



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA UOKiK W GDAŃSKU**

RGD. 411-1/11/IW

Gdańsk, 30 grudnia 2011r.

DECYZJA NR RGD. 36/2011

I. Na podstawie art. 11 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy oraz § 2 pkt 3 w związku z § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 107 poz. 887), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu przeciwko przedsiębiorcy: ENERGA-OPERATOR SA z siedzibą w Gdańsku

- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

uznaje się za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz określony w art. 9 ust. 1 tej ustawy praktykę polegającą na nadużywaniu przez ENERGA-OPERATOR SA z siedzibą w Gdańsku pozycji dominującej na lokalnym rynku infrastruktury oświetleniowej, służącej do oświetlania ulic, placów i dróg publicznych znajdujących się na terenie Gminy Bytów poprzez ograniczanie Gminie Bytów swobodnego wyboru sprzedawcy energii elektrycznej dostarczanej do urzędzeń oświetleniowych, będących własnością ENERGA-OPERATOR SA, wykorzystywanych na potrzeby oświetlania miejsc publicznych

i stwierdza się zaniechanie jej stosowania z dniem 1 stycznia 2011 r.

II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy i § 2 pkt 3 w związku z § 4 ust.1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 107 poz. 887), działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, nakłada się na ENERGA-OPERATOR SA z siedzibą w Gdańsku **karę pieniężną** w wysokości **260.415 zł** (słownie: dwieście sześćdziesiąt tysięcy czterysta piętnaście złotych), płatną do budżetu państwa za naruszenie art. 9 ust. 1 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, o którym mowa w punkcie I sentencji niniejszej decyzji.

III. Na podstawie art. 77 ust. 1 i art. 80 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz. U. z 2000 r. Nr 98 poz. 1071 ze zm.), w związku z art. 83 wyżej wy-

80-824 GDAŃSK, UL. PODWALE PRZEDMIEJSKIE 30

TEL/FAX (058) 346-29-33, 346-29-32, 301-51-75

E-MAIL: GDANSK@UOKIK.GOV.PL

mienionej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz stosownie do jej art. 33 ust. 6, działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, **po-**
stanawia się obciążyć ENERGA-OPERATOR SA z siedzibą w Gdańsku, **kosztami**
niniejszego postępowania w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję w kwocie 37,50 zł (słownie: trzydzieści siedem złotych 50/100) oraz **zobowiązuje się** Spółkę do zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kosztów postępowania w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

UZASADNIENIE

W okresie czerwiec – październik 2010 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zwany dalej: *Prezesem UOKiK* lub *Prezesem Urzędu*, przeprowadził postępowanie wyjaśniające (sygn. sprawy: RGD.400/19/10/IW), mające na celu wstępne ustalenie, czy działania podejmowane przez ENERGA-OPERATOR SA z siedzibą w Gdańsku, zwaną dalej: *ENERGA-OPERATOR* lub *Spółką*, w zakresie ustalania, czy zasady oświetlenia miejsc publicznych i dróg na terenie gmin z wykorzystaniem urządzeń będących własnością Spółki, nie stanowią nadużycia pozycji dominującej, w tym, czy sprawa ma charakter antymonopolowy. Postępowanie wszczęto w związku ze skargą Gminy Bytów dotyczącą *odmowy udostępnienia przez ENERGA-OPERATOR infrastruktury dla potrzeb realizowania dostawy energii elektrycznej przez Wykonawcę wyłonionego przez Gminę w trybie przetargu publicznego*.

Uzasadniając swoje wystąpienie Gmina Bytów podniosła, że jako jednostka samorządu terytorialnego zobligowana jest do stosowania przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, w związku z czym zaplanowała ona, mając na uwadze spełnienie wymogu art. 67 ust. 3 tej ustawy, uruchomienie m.in. procedury przetargowej na zakup energii elektrycznej, zużywanej na potrzeby oświetlenia drogowego wykonywanego z wykorzystaniem infrastruktury oświetleniowej, stanowiącej własność ENERGA-OPERATOR.

Starania Gminy spotkały się ze zdecydowaną reakcją przedsiębiorstwa energetycznego, które – wedle zawiadamiającej – oświadczyło, że (...) *nie wyrazi zgody na dostawę energii do własnych urządzeń innemu Wykonawcy wyłonionemu w przetargu*, co zniweczyło możliwość dokonania wyboru dostawcy energii elektrycznej w trybie konkurencyjnym.

Wyniki przeprowadzonego przez Prezesa Urzędu postępowania wyjaśniającego dały uzasadnioną podstawę do wszczęcia w dniu 17 lutego 2011 r. postępowania w sprawie stosowania praktyki ograniczającej konkurencję i postawienia ENERGA-OPERATOR zarzutu nadużywania pozycji dominującej na lokalnym rynku infrastruktury oświetleniowej, służącej do oświetlania ulic, placów i dróg publicznych znajdujących się na terenie Gminy Bytów poprzez ograniczanie Gminie Bytów swobodnego wyboru sprzedawcy energii elektrycznej, dostarczanej do urządzeń oświetleniowych będących własnością Spółki wykorzystywanych na potrzeby oświetlania miejsc publicznych, co może stanowić praktykę, o której mowa w art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), zwanej dalej: *ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów*, (karta akt sprawy 1-2).

Prezes Urzędu zaliczył do niniejszego postępowania informacje i dokumenty uzyskane w toku postępowania wyjaśniającego przeprowadzonego pod sygn. RGD.400/19/10/IW.

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego Spółka ENERGA-OPERATOR w piśmie z dnia 2 marca 2011 r., znak: EN-FR-000039-2011, (k. 123 - 125), ustosunkowała się do postawionych zarzutów i podniosła m.in., iż:

- (...) usługi oświetlenia zewnętrznego w roku 2010 były świadczone przez ENERGA – OPERATOR SA na rzecz Gminy Bytów na podstawie Umowy nr 2/2009 z dnia 24 grudnia 2009 roku o wykonanie usługi oświetlenia zewnętrznego [...]. Umowa ta nie odbiegała w swojej treści od innych umów zawieranych z gminami, których przedmiotem była usługa oświetlenia zewnętrznego.
- (...) świadczenie usługi oświetlenia zewnętrznego jest specyficzną kategorią usług, która jest wyraźnie wskazana w ustawie z dnia 10 kwietnia 1997 roku Prawo Energetyczne (tj. Dz. U. z 2006 roku, Nr 89 poz. 625 ze zmianami). Zgodnie bowiem z treścią art. 3 pkt 22) tej ustawy finansowanie oświetlenia to „finansowanie kosztów energii elektrycznej pobranej przez punkty świetlne oraz koszty ich budowy i utrzymania”. Zgodnie natomiast z art. 18 ust. 1 pkt 3 Prawa Energetycznego, do „zadań własnych gminy w zakresie zaopatrzenia w energię elektryczną, ciepło i paliwa gazowe należy finansowanie oświetlenia ulic, placów i dróg znajdujących się na terenie gminy”.
- w ocenie Spółki, przepisy ustawy Prawo Energetyczne jednoznacznie wskazują, że usługa oświetlenia zewnętrznego ma charakter kompleksowy i zawiera w sobie obowiązek finansowania kosztów dystrybucji i zakupu energii elektrycznej oraz kosztów utrzymania punktów świetlnych. (...) gmina zobowiązana jest kompleksowo finansować koszty wskazane w art. 3 pkt 22 Prawa Energetycznego.
- (...) infrastruktura oświetleniowa stanowi majątek Spółki. Odnosząc tę sytuację do przepisów Prawa Energetycznego należy zauważyć, że umowa sprzedaży energii elektrycznej powinna między innymi zawierać wskazanie miejsc dostarczenia energii elektrycznej do odbiorcy, nadto zaś odbiorca – z samej natury umowy sprzedaży energii elektrycznej – powinien posiadać tytuł prawny do instalacji odbiorczej, która pobiera energię elektryczną. Z faktem posiadania instalacji odbiorczej umowa sprzedaży wiąże obowiązki odbiorcy (np. utrzymywania instalacji w odpowiednim stanie) i uprawnienia przedsiębiorstwa energetycznego (możliwość wstrzymania energii elektrycznej – art. 6 ust. 3 pkt 1 lub możliwość zainstalowania układu przedpłatowego – art. 6a ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Prawo energetyczne). Z tych przyczyn, w ocenie Spółki, zawarcie umowy sprzedaży przez podmiot, który nie jest właścicielem instalacji odbiorczej nie jest możliwe w świetle przepisów ustawy Prawo Energetyczne. Umowa tego rodzaju nie byłaby z pewnością umową sprzedaży energii elektrycznej, ale jakąś hybrydą, w której gmina umówiłaby się ze sprzedawcą, że ten będzie sprzedawał energię za pośrednictwem instalacji odbiorczej należącej do Spółki. W tym miejscu, poddać należy w wątpliwość, czy wystarczającym byłoby, aby taka umowa „sprzedaży” miała dwustronny charakter, skoro miałyby dotyczyć majątku, który nie byłby własnością żadnej ze stron (ani gminy, ani sprzedawcy).
- (...) przedmiotowa Umowa była dwustronną czynnością prawną zawartą w oparciu o zasadę swobody umów wyrażoną w kontekście cywilnym (z uwzględnieniem prze-

pisów bezwzględnie obowiązujących zawartych w Prawie Energetycznym). Gmina nie była pozbawiona możliwości negocjacji tej umowy w trakcie jej zawierania, w tym zakresie stawek wynagrodzenia stosowanych przez Spółkę w zakresie utrzymania punktów świetlnych. (...) stawki te, zastosowane w umowie z Gminą Bytów, nie odbiegały od standardów stosowanych przez Spółkę. Nieuprawnione, w ocenie Spółki jest więc twierdzenie, że gmina Bytów została pozbawiona „jakichkolwiek możliwości decyzji w zakresie racjonalnego i oszczędnego dysponowania środkami publicznymi”. Gmina nie składała postulatów wskazujących, że stawki zaproponowane przez ENERGA –OPERATOR są niezadowolające lub wygórowane.

Reasumując powyższe Spółka podkreśliła, że fakt zawarcia przez nią (...) z Gminą Bytów umowy, której przedmiotem było świadczenie usług oświetlenia zewnętrznego, na którą z kolei składają się koszty dystrybucji i sprzedaży energii elektrycznej oraz koszty utrzymania punktów świetlnych, nie może stanowić nadużycia pozycji dominującej, ponieważ:

- (1) *Umowa zawarta z gminą Bytów nie odbiegała od praktyki stosowanej przez ENERGA–OPERATOR SA przy tego rodzaju stosunku prawnym, także w zakresie stawek wynagrodzenia za usługę;*
- (2) *Obowiązek kompleksowego finansowania oświetlenia ulic wynika z bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy Prawo Energetyczne;*
- (3) *Konstrukcja, w której umowa sprzedaży energii elektrycznej zawierana byłaby bezpośrednio przez gminę ze sprzedawcą energii elektrycznej jest niedopuszczalna na tle przepisów ustawy Prawo Energetyczne.*

W toku postępowania poinformowano ENERGA–OPERATOR o możliwości zapoznania się z aktami sprawy. Spółka z tego prawa skorzystała.

PREZES URZĘDU USTALIŁ, CO NASTĘPUJE:

ENERGA–OPERATOR należy do grupy kapitałowej, na czele której stoi ENERGA SA z siedzibą w Gdańsku, zwana dalej: *ENERGA*. W strukturze grupy kapitałowej ENERGA funkcjonuje kilkadziesiąt spółek zależnych i powiązanych, działających w segmentach: dystrybucji i obrotu energią elektryczną, wytwarzania energii elektrycznej, oświetlenia ulicznego, wykonawstwa sieciowego i projektowania, zaopatrzenia, teleinformatyki i transportu. Do najważniejszych z nich zaliczyć należy m.in. spółki: ENERGA Elektrownie Ostrołęka SA - wytwórcę energii elektrycznej i ciepłej; ENERGA–OPERATOR SA – prowadzącą działalność w segmencie dystrybucji energii elektrycznej i pełniącą funkcję operatora systemu dystrybucyjnego (OSD); ENERGA–OBRÓT SA – zajmującą się obrotem hurtowym energią elektryczną oraz sprzedażą energii elektrycznej do odbiorców końcowych; ENERGA Obsługa i Sprzedaż Sp. z o.o. – prowadzącą kompleksową obsługę klienta w imieniu i na rzecz ENERGA–OPERATOR i ENERGA–OBRÓT oraz sprzedaż produktów komplementarnych.

ENERGA–OPERATOR wykonuje działalność poprzez swoje oddziały w Elblągu, Gdańsku, Kaliszu, Koszalinie, Olsztynie, Płocku, Słupsku i Toruniu. Jako operator systemu dystrybucyjnego - świadczy na rzecz podmiotów przyłączonych do sieci elektroenergetycznej usługi dystrybucji energii elektrycznej, tj. transportu tej energii sieciami dystrybucyjnymi w celu dostarczenia jej odbiorcom, o których to usługach mowa w art. 3 pkt 5 lit. a ustawy

z dnia 10 lipca 1997 r. – Prawo energetyczne (t.j. Dz.U. z 2006 r., Nr 89, poz. 625 z późn. zm.), zwanej dalej: *prawem energetycznym*. ENERGA–OPERATOR, jako OSD, w 2010 r. miała zawarte generalne umowy dystrybucyjne z 34 przedsiębiorstwami energetycznymi zajmującymi się sprzedażą energii elektrycznej (k. 36). W 2011 r. takie umowy miała zawarte z 46 przedsiębiorstwami energetycznymi (zobacz: *www.energa-operator.pl*).

