



PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA UOKiK W POZNANIU

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

Poznań, dnia 04 sierpnia 2010 r.

RPZ - 411/12/09/ŁD

DECYZJA Nr RPZ 17/2010

I. Na podstawie art. 11 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy, po przeprowadzeniu wszczętego z urzędu postępowania antymonopolowego

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,

uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję, określoną w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ww. ustawy, nadużywanie przez ENEA Operator sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu pozycji dominującej na regionalnym rynku dystrybucji energii elektrycznej obejmującym teren zachodniej i północno-zachodniej części Polski (tj. województwa lub ich części: wielkopolskiego, lubuskiego, zachodniopomorskiego, kujawsko-pomorskiego), polegające na narzucaniu uciążliwych warunków umów o przyłączenie do sieci elektroenergetycznej, w świetle których następuje zmniejszenie mocy przyłączeniowej do wysokości mocy umownej w przypadku zamówienia na podstawie umowy dystrybucji energii elektrycznej (sprzedaży energii elektrycznej albo umowie kompleksowej) mocy umownej niższej od mocy przyłączeniowej, co przynosi ENEA Operator sp. z o.o. nieuzasadnione korzyści

i stwierdza się zaniechanie jej stosowania z dniem 15 maja 2009 roku.

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

– w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w związku z naruszeniem art. 9 ust. 1 i 2 pkt. 6 ww. ustawy w zakresie opisanym w pkt. I sentencji nakłada się na ENEA Operator sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu karę pieniężną w wysokości 477.976,50 zł (słownie: czterysta siedemdziesiąt siedem tysięcy dziewięćset siedemdziesiąt sześć złotych pięćdziesiąt groszy) płatną do budżetu państwa.

Uzasadnienie

Pismami z 17 sierpnia 2009 roku oraz z 05 października 2009 roku Prezes Urzędu Regulacji Energetyki (dalej Prezes URE) przekazał Prezesowi Urzędu dokumentację dotyczącą sporów pomiędzy podmiotami przyłączanymi do sieci elektroenergetycznej a zarządzającym tą siecią (przedsiębiorstwem energetycznym pełniącym funkcję operatora systemu dystrybucyjnego), czyli ENEA Operator sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej ENEA Operator). Spory związane były z zamieszczaniem w umowach o przyłączenie do sieci postanowień o następującym brzmieniu:

„Strony uzgadniają, że w przypadku zawarcie umowy, o której mowa w § 6 pkt 1 na moc umowną mniejszą od mocy przyłączeniowej określonej w § 2 ust. 1, wielkość mocy przyłączeniowej przyjmie wartość mocy umownej.”

(Dot. umów z podmiotami zaliczonymi do II, III, IV i VI grupy przyłączeniowej).

„Strony uzgadniają, że w przypadku zawarcia umowy, o której mowa w § 6 pkt 1 na moc umowną wynikającą z zabezpieczenia przelicznikowego mniejszego niż określone w warunkach przyłączenia, wielkość mocy przyłączeniowej przyjmie wartość wynikającą z zastosowanego zabezpieczenia przelicznikowego ujętego w umowie, o której mowa w § 6 pkt 1.”

(Dot. umów z podmiotami zaliczonymi do V grupy przyłączeniowej).

Prezes URE zwrócił uwagę, iż przepisy rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 4 maja 2007 r. w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemu elektroenergetycznego (Dz. U. nr 93, poz. 623 ze zm., dalej RozpSystemElektro) odmiennie definiują pojęcie mocy przyłączeniowej i mocy umownej. Z tych względów zapisy umowy o przyłączenie do sieci nie powinny determinować przyszłej umowy o świadczenie usługi dystrybucyjnej w zakresie wysokości mocy umownej, a w szczególności przedsiębiorstwo energetyczne nie może zastrzegać sobie prawa do zmniejszenia mocy przyłączeniowej do wysokości niższej mocy umownej, do zamówienia której odbiorca ma prawo. Gdyby ustawodawca utożsamiał moc przyłączeniową i moc umowną nie byłyby tworzone dwie odrębne definicje.

Tymczasem ENEA Operator rezerwowała sobie uprawnienie do zmniejszenia mocy przyłączeniowej do wysokości mocy umownej w przypadku zamówienia przez podmiot przyłączany mocy umownej niższej od przyłączeniowej. Jednocześnie, podmiot przyłączany zaliczany do IV, V i VI grupy przyłączeniowej (ta ostatnia, jeżeli odbiorca jest podmiot przyłączany do sieci o napięciu poniżej 1 kV), który zamówił taką niższą moc umowną był jednocześnie obowiązany do uiszczenia opłaty za przyłączenie wyliczanej w oparciu o pierwotną (wyższą) wysokość mocy przyłączeniowej. Powstało zatem podejrzenie uzyskiwania nieuzasadnionej korzyści przez ENEA Operator, która to nieuzasadniona korzyść stanowiłaby jednocześnie uciążliwość dla podmiotu przyłączanego.

Wobec powyższego, dnia 30 października 2009 roku zostało wszczęte postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem nadużywania przez ENEA Operator pozycji dominującej na regionalnym rynku dystrybucji energii elektrycznej, polegającego na narzucaniu uciążliwych warunków umów o przyłączenie do sieci elektroenergetycznej przynoszących nieuzasadnione korzyści dotyczących zmniejszenia mocy przyłączeniowej do wysokości mocy umownej w przypadku zamówienia mocy umownej niższej od przyłączeniowej.

Stanowisko Strony:

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego ENEA Operator, odwołując się do argumentów natury prawnej i ekonomicznej, co do zasady podtrzymała swoje stanowisko prezentowane wcześniej w korespondencji z Prezesem URE (DTA-4241-52(5)/2009/BM/MS).

ENEA Operator wprawdzie zgodziła się z tezą, że moc przyłączeniowa jest elementem występującym w umowie o przyłączenie do sieci, zaś moc umowna elementem innych umów, np. umowy o świadczenie usługi dystrybucji, niemniej jednak, jej zdaniem, nie zmienia to w niczym faktu, iż określone brzmienie umowy dystrybucyjnej może wpływać na treść łączących strony innych stosunków umownych, w tym na wielkość mocy przyłączeniowej określoną w umowie o przyłączenie. Przywołaną dopuszczalność w kreowaniu stosunków umownych z podmiotami przyłączanymi, przedsiębiorca wywodzi z zasady swobody umów, a w szczególności z braku ustawowego zakazu wprowadzania takich postanowień umownych.

Ponadto przedsiębiorca wskazał, iż umowa o przyłączenie nie jest umową zobowiązującą - rozporządzającą, a jej realizacja nie następuje w momencie wykonania przyłączenia. Zdaniem ENEA Operator, umowę o przyłączenie należy zaliczyć do umów zobowiązujących. Przy tym, jako pokrewna została wskazana umowa zlecenia. Przedstawioną interpretację ENEA Operator wywodzi z kolei z faktu, iż już po wykonaniu samego przyłącza, przedsiębiorca pozostaje związany węzłem obligacyjnym z podmiotem przyłączanym. To związanie ma się przejawiać w nałożeniu na ENEA Operator obowiązku dbałości o utrzymywanie sprawności przyłącza, co przedsiębiorca wywodzi z tego, iż umowa o przyłączenie ma umożliwić podmiotowi przyłączanemu korzystanie z dostępu do energii elektrycznej. ENEA Operator wskazuje więc, iż umowa o przyłączenie wiąże strony „na okres istnienia przyłącza”.

Powyższe spostrzeżenia przedsiębiorcy prowadzą go do konstatacji, iż ciągły charakter umów o przyłączenie, brak ustawowego zakazu, brak naruszenia natury zobowiązania lub zasad współzycia społecznego stanowią podstawę do uznania prawidłowości kwestionowanych postanowień umów o przyłączenie.

Przyczyną dla której wprowadzono do umów o przyłączenie kwestionowaną klauzulę było dążenie do zapewnienia racjonalnej rozbudowy systemu dystrybucyjnego i związane z tym minimalizowanie kosztów obciążających odbiorcę. Brak takiej klauzuli musiałby bowiem rodzić wiele negatywnych skutków. Konieczność gwarantowania odbiorcom mocy umownej w wysokości pierwotnej mocy przyłączeniowej powodowałaby, iż dochodziłoby do znacznego przewymiarowywania przyłączy i elementów sieci. Choć istniejące parametry sieci (przepustowość) pozwalałyby na przyłączenia kolejnych podmiotów, niezbędne byłoby dalsze rozbudowywanie sieci uwzględniające, że każdy z odbiorców w każdej chwili mógłby wystąpić o zwiększenie mocy (w stosunku do wielkości mocy umownej wynikającej z umowy dystrybucyjnej) do wysokości ustalonej w warunkach przyłączenia określonych niejednokrotnie wiele lat wcześniej. Tu wskazano na nieekonomiczną pracę urządzeń, które w części służyłyby *de facto* zabezpieczeniu zaspokojenia potencjalnych żądań przedsiębiorców, a w części przekazywaniu energii. Ponadto, w przypadku zwiększania sieci obok kosztów budowy przedsiębiorca wskazał także na obciążenia związane z konserwacją, modernizacją itp. urządzeń energetycznych.

Zdaniem przedsiębiorcy, naturalną konsekwencją ww. kosztów byłaby konieczność ich zrównoważenia w bilansie ENEA Operator. To z kolei wiązałoby się z koniecznością wprowadzenia podwyżek opłat za usługi świadczone przez przedsiębiorcę. ENEA Operator podkreśliła, iż kosztami w wyniku wspomnianych podwyżek obciążeni byłiby nie tylko podmioty przyłączane, którzy zawarli umowy zawierające odmienne wartości mocy

przyłączeniowej oraz mocy umownej, ale również pozostali odbiorcy energii. Wynika to z faktu, iż przedmiotowa podwyżka znalazłaby odzwierciedlenie w stosowanej taryfie.

