	200 000,00 zł

Uprzednie naruszenie

- (577) Prezes Urzędu nie zidentyfikował uprzednich naruszeń u.o.k.k., które wymagałyby wzięcia pod uwagę przy wymierzaniu kary p. Jacky'emu Lacombe'owi.

Adekwatność

- (578) Określając wysokość kary pieniężnej Prezes Urzędu uwzględnił, czy kwota będąca wynikiem analizy na poprzednich etapach nie będzie pozostawać rażąco nieadekwatna w warunkach rozpatrywanej sprawy. W powyższym zakresie Prezes Urzędu wziął pod uwagę przychody (w okresie naruszenia) p. Jacky'ego Lacombe'a w Veolii Warszawa. Przychody te Prezes Urzędu ustalił na podstawie informacji przekazanych przez Veolię Warszawa.

Dowód: [informacja chroniona], k. 6940-6944.

- (579) W ocenie Prezesa Urzędu kara wyliczona na poprzednich etapach spełnia wymóg adekwatności i nie powinna być modyfikowana na obecnym etapie.

Maksymalny wymiar kary

- (580) Prezes Urzędu uwzględnił maksymalny wymiar kary, o którym mowa w pkt. (544), w którym wskazano, że kara nie może przekroczyć kwoty 2 000 000 zł. Kara wyliczona na podstawie zaprezentowanej metodyki jest znacznie poniżej progu kary maksymalnej.

Wysokość kary pieniężnej

- (581) Mając na uwadze stopień wpływu p. Marka Deca na naruszenie PGNiG Termika, Prezes Urzędu określił następującą wysokość kary pieniężnej:

Osoba zarządzająca	Wysokość kary pieniężnej
Jacky Lacombe	200 000,00 zł

14. Koszty postępowania

- (582) Zgodnie z art. 77 ust. 1 u.o.k.k., jeżeli w wyniku postępowania Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przepisów u.o.k.k., przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia oraz osoba zarządzająca, która do naruszania dopuściła są obowiązani ponieść koszty postępowania. Natomiast w świetle art. 80 u.o.k.k., Prezes Urzędu rozstrzyga o kosztach w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie.
- (583) Z przepisów u.o.k.k. nie wynika, co składa się na koszty postępowania, o których mowa w art. 77 u.o.k.k. Wobec wyrażonego w art. 83 u.o.k.k. generalnego odesłania w sprawach nieuregulowanych do przepisów k.p.a., należy przyjąć, że zakres tych kosztów wyznacza art. 263 § 1 k.p.a. Tym samym, do kosztów postępowania należy zaliczyć: (i) koszty podróży i inne należności świadków i biegłych oraz stron; (ii) koszty doręczania stronom pism urzędowych; (iii) inne koszty bezpośrednio związane z rozstrzygnięciem sprawy.
- (584) W decyzji stwierdzono stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję. Na koszty w niniejszym postępowaniu składają się wydatki związane z prowadzoną w toku postępowania korespondencją. W związku z powyższym postanowiono obciążyć:
1. Veolię Energia Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie w kwocie **296,40 zł** (słownie: dwieście dziewięćdziesiąt sześć złotych czterdzieści groszy);
 2. Veolię Energia Polska S.A. z siedzibą w Warszawie w kwocie **219,60 zł** (słownie: dwieście dziewiętnaście złotych sześćdziesiąt groszy);

3. PGNiG Termika S.A. z siedzibą w Warszawie w kwocie **244,80 zł** (słownie: dwieście czterdzieści cztery złote osiemdziesiąt groszy);
4. Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. z siedzibą w Warszawie w kwocie **228,10 zł** (słownie: dwieście dwadzieścia osiem złotych dziesięć groszy);
5. p. Marka Deca w kwocie **208,60 zł** (słownie: dwieście osiem złotych sześćdziesiąt groszy);
6. p. Jacky'ego Lacombe'a w kwocie **239,90 zł** (słownie: dwieście trzydzieści dziewięć złotych dziewięćdziesiąt groszy)

(585) Koszty postępowania należy uiścić w terminie **14 dni od daty uprawomocnienia się niniejszej decyzji** na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

NBP O/O Warszawa 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000

(586) Zgodnie z art. 112 ust. 3 u.o.k.k. **karę pieniężną** należy uiścić w terminie **14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji** na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

NBP O/O Warszawa 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000

(587) Przy dokonywaniu wpłaty należy dopisać numer decyzji Prezesa Urzędu stanowiącej podstawę jej dokonania.

(588) Zgodnie z art. 81 ust. 1 u.o.k.k. w zw. z art. 479²⁸ § 2 k.p.c. od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, **w terminie miesiąca** od dnia doręczenia niniejszej decyzji.