Zgodnie z art. 18 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy prawo energetyczne do zadań własnych gminy w zakresie zaopatrzenia w energię elektryczną, ciepło i paliwa gazowe należy:

- planowanie oświetlenia miejsc publicznych i dróg znajdujących się na terenie gminy (pkt 2),
- finansowanie oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych znajdujących się na terenie gminy (pkt 3).

Właścicielem urządzeń służących do oświetlania placów, dróg, ulic i miejsc publicznych może być zarówno gmina, jak też i inny podmiot, w tym również operator sieci elektroenergetycznej. Sytuacja taka miała miejsce na obszarze gmin objętych zasięgiem działalności ENERGA–OPERATOR, w tym Gminy Bytów, do końca 2010 r., gdzie Spółka - w ramach prowadzonej działalności gospodarczej - świadczyła na rzecz samorządów gminnych usługę oświetlenia zewnętrznego, wykonywaną z wykorzystaniem należącej do niej infrastruktury oświetlenia ulicznego.

Z końcem 2010 r. ze struktury ENERGA–OPERATOR wydzielono zorganizowaną część przedsiębiorstwa zajmującą się oświetleniem zewnętrznym w gminach, w tym cały majątek oświetleniowy i wniesiono go do Spółki ENERGA Oświetlenie Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie, zwanej dalej: *ENERGA Oświetlenie*. Przekazanie do ENERGA Oświetlenie działalności prowadzonej w tym zakresie przez ENERGA–OPERATOR było następstwem wykonania przez operatora sieci dystrybucyjnej obowiązków nałożonych na niego przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki, zwanego dalej: *Prezesem URE*, i miało na celu zapobieżenie subsydiowaniu skrośnemu prowadzonych przez ENERGA–OPERATOR działalności. Znajdującą się na terenie Gminy Bytów infrastrukturę wykorzystywaną do oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych, Spółka ENERGA–OPERATOR przekazała do ENERGA Oświetlenie z dniem 24 listopada 2010 r., w formie zorganizowanej części przedsiębiorstwa, bez urządzeń pomiarowych (k. 167).

Usługi oświetlenia zewnętrznego wykonywane na rzecz Gminy Bytów - w sytuacji, gdy infrastruktura oświetleniowa była własnością Spółki ENERGA–OPERATOR – realizowano w oparciu o umowę kompleksową, zawierającą w sobie postanowienia dotyczące sprzedaży, jak i świadczenia usług przesyłu lub dystrybucji energii. Wynagrodzenie Spółki za wykonywanie na rzecz gminy tego rodzaju usługi stanowiło sumę kosztu energii elektrycznej dostarczonej do urządzeń oświetlenia zewnętrznego, kosztu usługi dystrybucyjnej i kosztu konserwacji majątku.

Na terenie Gminy Bytów usługi oświetlenia ulicznego świadczone były z wykorzystaniem urządzeń będących własnością Gminy i urządzeń będących własnością ENERGA–OPERATOR. Na koniec 2010 r. na terenie Gminy Bytów zamontowanych było [...] opraw oświetleniowych, z czego – [...] należało do ENERGA–OPERATOR, a zaledwie [...] było własnością Gminy Bytów. Tak więc ENERGA–OPERATOR dysponowała na terenie Gminy Bytów ok. [...] % opraw wykorzystywanych do wykonywania ww. usług (k. 5).

Usługi oświetlenia zewnętrznego miejsc publicznych wykonywane były do końca 2010 r. na rzecz Gminy Bytów na podstawie Umowy nr 2/2009 z dnia 24 grudnia 2009

roku o wykonanie usługi oświetlenia zewnętrznego z wykorzystaniem urządzeń oświetleniowych stanowiących własność ENERGA-OPERATOR (k. 127 – 131). Umowa ta obowiązywała od 1 stycznia 2010 r. do 31 grudnia 2010 r. (k. 167). W dniu 30 grudnia 2010 r. Gmina Bytów zawarła z ENERGA Oświetlenie Umowę Nr EO/SŁ/15/2011 o świadczenie usługi oświetlenia na terenie Gminy Bytów obowiązującą od 1 stycznia 2011 r. do 31 grudnia 2011 r. (k. 178- 183).

Jak wynika z § 2 ust. 1 Umowy nr 2/2009 z dnia 24 grudnia 2009 roku o wykonanie usługi oświetlenia zewnętrznego, na terenie Gminy Bytów, energia elektryczna dostarczana do celów oświetlenia zewnętrznego rozliczana była wg wskazań układów pomiarowo – rozliczeniowych wg taryfy C12b (dwustrefowa) zgodnie z taryfą operatora systemu dystrybucyjnego obowiązującą na terenie działania ENERGA-OPERATOR SA Oddział w Słupsku oraz wg cennika energii elektrycznej ENERGA-OBRÓT SA z siedzibą w Gdańsku, zwanej dalej: *ENERGA-OBRÓT*. Zużycie energii elektrycznej rozliczane było na podstawie faktur wystawianych przez ENERGA-OBRÓT.

Z kolei zgodnie z treścią § 2 ust. 2 tej umowy, za korzystanie z sieci oświetlenia zewnętrznego stanowiącego własność ENERGA-OPERATOR, Gmina zobowiązana była płacić opłatę eksploatacyjną za jej utrzymanie i konserwację w wysokości ustalonej dla każdej oprawy (cena jednostkowa x ilość opraw). Ilość opraw świetlnych, objętych umową została określona w załączniku 1 stanowiącym jej integralną część. Spółka wykonywała na rzecz Gminy również usługę konserwacji opraw należących do Gminy, polegającą na wymianie lamp i bezpieczników.

Należności, jakimi obciążono Gminę Bytów w związku z realizacją zawartej z ENERGA-OPERATOR Umowy nr 2/2009 z dnia 24 grudnia 2009 r. o wykonanie usługi oświetlenia zewnętrznego wyniosły w 2010 r. łącznie [...] zł netto, z czego:

- koszt świadczonych na rzecz Gminy przez ENERGA-OPERATOR usług dystrybucji energii elektrycznej wyniósł [...] zł netto,
- koszt wykonywanych na rzecz Gminy przez ENERGA-OPERATOR usług eksploatacji, utrzymania i konserwacji infrastruktury oświetleniowej wyniósł [...] zł netto,
- koszt zużytej energii elektrycznej dostarczonej przez ENERGA-OBRÓT na potrzeby oświetlenia miejsc publicznych na terenie Gminy Bytów, wykonywanego z wykorzystaniem infrastruktury oświetleniowej należącej do ENERGA-OPERATOR, wyniósł [...]zł netto (k. 133).

Z pisma ENERGA-OPERATOR z dnia 18 marca 2010 r. kierowanego do Gminy Bytów (k. 100- 101) wynika, że Gmina otrzymywała dwie faktury – jedną od ENERGA-OPERATOR dotyczącą opłat związanych z eksploatacją i konserwacją infrastruktury oświetleniowej, drugą – od ENERGA-OBRÓT dotyczącą opłaty za dostarczoną energię elektryczną i usługę dystrybucji, która to faktura wystawiona była również w imieniu ENERGA-OPERATOR. Potwierdzają to również dokumenty przedłożone Prezesowi Urzędu przez Gminę Bytów z których wynika, że Gmina Bytów obciążana była na podstawie dokumentów finansowych, wystawianych z tytułu kosztów usług eksploatacji, utrzymania i konserwacji infrastruktury oświetleniowej przez spółkę ENERGA-OPERATOR, a z tytułu kosztów dystrybucji energii elektrycznej i jej zużycia przez spółką ENERGA-OBRÓT. I tak np.:

- wystawiającym faktury nr [...] z dnia 01 marca 2010 r. i nr [...] z dnia 05 listopada 2010 r. za *Oświetlenie uliczne – konserwacja oświetlenia* była ENER-

GA–OPERATOR SA Oddział w Słupsku, a nabywcą Urząd Miejski w Bytowie (Gmina Bytów) (k. 203 – 204),

- na fakturach za dostarczoną energię elektryczną (np. faktura VAT nr [...] z dnia 30 września 2010 r., miejsce poboru oświetlenie uliczne Bytów, ul. Adama Mickiewicza, rozliczenie za okres 30/08/2010 – 30/09/2010 i faktura VAT nr [...] z dnia 30 września 2010 r. miejsce poboru oświetlenie uliczne Bytów, ul. Gdańska I, rozliczenie za okres 30/08/2010 – 30/09/2010), jako **DOSTAWCĘ** oznaczono Spółkę ENERGA–OBRÓT, a jako **ODBIORCĘ** Gminę Bytów [*podkreśl. UOKiK*]. Elementami wyszczególnionymi w ww. fakturach są opłaty dotyczące zarówno usług dystrybucji świadczonych przez ENERGA–OPERATOR, jak i kosztów zużytej energii elektrycznej dostarczonej do urządzeń oświetlenia ulicznego przez ENERGA–OBRÓT, a mianowicie: opłata przesyłowa stała, opłata przesyłowa zmienna dzienna, opłata przesyłowa zmienna nocna, energia elektryczna czynna dzienna, energia elektryczna czynna nocna, opłata abonamentowa – przesyłowa, opłata handlowa, opłata przejściowa (k. 208 – 209).

Pismem z dnia 5 lutego 2010 r., znak: WI.D.7044-4-2/09/10, Gmina Bytów poinformowała Spółkę ENERGA–OBRÓT, iż zamierza przystąpić do zorganizowania przetargu na wybór dostawcy energii elektrycznej oświetlenia dróg na jej terenie, a dotychczasowa umowa na dostawę energii i konserwację, po rozstrzygnięciu przetargu, zostanie wypowiedziana. Gmina swoje wystąpienie uzasadniła tym, że zorganizowanie tych przetargów jest konieczne z uwagi na wymogi prawa zamówień publicznych obligującego gminę do wyłonienie dostawcy energii elektrycznej w tym właśnie trybie (k. 9).

Na pismo to, kierowane do ENERGA–OBRÓT, Gmina Bytów otrzymała odpowiedź od Spółki ENERGA–OPERATOR z dnia 18 marca 2010 r., znak: RD-4/K/L.dz. 411/2010, w którym zaprezentowała ona stanowisko, z którego wynika, że w zakresie usług świadczonych przez Spółkę na majątku gminy (...) *nie ma (...) żadnych przeszkód formalnych do wyboru w sposób swobodny sprzedawcy energii elektrycznej jak i podmiotu świadczącego usługę konserwacji. Dla takiego rozwiązania konieczne jest rozwiązanie dotychczasowej umowy w przewidzianym trybie, zorganizowanie przetargów i w zależności od wyników zawarcia stosownych umów oddzielnie na każdy z trzech wyżej wymienionych składników (dot. przypadku gdy wyłoniony sprzedawca energii elektrycznej byłby spoza grupy kapitałowej ENERGA).*

W zakresie usług świadczonych na naszym majątku sytuacja jest o wiele bardziej złożona. W części dotyczącej konserwacji przez inny podmiot i w dodatku wyłoniony w drodze przetargu zorganizowanym przez was (wg waszej specyfikacji) i wynagradzanym również przez was nasze stanowisko jest jednoznaczne – nie wyrażamy zgody na takie rozwiązanie. Uzasadnienie jest proste. Jest to sprzeczne z art. 140 KC z którego wynika, że z wyłączeniem osób trzecich możemy rozporządzać naszą własnością, pobierać pożytki i inne dochody z rzeczy. Dodatkowo do realizacji celu mamy wyspecjalizowane służby, sprzęt i organizację. Z tytułu posiadania rzeczy ciężą na nas – właścicielu (nie na podmiocie świadczącym usługę) obowiązki (podatkowe, odpowiedzialności cywilnej, związane z bezpieczeństwem, związane z wymogami Prawa Budowlanego etc.). Organizowanie więc przetargu przez nas nie leży w interesie naszej grupy kapitałowej, a organizowanie przetargu przez Gminę jest całkowicie niemożliwe z przyczyn formalnych (nie posiadacie majątku, nie macie obowiązków i nie ponosicie konsekwencji wynikających z jego posiadania).

W zakresie zakupu energii elektrycznej wg zasady TPA podstawową przeszkodą do zawarcia umowy sprzedaży jest brak z Waszej strony spełnienia jednego z warunków formalnych tj. braku instalacji elektrycznej oraz urządzeń zużywających energię elektryczną dla celów oświetlenia dróg i placów (są one naszą własnością) – nie posiadacie do nich tytułu prawnego. [...] nie kupujecie energii elektrycznej lecz usługę kompleksową oświetlenia zewnętrznego. Zakup energii elektrycznej do naszych urządzeń byłby więc precedensem porównywalnym z przypadkiem, w którym kupowalibyście np. paliwo do naszych samochodów.

ENERGA–OPERATOR, odnosząc się do okoliczności stanu faktycznego oraz powodu, dla którego Gmina Bytów uznała za konieczne przeprowadzenie wspomnianych przetargów poinformowała, że art. 67 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: *ustawą prawo zamówień publicznych*, dopuszcza z technicznych przyczyn zawieranie umów z wolnej ręki. Dodała również, że (...) *brak posiadania odpowiednich własnych urządzeń do oświetlenia dróg i placów oraz brak na rynku innych podmiotów takimi urządzeniami dysponującymi niewątpliwie do takich przyczyn należy* (k. 100 – 101).