Niezależnie od tego ENEA Operator podniosła, iż kwestionowane postanowienie umów o przyłączenie było znane Prezesowi Urzędu już w 2005 roku w związku z postępowaniem prowadzonym przeciwko ENEA S.A., zakończonym decyzją nr RPZ 34/2005. ENEA Operator wskazuje więc, iż *„trudno byłoby zgodzić się, a by urząd administracji państwowej, przy niezmiennym stanie prawnym, zmieniał wykładnię prawną w wyniku której negatywne skutki miałyby dotknąć podmiotu, który działa w zaufaniu do tego Urzędu”*.

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił, co następuje:

ENEA Operator jest spółką powstałą w wyniku prawnego wydzielenia działalności dystrybucyjnej przedsiębiorstwa energetycznego ENEA S.A. z siedzibą w Poznaniu (dalej ENEA S.A.) - w obszarze działania ENEA S.A. na podstawie art. 9 d ust. 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (Dz.U. nr 89, poz. 625 j.t. ze zm.; dalej PrawoEnerg), 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 niezależni od innych działalności niezwiązanych z przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej. Spółka ta, której jedynym współnikiem jest ENEA S.A., działa w oparciu o wpis do Krajowego Rejestru Sądowego nr 0000269806. Na pokrycie kapitału zakładowego wniesiono aport w postaci zorganizowanej części przedsiębiorstwa – tj. oddziału ENEA S.A. samodzielnie sporządzającego bilans, stanowiącego organizacyjnie i finansowo wyodrębniony zespół składników materialnych i niematerialnych, przeznaczonych do realizacji zadań gospodarczych związanych z dystrybucją energii elektrycznej (przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 55(1) k.c.). Umowę zbycia zorganizowanej części przedsiębiorstwa zawarto w dniu 30.06.2007 r. W tym samym dniu, decyzją nr DPE-47-47(7)/13854/2007/PKo Prezes URE wyznaczył ENEA Operator operatorem systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego na okres od dnia 1.07.2007 r. do dnia 1.07.2017 r. Z dniem 1.07.2007 r. zatem ENEA Operator przejęła zobowiązania ENEA związane z działalnością dystrybucyjną.

Przyłączanie do sieci elektroenergetycznej regulują przede wszystkim przepisy PrawoEnerg oraz rozporządzeń wydanych w oparciu o tę ustawę. Podstawowy w tym zakresie przepis art. 7 ust. 1 PrawoEnerg stwierdza, że na przedsiębiorstwie energetycznym zajmującym się przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej ciąży publiczno-prawny obowiązek zawarcia umowy o przyłączenie do sieci. Przedsiębiorstwo energetyczne jest zobowiązane do zawarcia umowy, na zasadzie równego traktowania, jeżeli istnieją techniczne i ekonomiczne warunki przyłączenia do sieci, a żądający zawarcia umowy spełnia warunki przyłączenia.

Szczegółowe zasady dotyczące przyłączania do sieci zostały określone w treści rozporządzenia z dnia 4 maja 2007 r. w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemu elektroenergetycznego (Dz. U. nr 93, poz. 623 ze zm., dalej RozpSystemElektro). Tam również zdefiniowane zostały pojęcia mocy umownej oraz mocy przyłączeniowej. Zgodnie z § 2 pkt 10 RozpSystemElektro, moc umowna to moc czynna pobierana lub wprowadzana do sieci, określona w:

- a) umowie o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji energii elektrycznej, umowie sprzedaży energii elektrycznej albo umowie kompleksowej, jako wartość maksymalną, wyznaczaną w ciągu każdej godziny okresu rozliczeniowego ze średnich wartości tej mocy rejestrowanych w okresach 15-minutowych, albo

- b) umowie o świadczenie usług przesyłania energii elektrycznej, zawieranej pomiędzy operatorem systemu przesyłowego elektroenergetycznego a operatorem systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego, jako średnią z maksymalnych łącznych mocy średniodziennej pobieranych przez danego operatora systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego w miejscach dostarczania energii elektrycznej z sieci przesyłowej będących miejscami przyłączenia sieci dystrybucyjnej do sieci przesyłowej, wyznaczoną na podstawie wskazań układów pomiarowo-rozliczeniowych, albo
- c) umowie o świadczenie usług przesyłania energii elektrycznej, zawieranej pomiędzy operatorem systemu przesyłowego elektroenergetycznego a operatorem systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego, dla miejsc dostarczania energii elektrycznej niebędących miejscami przyłączenia sieci dystrybucyjnej elektroenergetycznej do sieci przesyłowej elektroenergetycznej, jako wartość maksymalną ze średnich wartości tej mocy w okresie godziny.

Z kolei moc przyłączeniowa to moc czynna planowana do pobierania lub wprowadzania do sieci, określona w umowie o przyłączenie do sieci jako wartość maksymalna wyznaczana w ciągu każdej godziny okresu rozliczeniowego ze średnich wartości tej mocy w okresach 15-minutowych, służącą do zaprojektowania przyłącza (§ 2 pkt 10 RozpSystemElektro).

Do dnia 15 maja 2009 roku ENEA Operator zawierała co do zasady umowy o przyłączenie, w ramach których kwestia wzajemnego stosunku mocy przyłączeniowej oraz umownej rozstrzygana była w oparciu o postanowienie w następującym brzmieniu:

„Strony uzgadniają, że w przypadku zawarcie umowy, o której mowa w § 6 pkt 1 na moc umowną mniejszą od mocy przyłączeniowej określonej w § 2 ust. 1, wielkość mocy przyłączeniowej przyjmie wartość mocy umownej.”

(Dot. umów z podmiotami zaliczonymi do II, III, IV i VI grupy przyłączeniowej).

„Strony uzgadniają, że w przypadku zawarcie umowy, o której mowa w § 6 pkt 1 na moc umowną wynikającą z zabezpieczenia przelicznikowego mniejszego niż określone w warunkach przyłączenia, wielkość mocy przyłączeniowej przyjmie wartość wynikającą z zastosowanego zabezpieczenia przelicznikowego ujętego w umowie, o której mowa w w § 6 pkt 1.”

(Dot. umów z podmiotami zaliczonymi do V grupy przyłączeniowej).

Dowody:

1. Pismo Przedsiębiorcy z dnia 27 listopada 2009 roku.
(akta postępowania antymonopolowego k.12)
2. Pismo Przedsiębiorcy z dnia 04 stycznia 2010 roku.
(akta postępowania antymonopolowego k.26)

Od dnia 15 maja 2009 roku, ENEA Operator w umowach o przyłączenie do sieci stosuje następujące postanowienie regulujące wzajemny stosunek wysokości mocy przyłączeniowej do mocy umownej (dotyczy II, III i IV grupy przyłączeniowej):

„Strony uzgadniają, że w przypadku ustalenia przez okres kolejnych 3 lat w umowie o świadczenie usług dystrybucyjnych lub umowie kompleksowej mocy umownej mniejszej od wartości 80% mocy przyłączeniowej określonej w §2 ust. 1, wielkość mocy przyłączeniowej przyjmie wartość mocy umownej.”

Natomiast w stosunku do umów zawieranych z odbiorcami z V i VI grupy przyłączeniowej ENEA Operator odstąpiła od stosowania postanowień wiążących wielkość mocy umownej z wielkością mocy przyłączeniowej.

Dowody:

1. Pismo Przedsiębiorcy z dnia 27 listopada 2009 roku.
(akta postępowania antymonopolowego k.12)
2. Pismo Przedsiębiorcy z dnia 04 stycznia 2010 roku.
(akta postępowania antymonopolowego k.26)

RozpSystemElektro stanowi w § 3 ust. 1 o podziale grup przyłączeniowych w następujący sposób:

- 1) grupa I - podmioty, których urządzenia, instalacje i sieci są przyłączane bezpośrednio do sieci o napięciu znamionowym wyższym niż 110 kV;
- 2) grupa II - podmioty, których urządzenia, instalacje i sieci są przyłączane bezpośrednio do sieci o napięciu znamionowym 110 kV;
- 3) grupa III - podmioty, których urządzenia, instalacje i sieci są przyłączane bezpośrednio do sieci o napięciu znamionowym wyższym niż 1 kV, lecz niższym niż 110 kV;
- 4) grupa IV - podmioty, których urządzenia, instalacje i sieci są przyłączane bezpośrednio do sieci o napięciu znamionowym nie wyższym niż 1 kV oraz mocy przyłączeniowej większej niż 40 kW lub prądzie znamionowym zabezpieczenia przedlicznikowego w torze prądowym większym niż 63 A;
- 5) grupa V - podmioty, których urządzenia, instalacje i sieci są przyłączane bezpośrednio do sieci 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;
- 6) grupa VI - podmioty, których urządzenia, instalacje i sieci są przyłączane do sieci poprzez tymczasowe przyłącze, które będzie, na zasadach określonych w umowie, zastąpione przyłączem docelowym, lub podmioty, których urządzenia, instalacje i sieci są przyłączane do sieci na czas określony, lecz nie dłuższy niż rok.

Zgodnie z §14 ust. 1 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 2 lipca 2007 r. w sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryf oraz rozliczeń w obrocie energią elektryczną (Dz.U. nr 128, poz.895 ze zm.; dalej RozpTaryf) opłaty za przyłączenie do sieci ustala się dla podmiotów zaliczanych do grupy przyłączeniowej:

- 1) I, II, III oraz VI - przyłączanych do sieci o napięciu znamionowym wyższym niż 1 kV, z wyłączeniem przyłączenia źródeł i sieci - na podstawie jednej czwartej rzeczywistych nakładów poniesionych na realizację przyłączenia;
- 2) IV i V oraz VI - przyłączanych do sieci o napięciu znamionowym nie wyższym niż 1 kV, z wyłączeniem przyłączenia źródeł i sieci - na podstawie stawek opłat kalkulowanych na zasadach określonych w art. 7 ust. 8 pkt 2 ustawy oraz w zależności od rodzaju stawki odpowiednio do wielkości mocy przyłączeniowej, długości odcinka sieci służącego do przyłączenia lub rodzaju tego odcinka (napowietrzne lub kablowe).

