

PREZES
URZĘDU OCHRONY KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA URZĘDU OCHRONY KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
W KATOWICACH

40-024 Katowice, ul. Powstańców 41a
Tel./Fax (0-32) 256-46-96, Tel/Fax (0-32) 255-26-47, Tel. /Fax (0-32) 255-44-04
E-mail: katowice@uokik.gov.pl

Katowice, dn. 12.11.2002r.

RKT-500-s-07/02/AW

Decyzja nr RKT- 56/2002

Na podstawie art. 104 k.p.a. i art. 28 ust. 6 oraz art. 11 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 122, poz. 1319; z 2001r. Nr 110, poz. 1189, Nr 154, poz. 1800 oraz z 2002r. Nr 129, poz. 1102), po rozpatrzeniu sprawy wszczętej na wniosek Dariusza K. prowadzącego działalność gospodarczą jako „ELEKTRO-INSTAL” PPUH RKE z siedzibą w Rybniku przeciwko Górnośląskiemu Zakładowi Elektroenergetycznemu S.A. z siedzibą w Gliwicach, ul. Barlickiego 2, w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **nie stwierdza się** stosowania przez Górnośląski Zakład Elektroenergetyczny S.A. praktyki ograniczającej konkurencję polegającej na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji poprzez uzależnianie zgody na przebudowę urządzeń elektroenergetycznych stanowiących własność Górnośląskiego Zakładu Elektroenergetycznego S.A., a kolidujących z planowanymi przez osoby trzecie inwestycjami, od podpisania przez te osoby tzw. umowy odszkodowawczej.

Uzasadnienie

Do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego dalej Organem Antymonopolowym) wpłynął wniosek pana Dariusza K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „ELEKTRO-INSTAL” PPUH RKE w Rybniku, o wszczęcie postępowania antymonopolowego przeciwko Górnośląskiemu Zakładowi Elektroenergetycznemu S.A. ul. Barlickiego 2 z siedzibą w Gliwicach (zwanemu dalej Zakładem) pod zarzutem ograniczania dostępu do rynku usług związanych z podłączeniami nowych odbiorców energii elektrycznej oraz przebudową istniejących urządzeń elektroenergetycznych przedsiębiorcom dotychczas wykonującym te usługi.

Pan K. podniósł, że Zakład całkowicie ograniczył dostęp do w/w rynku usług wykonawcom nie związanym z nim organizacyjnie i kapitałowo. Dotychczas inwestorzy, w szczególności instytucje publiczne, wybierali wykonawcę oferującego najkorzystniejsze warunki kontraktu w ramach postępowania przetargowego. Obecnie inwestor zmuszony jest podpisać tzw. umowę odszkodowawczą przewidującą dokonanie na rzecz Zakładu wpłaty kwoty, na której wysokość nie ma żadnego wpływu. Zdaniem pana K. niepodpisanie takiej umowy powoduje wstrzymanie realizacji inwestycji, nie można bowiem przebudować urządzeń będących własnością Zakładu, a kolidujących z realizowaną lub planowaną inwestycją. Na skutek tych działań Zakładu obroty firmy pana D. K., jak sam stwierdził, spadły o połowę.

Organ Antymonopolowy wszczął postępowanie wyjaśniające w sprawie ograniczania wykonawcom przez Zakład dostępu do rynku usług związanego z budową lub przebudową urządzeń elektroenergetycznych i w jego toku stwierdził istnienie przesłanek do wszczęcia postępowania antymonopolowego w sprawie, co uczyniono postanowieniem z dnia 12.08.2002r. (karta nr 167), pod zarzutem stosowania przez Zakład praktyki ograniczającej