Analizując przedmiotową sprawę ustalono, że Gminę Bytów, jako odbiorcę energii elektrycznej z grupy taryfowej C11, C12a (małe i średnie przedsiębiorstwa o zapotrzebowaniu mniejszym niż 40 kW), G11 i G12 (gospodarstwa domowe), wiązą z ENERGA–OBRÓT umowy kompleksowe, na podstawie których odbywa się sprzedaż energii elektrycznej do obiektów pozostających na jej majątku (biur, instytucji, pomieszczeń administracyjnych, szkół, klatek schodowych, lokali użytkowych, budynków użyteczności publicznej, OSP) (k. 135 - 164). Układy pomiarowe zainstalowane w obiektach będących własnością Gminy Bytów, zakwalifikowanych do grup przyłączeniowych IV¹ i V² należą do ENERGA–OPERATOR. Spółka wyjaśniła, że w przypadku tych obiektów będących własnością Gminy Bytów, pomimo, że układy pomiarowe rejestrujące zużycie dostarczanej energii elektrycznej nie należą do odbiorcy energii, nie ma żadnych przeciwwskazań, aby Gmina korzystała z prawa swobodnego wyboru sprzedawcy energii (k. 167).

W toku prowadzonego postępowania wyjaśniającego zwrócono się do Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki o wyrażenie opinii w budzących wątpliwości kwestiach, które ściśle wiązały się z materią uregulowaną ustawą prawo energetyczne.

W piśmie z dnia 20 października 2010 r., nr DPK-0731-12(2)/2010/BP (k. 119 – 122) Prezes URE wskazał m.in., że:

- *przed dniem 1 lipca 2007 r. usługa oświetlenia realizowane była na podstawie odrębnej umowy zawieranej przez przedsiębiorstwa energetyczne zajmujące się przesyłaniem lub dystrybucją i obrotem energią elektryczną (spółki dystrybucyjne). Problem oświetlenia gmin sprowadzał się przede wszystkim do kwestii pokrywania kosztów wynikających z utrzymania punktów świetlnych. W związku*

¹ odbiorcy energii elektrycznej z grupy przyłączeniowej IV - podmioty przyłączane bezpośrednio do sieci rozdzielczej o napięciu znamionowym nie wyższym niż 1 kV oraz o mocy przyłączeniowej większej niż 40 kW lub prądzie znamionowym zabezpieczenia przedlicznikowego w torze prądowym większym niż 63 A,

² odbiorcy energii elektrycznej z grupy przyłączeniowej V - podmioty przyłączane bezpośrednio do sieci rozdzielczej, o napięciu znamionowym nie wyższym niż 1 kV oraz mocy przyłączeniowej nie większej niż 40 kW i prądzie znamionowym zabezpieczenia przedlicznikowego nie większym niż 63 A,

z tym, że ww. przedsiębiorstwa prowadziły działalność gospodarczą polegającą zarówno na obrocie energią elektryczną, jak również jej dystrybucji, a obszary te podlegały taryfowaniu, nie dochodziło do sporów w zakresie kosztów energii elektrycznej pobieranej na potrzeby oświetlenia,

- wynikające z art. 4j ustawy prawo energetyczne prawo zakupu paliw lub energii od wybranego przez siebie sprzedawcy oznacza, że każdy odbiorca energii elektrycznej jest uprawniony do wyboru dowolnego sprzedawcy energii,
- (...) art. 4 ust. 2 ustawy prawo energetyczne nakłada na przedsiębiorstwo dystrybucyjne obowiązek zapewnienia wszystkim odbiorcom oraz przedsiębiorstwom zajmującym się sprzedażą energii elektrycznej, na zasadzie równoprawnego traktowania, świadczenie usług dystrybucji, na zasadach i w zakresie określonym w ustawie; świadczenie usług dystrybucji tych paliw lub energii odbywa się na podstawie umowy o świadczenie tych usług,
- operator systemu dystrybucyjnego (OSD), będący w strukturze przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo (a do takich należy ENERGIA-OPERATOR SA) nie może wykonywać działalności gospodarczej związanej z wytwarzaniem lub obrotem paliwami gazowymi lub energią elektryczną, ani jej wykonywać na podstawie umowy na rzecz innych przedsiębiorstw energetycznych (art. 9 d ust. 1a ustawy prawo energetyczne).

W opinii URE – zmiana regulacji zawartych w ustawie – Prawo energetyczne, w szczególności w zakresie swobodnego wyboru sprzedawcy energii elektrycznej oraz wydzielenia działalności operatorskiej skłania do analizy i ewentualnej weryfikacji podejścia do kwestii obowiązku gminy określonego w art. 18 ust. 1 pkt 3 tej ustawy. Stosownie do jego brzmienia, do zadań własnych gminy w zakresie zaopatrzenia w energię elektryczną należy finansowanie oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych znajdujących się na terenie gminy. Z kolei, finansowanie oświetlenia – w rozumieniu ustawy Prawo energetyczne – to finansowanie kosztów energii elektrycznej pobranej przez punkty świetlne oraz koszty ich budowy i utrzymania (art. 3 pkt 22). Brzmienie tego przepisu wskazuje, że na finansowanie oświetlenia składają się koszty energii elektrycznej pobranej na potrzeby oświetlenia (czyli innymi słowy koszty związane z zakupem i dostawą tej energii) oraz koszty budowy i eksploatacji punktów świetlnych. Na potrzeby niniejszej sprawy istotne są regulacje związane z dostawą energii elektrycznej, natomiast warunki eksploatacji urządzeń winny stanowić przedmiot odrębnej umowy realizowanej poza działalnością podstawową.

Zgodnie z art. 5 ustawy - Prawo energetyczne dostarczanie paliw lub energii odbywa się na podstawie umowy zawartej pomiędzy przedsiębiorstwem energetycznym i odbiorcą paliw lub energii. Natomiast art. 3 pkt 13 tej ustawy zawiera definicję pojęcia „odbiorcy”. Jest nim każdy, kto otrzymuje lub pobiera paliwa lub energię na podstawie umowy z przedsiębiorstwem energetycznym.

W świetle powyższego, wydaje się, że brak jest zarówno prawnych, jak i racjonalnych powodów do tego, ażeby kwestia własności punktów świetlnych, a nie faktyczne okoliczności świadczące o tym, że przedsiębiorstwo energetyczne realizuje dostawy energii elektrycznej na potrzeby gminy, przesądzała o posiadaniu (bądź nie posiadaniu) przez gminę statusu odbiorcy, a co za tym idzie poddaniu (bądź nie poddaniu) stosunków łączących ją z przedsiębiorstwem energetycznym reżimowi Prawa energetycznego, z wszelkimi wynikającymi z tego konsekwencjami.

Przyjęcie poglądu przeciwnego, tzn. uzależnianie przyznania gminie statusu odbiorcy w rozumieniu ustawy – Prawo energetyczne od tego, czy punkty świetlne są jej własnością czy też nie, prowadziłyby do nadmiernych komplikacji, zwłaszcza wówczas gdy część tych urządzeń jest własnością przedsiębiorstwa energetycznego, a tylko część własnością gminy. Ponadto, stanowiłoby przejaw nierównoprawnego traktowania gmin poprzez uzależnianie możliwości swobodnego wyboru sprzedawcy od statusu własnościowego urządzeń za pomocą których energia elektryczna jest dostarczana na potrzeby oświetlenia. Oznaczałoby to akceptację sytuacji, w której jedne gminy mogłyby dokonać wyboru sprzedawcy, podczas gdy inne zostałyby tej możliwości pozbawione. Nie wydaje się aby było intencją ustawodawcy takie różnicowanie gmin, w szczególności, że regulacje dotyczące umowy sprzedaży, czy też umowy o świadczenie usług dystrybucji nie wymagają od odbiorcy tytułu prawnego do obiektu, do którego energia elektryczna ma być dostarczana.

Ponieważ powyższe przepisy ustawy – Prawo energetyczne, nakładające na gminę obowiązek finansowania kosztów utrzymania punktów świetlnych, nie uzależniają istnienia powyższego obowiązku od statusu własnościowego poszczególnych punktów świetlnych, należy stwierdzić, iż realizowanie przez gminę powyższego obowiązku powinno polegać na finansowaniu kosztów utrzymania wszystkich punktów świetlnych znajdujących się na terenie gminy. Natomiast kwestie własnościowe wywierają wpływ na sposób finansowania kosztów utrzymania sieci oświetleniowej, gdyż w wypadku konserwacji punktów świetlnych będących własnością gminy, gmina dzięki bezpośredniemu wpływowi na wybór wykonawcy prac konserwacyjno eksploatacyjnych, jak też na zakres tych prac, ma wpływ na poziom kosztów (J. Baehr, E. Stawicki. Prawo energetyczne. Komentarz. Wydawnictwo Municipium, Warszawa, 1999 r. str. 34). Nie powinny natomiast stanowić przeszkody do rozdzielenia umów tj. zawarcia trzech odrębnych umów: umowy sprzedaży energii elektrycznej na potrzeby oświetleniowe z wybranym przez gminę sprzedawcą; umowy o świadczenie usług dystrybucji – z dotychczasowym dostawcą; umowy, której przedmiotem będzie utrzymanie sieci (urządzeń) oświetleniowych.

W świetle powyższego, za słuszny należy uznać pogląd, zgodnie z którym brak jest uzasadnienia dla pozbawiania gminy (niezależnie od okoliczności czyją własność stanowi infrastruktura oświetleniowa) prawa wyboru sprzedawcy energii elektrycznej nabywanej w celach oświetleniowych. Należy bowiem zauważyć, że – stosownie do art. 18 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo energetyczne – to gmina ponosi koszty z tym związane (wydając na ten cel publiczne pieniądze). Zatem irracjonalne byłoby przyjęcie, że nie może mieć żadnego wpływu na cenę nabywanej energii, w szczególności, że po liberalizacji rynku ceny te pozostają poza kontrolą Prezesa URE.

PREZES URZĘDU ZWAŻYŁ, CO NASTĘPUJE:

Dla uznania, że sprawa ma charakter antymonopolowy, w pierwszej kolejności należy ustalić, czy w jej okolicznościach doszło do naruszenia interesu publicznoprawnego, co wynika z art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a następnie wykazać, czy zostały spełnione przesłanki stosowania praktyki ograniczającej konkurencję zarzucającej ENERGA–OPERATOR, to jest przesłanki stosowania praktyki wskazanej w art. 9 ust. 1 ustawy.

W postępowaniu antymonopolowym Prezes Urzędu postawił ENERGA–OPERATOR zarzut stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku infrastruktury oświetleniowej, służącej do oświetlenia

ulic, placów i dróg publicznych znajdujących się na terenie Gminy Bytów poprzez ograniczenie Gminie Bytów swobodnego wyboru sprzedawcy energii elektrycznej dostarczanej do urządzeń oświetleniowych będących własnością ENERGA-OPERATOR, wykorzystywanych na potrzeby oświetlania miejsc publicznych.

Prowadzone postępowania miało na celu rozstrzygnięcie, czy ENERGA-OPERATOR, ograniczyła Gminie Bytów możliwość swobodnego wyboru sprzedawcy energii elektrycznej dostarczanej do urządzeń oświetleniowych będących własnością Spółki wykorzystywanych na potrzeby oświetlania miejsc publicznych na terenie Gminy, a przez to uszczupliła jej prawa. Przedmiot sprawy dotyczy w istocie nie tylko Gminy Bytów, ale i wszystkich gmin, którym ENERGA-OPERATOR świadczyła lub świadczy usługę oświetlenia ulicznego. Tym samym przedmiotowe rozstrzygnięcie, dotyczące tego, czy spółka ENERGA-OPERATOR dopuściła się stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, będzie miało znaczenie dla wszystkich gmin zobowiązanych ustawą prawo energetyczne do finansowania kosztów energii elektrycznej pobranej przez punkty świetlne wykorzystywane w celu oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych.

NARUSZENIE INTERESU PUBLICZNOPRAWNEGO

W świetle art. 1 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, celem regulacji w niej przyjętej jest zapewnienie rozwoju i ochrony konkurencji, a także podejmowana w interesie publicznym ochrona przedsiębiorców narażonych na stosowanie praktyk ograniczających konkurencję i ochrona interesów konsumentów. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów należy do sfery prawa publicznego, a instrumenty w niej przewidziane mogą być stosowane jedynie wówczas, gdy na skutek działań przedsiębiorców naruszony jest interes publicznoprawny.

Pojęcie interesu publicznego w postępowaniu antymonopolowym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. Zgodnie z orzecznictwem Sądu Antymonopolowego (obecnie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów) naruszenie interesu publicznego ma miejsce przede wszystkim wówczas, gdy skutkami działań sprzecznych z przepisami prawa konkurencji dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku, względnie, gdy działania te wywołują na rynku inne niekorzystne zjawiska³. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów w odniesieniu do konkurencji chroni interes publiczny polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego⁴.