Szczegółowo opłaty za przyłączenie określa Taryfa dla usług dystrybucji energii elektrycznej dla ENEA Operator (dalej Taryfa) zatwierdzana przez Prezesa URE. Taryfa zatwierdzona dnia 23 grudnia 2009 decyzją nr DTA-4211-114(10)/2009/13854/III/BH określa w punkcie 5 zasady ustalania opłat za przyłączanie podmiotów do sieci. I tak, punkt 5.3 Taryfy stanowi, iż za przyłączenie lub zwiększenie mocy przyłączeniowej podmiotów zakwalifikowanych do II i III grupy przyłączeniowej oraz podmiotów zakwalifikowanych do VI grupy przyłączeniowej, przyłączanych do sieci o napięciu znamionowym wyższym niż 1

kV, innych niż określone w punkcie 5.2¹, pobiera się opłatę ustaloną na podstawie jednej czwartej rzeczywistych nakładów poniesionych na realizację przyłączenia.

Z kolei, punkt 5.4 stanowi, iż za przyłączenie podmiotów zakwalifikowanych do IV i V grupy przyłączeniowej oraz podmiotów zakwalifikowanych do VI grupy, przyłączanych do sieci o napięciu znamionowym nie wyższym niż 1 kV, innych niż określone w punkcie 5.2, pobiera się opłatę, która stanowi iloczyn stawki opłaty za przyłączenie zawartej w poniższej tabeli oraz wielkości mocy przyłączeniowej określonej w umowie o przyłączenie, z zastrzeżeniem pkt 5.5.

Za przyłączenie podmiotów zakwalifikowanych do IV i V grupy przyłączeniowej oraz podmiotów zakwalifikowanych do VI grupy, przyłączanych do sieci o napięciu znamionowym nie wyższym niż 1 kV, innych niż określone w punkcie 5.2, pobiera się opłatę, która stanowi iloczyn stawki opłaty za przyłączenie zawartej w poniższej tabeli oraz wielkości mocy przyłączeniowej określonej w umowie o przyłączenie, z zastrzeżeniem pkt 5.5².

GRUPA PRZYŁĄCZENIOWA	STAWKA OPŁATY ZA PRZYŁĄCZENIE bez podatku od towarów i usług	
	przy przyłączeniu napowietrznym	przy przyłączeniu kablowym
IV	101,79 [zł/kW]	131,53 [zł/kW]
V	113,23 [zł/kW]	141,82 [zł/kW]
VI*	99,77 [zł/kW]	129,92 [zł/kW]
VI**	7,27 [zł/kW]	

* w przypadku, gdy jest budowane przyłącze,

** w przypadku podłączenia do istniejącej sieci.

Taryfa określa również szczegółowo opłaty związane ze zwiększeniem mocy przyłączeniowej. Zgodnie z punktem 5.8 Taryfy, za zwiększenie mocy przyłączeniowej dla podmiotów zakwalifikowanych do IV i V grupy przyłączeniowej oraz VI grupy przyłączeniowej, przyłączanych do sieci o napięciu znamionowym nie wyższym niż 1 kV, innych niż w pkt. 5.2., dokonanej na wniosek podmiotu przyłączanego, dla którego nie zachodzi konieczność wymiany lub przebudowy przyłącza pobiera się opłatę stanowiącą iloczyn stawki opłaty ustalonej w taryfie i przyrostu mocy przyłączeniowej. Z kolei punkt 5.9 Taryfy stanowi, iż za zwiększenie mocy przyłączeniowej dla podmiotów zakwalifikowanych do IV i V grupy przyłączeniowej oraz VI grupy przyłączeniowej, przyłączanych do sieci o

¹Punkt 5.2 Taryfy: Za przyłączenie źródeł współpracujących z siecią oraz sieci przedsiębiorstw energetycznych zajmujących się dystrybucją energii elektrycznej pobiera się opłatę ustaloną na podstawie rzeczywistych nakładów poniesionych na realizację przyłączenia, z wyłączeniem odnawialnych źródeł energii oraz jednostek kogeneracji o mocy elektrycznej zainstalowanej nie wyższej niż 5 MW, za których przyłączenie pobiera się połowę opłaty ustalonej na podstawie rzeczywistych nakładów.

² Pkt. 5.5 Taryfy stanowi, iż w przypadku, gdy długość przyłącza przekracza 200 metrów od podmiotów zakwalifikowanych do IV i V grupy przyłączeniowej oraz podmiotów zakwalifikowanych do VI grupy przyłączeniowej, przyłączanych do sieci o napięciu znamionowym nie wyższym niż 1 kV, innych niż określone w pkt 5.2., w sytuacji gdy jest budowane przyłącze, pobiera się dodatkową opłatę w wysokości 38,28 zł za każdy metr powyżej 200 metrów długości przyłącza.

napięciu znamionowym nie wyższym niż 1 kV, innych niż w pkt 5.2., dokonanej na wniosek podmiotu przyłączanego, dla którego zachodzi konieczność wymiany lub przebudowy przyłącza pobiera się opłatę ustaloną zgodnie z poniższym wzorem:

$$Op = Sm \times (Pp - Pd) + Nrz \times Pd/Pp$$

gdzie:

Op – opłata za przyłączenie w zł,

Sm – stawka opłaty [zł/kW], przyjęta zgodnie z punktem 5.4,

Pp – wielkość mocy przyłączeniowej [kW], określona w umowie o przyłączenie,

Pd – dotychczasowa moc przyłączeniowa [kW],

Nrz – rzeczywiste nakłady poniesione na wymianę lub przebudowę dotychczasowego przyłącza.

Natomiast przywoływany powyżej punkt 5.3 Taryfy stanowi o opłatach za zwiększenie mocy przyłączeniowej podmiotów zakwalifikowanych do II i III grupy przyłączeniowej oraz VI (w odniesieniu do podmiotów przyłączanych do sieci o napięciu znamionowym wyższym niż 1 kV).

Według stanu na dzień 27 listopada 2009 roku ilość umów zawierających ww. postanowienia wiążące wielkość mocy przyłączeniowej z wielkością mocy umownej obrazuje poniższa tabela:

Umowy zawierające kwestionowane postanowienie	II grupa	III grupa	IV grupa	V grupa	VI grupa
Do dnia 15 maja 2009 r.	8	3595	6615	16789	15259
Od dnia 15 maja 2009 r.	0	189	900	0	0
RAZEM	8	3784	7515	16789	15259

Dowód:

Pismo Przedsiębiorcy z dnia 04 stycznia 2010 roku.
(akta postępowania antymonopolowego k.75)

Udział opłat z tytułu przyłączenia w przychodzie ENEA Operator w poszczególnych latach kształtował się następująco:

Rok	Udział w przychodzie Przedsiębiorcy
2007	...
2008
2009

Dowód:

Pismo Przedsiębiorcy z dnia 23 marca 2010 roku.
(akta postępowania antymonopolowego k.79)

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje:

1. Określenie zarzutu

ENEA Operator zarzucono nadużywanie pozycji dominującej na regionalnym rynku dystrybucji energii elektrycznej, polegające na narzucaniu uciążliwych warunków umów o przyłączenie do sieci elektroenergetycznej przynoszących nieuzasadnione korzyści dotyczących zmniejszenia mocy przyłączeniowej do wysokości mocy umownej w przypadku zamówienia mocy umownej niższej od przyłączeniowej, co może naruszać art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm.; dalej ustawa oik lub ustawa antymonopolowa).

2. Interes publiczny

Dla uznania, iż sprawa posiada charakter antymonopolowy niezbędne jest stwierdzenie czy w okolicznościach sprawy doszło do naruszenia interesu publicznoprawnego. W świetle art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, celem regulacji w niej przyjętej jest zapewnienie rozwoju konkurencji, ochrona przedsiębiorców narażonych na stosowanie praktyk monopolistycznych i ochrona interesów konsumentów. Ustawa ta znajduje więc zastosowanie tylko wówczas, gdy zostaje zagrożony bądź też naruszony interes publiczny polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku, będąc, w odniesieniu do przedsiębiorców, narzędziem chroniącym konkurencję, a w odniesieniu do konsumentów zabezpieczającym ich interesy. Działaniami, które godzą w tak pojętą konkurencję będą tylko takie działania, które naruszają sferę interesów szerszego kręgu uczestników rynku, a więc nie dotyczą sytuacji pojedynczego przedsiębiorcy, lecz zaburzeń na rynku, rozumianych jako negatywne zjawiska zaburzającego jego prawidłowe działanie. Takie stanowisko prezentuje Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, m.in. w wyrokach z dnia 28.05.2001r. (sygn. akt XVII Ama 82/100) i z dnia 4.07. 2001 r. (sygn. akt XVII Ama 108/00). Znalazło ono również potwierdzenie w orzeczeniach Sądu Najwyższego, który w wyroku z dnia 28.05. 2001 r. (sygn. akt I CKN 1217/98) stwierdził, że publiczny charakter ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów powoduje, iż znajduje ona zastosowanie tylko wówczas, gdy zagrożony lub naruszony jest interes publiczny, polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego. Rynek taki może funkcjonować prawidłowo, jeżeli zapewniona jest na nim możliwość powstania i rozwoju konkurencji. Za zagrożenie lub naruszenie konkurencji w takim rozumieniu należy uznać, zdaniem sądu, jedynie takie działanie, które dotyka sfery interesów szerszego kręgu uczestników rynku gospodarczego, a więc gdy dotyczą konkurencji rozumianej nie jako sytuacji pojedynczego przedsiębiorcy, lecz jako zjawiska charakteryzującego funkcjonowanie gospodarki. Z kolei w wyroku z 12.09.2003 r. (sygn. akt I CKN 504/2001) Sąd Najwyższy zauważył jednak, że nie jest wykluczone podjęcie postępowania antymonopolowego nawet w przypadku, gdy postępowanie przedsiębiorcy kwalifikowane jako nadużycie pozycji dominującej dotknęło jednego podmiotu.