konkurencję polegającej na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji poprzez uzależnianie zgody na przebudowę urządzeń elektroenergetycznych stanowiących własność Zakładu, a kolidujących z planowanymi przez osoby trzecie inwestycjami, od podpisania przez te osoby tzw. umowy odszkodowawczej, co może stanowić naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 5 w/w ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W odpowiedzi na postanowienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego Zakład nie uznał postawionego mu zarzutu i podniósł, iż jako właściciel urządzeń i sieci energetycznej ma obowiązek utrzymywać zdolność urządzeń, instalacji i sieci do realizacji dostaw energii w sposób ciągły i niezawodny, przy zachowaniu obowiązujących wymagań jakościowych. W celu wykonywania tego obowiązku, jak i z samej treści prawa własności, Zakład jest wyłącznie uprawniony do wykonywania wszelkich remontów, konserwacji, ale także modernizacji, rozbudowy i przebudowy istniejących obiektów, które są jego własnością. To Zakład może zlecić przedsiębiorstwu zewnętrznemu wykonanie prac na swoim majątku lub zgodzić się na wybór wykonawcy przez inwestora, jeżeli przebudowa sieci elektroenergetycznej wymuszona jest przez inwestora, z powodu kolizji nowej inwestycji z istniejącymi uprzednio urządzeniami energetycznymi i kwestia ta należy do sfery stosunków cywilnoprawnych. Zakład z przyczyn od siebie niezależnych (kolizja nowej inwestycji) ponosiłoby koszty przebudowy swojego majątku, w interesie innych osób, co stanowiłoby świadczenie nienależne. Właśnie w celu uregulowania kwestii własnościowych nowych fragmentów sieci zawierane są z inwestorami umowy, których przedmiotem jest zakres robót oraz zasady ich finansowania i wykonania.

Zakład uważa, że posiada nie tylko prawo, ale i niezbędną wiedzę i kwalifikacje do dokonywania czynności na własnym majątku energetycznym, a żaden inny podmiot prawa, nawet profesjonalnie przygotowany, nie może wymagać od właściciela umożliwienia wykonania prac na jego majątku, jedynie na tej podstawie, iż jest w stanie wykonać te prace taniej niż sam właściciel. Inną kwestią jest, że to od decyzji Zakładu – właściciela - zależy, czy wykona określone prace sam, czy zleci ich wykonanie innym podmiotom. Zakład podniósł, iż jako właściciel odpowiada za wszelkie szkody na osobach i mieniu, które mogą wyniknąć w trakcie prowadzenia przedsiębiorstwa, w skład którego wchodzi także przebudowane sieci i urządzenia. Jeżeli zatem ponosi taką odpowiedzialność oraz odpowiada za zachowanie standardów jakościowych i bezpieczeństwo świadczonych usług to konieczne jest pozostawienie mu decyzji co do zlecenia, bądź samodzielnego wykonania określonych prac oraz zachowania kontroli nad ich jakością.

Odnosząc się do tzw. umów odszkodowawczych oraz praktyki ich stosowania, Zakład wyjaśnił, że ich istotą nie jest ograniczanie innym podmiotom dostępu do świadczenia usług na rynku energetycznym, ani narzucanie na inwestorów uciążliwych warunków i nieuzasadnionych kosztów. Umowa taka nie powoduje żadnych uciążliwości po stronie inwestora. Sens „odszkodowania” polega na tym, że inwestor płaci odszkodowanie za konieczność przebudowy odcinka linii lub urządzenia energetycznego dokonywanej w jego interesie i na jego wniosek, natomiast przedsiębiorstwo sieciowe odkupuje od inwestora wybudowane przez niego elementy sieci. Kwoty te wzajemnie się równoważą. Koszt wykonania przebudowy po stronie inwestora ogranicza się do wynagrodzenia dla wykonawcy robót, właścicielem majątku pozostaje przedsiębiorstwo sieciowe. Kwestia wyboru wykonawcy prac nie jest istotą tzw. umowy odszkodowawczej i pozostaje otwarta. W zależności od woli stron wykonawcą może być Zakład, wykonawca zewnętrzny lub sam inwestor. Każda sytuacja traktowana jest indywidualnie, a wybór wykonawcy jest dyktowany interesem obu stron. Gdy wykonawcą nie jest Zakład kwota odszkodowania nie jest narzucana, jego wysokość jest ustalana zgodnie z kosztorysem powykonawczym na podstawie stawek wynegocjowanych pomiędzy inwestorem a wykonawcą i jest równa kwocie, za którą Zakład odkupuje przebudowany majątek. Kwoty te wzajemnie się znoszą. Jeżeli Zakład własnym staraniem dokonuje przebudowy swojego majątku koszty ustalone są

na podstawie umowy z inwestorem i odpowiadają rzeczywistym kosztom zgodnie z kosztorysem powykonawczym sporządzonym według założeń kalkulacyjnych ustalonych w umowie. Założenia kalkulacyjne, jak również stawka roboczogodziny netto oraz źródło pozyskania oraz cen materiałów i sprzętu nie są narzucane przez Zakład, lecz podlegają każdorazowo negocjacji między stronami.