Czynnikiem niezbędnym dla prawidłowego funkcjonowania rynku jest możliwość powstania i rozwoju konkurencji. Dobrem chronionym na podstawie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest więc konkurencja rozumiana jako zjawisko o charakterze instytucjonalnym. Za zagrożenie lub naruszenie mechanizmu konkurencji w takim ujęciu należy uznać działania, które dotyczą sfery szerszego kręgu uczestników rynku, a więc dotyczą konkurencji rozumianej nie jako sytuację pojedynczego przedsiębiorcy, lecz zaburzeń na rynku rozumianych jako negatywne zjawiska charakteryzujące jego funkcjonowanie⁵. Tylko w warunkach konkurencji przedsiębiorcy i konsumenci mają gwarancję realizacji konstytucyjnej wolności gospodarczej i ochrony swoich praw. Jej istotą jest współzawodnictwo niezależnych podmiotów w celu uzyskania przewagi pozwalającej na osiągnięcie maksymalnych korzyści ekonomicznych ze sprzedaży towarów i usług

³ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dn. 24.01.1991 r. sygn. XV Amr 8/90.

⁴ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dn. 23.10.2002 r. sygn. XVII Ama 133/01.

⁵ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dn. 28.11.2003 r. sygn. XVII Ama 105/02.

oraz maksymalne zaspokojenie potrzeb konsumentów na możliwie najkorzystniejszych warunkach. Działanie w warunkach konkurencji wymaga samodzielności w podejmowaniu decyzji. Dlatego wszelkie formy działań przedsiębiorców, które są w stanie ograniczyć wolność działalności gospodarczej uczestników rynku i sztucznie zmienić stosunki rynkowe prowadzą do zakazanego zniekształcenia konkurencji, a przez to godzą w interes publiczny.

Stanowiska to Sąd Najwyższy podtrzymał w wyroku z dnia 5 czerwca 2008 r., III SK 40/07, w którym uznał, że każde działanie wymierzone w mechanizm konkurencji godzi w interes publiczny w rozumieniu art. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. W uzasadnieniu orzeczenia podniesiono m.in. *Sąd Najwyższy podziela w pełni dotychczasową linię orzecznictwa, zgodnie z którą naruszenie interesu publicznoprawnego ma miejsce nie tylko wówczas, gdy skutkami działań sprzecznych z przepisami obu ustaw dotknięty został "szerszy krąg uczestników rynku", ale także, gdy działania te wywołały na rynku inne niekorzystne zjawiska (zob. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 29 maja 2001r., I CKN 1217/98, OSNC 2002 nr 1, poz. 13; z dnia 28 stycznia 2002 r., I CKN 112/99, OSNC 2002 nr 11, poz. 144 czy z dnia 24 lipca 2003 r., I CKN 496/01, niepublikowany). Jak podkreślił Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 24 lipca 2003 r., I CKN 496/01 (niepublikowany), istnienie interesu publicznoprawnego należy oceniać przez pryzmat szerszego spojrzenia, uwzględniającego całość negatywnych skutków działań na określonym rynku. Użytego w tych orzeczeniach sformułowania: "dotknięcie skutkami działań" sprzecznych z ustawą antymonopolową, nie można jednak rozumieć w sposób wąski i mechaniczny jako tylko bezpośredniego pokrzywdzenia kontrahenta lub konkurentów przedsiębiorcy dopuszczającego się praktyki ograniczającej konkurencję lub innych uczestników rynku (w rozpoznawanej sprawie zainteresowanego przedsiębiorcy Bogusław W. i Zbigniew W.). Trzeba tu oceniać całość negatywnych skutków działań monopolisty na określonym rynku (rynek relewantny), kierując się ogólnymi celami prawa ochrony konkurencji (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2003 r., I CKN 496/01 niepublikowany).*

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

Działania ENERGA–OPERATOR polegające na niewyrażeniu zgody na przeprowadzenie przez Gminę Bytów przetargu mającego na celu wybór dostawcy energii elektrycznej do urządzeń infrastruktury oświetleniowej będących własnością Spółki, ale wykorzystywanych do wykonywania przez Gminę zadań własnych w zakresie planowania oświetlenia miejsc publicznych i dróg znajdujących się na jej terenie i ponoszenia z tego tytułu kosztów, w tym również kosztów energii elektrycznej zużytej do oświetlenia miejsc publicznych, prowadzą do sytuacji, w której Gmina pozbawiona zostaje możliwości swobod-

nego wyboru dostawców energii elektrycznej. Takie działanie Spółki dotyka swoimi skutkami nie tylko Gminy Bytów i społeczności, którą ona reprezentuje, ale również dostawców energii elektrycznej spoza grupy kapitałowej ENERGA, którzy - pomimo zawarcia z ENERGA-OPERATOR generalnych umów dystrybucji - są wykluczani z możliwości swobodnego konkurowania o odbiorcę energii elektrycznej i oferowania swojego produktu niezbędnego do oświetlenia miejsc publicznych Gminie Bytów, a przez to pozbawieni wolnego od ograniczeń dostępu do rynku sprzedaży energii elektrycznej. W przedmiotowej sprawie sprzedaż taka – co prawda – może odbywać się jedynie z wykorzystaniem infrastruktury należącej do Spółki ENERGA-OPERATOR (za jej konserwację i eksploatację Spółka otrzymuje stosowne wynagrodzenie), co nie zmienia faktu, że finansowanie kosztów energii elektrycznej, dostarczonej dla celów oświetlenia odbywa się ze środków publicznych pozostających w dyspozycji Gminy i to ona, kierując się zasadą racjonalności w wydatkowaniu tych środków, winna decydować o wyborze dostawcy.

Mając na uwadze wyżej poczynione rozważania, należy stwierdzić, iż przedmiotowe postępowanie podjęte zostało w interesie publicznym.

STRONA POSTĘPOWANIA.

Postępowanie antymonopolowe toczy się z udziałem osób mających przymiot strony. Zgodnie z art. 88 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stroną postępowania jest każdy, wobec kogo zostało wszczęte postępowanie w sprawie praktyk ograniczających konkurencję, przy czym stroną postępowania dotyczącego, jak w niniejszej sprawie, zarzutu naruszenia art. 9 ust. 1 ww. ustawy, mogą być przedsiębiorcy posiadający na rynku właściwym pozycję dominującą.

Zgodnie z art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów pod pojęciem przedsiębiorcy należy rozumieć przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, a także: a) osobę fizyczną, osobę prawną, jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, b) osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu, c) osobę fizyczną, która posiada kontrolę,

w rozumieniu pkt 4, nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziła działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, jeżeli podejmuje dalsze działania podlegające kontroli koncentracji, o której mowa w art. 13, d) związek przedsiębiorców w rozumieniu pkt 2 – na potrzeby przepisów dotyczących praktyk ograniczających konkurencję oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

Spółka ENERGA-OPERATOR prowadzi działalność jako spółka prawa handlowego (spółka akcyjna), w związku z czym jest przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447), zwanej dalej: *ustawą o swobodzie działalności gospodarczej*. ENERGA-OPERATOR jest wpisana do rejestru przedsiębiorców KRS pod nr 0000033455 (k. 18- 35). Jako operator systemu dystrybucyjnego (OSD), będący w strukturze przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo nie może ona wykonywać działalności gospodarczej związanej z wytwarzaniem

lub obrotem paliwami gazowymi lub energią elektryczną, ani wykonywać tej działalności na podstawie umowy na rzecz innych przedsiębiorstw energetycznych⁶.

ENERGA-OPERATOR powstała w wyniku prawnego wydzielenia działalności dystrybucyjnej z przedsiębiorstwa energetycznego ENERGA w obszarze jej działania, na podstawie art. 9 d ust. 1 ustawy prawo energetyczne, w wypełnieniu dyrektywy 2003/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych zasad rynku energii elektrycznej. Zgodnie z tym przepisem, operator systemu przesyłowego, operator systemu dystrybucyjnego i operator systemu połączonego, będący w strukturze przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo, powinni pozostawać pod względem formy prawnej i organizacyjnej oraz podejmowania decyzji niezależnie od innych działalności niezwiązanych z przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej. Nie ulega wątpliwości, że ENERGA-OPERATOR jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

RYNEK WŁAŚCIWY W SPRAWIE.

Aby ocenić, czy doszło do stosowania praktyki ograniczającej konkurencję i naruszenia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zdefiniować należy rynek właściwy w sprawie oraz ustalić siłę rynkową przedsiębiorcy, któremu postawiono zarzut stosowania praktyki, o której mowa w art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z art. 4 pkt 6 ilekroć w ustawie jest mowa o *towarach* – rozumie się przez to rzeczy, jak również energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane. Artykuł 4 pkt 9 ustawy rynek właściwy definiuje jako rynek towarów, które ze względu na swe przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym ze względu na rodzaj oraz właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. A zatem rynek właściwy w sprawie wyznaczają dwa elementy: towar (rynek produktowy) i terytorium (rynek geograficzny).

W przedmiotowej sprawie rynkiem produktowym, na którym dochodzi do nadużycia pozycji dominującej jest rynek infrastruktury oświetleniowej, służącej do oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych, którego uczestnikami jest zarówno ENERGA-OPERATOR, jako właściciel infrastruktury oświetleniowej, jak i Gmina Bytów, do zadań której należy planowanie oświetlenia miejsc publicznych i dróg znajdujących się na jej terenie oraz finansowanie oświetlenia ulic, placów i dróg.

Każda gmina zadania własne polegające na zaspokajaniu zbiorowych potrzeb wspólnoty w zakresie oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych wykonuje przy wykorzystaniu rozlokowanej w jej granicach administracyjnych infrastruktury oświetleniowej. ENERGA-OPERATOR, świadcząc usługi oświetlenia ulicznego, podpisywała z każdą z gmin odrębną, indywidualną umowę określającą zasady ich świadczenia. Rynek geograficzny w niniejszej sprawie wyznacza przestrzenne rozlokowanie majątku służącego do oświetlenia miejsc publicznych i granice administracyjne gminy, na terenie której on się znajduje. W związku z tym, że w każda gmina dysponuje odrębną infrastrukturą wykorzystywaną do świadczenia na jej terenie usług oświetlenia miejsc publicznych, rynkiem, na którym dochodzi do nadużycia pozycji dominującej przez ENERGA-OPERATOR w ujęciu geograficznym jest obszar Gminy Bytów.

⁶ art. 9 d ust. 1a ustawy Prawo energetyczne.

Reasumując, rynkiem właściwym w przedmiotowej sprawie jest lokalny rynek infrastruktury oświetleniowej, służącej do oświetlania ulic, placów i dróg publicznych znajdujących się na terenie Gminy Bytów.

Rynkami produktowymi powiązаныmi z ww. rynkiem właściwym w sprawie są:

- 1) rynek usług dystrybucji energii elektrycznej, na którym jako operator systemu dystrybucyjnego prowadzi działalność ENERGA–OPERATOR,
- 2) rynek sprzedaży energii elektrycznej, uczestnikami którego są przedsiębiorcy, którzy zawarli z OSD generalne umowy dystrybucyjne.

POZYCJA RYNKOWA ENERGA–OPERATOR NA RYNKU WŁAŚCIWYM.

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na rynku właściwym. Zgodnie z art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez pozycję dominującą rozumie się pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów; domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40 %.

Usługi oświetlenia zewnętrznego miejsc publicznych do końca 2010 r. wykonywane były na terenie Gminy Bytów z wykorzystaniem infrastruktury oświetleniowej, której właścicielem w przeważającej części była ENERGA–OPERATOR. W skład wspomnianej infrastruktury, zlokalizowanej na terenie Gminy Bytów, wchodziło [...] opraw świetlnych, z czego [...] opraw należało do ENERGA-OPERATOR, a zaledwie [...] pozostawało na majątku Gminy. Oprawy pozostające na majątku Gminy Bytów – zgodnie z postanowieniami Umowy nr 2/2009 z dnia 29 grudnia 2009 r. – również były konserwowane przez ww. Spółkę. Tak więc ENERGA-OPERATOR dysponowała w zasadzie całością infrastruktury oświetleniowej znajdującej się na terenie Gminy, w tym [...] % użytkowanych opraw świetlnych. Aby nowe źródło zaopatrzenia mogło być uznane za alternatywne w stosunku do posiadanych musi ono spełniać wymóg natychmiastowej dostępności bez ponoszenia nakładów inwestycyjnych⁷. Na obszarze Gminy Bytów brak jest innej instalacji, za pośrednictwem której możliwe byłoby wykonywanie zadań własnych gminy w zakresie zapewnienia oświetlenia miejsc publicznych. Tak więc ENERGA-OPERATOR posiada pozycję dominującą na rynku właściwym w sprawie, to jest lokalnym rynku infrastruktury oświetleniowej, służącej do oświetlania ulic, placów i dróg publicznych znajdujących się na terenie Gminy Bytów i stanowiącej własność ENERGA–OPERATOR.

NADUŻYCIE POZYCJI DOMINUJĄCEJ

Prezes Urzędu zarzucił ENERGA–OPERATOR naruszenie art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jako praktykę niezdefiniowaną. Zgodnie z tym przepisem, zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców.

Istota praktyki zarzucanej ENERGA–OPERATOR polega na ograniczaniu Gminie Bytów prawa do swobodnego wyboru dostawcy energii elektrycznej do urządzeń wykorzy-

⁷ Zobacz: wyrok SOKiK z dnia 31 maja 2000r., XVII Ama 44/00.

stywanych do oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych znajdujących się na terenie Gminy. Urządzenia te stanowiły do końca 2010 r. własność Spółki, jednakże to Gmina finansowała koszty energii elektrycznej do nich dostarczanej.