Wymienione w art. 1 ust. 1 cele ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zostały określone jako równorzędne co sprawia, że praktyki ograniczające konkurencję obejmują nie tylko te, które godzą w konkurencję, ale również te, które – podejmowane przez przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą – nie godząc wprost w konkurencję, naruszają interesy uczestników rynku. Praktyki ograniczające konkurencję można zatem podzielić na praktyki antykonkurencyjne, wywierające bezpośredni wpływ na stan lub rozwój

konkurencji oraz praktyki eksploatacyjne, których istotą jest uzyskanie korzyści kosztem innych podmiotów, w tym nieprowadzących działalności gospodarczej. W przypadku praktyk eksploatacyjnych bezpośrednim celem lub skutkiem działań przedsiębiorców jest naruszenie przede wszystkim innych niż konkurencyjne interesów uczestników rynku poprzez wykorzystanie przez przedsiębiorców istniejącej nad kontrahentami przewagi.

ENEA Operator z racji posiadanej siły rynkowej ma możliwość eksploataowania zajmowanej na rynku pozycji z uszczerbkiem dla kontrahentów. Dla stwierdzenia naruszenia interesu publicznego wystarczające jest natomiast dowolne nadużycie siły rynkowej w relacjach ze słabszymi uczestnikami rynku, albowiem już sam fakt nadużycia posiadanej na rynku pozycji dominującej narusza interes publiczny³.

O naruszeniu interesu publicznoprawnego w przedmiotowej sprawie świadczy fakt, iż objęte zarzutami działania przedsiębiorcy wymierzone są w szeroki krąg uczestników rynku, obejmujący przede wszystkim odbiorców grup przyłączeniowych IV, V i VI. Negatywne skutki wynikające z zakwestionowanych postanowień umownych godzą zatem w szeroki krąg podmiotów.

Zarzucana ENEA Operator praktyka należy do grupy ww. praktyk eksploatacyjnych. ENEA Operator wykorzystując bowiem nieobecność konkurentów na rynku właściwym narzuca postanowienie umowne, które może stanowić dla niej podstawę do uzyskiwania nieuzasadnionych korzyści finansowych, a jednocześnie stanowić uciążliwy warunek dla podmiotów przyłączanych do sieci. Uzasadnia to ocenę jej zachowania na rynku w świetle art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

3. Rynek właściwy

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

W niniejszej sprawie rynkiem w ujęciu produktowym jest rynek dystrybucji energii elektrycznej. Działalność tę definiuje art. 3 pkt 5 lit a PrawEnerg jako transport energii elektrycznej sieciami dystrybucyjnymi w celu ich dostarczenia odbiorcom. Jest ona prowadzona przez przedsiębiorstwo energetyczne posiadające status operatora systemu dystrybucyjnego. Zgodnie z art. 3 pkt 25 PrawEnerg, operatorem systemu dystrybucyjnego jest przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się dystrybucją paliw gazowych lub energii elektrycznej, odpowiedzialne za ruch sieciowy w systemie dystrybucyjnym gazowym albo systemie dystrybucyjnym elektroenergetycznym, bieżące i długookresowe bezpieczeństwo funkcjonowania tego systemu, eksploatację, konserwację, remonty oraz niezbędną rozbudowę sieci dystrybucyjnej, w tym połączeń z innymi systemami gazowymi albo innymi systemami elektroenergetycznymi. W świetle art. 7 ust. 1 PrawEnerg, przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się przesyłaniem lub dystrybucją paliw gazowych lub energii jest obowiązane do zawarcia umowy o przyłączenie do sieci z podmiotami ubiegającymi się o przyłączenie do sieci, na zasadzie równoprawnego traktowania, jeżeli istnieją techniczne i ekonomiczne

³ E. Modzelewska – Wąchał, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydawnictwo TWIGGER, Warszawa 2002, s. 15

warunki przyłączenia do sieci i dostarczania tych paliw lub energii, a żądający zawarcia umowy spełnia warunki przyłączenia do sieci i odbioru.

W związku z ww. posiadaną infrastrukturą, ENEA Operator działa w warunkach tzw. monopolu naturalnego. Inaczej mówiąc, brak jest realnej konkurencji dla świadczonych przez tego przedsiębiorcę usług. Przy tym wskazać należy, iż usługa w postaci dystrybucji energii elektrycznej siecią dystrybucyjną nie posiada substytutów. Odbiorcy energii elektrycznej nie mają innej możliwości zaopatrzenia się w energię elektryczną niż przez fizyczne dostarczenie jej siecią, do której są przyłączeni

Z uwagi na sieciowy charakter działalności w zakresie dystrybucji energii elektrycznej rynek w ujęciu geograficznym ma charakter lokalny, tj. obejmuje obszar, na którym usytuowana jest sieć dystrybucyjna pozostająca w dyspozycji ENEA Operator. Na tym obszarze może bowiem ENEA Operator świadczyć usługę świadczenia przyłączenia do sieci, która zarządza.

Zgodnie z udzieloną temu przedsiębiorcy koncesją z dnia 28.06.2007 r. oraz decyzją Prezesa URE z 30.06.2007 r. wyznaczającą ENEA Operator, na podstawie art. 9 h prawa energetycznego, operatorem systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego jest to obszar obejmujący teren województw (lub ich części): wielkopolskiego (dawne województwa: poznańskie, pilskie i leszczyńskie), zachodniopomorskiego, lubuskiego i kujawsko – pomorskiego (dawne województwo bydgoskie).

4. Nadużycie pozycji dominującej

Prezes Urzędu zarzucił Przedsiębiorcy naruszenie art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy okik. Zgodnie z tym przepisem, zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców polegające na narzucaniu przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści. Tym samym, należało wykazać wystąpienie poszczególnych elementów składających się na zarzucaną praktykę, a mianowicie:

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

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

4.1 Narzucanie warunków umów

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

Po pierwsze, „narzucanie” ze swej istoty odnosi się do etapu przed zawarciem danej umowy. Inaczej mówiąc, zawarcie umowy kończy stosowanie praktyki polegającej na narzucaniu. Istota praktyki zarzucanej ENEA Operator polegała na praktycznie bezalternatywnym przedstawianiu projektu umowy o przyłączenie, w którym zawarte było kwestionowane postanowienie.

Po drugie, „narzucanie” odnosi się do sytuacji zawierania umowy pod przymusem. Oznacza to, iż kontrahent nie zawiera w sposób dobrowolny danej umowy. W aktach przedmiotowej sprawy znajdują się dokumenty wskazujące na zgłaszanie sprzeciwu wobec kwestionowanego postanowienia umownego. Oczywiście, samo wniesienie sprzeciwu w trakcie negocjacji nawet z dominantem nie oznacza *ex lege*, iż ma miejsce „narzucenie”. Dopuszczalne jest negocjowanie przez dominanta, w tym oczywiście i w celu uzyskania

korzystnych dla niego warunków umowy. Jednakowoż, dopuszczalny margines swobody negocjacyjnej dla przedsiębiorcy dominującego na rynku kończy się w momencie, gdy nie przedstawia on alternatyw dla swojego stanowiska lub przedstawiane przez niego alternatywy nie stanowią żadnej zmiany lub przedstawiona alternatywa jest równie lub w zbliżonym wymiarze niekorzystna, a jego kontrahent nie ma innego realnego wyboru w stosunku do zawarcia nawet daleko niekorzystnej dla siebie umowy.

Odwołując się do ustaleń poczynionych w zakresie rynku właściwego w tym miejscu można jedynie przypomnieć, iż brak jest realnego, alternatywnego dostawcy usługi przyłączenia. Ponadto, z racji posiadanej siły rynkowej ma przewagę kontraktową nad swoimi kontrahentami w zakresie negocjowania warunków ich przyłączenia do sieci, w szczególności może narzucać postanowienia, których nie byłaby w stanie wynegocjować w warunkach istnienia konkurencji na rynku.

Istotne jest również, że przy zawieraniu wskazanych umów Przedsiębiorca posługuje się opracowanymi przez siebie wzorcami umów. Stosowanie wzorców umownych przy zawieraniu jednorodzących umów o charakterze masowym, jakimi niewątpliwie są umowy o przyłączenie do sieci, wymaga aprobaty przez kontrahentów ich warunków, które są jednostronnie określone przez profesjonalistę. Treść umowy, do której przychyłają się podmioty przyłączane do sieci jest arbitralnie ustalana i co do zasady nie podlega negocjacji. Swoboda kontrahentów Przedsiębiorcy jest więc ograniczona, bowiem zawarcie umowy następuje poprzez przystąpienie do warunków ustalonych autorytatywnie przez przedsiębiorstwo energetyczne. Stanowi to o adhezyjnej naturze tych umów, a jednocześnie o istocie narzucania warunków umownych w przedmiotowej sprawie. W przypadku umów zawieranych w trybie adhezyjnym, dla uznania, że następuje narzucanie ich warunków wystarczające jest oferowanie ich przez dominanta w stosunkach danego rodzaju (E. Modzelewska-Wąchal „Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz”, Wydawnictwo Twigger, Warszawa 2002, str.118). Sytuacja taka ma miejsce w niniejszej sprawie, ponieważ sposobem działania ENEA Operator jest zawieranie umów o przyłączenie do sieci, których postanowienia nie są indywidualnie uzgadniane z kontrahentami. Uznać należy zatem za uprawdopodobnione, że zakwestionowane w prowadzonym postępowaniu antymonopolowym postanowienie zostało kontrahentom Przedsiębiorcy narzucone.