Zakład podkreślił, że celem tzw. umów odszkodowawczych nie jest zapewnienie sobie wykonawstwa. Sposób wyboru lub sam wybór wykonawcy zawsze jest przedmiotem negocjacji i zazwyczaj Zakład przychyliła się w tej kwestii do propozycji inwestora, przy zachowaniu kontroli nad warunkami technicznymi wykonania prac.

W oparciu o zgromadzony w postępowaniu materiał dowodowy Organ Antymonopolowy ustalił następujący stan faktyczny.

Przebudowa istniejących urządzeń i instalacji sieci elektroenergetycznej na wniosek osób trzecich dotyczy sytuacji, gdy fragment istniejącej sieci elektroenergetycznej (poszczególnych instalacji i urządzeń) koliduje z planowanymi przez osoby trzecie inwestycjami (np. budową, przebudową obiektów, zastosowaniem nowych rozwiązań architektonicznych i urbanistycznych itp.), a często nawet je uniemożliwia. Nie ma zatem bezpośredniego związku z zasilaniem (doprowadzaniem energii elektrycznej) do obiektów stanowiących własność lub będących w posiadaniu osób trzecich.

W 2001r. i na początku 2002r. na terenie działania Zakładu przebudowy urządzeń elektroenergetycznych były realizowane na podstawie wydanych przez Zakład warunków przebudowy i uzgodnienia z nim projektu przebudowy. Podmiot, który wnosił o uzyskanie wymaganych prawem budowlanym pozwoleń, realizował przebudowę wybierając wykonawcę robót. Po zakończeniu robót, na podstawie pozytywnego wyniku odbioru technicznego przebudowy urządzeń, następowało włączenie przebudowanych urządzeń do sieci Zakładu. Sytuacja taka stwarzała problem regulacji własności przebudowanych urządzeń wobec braku jednoznacznej regulacji prawnej w tym zakresie. Stąd w kwietniu 2002r. Zakład podjął próbę uregulowania spraw majątkowo-prawnych związanych z przebudową swoich urządzeń i sieci wynikłych na skutek kolizji z planowanymi obcymi inwestycjami poprzez zastosowanie tzw. umowy odszkodowawczej. Przedmiotem tzw. umów odszkodowawczych jest uregulowanie spraw formalno-prawnych i finansowych związanych z przebudową istniejących fragmentów sieci elektroenergetycznych bądź wchodzących w skład tej sieci poszczególnych instalacji lub urządzeń na wniosek osób trzecich. Występuje to w przypadkach, gdy istniejąca sieć elektroenergetyczna uniemożliwia osobom trzecim realizację planowanych przez nie inwestycji, np. budowy hali produkcyjnej, supermarketu, przebudowy drogi. Możliwość zrealizowania tych inwestycji jest więc uzależniona od dokonania przebudowy danego fragmentu sieci.

Tzw. umowa odszkodowawcza umożliwia wprowadzenie przebudowanych urządzeń na majątek Zakładu, gdyż Zakład ponosi koszt przebudowy urządzeń, a inwestor ponosi koszt odszkodowania za zlikwidowanie urządzeń kolidujących z jego planowaną inwestycją. W tej sytuacji, w zależności od prowadzonych negocjacji i uzgodnień, pomiędzy inwestorem i Zakładem następuje zawarcie porozumienia co do sposobu realizacji przebudowy urządzeń.

Wydatki spowodowane przebudową sieci nie są przewidziane w planach rozwoju Zakładu, gdyż nie są związane z rozwojem istniejącej sieci bądź budową nowej. Przedmiotowych wydatków nie można również zaliczyć w koszty uzyskania przychodu, przebudowa sieci stanowi bowiem tylko zmianę jej dotychczasowego przebiegu. Ponadto Zakład podniósł, że ponosi dodatkowe wydatki związane z demontażem elementów sieci, które kolidują z inwestycją realizowaną przez osoby trzecie. Zakład stoi na stanowisku, iż ponosi szkodę w wysokości stanowiącej równowartość wydatków związanych z przebudową danego odcinka sieci elektroenergetycznej lub wchodzących w jej skład urządzeń.