Skutki kwestionowanych działań podejmowanych przez ENERGA-OPERATOR na rynku infrastruktury oświetleniowej, służącej do oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych na terenie Gminy Bytów ujawniają się na rynku sprzedaży energii elektrycznej, w postaci ograniczenia:

- praw odbiorcy energii elektrycznej do swobodnego wyboru jej dostawcy,
- możliwości oferowania przez sprzedawców energii swojego produktu (energii) Gminie w zakresie, w jakim wykonuje ona zadania własne polegające na oświetlaniu miejsc publicznych.

Przedsiębiorstwa energetyczne zajmujące się sprzedażą energii elektrycznej prowadzą działalność w tym zakresie na obszarze całej Polski i mogą dostarczać energię do odbiorców podłączonych do sieci dystrybucyjnej danego operatora systemu dystrybucyjnego, jeżeli podpisały z nim generalną umowę dystrybucyjną. W 2010 r. ze Spółką ENERGA-OPERATOR takie umowy były zawarte przez 34 dostawców energii elektrycznej. Tym samym rynkiem geograficznym, na którym ujawniają się skutki zarzucanych skarżonej Spółce działań jest rynek krajowy.

Zarzucana Spółce ENERGA-OPERATOR praktyka należy do grupy tzw. praktyk wykluczających. Spółka wykorzystując bowiem nieobecność konkurentów na rynku właściwy - lokalnym rynku infrastruktury oświetleniowej, służącej do oświetlania ulic, placów i dróg publicznych znajdujących się na terenie Gminy Bytów - może ograniczać Gminie - korzystającej z pozostającej na majątku Spółki infrastruktury oświetlenia zewnętrznego - wynikające z ustawy prawo energetyczne uprawnienia do swobodnego wyboru dostawcy energii elektrycznej zużywanej przez te urządzenia, koszty zakupy której pokrywa Gmina. Uzasadnia to ocenę zachowania ENERGA-OPERATOR w świetle art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

ZADANIA WŁASNE GMINY W ZAKRESIE ZAOPATRZENIA W ENERGIĘ ELEKTRYCZNĄ.

Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2001r., Nr 142, poz. 1591 ze zm.), zwana dalej: *ustawą o samorządzie gminnym*, a także ustawa prawo energetyczne nakładają na gminy szczególne obowiązki dotyczące zadań wykonywanych na rzecz lokalnej społeczności. Jak wynika z ustawy o samorządzie gminnym, do zakresu działania gminy należą wszystkie sprawy publiczne o znaczeniu lokalnym, nie zastrzeżone ustawami na rzecz innych podmiotów (art. 6 ust. 1). Zadania własne gminy obejmują w szczególności sprawy zaopatrzenia w energię elektryczną (art. 7 ust. 1 pkt 3). Zgodnie z art. 18 ust. 1 pkt 2 i 3 prawa energetycznego do zadań własnych gminy w zakresie zaopatrzenia w energię elektryczną należy planowanie oświetlenia miejsc publicznych i dróg znajdujących się na terenie gminy oraz finansowanie oświetlenia ulic, placów i dróg znajdujących się na terenie gminy. Artykuł 3 pkt 22 prawa energetycznego stanowi, że finansowanie oświetlenia to finansowanie kosztów energii elektrycznej pobranej przez punkty świetlne oraz koszty ich budowy i utrzymania. Finansowanie oświetlenia ma więc postać dwuskładnikową, a na ich sumę składają się koszty energii elektrycznej pobranej na potrzeby oświetlenia, czyli koszty związane z zakupem i dostawą energii oraz koszty budowy i eksploatacji punktów świetlnych.

Tak więc ww. akty prawa nakładają na gminę obowiązek wykonywania zadań z zakresu oświetlenia dróg i miejsc publicznych znajdujących się na jej terenie i ponoszenia kosztów energii elektrycznej zużytej przez urządzenia oświetlenia zewnętrznego w celu oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych w gminie, bez względu na to czyją własnością one są.

ZASADA SWOBODNEGO WYBORU DOSTAWCY ENERGII ELEKTRYCZNEJ.

Analizując zasady świadczenia na rzecz gminy usług oświetlenia zewnętrznego należy wskazać, iż w dyrektywie 2003/54/WE Parlamentu Europejskiego w sprawie wspólnych zasad dla wewnętrznego rynku energii elektrycznej określono zasadę dostępu stron trzecich do sieci (zasada TPA *ang.: Third Party Access*) i nałożono na kraje członkowskie obowiązek jej wdrożenia poprzez przeprowadzenie działań, na mocy których odbiorcy energii elektrycznej będą mogli rzeczywiście zmienić sprzedawcę energii elektrycznej⁸. Polska, podobnie jak inne kraje członkowskie, została zobligowana do przyjęcia rozwiązań prawnych zbieżnych z przesłankami prawa wspólnotowego. Działania podjęte przez Parlament Europejskiego doprowadziły do otwarcia rynku energii elektrycznej. Częściowa liberalizacja rynku nastąpiła z dniem 1 lipca 2004 r. - od tej daty z zasady TPA mogli skorzystać wyłącznie odbiorcy komercyjni. Pełne otwarcie rynku energii, czyli nabycie prawa wyboru sprzedawcy energii elektrycznej również przez odbiorców w gospodarstwach domowych, nastąpiło z dniem 1 lipca 2007 r.

Polski ustawodawca dokonał implementacji przepisów wspólnotowych do prawa polskiego, co znalazło odzwierciedlenie m.in. w art. 4 ust. 2 prawa energetycznego, zgodnie z którym przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się przesyłem lub dystrybucją paliw gazowych lub energii jest obowiązane zapewnić wszystkim odbiorcom oraz przedsiębiorstwom zajmującym się sprzedażą paliw gazowych lub energii, na zasadach równego traktowania, świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji paliw gazowych lub energii, na zasadach i w zakresie określonym w ustawie. Tak więc zasada TPA nakłada na podmiot zarządzający siecią przesyłową i dystrybucyjną obowiązek udostępnienia jej na równych i niedyskryminujących zasadach każdemu podmiotowi dostarczającemu energię do systemu lub zaopatrującego się w energię z tego systemu⁹. Konsekwencją wprowadzenia zasady TPA jest liberalizacja rynku energii elektrycznej polegająca na umożliwieniu każdemu odbiorcy energii jej zakupu od wybranego przez siebie sprzedawcy. Uprawnienie to wynika z art. 4 j ust. 1 i 2 prawa energetycznego, zgodnie z którym odbiorca paliw gazowych lub energii ma prawo do ich zakupu od wybranego przez siebie sprzedawcy. Przedsiębiorstwo energetyczne, zajmujące się przesyłem lub dystrybucją energii, stosując obiektywne i przejrzyste zasady zapewniające równe traktowanie użytkowników systemu, umożliwi odbiorcy energii przyłączonemu do jego sieci zmianę sprzedawcy energii, na warunkach i w trybie określonym w przepisach wydanych na podstawie art. 9 ust. 1 lub 3 prawa energetycznego. Sprzedawca, który chce sprzedawać energię elektryczną na obszarze działania

⁸ zobacz: art. 20 dyrektywy 2003/54, art. 18 dyrektywy 2003/55 oraz kolejne dyrektywy: art. 32 dyrektywy 2009/72 i art. 32 dyrektywy 2009/73.

⁹ Komentarz Prawo energetyczne pod redakcją Mariusza Swory i Zdzisława Murasa, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2010, str. 319 - 322.

konkretnego operatora sieci dystrybucyjnej (OSD) powinien zawrzeć z tym OSD generalną umowę dystrybucyjną.

Tak więc ustawa prawo energetyczne nakłada na przedsiębiorstwo dystrybucyjne, jakim jest ENERGA-OPERATOR, obowiązek zapewnienia wszystkim odbiorcom energii elektrycznej oraz przedsiębiorstwom zajmującym się jej sprzedażą, świadczenie usług dystrybucji na zasadzie równoprawnego traktowania. Nałożony przepisami prawa energetycznego na operatora sieci dystrybucyjnej obowiązek prowadzenia przez niego działalności z zastosowaniem zasady TPA uprawnia każdego odbiorcę energii elektrycznej do swobodnego wyboru jej dostawcy.

STATUS ODBIORCY ENERGII ELEKTRYCZNEJ.

Art. 3 pkt 13 prawa energetycznego definiuje pojęcie *odbiorcy* jako każdego, kto otrzymuje lub pobiera paliwa lub energię na podstawie umowy z przedsiębiorstwem energetycznym. Status odbiorcy uzyskuje się z chwilą zawarcia z przedsiębiorstwem energetycznym umowy, na podstawie której energia będzie dostarczana, w szczególności może to być: umowa o sprzedaży energii, umowa o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji lub umowa kompleksowa. Uzyskanie statusu odbiorcy nie zależy od formy prawnej podmiotu otrzymującego lub pobierającego energię, nie jest również istotny cel, na jaki ma zostać ona przeznaczona. Odbiorcą może być zarówno osoba fizyczna, osoba prawna, jak i inne przedsiębiorstwo energetyczne.¹⁰ Odbiorcami w rozumieniu art. 3 pkt 13 prawa energetycznego, są zatem wszyscy użytkownicy systemu energetycznego, jak i operatorzy systemów i instalacji. Przywołane powyżej regulacje nie nakładają na podmiot, który zamierza ubiegać się o zawarcie z przedsiębiorstwem energetycznym umowy sprzedaży energii obowiązku bycia właścicielem urządzeń, czy instalacji, do zasilania których ta energia będzie zakupywana, nie wymagają one również aby był on właścicielem układów pomiarowych.

Zgodnie z § 2 ust. 1 Umowy nr 2/2009 z dnia 24 grudnia 2009 r. o wykonanie usługi oświetlenia zewnętrznego, zużycie energii elektrycznej dostarczanej do celów oświetlenia zewnętrznego na terenie Gminy Bytów z wykorzystaniem urządzeń należących do ENERGA-OPERATOR rozliczane było na podstawie faktur wystawianych przez ENERGA-OBRÓT. W umowie nie wskazano adresata tych faktur.

Z poczynionych przez Prezesa Urzędu ustaleń wynika, że dostawca energii elektrycznej zużywanej na potrzeby oświetlenia ulicznego, tj. Spółka ENERGA-OBRÓT należnościami z tego tytułu (w rozbiciu na poszczególne punkty poboru energii wskazane w załączniku nr 1 do Umowy nr 2/2009 z 24 grudnia 2009 r.) obciążała bezpośrednio Gminę Bytów i w wystawianych fakturach określała ją jako ODBIORCĘ. Taka, stosowana w praktyce, procedura fakturowania i rozliczeń dowodzi, że ENERGA-OPERATOR przyznała i akceptowała, wynikającą z tej samej umowy, dwoistość ról Gminy, a co za tym idzie dualizm jej statusu, która była zarazem klientem Spółki ENERGA-OPERATOR (usługobiorcą w zakresie usług eksploatacji, utrzymania i konserwacji infrastruktury oświetleniowej) i bezpośrednim (nie występowało refakturowanie przez ENERGA-OPERATOR) kontrahentem ENERGI-OBRÓT (odbiorcą energii elektrycznej). Praktykowany przez ENERGA-OBRÓT sposób obciążania Gminy Bytów za zużytą przez urządzenia oświetlenia ulicznego energię

¹⁰ Komentarz Prawo energetyczne pod redakcją Mariusza Swory i Zdzisława Murasa, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2010, str. 223 – 224.

elektryczną wskazuje, że Gmina może być i była, w opisanym stanie faktycznym, odbiorcą w rozumieniu przepisów prawa energetycznego. Przeszkodą dla uznania takiego jej statusu nie była ani okoliczność, że samorząd terytorialny nie był właścicielem urządzeń oświetlenia ulicznego, ani brak identyczności i tożsamości podmiotu będącego właścicielem infrastruktury (ENERGA-OPERATOR) i dostawcy energii (ENERGA-OBRÓT). Dopiero sygnalizowany przez Gminę zamiar wszczęcia procedury przetargowej, a co za tym idzie realna możliwość zmiany dostawcy energii i jego wyboru spoza grupy kapitałowej koncernu ENERGA, zmieniła dotychczasowy sposób postrzegania Gminy przez skarżonego przedsiębiorcę.

W świetle powyższych rozważań należy stwierdzić, że brak jest zarówno prawnych, jak i racjonalnych podwodów do tego, żeby kwestia własności infrastruktury oświetleniowej wykorzystywanej do oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych w Gminie, a nie faktyczne okoliczności świadczące o tym, że przedsiębiorstwo energetyczne realizuje dostawy energii elektrycznej na potrzeby Gminy, przesądzała o posiadaniu przez nią (bądź nie) uprawnień do zawarcia umowy sprzedaży energii elektrycznej do urządzeń oświetlenia zewnętrznego, nie będących jej własnością, z wybranym przez samorząd gminny sprzedawcą energii. Status odbiorcy energii elektrycznej w rozumieniu ww. ustawy może być każdy podmiot, który zawarł z przedsiębiorstwem energetycznym umowę określającą warunki jej zakupu. Tym samym, jeżeli nie można wykluczyć posiadania przez gminę uprawnień do zawarcia – w opisanych wyżej okolicznościach – umowy sprzedaży energii, należy uznać, że gmina - w sytuacji, gdy finansuje koszty energii elektrycznej zużytej przez urządzenia oświetlenia ulicznego będących własnością ENERGA-OPERATOR - jest ona podmiotem uprawnionym do uzyskania statusu odbiorcy energii elektrycznej, o którym mowa w art. 3 pkt 13 prawa energetycznego.

UMOWY OKREŚLAJĄCE ZASADY DOSTARCZANIA ENERGII ELEKTRYCZNEJ.