Ponadto, na podstawie zebranego materiału dowodowego ustalono, iż przedsiębiorca prezentował do dnia 15 maja 2009 roku wzorzec umowy zawierający kwestionowany zapis, a w toku ewentualnych negocjacji odmawiał realnej zmiany tego zapisu. Przykładem takiej praktyki są *quasi*-negocjacje ENEA Operator przedstawione w dokumentacji przekazanej przez Prezesa URE. Na wniosek o zmianę postanowienia o brzmieniu:

„Strony uzgadniają, że w przypadku zawarcia umowy, o której mowa w § 6 pkt. 1 na moc umowną mniejszą od mocy przyłączeniowej, określonej w § 2 pkt. 1, wielkość mocy przyłączeniowej przyjmie wielkość mocy umownej.”

ENEA Operator przekazała następującą propozycję:

„Strony uzgadniają, że w przypadku zawierania umowy, o której mowa w § 6 pkt. 1 moc umowna byłaby niższa niż od określonej w § 2 pkt. 1, wielkość mocy umownej przyjmie wartość mocy przyłączeniowej.”

Powyżej zachowano oryginalną pisownię przedstawioną w dokumentacji przedstawionej przez Prezesa URE. ENEA Operator wskazała, iż tylko jedna z dwóch wyżej przedstawionych postaci kwestionowanego postanowienia jest dopuszczalna. Oznacza to, iż przedsiębiorca ten wyłączył możliwość dalszych negocjacji.

Dowód:

Materiały przekazane przez Prezesa URE zaliczone w poczet dowodów w postępowaniu antymonopolowym postanowieniem Prezesa Urzędu z dnia 30 października 2009 r.

Analiza obu postaci kwestionowanego postanowienia wskazuje, że oba sprowadzają się do jednego, czyli zrównania wartości mocy umownej i przyłączeniowej.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, iż **ENEA Operator nie zakwestionowała faktu, iż narzucała swoim kontrahentom kwestionowaną treść zapisu**, a tylko uzasadniała jej brzmienie wspomnianymi wcześniej argumentami prawnymi i ekonomicznym.

4.2 Uciążliwe warunki

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

Punktem odniesienia przy ocenie uciążliwości kwestionowanego postanowienia jest perspektywa konkurencyjnego rynku. W tym kontekście uciążliwym warunkiem jest taki, który nie zostałby przedstawiony, gdyby dominant spotykał się na rynku właściwym ze skuteczną konkurencją, ponieważ jego oferta byłaby zbyt mało atrakcyjna dla potencjalnych kontrahentów. Inaczej mówiąc, dobro oferowane przez dominanta nie byłoby na tyle atrakcyjne, ażeby potencjalny kontrahent był gotów zaciągać dane zobowiązania, skoro od konkurentów dominanta można uzyskać towar jeżeli nie równorzędny to zbliżony jakością lub innymi parametrami (np. ceną).

W przedmiotowej sprawie, ENEA Operator narzucała swoim kontrahentom umowy o przyłączenie zawierających postanowienie, zgodnie z którym w przypadku zawarcia umowy, na moc umowną mniejszą od mocy przyłączeniowej, wielkość mocy przyłączeniowej przyjmie wielkość mocy umownej.

Poza sporem jest fakt, iż moc przyłączeniowa i moc umowna nie są pojęciami tożsamymi. W świetle powołanych wyżej postanowień RozpSystemElektro, moc przyłączeniowa to moc czynna planowana do pobierania lub wprowadzenia do sieci, określona w umowie o przyłączenie, służąca do zaprojektowania przyłącza. Natomiast moc umowna to moc czynna pobierana lub wprowadzana do sieci, określona w umowie o świadczenie usług dystrybucji energii elektrycznej, umowie sprzedaży tej energii lub umowie kompleksowej.

Z uwagi na fakt, iż określenie mocy przyłączeniowej służy zaprojektowaniu przyłącza, a w dalszej kolejności określeniu zakresu niezbędnej do przyłączenia rozbudowy sieci, jej wielkość wpływa na koszty przyłączenia jakie ponosi przyszły odbiorca energii elektrycznej. Wpływ ten jest **bezpośredni** w przypadku grup przyłączeniowych IV, V i VI (w przypadku tej ostatniej grupy, jeżeli odbiorca jest przyłączany do sieci o napięciu poniżej 1 kV) gdyż opłata za przyłączenie jest iloczynem mocy przyłączeniowej i ustalonej w taryfie stawki za 1 kW, a **pośredni** w przypadku pozostałych grup, dla których opłata za przyłączenie obliczana jest w oparciu o rzeczywiste nakłady poniesione na realizację przyłączenia.

Niewątpliwie zatem uciążliwość postanowień umów o przyłączenie (a w konsekwencji nieuzasadnione korzyści po stronie ENEA Operator) odnosi się do grup przyłączeniowych IV, V i VI. **W przypadku bowiem zamówienia w umowie dystrybucji energii elektrycznej (umowie sprzedaży energii elektrycznej, umowie kompleksowej lub innej umowie) mocy umownej mniejszej niż przyłączeniowa, ta mniejsza wartość automatycznie staje się mocą przyłączeniową, mimo że opłata za przyłączenie została pobrana od większej mocy.**

W przypadku pozostałych grup przyłączeniowych takie proste konsekwencje zmniejszenia a następnie zwiększenia mocy przyłączeniowej nie występują. Skoro bowiem dla tych grup opłatę za przyłączenie wylicza się w oparciu o rzeczywiste nakłady poniesione na realizację przyłączenia, to **opłatę za zwiększenie mocy pobiera się tylko wtedy, gdy**

zwiększenie mocy pociąga za sobą konieczność wykonania prac polegających na rozbudowie sieci i przyłącza. Takie prace będzie zaś trzeba wykonać dopiero wtedy, gdy ENEA Operator „zagospodaruje” niewykorzystaną przez podmiot przyłączony różnicę mocy, tj. mówiąc najprościej, przyłączy w okolicy inny podmiot (lub zwiększy mu moc).

Obok opisanej powyżej uciążliwości ujawniającej się *de facto* już w momencie złożenia zamówienia na moc umowną niższą niż moc przyłączeniowa należy również wskazać na uciążliwość związaną z koniecznością poniesienia opłaty związanej z koniecznością zwiększenia mocy przyłączeniowej. Otóż, podmiot zawierający umowę przyłączeniową z ENEA Operator z kwestionowanym postanowieniem jest ograniczony co do wysokości zamawianej mocy umownej w latach następnych. Jeżeli bowiem w kolejnych latach przyłączony będzie chciał wystąpić o moc umowną wyższą aniżeli moc przyłączeniowa, to będzie zmuszony do poniesienia dodatkowej opłaty z tytułu zmiany mocy przyłączeniowej. Przy tym, podmiot przyłączony nie mógł zarezerwować możliwości dochodzenia do określonej mocy przyłączeniowej w ciągu np. dwóch lat, ponieważ ze względu na kwestionowane postanowienie, moc przyłączeniowa podlegała automatycznemu obniżeniu do wielkości zamówionej mocy umownej.

Inaczej mówiąc, każde zwiększenie mocy umownej powoduje konieczność wystąpienia o zmianę warunków przyłączenia i ustalenia opłaty za zwiększenie mocy przyłączeniowej wyliczanej w sposób określony w Taryfie. W konsekwencji, ENEA Operator na podstawie kwestionowanego porozumienia rezerwowała sobie dodatkowe źródło dochodu w stosunku do tych przyłączonych odbiorców, którzy chcieliby zwiększyć swoją moc umowną.

Tego rodzaju praktyka ENEA Operator mogła być szczególnie uciążliwa dla nowych, rozpoczynających działalność przedsiębiorców. Nie można bowiem oczekiwać, by już w pierwszym roku działalności (tzw. rozruchu) przedsiębiorca miał zapotrzebowanie na wielkość mocy odpowiadającej wielkości mocy przyłączeniowej. Zawarcie umowy przyłączeniowej ze wskazaniem większej mocy przyłączeniowej niż umownej miało więc z punktu widzenia podmiotu przyłączanego na celu umożliwienie skorzystania ze zwiększonej mocy umownej w kolejnych latach współpracy energetycznej. Na mocy kwestionowanej klauzuli, ENEA Operator mogła uzyskiwać więc dodatkowy przychód z tytułu zwiększania mocy przyłączeniowej, chociaż uprawnienie do zwiększenia do wysokości pierwotnie wskazanej mocy przyłączeniowej powinno było wynikać z samych zawartych umów przyłączeniowych.

4.2.3 Uciążliwość alternatywnego rozwiązania

Jak wskazano powyżej, ENEA Operator przedstawiła również alternatywę dla kwestionowanego postanowienia opierającą się na tym, że to moc umowna zostanie zwiększona do wielkości mocy przyłączeniowej. W ocenie Prezesa Urzędu, alternatywność tego rozwiązania jest iluzoryczna, co wynika przede wszystkim z faktu, iż w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu o przedstawienie:

- stosowanych przez Przedsiębiorcę wariantów w zawieranych i zawartych, wiążących umowach o przyłączenie do sieci elektroenergetycznej w zakresie postanowień regulujących wzajemny stosunek wysokości mocy przyłączeniowej do mocy umownej, ENEA Operator wskazała odniesieniu do okresu sprzed 15 maja 2009 r., iż zawarcie innego niż kwestionowane postanowienie miało charakter incydentalny. Po drugie, ENEA Operator nie przedłożyła przykładów takich postanowień. Po trzecie wreszcie, ww. alternatywne rozwiązanie jest nawet mniej korzystne dla odbiorcy aniżeli kwestionowane postanowienie. Odnosząc to do sytuacji konkretnej współpracy energetycznej, wskazać należy co następuje.