Jak wskazano powyżej tzw. umowy odszkodowawcze są zawierane przez Zakład od kwietnia 2002r. W 2002r. zostały zawarte dwie takie umowy: z Zakładem Ubezpieczeń Społecznych

O/Rybnik i z Jastrzębską Spółką Węglową S.A. – KWK „Borynia”. Poza wyżej wymienionymi Zakład prowadził dotychczas negocjacje w sprawie zawarcia takich umów z Budomont 7 Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej i Dyрекcją Drogowej Trasy Średnicowej w Katowicach, jednakże w trakcie negocjacji nie przedstawiono tym podmiotom projektów umów odszkodowawczych. Wynikało to z faktu, że podmioty te zaangażowały już znaczne środki na realizację przebudowy sieci energetycznych we własnym zakresie. W 2001r. Zakład nie stosował tzw. umów odszkodowawczych (karta nr 69).

Badając okoliczności realizacji inwestycji przebudowy linii 20 kV w obrębie Zwałowiska Borynia Jar w Świerklanach realizowanej przez KWK „Borynia” Organ Antymonopolowy ustalił, iż w dniu 16.07.2002r. pomiędzy Zakładem a Jastrzębską Spółką Węglową S.A. Kopalnia Węgla Kamiennego „Borynia” (zwaną dalej KWK „Borynia”) zawarta została Umowa 257/PI/02 (karty nr 74-76) będąca tzw. umową odszkodowawczą.

Inwestycję przebudowy linii 20 kV przebiegającej przez teren projektowanego zwałowiska „Borynia-Jar” w Świerklanach realizowano na podstawie projektu technicznego zatwierdzonego i uzgodnionego przez Rejon Energetyczny Rybnik. Termin realizacji przebudowy tej linii, zgodnie z Umową Handlową nr 268/PI/2001 zawartą pomiędzy KWK „Borynia” i panem K. działającym jako „ELEKTRO-INSTAL” PPUH RKE w Rybniku ustalony został od 18.10.2001r. do 31.08.2002r. W celu wyłonienia wykonawcy przebudowy linii 20 kV KWK „Borynia” ogłosiła i przeprowadziła przetarg ograniczony dla krajowych przedsiębiorstw specjalistycznych, w którym wybrana została firma pana K. Przy wyborze wykonawcy Zakładowa Komisja Przetargowa kierowała się dotychczasowym doświadczeniem firm przy wykonywaniu podobnych prac, przedstawionymi referencjami oraz oferowaną najniższą ceną. Inwestycję przebudowy linii finansuje JSW S.A. KWK „Borynia”. Zgodnie z warunkami przebudowy linii 20 kV z dnia 19.04.2000r. (karta nr 40) przebudowę należało wykonać własnym kosztem i staraniem w porozumieniu i pod nadzorem Centrum Obsługi Klienta w Żorach.

Po przeprowadzeniu weryfikacji dokumentacji przedłożonej do odbioru linii 20 kV przez JSW S.A. KWK „Borynia” Dystrybucja Gliwice – GZE Sp. z o.o. (która pierwotnie prowadziła sprawę) w piśmie z dnia 31.05.2002r. (karta nr 51) zawnioskowała m.in. o zawarcie z nią umowy odszkodowawczej na przebudowę w/w linii. Kolejne pismo w sprawie, w związku ze zgłoszeniem do odbioru przebudowy linii 20 kV, Dystrybucja Gliwice – GZE Sp. z o.o. skierowała do JSW S.A. KWK „Borynia” w dniu 05.06.2002r. (karta nr 53) zwracając się w nim ponownie o zawarcie z nią umowy określającej zasady oraz prawa i obowiązki stron związane z prowadzonymi pracami budowlanymi. W dniu 13.06.2002r. (Protokół karty nr 49-50) dokonano wstępnego odbioru technicznego linii napowietrznej 20 kV. W Protokole stwierdzono, że po usunięciu usterek obiekt nadaje się do załączenia. Jednocześnie komisja ustaliła, że podłączenie obiektu pod napięcie uwarunkowane jest uregulowaniem spraw majątkowych pomiędzy inwestorem a Zakładem (karta nr 49).