(589) W przypadku kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach postępowania zawartego w pkt. VIII sentencji niniejszej decyzji, na podstawie art. 264 § 2 k.p.a., w związku z art. 83 u.o.k.k., jak również stosownie do art. 81 ust. 5 u.o.k.k., w związku z art. 479³² §1 oraz §2 k.p.c., stronie przysługuje zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie tygodnia od dnia doręczenia niniejszej decyzji z postanowieniem.

(590) Zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 9 w związku z art. 32 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t.j.: Dz. U. z 2020 r., poz. 755 ze zm.), odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów podlega opłacie stałej w kwocie 1000 zł, a zażalenie na postanowienie Prezesa Urzędu w kwocie 500 zł.

- (591) Zgodnie z art. 103 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, sąd może przyznać zwolnienie od kosztów sądowych osobie prawnej lub jednostce organizacyjnej niebędącej osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, jeżeli wykazała, że nie ma dostatecznych środków na ich uiszczenie.
- (592) Zgodnie z art. 105 ust. 1 zd. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, wniosek o przyznanie zwolnienia od kosztów sądowych należy zgłosić na piśmie lub ustnie do protokołu w sądzie, w którym sprawa ma być wytoczona lub już się toczy.
- (593) Stosownie do treści art. 117 § 1 k.p.c. strona zwolniona przez sąd od kosztów sądowych w całości lub części, może domagać się ustanowienia adwokata lub radcy prawnego. Zgodnie z art. 117 § 2 k.p.c. osoba fizyczna, niezwolniona przez sąd od kosztów sądowych, może się domagać ustanowienia adwokata lub radcy prawnego, jeżeli złoży oświadczenie, z którego wynika, że nie jest w stanie ponieść kosztów wynagrodzenia adwokata lub radcy prawnego bez uszczerbku utrzymania koniecznego dla siebie i rodziny. Zgodnie z art. 117 § 3 k.p.c. osoba prawna lub inna jednostka organizacyjna, której ustawa przyznaje zdolność sądową, niezwolniona przez sąd od kosztów sądowych, może się domagać ustanowienia adwokata lub radcy prawnego, jeżeli wykaże, że nie ma dostatecznych środków na poniesienie kosztów wynagrodzenia adwokata lub radcy prawnego.
- (594) Zgodnie z art. 117 § 4 k.p.c. wniosek o ustanowienie adwokata lub radcy prawnego strona zgłasza wraz z wnioskiem o zwolnienie od kosztów sądowych lub osobno, na piśmie lub ustnie do protokołu, w sądzie, w którym sprawa ma być wytoczona lub już się toczy. Osoba fizyczna, która nie ma miejsca zamieszkania w siedzibie tego sądu, może złożyć wniosek o ustanowienie adwokata lub radcy prawnego w sądzie rejonowym właściwym ze względu na miejsce swego zamieszkania, który niezwłocznie przesyła ten wniosek sądowi właściwemu.
- (595) Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w punktach I-VIII sentencji niniejszej decyzji.

*Z upoważnienia
Prezesa Urzędu Ochrony
Konkurencji i Konsumentów*

*Dyrektor Departamentu Ochrony Konkurencji
Tomasz Bagdziński*

Załącznik 1

Struktura decyzji

Spis treści

UZASADNIENIE	4
PREZES URZĘDU NA PODSTAWIE ZEBRANEGO MATERIAŁU DOWODOWEGO USTALIŁ, CO NASTĘPUJE	6
1. STRONY POSTĘPOWANIA	6
1.1. PGNiG Termika	7
1.2. Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo	7
1.3. Veolia Warszawa	7
1.4. Veolia Polska	8
1.5. Pan Marek Dec	8
1.6. Pan Jacky Lacombe	8
2. OPIS PRODUKTU	9
2.1. Energia cieplna	9
2.2. Funkcjonowanie sieci ciepłowniczych	10
2.3. Kształtowanie cen ciepła	12
2.4. Charakterystyka warszawskiego rynku ciepła	13
3. WPROWADZENIE DO TREŚCI DECYZJI	17
3.1. Słownik pojęć	17
4. PRAKTYKA BĘDĄCA PRZEDMIOTEM NINIEJSZEJ DECYZJI	18
4.1. Umowa o Zachowaniu Poufności z 2012 r.	19
4.2. Umowa o Zachowaniu Poufności z 2014 r.	26
4.3. Pierwszy projekt Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego	29
4.4. Drugi projekt Porozumienia w sprawie Partnerstwa Energetycznego	32
4.5. Porozumienie w sprawie Partnerstwa Energetycznego	36
4.5.1. Projekt Accord	37
4.5.2. Działania stron na szczeblu wytwarzania ciepła	39
4.5.3. Działania stron na szczeblu dostaw ciepła	45
4.5.4. Działania stron dotycząca kształtowania cen za zamówioną moc i ciepło	51
5. STANOWISKA STRON POSTĘPOWANIA	56
5.1. Stanowisko Veolii Warszawa	56
5.2. Stanowisko Veolii Polska	63