Podmiot przyłączany zamawia moc umowną niższą niż przyłączeniowa. Jednak w związku z brzmieniem alternatywnego postanowienia moc umowna ulega zwiększeniu do

wielkości mocy przyłączeniowej. Moc umowna jest jednym z parametrów służących ustaleniu wielkości opłaty za usługę dystrybucji⁴. Skoro więc podmiot przyłączany planuje pobierać mniejszą niż wskazaną wielkość mocy umownej, to taki podmiot ponosi w sposób nieuzasadniony wyższą opłatę za usługę dystrybucji.

4.3 Nieuzasadnione korzyści

Punktem wyjścia dla stwierdzenia nieuzasadnionego charakteru korzyści uzyskiwanych przez dominanta jest brak ekwiwalentności świadczeń⁵. Ekwiwalentem opłaty za przyłączenie jest przyłączenie do sieci elektroenergetycznej wraz z gwarancją określonej mocy przyłączeniowej. Na tej podstawie podmiot przyłączany ponosi wyższą opłatę, by w przyszłości móc skorzystać z większej wartości mocy umownej. W przypadku, gdy na wstępie moc przyłączeniowa ulegnie tak jak stanowi kwestionowane postanowienie zmniejszeniu, podmiot przyłączany ponosi stratę. Ponieważ podmiot przyłączany nie uzyskuje gwarancji odpowiedniej mocy przyłączeniowej ponosi stratę. Strata ta jest równa różnicy w kwocie jaką by zapłacił podmiot przyłączany, gdyby jego opłata przyłączeniowa była wyliczana w oparciu o ostateczną (tj. pomniejszoną) wysokość opłaty. Innymi słowy, podmioty przyłączane z grup przyłączeniowych IV, V i VI uiszczają zawyżoną opłatę. Tą nadwyżkę uzyskuje ENEA Operator. Ta nadwyżka stanowi nieuzasadnioną korzyść ENEA Operator. Przedsiębiorstwo energetyczne uzyskuje ją bowiem w zamian za brak świadczenia (tu za brak zagwarantowania odpowiedniej wysokości mocy przyłączeniowej). Inaczej mówiąc, nieuzasadnioną korzyścią dla ENEA Operator jest kwota, która stanowi uciążliwy warunek dla drugiej strony.

Tak samo należy wskazać, iż za nieuzasadnioną korzyść uzyskiwaną przez ENEA Operator będą opłaty ponoszone przez przyłączonych w związku ze zwiększaniem mocy przyłączeniowej do wysokości, jaka była wskazana dla mocy przyłączeniowej w pierwotnej umowie przyłączeniowej.

Podkreślenia wymaga fakt, iż obie korzyści dla ENEA Operator (czyli odpowiednio uciążliwości dla podmiotów przyłączanych) posiadają charakter potencjalny. Oznacza to, iż nie w każdej sytuacji dominant uzyskiwał ww. nadwyżki pieniężne. Nie uzyskiwał ich np. gdy podmiot przyłączany zamówił moc umowną równą wielkości mocy przyłączeniowej. Należy jednak pamiętać, iż zgodnie z treścią art. 1 ust. 2 ustawy oikik stanowiącego, iż *„Ustawa (OchrKonk)_reguluje zasady i tryb przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję oraz praktykom naruszającym zbiorowe interesy konsumentów, a także antykonkurencyjnym koncentracjom przedsiębiorców i ich związków, jeżeli te praktyki lub koncentracje wywołują lub mogą wywoływać skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”* – to ustawa antymonopolowa znajduje również zastosowanie, gdy dana praktyka przedsiębiorcy lub przedsiębiorców zagraża konkurencji na rynku. Zgodnie bowiem z poglądem reprezentowanym m.in. przez K. Kohutka⁶, ustawa antymonopolowa ma nie tylko służyć usuwaniu skutków naruszenia konkurencji, ale i przeciwdziałać jego naruszeniom. W

⁴ Taryfa ENEA Operator.

⁵ Wyrok SOKiK z dnia 26 stycznia 2005 r., XVII Ama 89/03.

⁶ K. Kohutek, M. Sieradzka, „Komentarz do art. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U.07.50.331), [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz”, LEX, 2008.:

„Zgodnie z treścią art. 1 ust. 2 in fine u.o.k.k. jej regulacje znajdują zastosowanie nie tylko do antykonkurencyjnych praktyk, które faktycznie wywołują lub już wywołały określony skutek na obszarze Polski. Reżimem tej ustawy objęte są także praktyki, które skutek taki jedynie "mogą wywołać" na terytorium naszego kraju (zob. art. 1 ust. 2 in fine u.o.k.k.). Oznacza to, że organy antymonopolowe (w tym sąd ochrony konkurencji i konsumentów) mają obowiązek oceniać postępowanie przedsiębiorcy od strony skutków, jakie mogą one nawet hipotetycznie wywołać na rynku. Przewidziane w ustawie mechanizmy ochronne mają zatem zarówno represyjny, jak i prewencyjny charakter”.

tym miejscu należy przywołać potwierdzające prewencyjny charakter ustawy antymonopolowej stanowisko zaprezentowane przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 15 lipca 1998 roku, zgodnie z którym „*dla uznania konkretnego działania za przejaw praktyki monopolistycznej nie jest wcale konieczne, aby owo zachowanie wywołało skutki na rynku. Dla bytu praktyki monopolistycznej wystarczająca jest już możliwość wystąpienia na rynku negatywnych skutków będących przejawem ograniczenia konkurencji*”⁷. Natomiast, w wyroku⁸ z dnia 24 lipca 2003 r. Sąd Najwyższy wskazał, iż „*stan potencjalnego zagrożenia*” dla zasad swobodnej konkurencji jest niedopuszczalny z punktu widzenia rozwiązań ustawy antymonopolowej jako naruszający chroniony przez tą ustawę interes publiczny w postaci konkurencji.

Inaczej mówiąc, już samo potencjalne zagrożenie eksploatacji podmiotów przyłączanych przez ENEA Operator stanowi wystarczającą przesłankę do wskazanie na nadużycie pozycji dominującej przez to przedsiębiorstwo energetyczne.

Analogicznie do powyższych ustaleń, za nieuzasadnioną korzyść należy uznać nadwyżkę wynikającą z zastosowania alternatywnego rozwiązania dla kwestionowanego postanowienia.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, iż **ENEA Operator nie kwestionowała ani faktu, iż będące przedmiotem niniejszego postępowania warunki umów o przyłączenie mają charakter uciążliwy, ani też faktu uzyskiwania nieuzasadnionych korzyści w związku z kwestionowanym postanowieniem**, natomiast prezentowała stanowisko skupiające się na uzasadnieniu ich brzmienia wspomnianymi wcześniej argumentami prawnymi i ekonomicznym.

5. Uzasadnienie stosowanej praktyki

Jak podkreślano powyżej, ENEA Operator w przedkładanych pismach nie kwestionowała:

- faktu narzucania kwestionowanego postanowienia,
- faktu uciążliwości kwestionowanego postanowienia dla podmiotów przyłączanych,
- faktu nieuzasadnionych korzyści dla ENEA Operator wynikających z kwestionowanego postanowienia.

W przedłożonych pismach, ENEA Operator wskazała natomiast na ekonomiczne i prawne uzasadnienia stosowanej praktyki.

5.1 Prawne uzasadnienie stosowanej praktyki

ENEA Operator podniosła dwa argumenty prawne mające na celu uzasadnienie stosowania kwestionowanego postanowienia.

Po pierwsze, w przytaczanych powyżej wyjaśnieniach przedsiębiorcy podniesiono, iż kwestionowane postanowienie nie stoi w sprzeczności z przepisami prawa, zasadami współżycia społecznego oraz naturą zobowiązania łączącego ENEA z podmiotami przyłączanymi. W szczególności podkreślono, iż brak jest przepisu prawnego zabraniającego uzależniać wielkość mocy przyłączeniowej od mocy umownej w sposób przewidziany w kwestionowanym postanowieniu. Przytoczona została również szeroka argumentacja przemawiająca za zakwalifikowaniem umów o przyłączenie do umów o charakterze

⁷ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 15 lipca 1998 r., sygn. akt: XVII Ama 32/98

⁸ Dz.Urz.UOKiK 2004/1/283, sygn. akt I CKN 496/01

„ciągłym”. W związku z tym, ENEA Operator wskazała na dopuszczalność kwestionowanych postanowień umów o przyłączenie.

Wobec powyższego wskazać należy, co następuje.

Przedmiotem zarzutu w niniejszym postępowaniu nie było kwestionowane postanowienie samo w sobie. Jak wskazano powyżej, na praktykę przedsiębiorcy złożyły się następujące elementy:

- pozycja dominująca ENEA Operator,
- narzucanie postanowienia przyłączeniowego,
- uciążliwość postanowienia przyłączeniowego,
- nieuzasadnione korzyści dla ENEA Operator wynikające z postanowienia przyłączeniowego.

Powyższe oznacza, iż niezgodność z prawem (w tym wypadku ustawą antymonopolową) kwestionowanego postanowienia wynika z faktu, iż zostały spełnione ww. przesłanki, co zostało wykazane powyżej.

Niezależnie od tego wymaga podkreślenia, iż podnoszona przez ENEA Operator zasada swobody umów nie posiada nieograniczonego charakteru. Zgodnie bowiem z art. 353¹ k.c. Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Powołany przepis oznacza, iż jednym ze źródeł ograniczeń w kontekście zasady swobody umów są przepisy prawne. Tym samym, naruszać zasadę swobody umów będzie umowa niezgodna z postanowieniami ustawy antymonopolowej, w tym i z treścią art. 9 ust. 2 pkt. 6 tej ustawy.