W świetle art. 5 prawa energetycznego dostarczanie energii elektrycznej odbywa się, po uprzednim podłączeniu do sieci, o którym mowa w art. 7, na podstawie umowy sprzedaży i umowy o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji. Dostarczanie do odbiorcy energii może odbywać się na podstawie umowy zawierającej zarówno postanowienia umowy sprzedaży, jak i umowy o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji energii elektrycznej. Umowa taka jest określana jako umowa kompleksowa. Dopuszczalne jest również zawarcie wspomnianej umowy kompleksowej przez sprzedawcę energii elektrycznej z przedsiębiorstwem energetycznym zajmującym się przesyłaniem lub dystrybucją energii - na rzecz i w imieniu odbiorcy końcowego¹¹.

Tak więc umowa kompleksowa – łącząca w sobie postanowienia umowy sprzedaży, jak i umowy o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji energii elektrycznej - nie jest obligatoryjną formą nawiązania współpracy między odbiorcą energii elektrycznej i jej dostawcą. Odbiorca energii elektrycznej ma prawo do ustanowienia takiego rodzaju stosunków umownych, jednakże prawo energetyczne dopuszcza możliwość zawarcia odrębnej umowy sprzedaży energii elektrycznej i umowy o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji. Kwestia własności urządzeń czy instalacji, do zasilania których energia ma być

¹¹ Art. 3 pkt 13 a prawa energetycznego definiuje odbiorcę końcowego jako odbiorcę dokonującego zakupu paliw lub energii na własny użytek; do własnego użytku nie zalicza się energii elektrycznej zakupionej w celu jej zużycia na potrzeby wytwarzania, przesyłania lub dystrybucji.

wykorzystywana, nie ma żadnego wpływu na formę nawiązania stosunku prawnego w powyższym zakresie.

WYKAZANIE NARUSZENIA.

Znajdująca się na terenie Gminy Bytów infrastruktura oświetlenia zewnętrznego – za wyjątkiem [...] opraw świetlnych pozostających na majątku Gminy, ale konserwowanych przez ENERGA-OPERATOR – jest własnością Spółki. Gmina, wykonując zadania własne z zakresu oświetlenia miejsc publicznych nie ma innej, realnej alternatywy dla realizacji tych zadań poza możliwością korzystania z infrastruktury oświetleniowej należącej do ENERGA-OPERATOR. Wybudowanie paralelnego systemu oświetlenia ulicznego gminy byłoby bowiem niecelowe, ekonomicznie nieuzasadnione i nieopłacalne, stanowiąc przy tym bardzo istotne obciążenie budżetu gminy. Właściciel urządzeń, z wykorzystaniem których możliwe jest oświetlenie dróg i miejsc publicznych w Gminie znajduje się w uprzywilejowanej sytuacji i może dyktować warunki świadczenia tych usług, a tym samym ograniczać, lub wręcz uniemożliwiać Gminie podejmowanie jakichkolwiek decyzji w zakresie wyboru dostawcy energii elektrycznej zużywanej do oświetlenia miejsc publicznych.

Wskazane okoliczności, tj. przymusowe położenie Gminy zmuszonej do finansowania zakupu energii elektrycznej od przedsiębiorstwa energetycznego wybranego przez właściciela infrastruktury oświetleniowej i brak realnej możliwości racjonalizacji wydatków ze środków publicznych, ponoszonych przez Gminę na finansowanie energii elektrycznej zużytej w celu oświetlenia ww. miejsc publicznych znajdujących się na jej terenie, świadczy o ograniczaniu jej praw wynikających ze statusu odbiorcy energii elektrycznej, a dotyczących swobodnego wyboru dostawcy energii elektrycznej.

Możliwość stosowania kwestionowanych przez Prezesa Urzędu zachowań rynkowych podejmowanych przez Spółkę ENERGA-OPERATOR wobec Gminy Bytów wynika przede wszystkim z faktu, że operator systemu dystrybucyjnego pozostaje w uprzywilejowanej – monopolistycznej pozycji w stosunku do swojego kontrahenta. Gdyby ENERGA-OPERATOR spotykała się na rynku właściwym ze skuteczną konkurencją, takie działanie Spółki nie byłoby możliwe, gdyż oferowane warunki świadczenia usług stanowiłyby ciężar większy od powszechnie przyjętych w stosunkach danego rodzaju, które należy odnieść do kryteriów obiektywnych, tj. typowych relacji umownych występujących na rynku. Dokonanie takiej analizy i oceny warunków współpracy Spółki ENERGA-OPERATOR i Gminy Bytów wymaga rozważenia, czy w hipotetycznej sytuacji istnienia konkurencji na danym rynku właściwym, a więc istnienia rzeczywistej swobody zawierania umów i kształtowania ich treści, dominant byłby w stanie określić postanowienia umowne wynegocjować¹².

Nadużywanie przez Spółkę posiadanej pozycji dominującej odnosi się do sytuacji, gdy jej kontrahent – jakim jest Gmina – działa pod przymusem. Oznacza to, iż Gmina nie może zaprzestać korzystać z usług świadczonych z wykorzystaniem infrastruktury oświetleniowej znajdującej się na jej terenie, a będącej własnością ENERGA-OPERATOR. Nie może ona również nie ponosić kosztów energii elektrycznej dostarczanej do tych urządzeń, gdyż jest to jej ustawowy obowiązek.

W toku prowadzonego postępowania, Spółka ENERGA-OPERATOR podnosiła, iż jej działania, tj. brak wyrażenie zgody na wyłonienie przez Gminę w drodze przetargu dostawcy energii elektrycznej wykorzystywanej do oświetlania ulic, placów i dróg publicz-

¹² Por. Wyrok SOKiK z dnia 26 stycznia 2005 roku (XVII Ama 89/03).

nych, której koszty są ponoszone przez Gminę, jest uzasadnione prawem własności określonym w art. 140 ustawy Kodeks cywilny z dnia 23 kwietnia 1964 r. (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.), zwanej dalej: *kodeksem cywilnym*. Zgodnie z przywołanym przepisem w granicach określonych przez ustawy i zasady współżycia społecznego właściciel może, z wyłączeniem innych osób, korzystać z rzeczy zgodnie ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem swego prawa, w szczególności może pobierać pożytki i inne dochody z rzeczy. W tych samych granicach może rozporządzać rzeczą. Tak więc uprawnienia właściciela wynikające

z tytułu posiadania rzeczy mogą być wykonywane w granicach określonych przez ustawy oraz klauzulę generalną zasad współżycia społecznego. Granicę treści i wykonywania własności wyznacza w szczególności ustawodawstwo zwykłe, jaki są przepisy cywilnoprawne i publicznoprawne, w którym mogą być zawarte ograniczenia podmiotowe, jak i przedmiotowe¹³. Własność nie jest więc prawem absolutnym.

W przedmiotowej sprawie ENERGA-OPERTAOR - należąca do grupy kapitałowej w skład której wchodzi również sprzedawca energii elektrycznej jakim jest ENERGA-OBRÓT - występuje w dwoistej roli: operatora systemu dystrybucyjnego energii elektrycznej, a zarazem właściciela infrastruktury oświetlenia zewnętrznego znajdującej się na terenie Gminy Bytów. Spółka – jako właściciel wspomnianej infrastruktury - może, z wyłączeniem innych osób korzystać z rzeczy i nią rozporządzać, pod warunkiem jednakże, że czyni to w granicach określonych przez ustawy i zasady współżycia społecznego. Tak więc w odniesieniu do posiadanego przez nią statusu właściciela infrastruktury ma zastosowanie ustawa prawo energetyczne i ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, które są aktami prawa stanowionego, wyznaczającego granice wykonywania prawa własności. Rozpatrując kwestię stosowania reguł ochrony konkurencji w obszarze realizacji przez ENERGA-OPERTAOR jej uprawnień właścicielskich w zakresie dysponowania posiadaną infrastrukturą oświetlenia zewnętrznego stwierdzić należy, że zarówno w ustawie prawo energetyczne, jak i w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, brak jest przepisów dopuszczających ograniczenie swobody wyboru dostawcy energii elektrycznej przez podmiot, który jest zobowiązany do pokrywania kosztów energii zużytej przez te urządzenia, a tym samym ograniczających konkurencję na rynku sprzedaży energii elektrycznej. O ile nie ma w tym względzie odmiennych uregulowań, praktycznie każda sfera gospodarowania dotycząca towarów i usług stanowiących przedmiot obrotu, a więc także i umożliwienia Gminie korzystania z uprawnień wynikających z ustawy prawo energetyczne w zakresie zastosowania zasady TPA, podlega kompetencji Prezesa Urzędu, a tytuł własności nie może uzasadniać stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

Należy jednocześnie zauważyć, iż kwestia własności urządzeń oświetlenia zewnętrznego ma zasadnicze znaczenie w sytuacji, gdy chodzi o sposób świadczenia usług oświetleniowych. I tak – zgodnie z prezentowanym stanowiskiem ENERGA-OPERTAOR - gdy właścicielem ww. urządzeń oświetlenia jest gmina, to może ona zawierać z wybranym przez siebie przedsiębiorstwem energetycznym umowę o dostawę energii elektrycznej i z wybranym przez siebie przedsiębiorcą umowę na konserwację urządzeń oświetlenia drogowego. W opinii Spółki w sytuacji, gdy właścicielem urządzeń oświetlenia drogowego jest przedsiębiorstwo energetyczne – to wówczas wybór dostawcy energii elektrycznej i

¹³ Kodeks cywilny Komentarz Prawo energetyczne pod redakcją Edwarda Gniewek, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2011, str. 293 – 298.

podmiotu wykonującego usługi konserwacyjne pozostaje w gestii tego przedsiębiorstwa energetycznego (k. 13- 17).

W tych okolicznościach Gmina jest przymuszana do zaopatrywania się w energię elektryczną dostarczaną na potrzeby oświetlenia ulicznego na zasadach nie uwzględniających faktu, że rynek energii elektrycznej został zliberalizowany i każdy odbiorca energii elektrycznej ma prawo do zawarcia umowy sprzedaży energii z dowolnie wybranym sprzedawcą energii elektrycznej, który zawarł z operatorem sieci dystrybucyjnej (OSD) umowę o świadczenie usług dystrybucji na zasadzie swobodnego wyboru sprzedawcy energii elektrycznej (TPA).

Należy również mieć na uwadze jednoznaczną treść przywoływanych przepisów ustawy o samorządzie gminnym i prawa energetycznego, które nakładając na gminę bezwzględny obowiązek finansowania kosztów energii elektrycznej pobranej przez punkty świetlne wykorzystywanej do oświetlenia ulic, placów i dróg znajdujących się na jej terenie, w żaden sposób nie ograniczają jej uprawnień - jako odbiorcy w rozumieniu prawa energetycznego - do swobodnego wyboru dostawcy energii elektrycznej zużywanej na te cele od struktury własnościowej infrastruktury oświetleniowej, za pośrednictwem której zadania te są realizowane.

Mając na uwadze przywołane uregulowania prawa energetycznego należy stwierdzić, że brak jest zarówno prawnych, jak i racjonalnych powodów do tego, aby kwestia własności infrastruktury oświetlenia zewnętrznego, w tym punktów świetlnych, a nie faktyczne okoliczności świadczące o tym, że przedsiębiorstwo energetyczne realizuje dostawy energii elektrycznej na potrzeby gminy, przesądzała o posiadaniu, bądź nie posiadaniu, przez gminę statusu odbiorcy, a co za tym idzie poddaniu, bądź nie poddaniu, stosunków łączących ją z przedsiębiorstwem energetycznym reżimowi prawa energetycznego, z wszelkimi wynikającymi z tego konsekwencjami.

Rozważając to zagadnienie Prezes Urzędu całkowicie podziela stanowisko Urzędu Regulacji Energetyki zawarte w piśmie z dnia 20 października 2010 r., nr DPK-0731-12(2)/2010/BP, w którym odnosząc się do kwestii będących przedmiotem prowadzonego postępowania wskazano, że brak jest uzasadnienia dla pozbawienia gmin (niezależnie od tego czyją własnością są urządzenia oświetleniowe) prawa wyboru sprzedawcy energii elektrycznej nabywanej w celach oświetleniowych.

Mając na uwadze poczynione wyżej rozważania, za całkowicie nieuprawnione należy uznać stanowisko reprezentowane przez ENERGA-OPERATOR, że przymiot odbiorcy energii elektrycznej w rozumieniu prawa energetycznego, przysługuje jedynie tym, którzy posiadają tytuł prawny do instalacji odbiorczej pobierającej energię. Regulacje dotyczące umowy sprzedaży energii elektrycznej, czy też umowy o świadczenie usług dystrybucji nie wymagają od odbiorcy tytułu prawnego do instalacji odbiorczej, do której energia elektryczna ma być dostarczona, w związku z czym nie można uznać, że intencją ustawodawcy było różnicowanie gmin w tym zakresie. Gmina jest specyficznym odbiorcą energii elektrycznej, który realizuje wynikające z przepisów zadania własne w zakresie zaopatrzenia w energię elektryczną, a jednocześnie znajduje się często w sytuacji uwarunkowanej historycznie, związanej ze zróżnicowaniem technicznym i własnościowym majątku oświetleniowego, a także wynikającej z warunków lokalnych i rozwoju sieci w latach poprzednich, np. urządzenia wykorzystywane dla potrzeb oświetlenia mogły być wybudowane przez gminę, a następnie przekazane na majątek przedsiębiorstwa energetycznego.