W nawiązaniu do pisma z dnia 05.06.2002r. JSW S.A. KWK „Borynia” zwróciła się do Dystrybucja Gliwice – GZE Sp. z o.o. o jednoznaczne przedstawienie stanowiska w sprawie przejścia na majątek wybudowanych przez jej wykonawcę, tj. firmę pana K., urządzeń linii 20 kV (pismo z dnia 03.07.2002r., karta nr 54) powołując się na bezskuteczne wielokrotne próby omówienia projektu tzw. umów odszkodowawczych i fakt powiadomienia jej że wcześniejszy projekt tej umowy jest już nieaktualny i, że przygotowany zostanie nowy wzór porozumienia. KWK „Borynia” podkreśliła jednocześnie, że wykonawca nie może dokończyć wykonywanych prac bez odbioru końcowego uzależnionego przez Dystrybucja Gliwice – GZE Sp. z o.o. od załatwienia spraw majątkowych. W takich okolicznościach w dniu 16.07.2002r. zawarta została Umowa 257/PI/02 (tzw. umowa odszkodowawcza, karty nr 74-76).

W § 3 ust. 3 umowy strony uzgodniły, że zatwierdzony projekt techniczno-budowlany oraz przebudowane elementy sieci elektroenergetycznej Zakład odkupi od KWK „Borynia” za określoną cenę. W § 5 ustalono, że tytułem odszkodowania za przebudowę fragmentu sieci

elektroenergetycznej KWK „Borynia” zapłaci Zakładowi odszkodowanie (regulowane w formie noty obciążeniowej). Wysokość odszkodowania będzie równa ostatecznej cenie netto sprzedaży przebudowanego fragmentu sieci elektroenergetycznej oraz projektu techniczno-budowlanego, tj. kwocie wymienionej w § 3 ust. 3 umowy. Wysokość odszkodowania KWK „Borynia” zobowiązała się zapłacić na rzecz Zakładu. Zapłata kwoty odszkodowania nastąpi w trybie potrącenia z ceną sprzedaży, a podatek zostanie przelany na rachunek KWK „Borynia” w terminie 21 dni od daty otrzymania przez Zakład faktury VAT.

W kolejnej tzw. umowie odszkodowawczej - zawartej z Zakładem Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Rybniku (zwanym dalej ZUS) w dniu 20.06.2002r. (karty nr 77-79) - Zakład zobowiązał się do przebudowy fragmentu sieci elektroenergetycznej w sposób umożliwiający ZUS realizację inwestycji – budowa Inspektoratu ZUS w Wodzisławiu Śląskim. ZUS zobowiązał się do zapłaty Zakładowi odszkodowania za przebudowę fragmentu sieci elektroenergetycznej. Na wysokość odszkodowania, zgodnie z § 6 umowy, będzie składać się kwota wynikająca z kosztorysu powykonawczego sporządzonego przez Zakład w oparciu o nakłady rzeczowe zawarte w KNR, składniki cenotwórcze wynikające ze stawek na podstawie których rozliczane są prace budowlano-montażowe związane z przebudową urządzeń energetycznych. Kosztorys podlega zatwierdzeniu przez ZUS.

W toku postępowania ZUS poinformował (karty nr 170-186), że z uwagi na fakt, iż właścicielem przebudowywanej sieci jest Zakład skierował się bezpośrednio do niego o zmianę warunków, a następnie o wykonanie przełożenia kabli. Wybór Zakładu jako wykonawcy był podyktowany tym, że jako właściciel czynnej sieci średniego napięcia zasilającej centrum Wodzisławia Śląskiego posiada wszelkie warunki ku temu, by w sposób optymalny sprostać zadaniu, a ponadto przebudowany odcinek sieci nadal stanowił będzie własność Zakładu. W przypadku wybrania innego wykonawcy ZUS przyjąłby na siebie odpowiedzialność z tytułu należytego wykonania zadania, natomiast podjęcie decyzji o powierzeniu właścicielowi sieci wykonania przebudowy zwalnia ZUS z takiej odpowiedzialności. Jedyne zobowiązanie ZUS to odszkodowanie za dotychczasową sieć wyliczone na podstawie kosztorysu powykonawczego, który zostanie zatwierdzony przez ZUS po wykonaniu zadania. Z powyżej przedstawionych przyczyn ZUS nie brał pod uwagę innych wykonawców, chociaż, jak sam wskazał, istniała możliwość ich wyboru.