5.2 Zarzut zmiany wykładni

Drugi argument prawny przedsiębiorcy odnosił się do zarzutu zmiany wykładni stosowanej przez Prezesa Urzędu. ENEA Operator wskazała, iż kwestionowana klauzula była już uprzednio Prezesowi Urzędu znana (chodzi o rok 2005). Wtedy Prezes Urzędu wydał decyzję zobowiązującą ENEA S.A. z siedzibą w Poznaniu do⁹:

- a) niezwłocznego zaprzestania stosowania w umowach o przyłączenie do sieci postanowień nakładających na podmioty przyłączane do sieci zobowiązania do zwrotu na rzecz ENEA S.A., w przypadku zawarcia umowy sprzedaży energii elektrycznej i świadczenia usług przesyłowych na moc umowną mniejszą od mocy przyłączeniowej, jak również w przypadku późniejszego zmniejszenia mocy umownej, różnicy pomiędzy udokumentowanymi wydatkami poniesionymi przez ENEA S.A. w związku z realizacją umowy o przyłączenie, a wydatkami, które zostałyby poniesione dla zmniejszonej mocy,
- b) nie domagania się od podmiotów przyłączonych do sieci, z którymi zawarto umowę o przyłączenie w okresie od kwietnia 2003 roku i które zawierały ww. postanowienie, zwrotu różnicy pomiędzy udokumentowanymi wydatkami poniesionymi przez ENEA S.A. w związku z realizacją umowy o przyłączenie a wydatkami, które zostały lub zostaną poniesione dla zmniejszonej mocy.

Wobec powyższego ENEA Operator wskazuje, iż *„Trudno byłoby się zgodzić, a by urząd administracji państwowej, przy niezmienionym stanie prawnym, zmieniał wykładnię prawną w wyniku której negatywne skutki miałyby dotknąć podmiotu, który działa w zaufaniu do tego urzędu.”* (zachowano oryginalną pisownię).

Należy zgodzić się z częścią twierdzeń podniesionych przez przedsiębiorcę:

⁹ Decyzja Prezesa Urzędu z dnia 14 grudnia 2005 r., nr 34/2005.

- kwestionowane postanowienie było znane uprzednio Prezesowi Urzędu,
- niedopuszczalna jest zmiana wykładni z tą uwagą, iż wykładni dokonuje organ, a nie urząd.

Jednocześnie podnieść należy, iż przedstawione stanowisko strony pozostaje bez związku z wydawanym w przedmiotowej sprawie rozstrzygnięciem, co wynika z obowiązujących przepisów prawa.

W odniesieniu do analizowanej kwestii należy wskazać na dwa reżimy prawne wiążące Prezesa Urzędu w okresie od 2005 roku do dnia zapadnięcia rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie. Otóż, w momencie wydawania ww. decyzji zobowiązującej Prezes Urzędu działał na podstawie ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn.: Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm.; dalej poprzednia ustawa antymonopolowa lub poprzednia ustawa okik). Poprzednia ustawa antymonopolowa została uchylona w związku z wejściem w życie aktualnej ustawy antymonopolowej w 2007 roku.

Prezes Urzędu jako organ administracji publicznej działa na podstawie przepisów prawa (art. 8 k.p.a. w zw. z art. 83 ustawy okik i odpowiednio w 2005 roku - art. 8 k.p.a. w zw. z art. 80 poprzedniej ustawy okik). W związku z tym wskazać należy, iż Prezes Urzędu może posługiwać się wyłącznie takimi instrumentami i formami prawnymi, jakie są dla niego przewidziane i jakie są aktualnie obowiązujące¹⁰. Tym samym, naruszeniem ww. zasady praworządności byłoby posługiwanie się przez organ administracji publicznej nieprzewidzianymi w prawie środkami.

W związku z powyższym wskazać należy, iż obie ww. ustawy antymonopolowe nie zawierają instrumentu w postaci milczącej akceptacji Prezesa Urzędu dla danej praktyki. Wręcz przeciwnie, poprzednia ustawa antymonopolowa przewidywała szczególnie instrument w zawarty w art. 11 ust. 1 poprzedniej ustawy okik jakim była decyzja o niestwierdzeniu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję. Aktualna ustawa antymonopolowa nie przewiduje już decyzji o niestwierdzeniu. Jednakowoż, w przypadku niestwierdzenia stosowania praktyki wydawana jest decyzja umarzająca postępowanie (art. 105 § 1 k.p.a. w związku z art. 83 ustawy okik).

W odniesieniu do kwestionowanego postanowienia, Prezes Urzędu nie wypowiedział się w żadnej z ww. przewidzianych form. Tym samym, nie uznał zgodności stosowania ww. postanowienia z ustawą antymonopolową.

Oznacza to, iż błędny jest zarzut strony dotyczący zmiany wykładni, skoro nie była ona wykonana. Przywołać w tym miejscu należy stanowisko wyrażone w wyroku NSA w Łodzi z dnia 8 kwietnia 1998 r., zgodnie z którym naruszeniem zasady zaufania do organów administracji publicznej przejawia się w zmienności poglądów prawnych wyrażonych w decyzjach organów administracji¹¹. Natomiast naruszeniem już nie tylko zasady praworządności (art. 6 k.p.a.) ale i zasady zaufania (art. 8 k.p.a.) byłoby działanie organu administracji publicznej, w ramach którego posługiwałby się on nieprzewidzianymi w prawie instrumentami.

Po drugie, stwierdzenie zgodności lub niezgodności z ustawą antymonopolową (w tym i z poprzednią) może mieć miejsce po przeprowadzeniu właściwego postępowania (w przedmiotowej sprawie postępowania antymonopolowego) dotyczącego określonego zarzutu. Rozstrzygnięcie więc danej kwestii wymaga przeprowadzenia postępowania odnoszącego się ściśle do danego podejrzenia. W 2005 roku przedmiotem takiego właściwego postępowania antymonopolowego były ww. zagadnienia, a nie kwestionowane postanowienie. Stanowisko, zgodnie z którym postępowanie antymonopolowe powinno pozostawać w bezpośrednim związku wyłącznie z postawionym zarzutem znajduje oparcie również w decyzji Prezesa

¹⁰ Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 16 stycznia 2009 roku, II SA/Gl 933/08, LEX nr 519755; Wyrok WSA w Rzeszowie z dnia 06 sierpnia 2008 roku, II SA/Rz 246/08, LEX nr 504789.

¹¹ I SA/Łd 652/97, ONSA 1999/1/27.

Urzędu z dnia 19 kwietnia 2010 r. (nr RWA – 3/2010). Analogicznie, już w kontekście przywoływanej zasady praworządności wskazał na obowiązek analizy konkretnego zarzutu w danym postępowaniu WSA w Łodzi w wyroku z dnia 16 października 2008 roku¹². Dodać należy, iż rozstrzyganie przez Prezesa Urzędu o sprawach wykraczających poza wskazany w postępowaniu właściwym zakres mogłoby narazić Prezesa Urzędu na zarzut naruszenia prawa do obrony strony postępowania.

Kończąc wskazać należy na argument łączący się z poprzednim. Otóż, możliwość postawienia zarzutu naruszenia ustawy antymonopolowej wymaga co najmniej uprawdopodobnienia wystąpienia stosowania danej praktyki oraz jej antykonkurencyjnego charakteru. Takie uprawdopodobnienie pozwalające na postawienie zarzutu naruszenia ustawy antymonopolowej może wynikać z przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego lub pozyskanych materiałów niezależnie od takiego postępowania. W przedmiotowej sprawie podstawą do możliwości postawienia zarzutu były w ocenie Prezesa Urzędu materiały przekazane przez Prezesa URE.

5.3 Ekonomiczne uzasadnienie stosowanej praktyki

ENEA Operator przedstawiła szeroką argumentację ekonomiczną przemawiającą za stosowaniem postanowienia przyłączeniowego. Istota tej argumentacji sprowadza się do konstatacji, że zabezpieczanie przez przedsiębiorstwo energetyczne określonej mocy przyłączeniowej wyższej od mocy umownej wiązałoby się ze zwiększonymi kosztami dotyczącymi budowy i utrzymywania sieci elektroenergetycznej, które przerzucane byłyby na odbiorców.

Wobec tej argumentacji wskazać należy w pierwszej kolejności na bezwzględny charakter zakazu nadużywania pozycji dominującej. Inaczej mówiąc, na mocy obowiązującej ustawy monopolowej 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 oikik. Nie można więc wskazać, iż istnieją takie postacie praktyk nadużywających pozycję dominującą, które *prima facie* spełniałyby przesłanki art. 9 ustawy oikik, a które nie są uznawane za zakazane. Analiza zachowania przedsiębiorcy dominującego na rynku pod kątem przedstawianych przez niego argumentów jak i badań własnych organu antymonopolowego może natomiast prowadzić do wniosku, iż dane działanie lub zaniechanie dominanta nie stanowi nadużycia pozycji dominującej, a nie że jest dozwolonym nadużyciem pozycji dominującej.

ENEA Operator jest obowiązana do przyłączenia każdego podmiotu, który o takie przyłączenie wystąpi. W sposób oczywisty wspomniany obowiązek wiąże się z kosztami wynikającymi z budowy i utrzymywania przyłącza oraz rozbudowy i utrzymywania sieci ponoszonymi częściowo bezpośrednio sam podmiot przyłączany (w wysokości zależnej od przynależności do grupy przyłączeniowej), a częściowo przez wszystkich pozostałych odbiorców usług ENEA Operator.