5.3.	Stanowisko PGNiG Termika _____	64
5.4.	Stanowisko PGNiG _____	65
5.5.	Stanowisko Pana Marka Deca _____	65
5.6.	Stanowisko Pana Jacky'ego Lacombe'a _____	65
6.	INTERES PUBLICZNY _____	67
7.	PODMIOTY NARUSZAJĄCE REGULY KONKURENCJI _____	68
7.1.	Przedsiębiorstwa _____	68
7.1.1.	PGNiG Termika i PGNiG _____	69
7.1.2.	Veolia Warszawa i Veolia Polska _____	69
7.2.	Przedsiębiorcy _____	70
8.	RYNEK WŁAŚCIWY _____	71
9.	WPLYW NA HANDEL MIĘDZY PAŃSTWAMI CZŁONKOWSKIMI _____	75
10.	NARUSZENIE ART. 6 U.O.K.K. I ART. 101 TFUE _____	78
10.1.	Porozumienia i praktyki uzgodnione _____	78
10.2.	Standard dowodu _____	90
10.3.	Antykonkurencyjny cel porozumienia _____	92
10.3.1.	Kontekst prawny i gospodarczy _____	94
10.3.2.	Treść porozumienia _____	101
10.3.3.	Intencje stron porozumienia _____	106
10.4.	Okres funkcjonowania porozumienia oraz odpowiedzialność za naruszenie podmiotów korporacyjnych 108	
10.4.1.	PGNiG Termika i PGNiG _____	109
10.4.2.	Veolia Warszawa i Veolia Polska _____	111
10.5.	Odpowiedzialność za naruszenie osób zarządzających _____	114
10.5.1.	Status osoby zarządzającej _____	114
10.5.2.	Dopuszczenie do naruszenia _____	115
10.6.	Porozumienie jako jednolite i ciągłe naruszenie _____	127
10.7.	Niepodleganie wyłączeniom spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję _____	130
10.7.1.	Brak zastosowania reguły <i>de minimis</i> _____	130
10.7.2.	Brak zastosowania wyłączenia grupowego _____	131
10.7.3.	Brak spełnienia warunków wyłączenia indywidualnego _____	132
11.	USTOSUNKOWANIE SIĘ PREZESA URZĘDU DO STANOWISKA VEOLII WARSZAWA _____	135
11.1.	Ustosunkowanie się do analizy ekonomicznej zatytułowanej „Analiza warszawskiego rynku ciepła systemowego w latach 2011-2015” dołączonej do pisma z dnia 2 kwietnia 2020 r. _____	137
11.2.	Ustosunkowanie się do analiz ekonomicznych strony dołączonych do pisma z dnia 8 czerwca 2020 r. 141	

11.3.	Ustosunkowanie się do analizy ekonomicznej zatytułowanej „Raport wykazujący brak ograniczenia konkurencji na skutek zmian struktury taryf za ciepło PGNiG Termika” dołączonej do pisma z dnia 23 września 2020 r. _____	145
11.4.	Ustosunkowanie się do analizy ekonomicznej zatytułowanej „Współpraca pomiędzy wytwórcą a dystrybutorem ciepła sieciowego – kluczowe aspekty, zasadność oraz praktyka rynkowa” dołączonej do pisma z dnia 25 listopada 2020 r. _____	147
12.	KARY PIENIĘŻNE NAŁOŻONE NA PODSTAWIE ART. 106 U.O.K.K. _____	148
12.1.	Przesłanka „choćby nieumyślnego” naruszenia przepisów _____	149
12.2.	Wysokość kar pieniężnych _____	150
12.2.1.	Stopień i skutki rynkowe naruszenia przepisów _____	150
12.2.2.	Okres naruszenia _____	151
12.2.3.	Okoliczności łagodzące oraz obciążające _____	152
12.2.4.	Zastosowanie progu maksymalnego wymiaru kar _____	153
12.2.5.	Wymiar kar _____	153
12.3.	Zastosowanie programu łagodzenia kar względem PGNiG Termika i PGNiG _____	154
12.3.1.	Warunki zastosowania programu łagodzenia kar _____	154
12.3.2.	Kolejność złożenia wniosku i spełnienie wymagań formalnych _____	155
12.3.3.	Przedstawienie dowodów _____	155
12.3.4.	Nienakłanianie innych do udziału w porozumieniu _____	156
12.3.5.	Współpraca z Prezesem Urzędu _____	157
12.3.6.	Zaprzestanie udziału w porozumieniu _____	157
12.3.7.	Odstąpienie od nałożenia kary względem PGNiG Termika i PGNiG _____	157
13.	KARY PIENIĘŻNE NAŁOŻONE NA PODSTAWIE ART. 106A U.O.K.K. _____	158
13.1.	Przesłanka „umyślnego” naruszenia przepisów _____	159
13.1.1.	Pan Marek Dec _____	159
13.2.	Pan Jacky Lacombe _____	162
14.	KOSZTY POSTĘPOWANIA _____	165