Aby wyjaśnić okoliczności sprawy Organ Antymonopolowy zwrócił się również o informacje do wskazanego przez Wnioskodawcę inwestora realizującego inwestycję przebudowy linii NN i SN przy ul. Wodzisławskiej w Żorach w związku z projektowaną stacją paliw STATOIL, tj. do Statoil Polska Sp. z o.o., i ustalił, iż w/w spółka wybrała wykonawcę przebudowy odcinka sieci w drodze przetargu, do którego przystąpiły trzy firmy: z Bełchatowa, Rybnika i Czechowic-Dziedzic. Na wykonawcę przebudowy została wybrana firma „Budonaft” z Czechowic-Dziedzic. Dokonując tego wyboru kierowano się takimi kryteriami jak: jakość proponowanych materiałów, długość cyklu inwestycyjnego, cena. Statoil Polska Sp. z o.o. poinformowała również, że Zakład nie przedstawił jej w związku z realizacją inwestycji do podpisu tzw. umowy odszkodowawczej, ale porozumienie, którego przedmiotem jest określenie zasad przebudowy fragmentu sieci elektro-energetycznej oraz praw i obowiązków stron związanych z pracami budowlanymi (karty nr 160-161). W projekcie porozumienia nie ma mowy o odszkodowaniu dla Zakładu. Statoil Polska Sp. z o.o. poinformowało również, iż zamierza przekazać przebudowaną linię NN na majątek Zakładu.

W oparciu o ustalony stan faktyczny Organ Antymonopolowy zważył co następuje.

Dla uznania, że sprawa ma charakter antymonopolowy niezbędne jest ustalenie czy w okolicznościach sprawy doszło do naruszenia interesu publicznoprawnego. W świetle treści art. 1 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów celem regulacji w niej przyjętej jest zapewnienie rozwoju konkurencji, ochrona przedsiębiorców narażonych na stosowanie

praktyk ograniczających konkurencję i ochrona interesów konsumentów. Pozwala to przyjąć, że ma ona charakter publicznoprawny i służy ochronie interesu ogólnospołecznego. Znajduje więc zastosowanie tylko wówczas, gdy zagrożony lub naruszony zostaje interes publiczny, polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego. Ustawa zatem w odniesieniu do przedsiębiorców chroni konkurencję, a w odniesieniu do konsumentów ich interesy jako zjawiska o charakterze instytucjonalnym. Działaniami antykonkurencyjnymi, bądź antykonsumenckimi, w tym rozumieniu są jedynie takie działania, które dotyczą sfery interesów szerszego kręgu uczestników rynku, a więc, gdy dotyczą nie sytuacji pojedynczego przedsiębiorcy czy konsumenta, lecz zaburzeń na rynku, w rozumieniu negatywnych zjawisk charakteryzujących jego funkcjonowanie. Ingerencja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów uzasadniona byłaby tylko wówczas, gdyby służyła ochronie tak pojętej konkurencji lub interesu konsumentów. Celem ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie jest więc ochrona prywatnoprawnego interesu przedsiębiorcy bądź konsumenta. Podstawą do zastosowania przepisów w/w ustawy winno być zatem stwierdzenie, że został naruszony interes publicznoprawny, a nie interes wyłącznie grupy lub jednostki (wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 03.04.2002r. sygn. akt XVII Ama 88/01).

W niniejszej sprawie mamy do czynienia z występowaniem interesu publicznoprawnego. Ewentualna praktyka ograniczająca konkurencję, której dopuściłby się Zakład skutkowałaby bowiem nie tylko w stosunku do Wnioskodawcy, ale także godziłaby w innych przedsiębiorców działających na rynku. Efektem działania Zakładu byłoby pozbawienie innych uczestników rynku możliwości uczestnictwa w obrocie na warunkach opierających się na wolnej konkurencji. Zarzucana praktyka skutkowałaby również w stosunku do inwestorów, którzy nie mieliby możliwości wyboru wykonawcy przebudowy urządzeń elektroenergetycznych kolidujących z realizowaną przez nich inwestycją. Następstwa stosowania przez Zakład zarzucanej praktyki byłyby zatem antykonkurencyjne i naruszały interes publiczny. W związku z powyższym ocena zachowania Zakładu, w oparciu o przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest uzasadniona.

Podstawowym warunkiem do stwierdzenia praktyk ograniczających konkurencję, o których mowa w art. 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jest wykazanie, iż przedsiębiorca zajmuje pozycję dominującą na rynku. Zgodnie z art. 4 pkt 9 ustawy 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 przekracza 40 %.