Twierdzeniu ENERGA–OPERATOR, że odbiorca energii elektrycznej posiadający status odbiorcy w rozumieniu prawa energetycznego, powinien posiadać tytuł prawny do instalacji odbiorczej pobierającej energię przeczy też praktyka związana z realizacją umowy nr 2/2009 z dnia 24 grudnia 2009 r. o wykonanie usługi oświetlenie zewnętrzne, która normowała dwie odrębne kwestie związane z ponoszeniem opłat za:

- energię elektryczną dostarczaną do celów oświetlenia zewnętrznego, której zużycie rozliczane było na podstawie faktur wystawianych przez ENERGA–OBRÓT,
- korzystanie z sieci oświetlenia zewnętrznego stanowiącego własność ENERGA–OPERATOR (Gmina zobowiązana była płacić opłatę eksploatacyjną za utrzymanie i konserwację opraw, również należących do Gminy).

Jak wcześniej wskazano, w przypadku rozliczania należności za energię elektryczną zużytą przez urządzenia oświetlenia miejsc publicznych znajdujących się na terenie Gminy Bytów, wystawca faktury, tj. ENERGA–OBRÓT nie miała żadnych wątpliwości co do statusu Gminy Bytów, oznaczając ją na dokumentach finansowych jako ODBIORCĘ i obciążając bezpośrednio ją za zużytą energię, z pominięciem ENERGA–OPERATOR.

Ustawa prawo energetyczne dopuszcza zawarcie umowy kompleksowej, która łączy w sobie postanowienia umowy sprzedaży i umowy o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji, jednakże nie jest to bezwzględnie obowiązująca forma nawiązania stosunku prawnego określającego zasady dostarczania energii elektrycznej do jej odbiorcy. Zgodnie z generalną zasadą zawartą w art. 5 prawa energetycznego jak najbardziej dopuszczalne i prawidłowe jest uregulowanie praw i obowiązków uczestników rynku biorących udział w dostarczaniu energii elektrycznej do ostatecznego odbiorcy w odrębnych umowach - sprzedaży oraz świadczenia usług przesyłania lub dystrybucji.

Umowa zawarta pomiędzy Gminą Bytów i ENERGA–OPERATOR łączyła w sobie elementy umowy sprzedaży energii elektrycznej, umowy o świadczenie usług dystrybucji energii elektrycznej, jak i umowy określającej zasady utrzymania i konserwacji przez ENERGA-OPERATOR infrastruktury oświetlenia zewnętrznego znajdującej się na terenie Gminy Bytów. Miała ona cechy umowy kompleksowej, o której mowa w art. 5 prawa energetycznego, co nie może jednak w żadnej mierze stanowić przesłanki przesądzającej o akceptacji działań Spółki w zakresie ograniczania Gminie Bytów prawa swobodnego wyboru dostawcy energii elektrycznej.

Ani przepisy prawa energetycznego, ani kodeksu cywilnego nie wykluczają uregulowania stosunków łączących ww. podmioty poprzez zawarcie odrębnych umów na poszczególne elementy wykonywanych usług, regulujących warunki zakupu i dostawy energii elektrycznej pobranej na potrzeby oświetlenia ulicznego, wykonywanie usług dystrybucji (przesyłu) energii elektrycznej i warunki eksploatacji i konserwacji urządzeń infrastruktury oświetleniowej. Tak więc kwestie własnościowe nie mogą stanowić przeszkody do rozdzielenia umów, tj.: zawarcia odrębnych umów regulujących zasady: sprzedaży energii elektrycznej na potrzeby oświetlenia miejsc publicznych z wybranym przez Gminę sprzedawcą, wykonywania usług dystrybucji przez OSD, jakim jest ENERGA–OPERATOR i umowy, przedmiotem której będzie eksploatacja i utrzymanie sieci oświetleniowej, znajdującej się na terenie Gminy.

Taka ocena rozstrzyganej kwestii znajduje również potwierdzenie w stanowisku Rady Ministrów do dezyderatu z dnia 11 maja 2011 r., nr 36, Sejmowej Komisji Nadzwyczajnej „Przyjazne Państwo” do spraw związanych z ograniczeniem biurokracji, w sprawie no-

welizacji przepisów prawnych dotyczących oświetlenia ulic, w którym wskazano m.in., że *W przypadku stwierdzenia przez gminę, że praktyki stosowane przez przedsiębiorstwo energetyczne będące właścicielem infrastruktury oświetleniowej, są niezgodne z obowiązującymi przepisami prawa, a w szczególności z przepisami dotyczącymi konkurencji, istnieje możliwość złożenia wniosku do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o wszczęcie postępowania antymonopolowego w sprawie nadużywania przez te przedsiębiorstwo pozycji dominującej [...].* Możliwość zmiany sprzedawcy energii elektrycznej uregulowana została w art. 4j ustawy – prawo energetyczne. Na mocy tego artykułu przedsiębiorstwo energetyczne, które prowadzi działalność w zakresie posyłania i dystrybucji energii elektrycznej obowiązane jest umożliwić odbiorcy energii elektrycznej (w tym przypadku gminie) zmianę sprzedawcy. Zmiana sprzedawcy ma miejsce w przypadku wypowiedzenia przez gminę umowy kompleksowej i zawarcia dwóch odrębnych umów: umowy o świadczenie usług przesyłania i dystrybucji energii elektrycznej (z dotychczasowym przedsiębiorstwem przesyłowym) oraz umowy sprzedaży energii elektrycznej (z nowym sprzedawcą). Zgodnie z art. 5 ust. 2 pkt 2 i ust. 2a pkt 3 ustawy – Prawo energetyczne, odbiorca energii elektrycznej może dokonać wyboru nowego sprzedawcy wyłącznie spośród podmiotów, które posiadają zawartą umowę dystrybucji z operatorem systemu dystrybucyjnego w celu zapewnienia dostaw energii elektrycznej do odbiorców, zwłaszcza w sytuacji gdy sprzedawca nie będzie mógł wywiązać się z zawartych umów i realizować dostaw energii elektrycznej.

Z materiału dowodowego wynika również, że w przypadku obiektów będących własnością Gminy Bytów zaliczonych do grupy przyłączeniowej IV i V, układy pomiarowe należą do ENERGA-OPERATOR i - jak podaje Spółka - w takich sytuacjach nie ma żadnych przeszkód do korzystania przez Gminę z prawa do swobodnego wyboru sprzedawcy energii. Wobec czego powstaje niekonsekwencja w prezentowanym stanowisku Spółki, iż odbiorca energii elektrycznej powinien posiadać tytuł prawny do instalacji odbiorczej, która pobiera energię elektryczną. Ponadto pogląd, że gmina jest odbiorcą energii elektrycznej w rozumieniu prawa energetycznego potwierdza również fakt, że w przypadku, gdy dostawy energii elektrycznej są realizowane do obiektów gminnych takich jak np. urządzenia alarmowe Ochotniczej Straży Pożarnej, biura, instytucje, taki status ona posiada (k. 135 – 164), pomimo, że – jak wskazano powyżej – układy pomiarowe rejestrujące zużycie energii dostarczonej do tych obiektów należą do ENERGA-OPERATOR.

Mając na uwadze bezwzględny charakter zakazu nadużywania pozycji dominującej należy również podkreślić, że na mocy obowiązującej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów brak jest przepisów, które legalizowałyby nadużycie pozycji dominującej, tak jak to ma miejsce w przypadku porozumień ograniczających konkurencję, które mieszczą się

w normie np. art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Nie można więc wskazać, iż istnieją takie postacie praktyk nadużywających pozycję dominującą, które *prima facie* spełniałyby przesłanki art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a które nie są uznawane za zakazane. Analiza zachowania przedsiębiorcy dominującego na rynku pod kątem przedstawianych przez niego argumentów, jak i badań własnych, może natomiast prowadzić do wniosku, iż dane działanie lub zaniechanie dominanta nie stanowi nadużycia pozycji dominującej, a nie że jest dozwolonym nadużyciem pozycji dominującej¹⁴. Uwzględniając powyższe uwagi należy uznać, iż argumenty przedstawiane przez

¹⁴ Decyzja Prezesa UOKiK nr RPZ 17/2010 z dnia 04 sierpnia 2010 r.

ENERGA-OPERTAOR nie mogą być uznane za usprawiedliwiająca nadużycia pozycji dominującej.

Niezależnie od powyższego podkreślić należy, iż w niniejszej decyzji, Prezes Urzędu nie kwestionuje prawa właściciela urządzeń wykorzystywanych do realizacji ww. zadań do posiadania informacji o przeprowadzeniu przez gminę przetargu mającego na celu wyłonienie dostawcy energii do ww. urządzeń. Niedopuszczalna jest natomiast praktyka polegająca na pozbawianiu gminy możliwości racjonalnego wydatkowanie pozostających w jej dyspozycji środków na finansowanie kosztów energii elektrycznej pobranej przez punkty świetlne wykorzystywane do oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych i przymuszaniu jej do zakupu energii wykorzystywanej na ww. cele od dostawcy narzuconego przez właściciela infrastruktury (tu: Spółki pozostającej w grupie kapitałowej ENERGA), co stoi w sprzeczności z zasadą swobodnego wyboru dostawcy energii (TPA), korzystanie z której jest uprawnieniem każdego odbiorcy energii elektrycznej. W efekcie, Gmina zmuszana jest do realizacji swoich zadań własnych na warunkach dyktowanych przez właściciela infrastruktury oświetleniowej. Wykorzystywanie tej przymusowej sytuacji Gminy stanowi przejaw nadużycia przez ENERGA-OPERATOR pozycji dominującej na rynku właściwym, co narusza ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów.

W świetle powyższych rozważań należy stwierdzić, że brak jest zarówno prawnych, jak i racjonalnych powodów do tego, żeby kwestia własności infrastruktury oświetleniowej wykorzystywanej do oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych w gminie, a nie faktyczne okoliczności świadczące o tym, że przedsiębiorstwo energetyczne realizuje dostawy energii elektrycznej na potrzeby gminy, przesądzała o posiadaniu (bądź nie) przez gminę statusu odbiorcy oraz prawa zmiany sprzedawcy. W opinii Prezesa Urzędu - niezależnie od tego, czyją własność stanowi infrastruktura oświetleniowa - brak jest uzasadnienia dla pozbawiania gminy prawa wyboru sprzedawcy energii elektrycznej nabywanej na cele oświetlenia ulicznego i finansowanej - zgodnie z ustawowymi obowiązkami - właśnie przez gminę.

Tak więc działania ENERGA-OPERATOR skutkujące ograniczeniem Gminie Bytów swobodnego wyboru sprzedawcy energii elektrycznej dostarczanej do urządzeń oświetleniowych, będących własnością Spółki, wykorzystywanych na potrzeby oświetlania miejsc publicznych na terenie Gminy należy uznać za przejaw nadużycia pozycji dominującej, o którym mowa w art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

ZANIECHANIE PRAKTYKI

Prezes Urzędu – na podstawie art. 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów - wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazującą zaniechania jej stosowania, jeżeli stwierdzi naruszenie zakazu określonego w art. 6 lub 9 ustawy lub w art. 81 lub 82 Traktatu WE.

Zgodnie z art. 11 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie wydaje się decyzji, o której mowa w art. 10, jeżeli zachowanie rynkowe przedsiębiorcy przestało naruszać zakazy określone w art. 6 lub 9 ustawy lub w art. 81 lub 82 Traktatu WE. W takim przypadku Prezes Urzędu wydaje decyzje o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdzającą zaniechanie jej stosowania.

Znajdującą się na terenie Gminy Bytów infrastrukturę wykorzystywaną do oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych, Spółka ENERGA-OPERATOR przekazała do ENERGA Oświetlenie z dniem 24 listopada 2010 r., w formie zorganizowanej części przedsiębior-

stwa, bez urządzeń pomiarowych. Usługi oświetlenia zewnętrznego miejsc publicznych wykonywane były przez ENERGA–OPERATOR na rzecz Gminy Bytów do dnia 31 grudnia 2010 r., w której to dacie wygasła Umowa nr 2/2009 z dnia 24 grudnia 2009 r. W dniu 30 grudnia 2010 r. Gmina Bytów zawarła z ENERGA Oświetlenie Umowę Nr EO/SŁ/15/2011 o świadczenie usługi oświetlenia na terenie Gminy Bytów obowiązującą od 1 stycznia 2011 r. do 31 grudnia 2011 r. Tak więc od dnia 1 stycznia 2011 r. na terenie Gminy Bytów ww. usługi wykonywane są, co prawda przez podmiot należący do grupy kapitałowej ENERGA, ale mający odrębny byt prawny. Wobec zaistnienia powyższych okoliczności należy uznać, że ENERGA–OPERATOR zaniechała stosowania zarzucanej jej praktyki ograniczającej konkurencję z dniem 1 stycznia 2011 r.

Wobec powyższego **orzeczono, jak w punkcie I** sentencji niniejszej decyzji.