Wprawdzie nie można odmówić ENEA Operator zasadności wprowadzenia do umowy o przyłączenie narzędzi, które zapewniłyby maksymalne zbliżenie wartości mocy przyłączeniowej i umownej w pierwszej umowie dystrybucji (umowie sprzedaży energii elektrycznej lub umowie kompleksowej) i jednocześnie gwarantowały, iż odbiorca starannie oszacuje swoje potrzeby, niemniej jednak zastrzeżenie budzi mechanizm zgodnie z którym, zamówienie mocy niższej niż przyłączeniowa powodowało automatyczne obniżenie tej ostatniej. Oznaczało to brak jakiegokolwiek okresu przejściowego (nawet ograniczonego czasowo), w którym podmiot przyłączany mógłby osiągnąć moc przyłączeniową. W warunkach gospodarki wolnorynkowej bardzo często występuje przeciw sytuacja, iż

¹² II SA/Łd 768/07, LEX nr 509797.

przedsiębiorcy prowadzący walkę konkurencyjną zmuszeni są raz do ograniczania, raz do zwiększania mocy produkcyjnych, czego nie są w stanie zaplanować nawet w stosunkowo krótkiej perspektywie czasowej. Co więcej, biorąc pod uwagę fakt, iż przyłączenie do sieci może być realizowane przez wiele miesięcy, przypadki gdy wielkość mocy przyłączeniowej nie będzie odpowiadała aktualnym potrzebom w zakresie mocy umownej mogą występować już przy zawieraniu pierwszej umowy sprzedaży.

Dlatego nie sam cel, a co za tym idzie jego uzasadnienie stoją w sprzeczności z ustawą antymonopolową, co sposób w jaki był cel ten był osiąganym, czyli automatyzm przyjętego rozwiązania prowadzący do eksploatacji podmiotów przyłączanych.

6. Zaniechanie stosowanej praktyki

Od dnia 15 maja 2009 roku w umowach o przyłączenie dla V i VI grupy przyłączeniowej ENEA Operator zrezygnowała z zapisów stanowiących o powiązaniu wartości mocy przyłączeniowej z mocą umowną. Natomiast w odniesieniu do II, III i IV grupy przyłączeniowej kwestionowane postanowienie zostało zmodyfikowane w następujący sposób:

„Strony uzgadniają, że w przypadku ustalenia przez okres kolejnych 3 lat w umowie o świadczenie usług dystrybucyjnych lub umowie kompleksowej mocy umownej mniejszej od wartości 80% mocy przyłączeniowej określonej w § 2 ust. 1, wielkość mocy przyłączeniowej przyjmie wartość mocy umownej.”

Zgodnie z wyjaśnieniami przedstawionymi przez ENEA Operator oznacza to, że „jeżeli np. moc umowna przybierze poziom niższy od 80% mocy przyłączeniowej jedynie w dwóch następujących po sobie latach (a w trzecim roku będzie wynosiła co najmniej 80% mocy przyłączeniowej), to omawiane postanowienie nie znajdzie zastosowania.”. Przy tym, ENEA Operator nie wymaga określenia z góry, jaką moc będzie pobierał przez okres ww. trzech lat przyłączany podmiot.

Powyżej przedstawiona zmiana może być odczytywana jako rozsądny kompromis w postaci zapewnienia „okresu przejściowego” zarezerwowanego dla podmiotu przyłączanego do osiągnięcia wymaganej przez przedsiębiorstwo energetyczne wielkości mocy przyłączeniowej. Nie ma więc już miejsca na wcześniej występujące „automatyczne” obniżenie wielkości mocy przyłączeniowej. Obniżenie mocy przyłączeniowej zgodnie z powołanym postanowieniem nastąpi jeżeli w każdym z trzech lat moc umowna zostanie ustalona na poziomie niższym od 80% mocy przyłączeniowej. Jeżeli więc moc umowna przybierze poziom niższy niż 80 % jedynie w dwóch następujących po sobie latach (a w trzecim kolejnym roku będzie wynosiła co najmniej 80 % mocy przyłączeniowej), to nie ulegnie ona (moc umowna) obniżeniu. Tu również podkreślić należy obniżenie przez ENEA Operator progu ze 100% na 80% mocy umownej, jakie można ustalać bez konsekwencji w postaci obniżenia wielkości mocy przyłączeniowej.

Ograniczenie czasowe dla podmiotu przyłączanego do osiągnięcia 80% mocy przyłączeniowej zapobiega możliwości „blokowania” przez ten podmiot danej wielkości mocy i przyczynianie się tym samym do konieczności rozbudowy infrastruktury elektroenergetycznej, co mogłoby powodować zwiększenie obciążenia wszystkich odbiorców usług ENEA Operator.

Powyższe oznacza, iż wraz z zaprzestaniem narzucania postanowienia umownego nastąpiło zaniechanie nadużywania pozycji dominującej w ww. zakresie przez ENEA Operator.

7. Kara

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. 9 ww. ustawy.

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 pieniężnej¹³.

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 z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz.U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 z późn. zm.). 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 osiągnąć¹⁴. Nałożona przez Prezesa Urzędu kara pieniężna powinna pełnić funkcję represyjną (tj. stanowić dolegliwość za naruszenie przepisów ustawy antymonopolowej), a także prewencyjną, dyscyplinującą (tj. zapobiegać 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 zaniechanie stosowania praktyki polegającej na nadużywaniu przez ENEA Operator pozycji dominującej na regionalnym rynku dystrybucji energii elektrycznej, polegającego na narzucaniu uciążliwych warunków umów o przyłączenie do sieci elektroenergetycznej przynoszących nieuzasadnione korzyści dotyczących zmniejszenia mocy przyłączeniowej do wysokości mocy umownej w przypadku zamówienia mocy umownej niższej od przyłączeniowej. Daje to podstawy do nałożenia na ENEA Operator kary pieniężnej w oparciu o art. 106 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy.

ENEA Operator osiągnęła w 2009 r. przychód w wysokości ... zł . Maksymalna kara pieniężna, która mogłaby zostać nałożona na Przedsiębiorcę wynosi zatem ... 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 ENEA Operator w 2009 roku 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

¹³ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 8.11.2004r., sygn. akt XVII Ama 81/03.

¹⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27.06.2000r., sygn. akt I CKN 793/98.

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

Prezes Urzędu zaliczył przedmiotową praktykę ENEA Operator do mniej poważnych (tzw. pozostałych naruszeń) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Oceniając wagę praktyki będącej przedmiotem niniejszej decyzji, Prezes Urzędu uwzględnił, że ma ona charakter eksploatacyjny i polega na wykorzystywaniu posiadanej siły rynkowej kosztem słabszego uczestnika rynku, co prowadzi do naruszenia interesu publicznego.

Zaliczając praktykę ENEA Operator do mniej poważnych (pozostałych) naruszeń ustawy antymonopolowej uwzględniono, iż bezpośrednim celem działania dominanta nie była eksploatacja podmiotów przyłączanych jako taka, a ochrona przed możliwością wzrostu kosztów eksploatacji infrastruktury elektrycznej w związku m.in. z ww. potencjalną koniecznością przewymiarowywania urządzeń. Taki wzrost kosztów mógłby z kolei zostać przełożony na wszystkich odbiorców usług ENEA Operator.

Kierując się naturą przedmiotowego naruszenia Prezes Urzędu ustalił kwotę wyjściową kary w wysokości ...% przychodu spółki uzyskanego przez nią w 2009 r. W zaokrągleniu daje to kwotę wielkości zł .

Ustalając wymiar kary Prezes Urzędu wziął w dalszej kolejności pod uwagę specyfikę rynku, na jakim doszło do naruszenia konkurencji oraz specyfikę działalności ENEA Operator. Oceniając powyższą przesłankę uwzględniono fakt, iż przedsiębiorca posiada pozycję dominującą na regionalnym rynku dystrybucji energii elektrycznej. Jednocześnie jednak wskazać należy, iż ENEA Operator funkcjonuje w szczególnym sektorze, jakim jest energetyka, a więc sektorze poddanym regulacji, gdzie podstawy funkcjonowania przedsiębiorcy zostały w dużej mierze ściśle wytyczone przez ustawodawcę. Inaczej mówiąc, przedsiębiorcy pozostawiono niewielki margines swobody w zakresie możliwości podejmowania działań (w tym i polityki cenowej – *vide* obowiązek przedstawiania taryfy do zatwierdzenia). Stąd postępowanie ENEA Operator zmierzające do ograniczenia ww. ryzyka związanego z przewymiarowywaniem sieci jest w sposób naturalny ograniczone. Nie zmienia to oczywiście faktu, iż działania przedsiębiorstwa energetycznego miały charakter praktyki eksploatacyjnej, dzięki której ENEA Operator mogła pozyskiwać nieuzasadnione korzyści.

Niezależnie od powyższego, podkreślić należy niewielki udział opłat z tytułu przyłączenia w przychodzie przedsiębiorstwa energetycznego.

Powyższe ustalenia, w ocenie Prezesa Urzędu, dają podstawę do zmniejszenia kwoty bazowej kary o 40%. W zaokrągleniu daje to kwotę wielkości zł.

W celu ostatecznego ustalenia wymiaru kary pieniężnej, należało dokonać również zbadania oraz usystematyzowania okoliczności obciążających lub łagodzących jej wysokość.

W aspekcie okoliczności łagodzących wskazuje się na zaniechanie stosowania praktyki przez przedsiębiorstwo energetyczne, które nastąpiło jak się okazało w ostatecznym rachunku jeszcze przed wszczęciem postępowania antymonopolowego.

Nie stwierdzono natomiast okoliczności obciążających.

Podsumowując należy wskazać, iż okoliczności łagodzące powodują obniżenie o ...%.

W związku z powyższym Prezes Urzędu postanowił nałożyć na ENEA Operator karę pieniężną w wysokości ... zł. W ocenie Prezesa Urzędu kara wymierzona ENEA Operator 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 ENEA 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 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. Karę należy wpłacić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w NBP o/o Warszawa Nr 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479²⁸ § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.) – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od daty jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Katowicach.

Z upoważnienia Prezesa Urzędu
Dyrektor Delegatury UOKIK w Poznaniu
Jarosław Krüger

Otrzymują:

dr Jerzy Baehr radca prawny
Aleksander Stawicki radca prawny
Rafał Przystański adwokat
Wierciński, Kwieciński, Baehr sp.k.
ul. Paderewskiego 7
61-770 Poznań
Pełnomocnicy ENEA Operator sp. zo.o.