Rynkiem geograficznym w sprawie jest obszar, na którym Zakład prowadzi swoją działalność w zakresie dostarczania odbiorcom energii elektrycznej, wyznacza go zasięg sieci elektroenergetycznej Zakładu. Zakład jest monopolistą naturalnym na rynku przesyłu energii elektrycznej co wynika z sieciowego charakteru urządzeń służących do przesyłu energii. W zakresie dostaw energii elektrycznej nie spotyka się na terenie objętym zasięgiem jego sieci z istotną konkurencją ze strony innych przedsiębiorców. Jako właściciel sieci za pośrednictwem, której dostarcza odbiorcom energię elektryczną, Zakład w każdym przypadku kolizji jej odcinka z planowaną przez osobę trzecią inwestycją określa warunki techniczne przebudowy i wydaje zgodę na jej dokonanie. Ma zatem możliwość uzależnienia swej zgody na przebudowę odcinka sieci od powierzenia realizacji prac jemu samemu lub wskazanej przez niego firmie instalatorskiej. Żaden inny przedsiębiorca świadczący usługi w zakresie przebudowy urządzeń elektroenergetycznych nie ma takiej możliwości wpływu na inwestora i dokonywany przez niego wybór wykonawcy prac. Zakład działając jako monopolista naturalny na rynku dostaw energii elektrycznej i świadcząc zarazem usługi na rynku przebudowy urządzeń elektroenergetycznych posiada siłę wystarczającą do kształtowania warunków świadczenia usług na rynku przebudowy urządzeń elektroenergetycznych. W

związku z tym jego zachowanie na tym rynku podlega ocenie w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Wnioskodawca zarzucił Zakładowi przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji poprzez uzależnianie zgody na przebudowę urządzeń elektroenergetycznych stanowiących własność Zakładu, a kolidujących z planowanymi przez osoby trzecie inwestycjami, od podpisania przez te osoby tzw. umowy odszkodowawczej, co może stanowić naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 5 w/w ustawy

Zakaz wymienionej w art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy praktyki ograniczającej konkurencję jest ściśle powiązany z podstawowym celem ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów – ochrona konkurencji, wymienionym w art. 1. Obowiązek niestwarzania barier dla rozwoju konkurencji ciąży nie tylko na organach państwa, ale również na przedsiębiorcach dominujących na rynku, których pozycja rynkowa pozwala na negatywne oddziaływanie na strukturę rynku i warunki funkcjonowania jego uczestników.

Kwestie przebudowy istniejących urządzeń i instalacji sieci elektroenergetycznych na wniosek osób trzecich nie są uregulowane przez ustawę z dnia 10 kwietnia 1997r. Prawo energetyczne (Dz.U. z 1997r. Nr 54, poz. 138 z późn. zm.) bądź przepisy wykonawcze wydane na podstawie tej ustawy. Przyjęte w tym zakresie rozwiązania opierają się na przepisach prawa cywilnego i porozumieniach zawartych przez Zakład z podmiotami, które zgłaszają „kolizję” istniejących urządzeń i instalacji elektroenergetycznych z planowanymi inwestycjami bądź robotami budowlanymi.

Przedmiotem tzw. umów odszkodowawczych, w związku z którymi w ocenie Wnioskodawcy Zakład nadużywa pozycji dominującej na rynku, jest uregulowanie spraw formalno-prawnych i finansowych związanych z przebudową istniejących fragmentów sieci elektroenergetycznych bądź wchodzących w skład tej sieci poszczególnych instalacji lub urządzeń na wniosek osób trzecich. W sytuacji, gdy zrealizowanie inwestycji takiej jak np. budowa supermarketu lub przebudowa drogi, uzależnione jest od dokonania przebudowy fragmentu sieci Zakład, o ile istnieją możliwości przebudowy danego fragmentu sieci, nie stwarza inwestorom trudności w powyższym zakresie. Dokonanie przebudowy wiąże się z poniesieniem nakładów finansowych, a wydatki tym spowodowane nie są przewidziane w planach rozwoju Zakładu, gdyż nie są związane z rozwojem istniejącej sieci lub budową nowej. W przypadku, gdy przebudowa jest realizowana na wniosek i w interesie osób trzecich brak jest podstaw do tego, by Zakład ponosił te koszty. Tzw. umowa odszkodowawcza reguluje zatem zasady finansowania przebudowy odcinka sieci przez inwestora, a także inne kwestie takie jak terminy realizacji, zasady płatności, koordynacja współpracy, oraz w sposób jednoznaczny rozstrzyga zagadnienie własności urządzeń objętych przebudową.