KARA PIENIĘŻNA

Zgodnie z treścią art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6 ww. ustawy, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i 8.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie nałożenia administracyjnej kary pieniężnej posiada fakultatywny charakter. Skuteczna polityka karania wymaga jednak, by w przypadku stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorcę praktyki ograniczającej konkurencję zasadą było nakładanie kary pieniężnej¹⁵.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie zawiera zamkniętego katalogu przesłanek, od których uzależniana jest wysokość nakładanych na przedsiębiorców kar. Norma prawna wynikająca z art. 111 ww. ustawy stanowi jedynie, iż przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa między innymi w art. 106 należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy, przy czym – stosownie do art. 130 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów – przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej, o którym mowa w art. 111 tej ustawy, uwzględnia się również okoliczność naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Jest rzeczą oczywistą, iż na wysokość kary musi mieć także wpływ stopień zagrożenia lub naruszenia interesu publicznoprawnego stosowanymi praktykami ograniczającymi konkurencję. Ponadto w judykaturze wskazuje się, że w przypadku kar za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję przesłankami, które należy brać pod uwagę są: potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy, skutki praktyki dla konkurencji lub kontrahentów, dopuszczalny poziom kary wynikający z przepisów ustawy oraz cele, jakie kara ma osiągnąć¹⁶. Nałożona przez Prezesa Urzędu kara pieniężna powinna pełnić funkcję represyjną (tj. stanowić dolegliwość za naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów), a także prewencyjną, dyscyplinującą (tj. zapobie-

¹⁵ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 8.11.2004r., sygn. akt XVII Ama 81/03.

¹⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27.06.2000r., sygn. akt I CKN 793/98.

gać podobnym naruszeniom w przyszłości). W zależności od stopnia naruszenia przepisów ustawy, ustala się funkcję prewencyjną lub represyjną za wiodącą.

W punkcie I niniejszej decyzji Prezes Urzędu stwierdził, że ENERGA-OPERATOR stosowała praktykę ograniczającą konkurencję, polegającą na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku infrastruktury oświetleniowej, służącej do oświetlania ulic, placów i dróg publicznych znajdujących się na terenie gminy Bytów poprzez ograniczanie Gminie Bytów swobodnego wyboru sprzedawcy energii elektrycznej dostarczanej do urządzeń oświetleniowych będących własnością ENERGA-OPERATOR wykorzystywanych na potrzeby oświetlania miejsc publicznych. Zdaniem Prezesa Urzędu działania podejmowane przez Spółkę w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą powinny uwzględniać możliwość naruszenia zasad konkurencji. Zebrane w postępowaniu wyjaśnienia i informacje mogą zatem wskazywać, na co najmniej nieumyślne działanie ENERGA-OPERATOR, skutkujące naruszeniem zakazu zawartego w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. Pamiętać należy, że na przedsiębiorcy będącym profesjonalnym, wyspecjalizowanym uczestnikiem obrotu gospodarczego spoczywa obowiązek dochowania należytej staranności przy ocenie zgodności jego zachowań z obowiązującymi przepisami prawa. Okolicznością przemawiającą za zastosowaniem wobec Spółki kary pieniężnej jest fakt, iż jako przedsiębiorca prowadzący od wielu lat działalność związaną zarówno z dystrybucją energii elektrycznej, jak i wykonywaniem usług oświetlenia miejsc publicznych powinien mieć świadomość, że podejmowanie działań sprzecznych z przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jest bezprawne. Spółka winna zatem zdawać sobie sprawę z konieczności respektowania zakazów wynikających z ww. ustawy, jak i obowiązków i uprawnień jakie uczestnikom obrotu gospodarczego związanego z dystrybucją i sprzedażą energii elektrycznej oraz świadczeniem usług oświetlenia ulicznego daje ustawa prawo energetyczne.

Tak więc ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie wyklucza możliwości nałożenia przez Prezesa UOKiK na przedsiębiorcę, który dopuścił się praktyki ograniczającej konkurencję kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy, również w sytuacji, gdy jego działania były nieumyślne.

W 2010 roku ENERGA-OPERATOR osiągnęła przychód w wysokości [...] zł, maksymalna kara, jaka może zostać nałożona na Spółkę w oparciu o powołany przepis wynosi [...] zł.

Ustalając wymiar kary pieniężnej Prezes Urzędu w pierwszej kolejności dokonał oceny natury stwierdzonego w niniejszej decyzji naruszenia, która determinuje wysokość kwoty bazowej kary będącej odsetkiem uzyskanego przez ENERGA-OPERATOR w 2010 r. przychodu. Wskazać przy tym należy, iż w kwestii natury naruszenia Prezes Urzędu wyróżnia naruszenia bardzo poważne (do których należy zaliczyć przede wszystkim szczególnie szkodliwe horyzontalne ograniczenia konkurencji, w tym porozumienia cenowe, zmywy przetargowe, podział rynku, kolektywne bojkoty, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do eliminacji konkurencji na rynku), naruszenia poważne (do których należy zaliczyć przede wszystkim porozumienia horyzontalne niezaliczane do najpoważniejszych naruszeń, porozumienia pionowe wpływające na cenę lub warunki oferowania produktu, przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do istotnego ograniczenia konkurencji lub dotkliwej eksploatacji kontrahentów lub konsumentów), naruszenia mniej poważne, niż wyżej wymienione (naruszenia pozostałe, do których należą m.in. porozumienia wertykalne niedotyczące ceny

lub możliwości odsprzedaży towaru, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej o mniejszej wadze).

W związku z tym, że orzeczona praktyka dotyczyła nadużycia pozycji dominującej wyłącznie na terenie Gminy Bytów i polegała na uniemożliwieniu jej swobodnego wyboru sprzedawcy energii elektrycznej do urządzeń oświetleniowych będących własnością ENERGA–OPERATOR wykorzystywanych na potrzeby oświetlania miejsc publicznych (w stosunku do pozostałych odbiorców energii elektrycznej, w tym obiektów będących własnością Gminy zasada TPA jest stosowana), Prezes Urzędu zaliczył tę praktykę do mniej poważnych (tzw. pozostałych) naruszeń ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Kierując się naturą przedmiotowego naruszenia Prezes Urzędu ustalił kwotę wyjściową kary w wysokości [...] % przychodu przedsiębiorstwa energetycznego uzyskanego w 2010 r., co stanowi [...] zł.

Ustalając wymiar kary Prezes Urzędu wziął w dalszej kolejności pod uwagę specyfikę rynku, na jakim doszło do naruszenia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz specyfikę działalności ENERGA–OPERATOR. Oceniając powyższą przesłankę uwzględniono fakt, iż ENERGA–OPERATOR posiadała pozycję dominującą na lokalnym rynku infrastruktury oświetleniowej, służącej do oświetlania ulic, placów i dróg publicznych znajdujących się na terenie Gminy Bytów, a jej kontrahent nie miał możliwości korzystania z infrastruktury należącej do innych przedsiębiorców. Prezes Urzędu wziął również pod uwagę, że zapewnienie oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych to jedna z podstawowych zbiorowych potrzeb wspólnoty mieszkańców gminy, której zaspokajanie należy do zadań własnych gminy, a przedsiębiorstwo energetyczne swoim zachowaniem, skutkującym ograniczeniem prawa swobodnego wyboru dostawcy energii elektrycznej zużywanej na potrzeby wykonywania ww. usług, utrudnia Gminie wykonywanie tych zadań. Praktyka stosowana przez ENERGA–OPERATOR mogła dotknąć pośrednio każdego mieszkańca gminy, czyli uderzała w dobrobyt konsumentów (ang. *consumer welfare*). Analizując specyfikę rynku, na którym stwierdzono praktykę trzeba stwierdzić, że sprawa ma wymiar lokalny. Podstawowym przedmiotem działalności ENERGA–OPERATOR jest usługą związaną z udostępnianiem sieci dystrybucyjnej (OSD), tak więc przychody uzyskiwane przez Spółkę z rynku właściwego w sprawie stanowią zaledwie ułamek przychodów całkowitych przedsiębiorstwa energetycznego. W 2010 r. przychody uzyskane przez Spółkę z tytułu realizacji Umowy nr 2/2009 z dnia 24 grudnia 2009 r. o wykonanie usługi oświetlenia zewnętrznego na terenie Gminy Bytów wyniosły łącznie [...] zł netto ([...] % łącznych przychodów Spółki), z czego usługa dystrybucji to koszt [...] zł netto, a eksploatacja, utrzymanie i konserwacja infrastruktury – to koszt [...] zł. Natomiast przychody uzyskane przez ENERGA–OBRÓT z tytułu należności za dostarczoną do ww. urządzeń energią elektryczną wyniosły [...] zł netto. Powyższe ustalenia w ocenie Prezesa Urzędu dają podstawy do zmniejszenia kwoty bazowej kary o [...] % do poziomu [...] zł.

Przedmiotowa praktyka była stosowana przez ENERGA–OPERATOR niespełna rok, tj. od momentu, gdy w piśmie z dnia 18 marca 2010r. wyraziła ona swoje negatywne stanowisko co do możliwości wyboru przez Gminę Bytów dostawcy energii elektrycznej zużywanej przez urządzenia oświetlenia ulicznego należące do Spółki, koszty której ponosi Gmina, do 31 grudnia 2010 r., w którym to dniu wygasła umowa na podstawie której ENERGA–OPERATOR wykonywała na rzecz Gminy ww. usługi. W związku z tym, że przedmiotowa praktyka nie nosiła cech długotrwałości, wysokość kary pozostawiono na niezmiennym poziomie.

Ustalając wymiar kary pieniężnej Prezes Urzędu bada również, czy w przedmiotowej sprawie zaistniały okoliczności łagodzące i obciążające. W niniejszej sprawie nie stwierdzono istnienia okoliczności łagodzących i obciążających. Prezes Urzędu, rozważając zaistnienie przesłanek uzasadniających obniżenie wymiaru kary, wziął pod uwagę fakt, że zaprzestanie stosowania przez ENERGA-OPERATOR przedmiotowej praktyki nie można uznać za przesłankę łagodzącą, gdyż nie było ono następstwem działań podjętych przez Spółkę

w celu zaniechania stosowania praktyki, ale skutkiem zmiany właściciela infrastruktury oświetleniowej oraz wygaśnięciem Umowy nr 2/2009 z dnia 24 grudnia 2009 r. łączącej ją z Gminą Bytów. Zawarcie przez ENERGA-OPERATOR i Gminę Bytów kolejnej umowy określającej warunki świadczenia usług oświetlenia ulicznego stało się tym samym bezprzedmiotowe. W związku z czym wysokość kary pozostawiono na poziomie 260 415 zł.

W ocenie Prezesa Urzędu wymierzona kara w wysokości stanowiącej około [...] % przychodu osiągniętego przez ENERGA-OPERATOR w 2010 roku i około [...] % maksymalnego wymiaru kary przewidzianego w art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest adekwatna do stopnia naruszenia przepisów ww. ustawy i współmierna do możliwości finansowych przedsiębiorcy. W ocenie Prezesa Urzędu ww. kara pieniężna w pełni odpowiada stopniowi zawinienia ENERGA-OPERATOR. Nakładając karę w ustalonej wyżej wysokości, Prezes Urzędu wyszedł z założenia, iż powinna ona mieć charakter zarówno represyjny, jak i prewencyjny, przyczyniając się do zapobieżenia stosowaniu podobnych naruszeń w przyszłości. Niniejsza kara powinna pełnić również funkcję edukacyjną i wychowawczą, a także podkreślać naganność zakwestionowanych w niniejszym postępowaniu zachowań.

Wobec powyższego **orzeczono, jak w punkcie II** sentencji niniejszej decyzji.

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie: NBP O/O Warszawa 51101010100078782231000000.

ROZSTRZYGNIĘCIE O KOSZTACH POSTĘPOWANIA.

Zgodnie z art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu rozstrzyga o kosztach w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie. W myśl art. 77 tej ustawy, jeżeli postępowanie zostało wszczęte z urzędu i w jego wyniku Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przepisów tejże ustawy, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, zobowiązany jest ponieść koszty postępowania.

Niniejsze postępowanie antymonopolowe zostało wszczęte z urzędu. W jego wyniku Prezes Urzędu w punkcie I sentencji przedmiotowej decyzji stwierdził zaniechanie stosowania przez ENERGA-OPERATOR praktyki określonej art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z art. 263 § 1 kodeksu postępowania administracyjnego w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów kosztami niniejszego postępowania są wydatki związane z prowadzoną w toku tego postępowania korespondencją. W związku z powyższym Prezes Urzędu postanowił obciążyć ENERGA-OPERATOR kosztami niniejszego postępowania w wysokości 37,50 zł (słownie: trzydzieści siedem złotych 50/100) stanowiących koszty wysyłki pism. Na podstawie art. 264 § 1 k.p.a. w związku

z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów określono ENERGA-OPERATOR

14 dniowy termin zwrotu Prezesowi Urzędu kosztów postępowania, liczony od dnia uprawnienia się niniejszej decyzji.

Wobec powyższego **orzeczono, jak w punkcie III** sentencji niniejszej decyzji.

Koszty postępowania, określone w punkcie III decyzji, należy uiścić w określonym w sentencji decyzji terminie na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie: NBP O/O Warszawa 51101010100078782231000000.

POUCZENIE:

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

W przypadku kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach zawartego w pkt III sentencji niniejszej decyzji, stosownie do art. 81 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479³² § 1 i 2 k.p.c. oraz art. 264 § 2 k.p.a. w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przysługuje zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie tygodniowym od dnia doręczenia niniejszej decyzji, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Gdańsku.

Z up. Prezesa Urzędu
Ochrony Konkurencji i konsumentów
Dyrektor Delegatury w Gdańsku

Roman Jarząbek

Otrzymuje:

ENERGA–OPERATOR S.A.
ul. Marynarki Polskiej 130
80- 557 Gdańsk