Zakład w toku postępowania podkreślał, iż celem umów odszkodowawczych nie jest zapewnienie sobie wykonawstwa przebudowy fragmentu sieci, a sposób wyboru lub sam wybór wykonawcy zawsze jest przedmiotem negocjacji i zazwyczaj Zakład przychyliła się w tej kwestii do propozycji inwestora, zachowując jednocześnie kontrolę nad warunkami technicznymi wykonania prac. Twierdzenia Zakładu znajdują potwierdzenie w okolicznościach faktycznych sprawy. Zakład zawarł z inwestorami dwie umowy odszkodowawcze: z KWK „Borynia” i z ZUS w Rybniku. Jak wynika z akt sprawy obaj inwestorzy mogli wybrać wykonawcę. Korzystając z tego KWK „Borynia” powierzyła wykonanie przebudowy odcinka sieci wyłonionej w trybie przetargu firmie pana K., a ZUS, chociaż jak stwierdził miał możliwość wyboru, zdecydował się na powierzenie wykonania przebudowy Zakładowi uznając, iż właściciel sieci posiada najlepsze warunki do zrealizowania przebudowy i mając na względzie, iż to na nim będzie spoczywać odpowiedzialność za należyte wykonanie zadania.

Jak to już podnoszono, zasadniczym celem zawierania tzw. umów odszkodowawczych jest uregulowanie spraw formalno-prawnych i finansowych związanych z przebudową

istniejących fragmentów sieci elektroenergetycznych będących własnością Zakładu realizowaną na wniosek osób trzecich (inwestorów). Zakład wydając zgodę na przebudowę własnego majątku zabezpiecza w umowie swoje interesy jako właściciela sieci elektroenergetycznej. Wprowadzenie tzw. umów odszkodowawczych pozwala na uniknięcie problemów związanych z rozliczeniem nakładów i uregulowaniem własności urządzeń i instalacji, w szczególności w sytuacjach gdy przebudowy danego fragmentu sieci dokonuje inny podmiot niż przedsiębiorstwo energetyczne. Ponadto, zapewnia odpowiednią jakość prac związanych z przebudową.

Zakład jako właściciel sieci w myśl art. 4 ustawy Prawo energetyczne ma obowiązek utrzymywać instalacje i sieć elektroenergetyczną w sposób zapewniający ciągłą realizację dostaw energii i zachować przy tym odpowiednie wymagania jakościowe. Z powyższych względów należy podzielić stanowisko Zakładu, iż ma prawo decydowania czy i jakie prace będą wykonywane na jego majątku, w szczególności, gdy o zgodę na przebudowę odcinka sieci występuje osoba trzecia ponieważ fragment sieci koliduje z realizowaną przez nią inwestycją. Przebudowy odcinka sieci może dokonać sam Zakład, gdyż posiada nie tylko prawo, ale i niezbędną wiedzę i kwalifikacje do dokonywania czynności na własnym majątku energetycznym lub też wykonawcy wybrani za zgodą Zakładu przez inwestora. Zakład wykonując prace związane z przebudową zapewnia ich odpowiednią jakość oraz zastosowanie obowiązujących materiałów i rozwiązań technicznych a także ponosi odpowiedzialność za należyte wykonanie przebudowy, co jak wskazuje przypadek ZUS, może mieć decydujące znaczenie dla inwestora przy dokonywaniu przez niego wyboru wykonawcy prac.

Okoliczności sprawy wskazują, że tzw. umowa odszkodowawcza nie znajduje zastosowania w każdym przypadku przebudowy fragmentu sieci na wniosek osób trzecich. Inwestor wskazany przez Wnioskodawcę - Statoil Polska Sp. z o.o. - realizując inwestycje przebudowy linii NN i SN w Żorach w związku z projektowaną stacją paliw STATOIL, nie otrzymał od Zakładu do podpisu takiej umowy. W tym miejscu należy również zauważyć, że Zakład i w tym przypadku nie wpływał na wybór wykonawcy prac przez inwestora. Statoil Polska Sp. z o.o. wybrał bowiem wykonawcę przebudowy fragmentu sieci w trybie przetargu.

Analizując okoliczności realizacji przebudowy odcinka sieci przez KWK „Borynia” Organ Antymonopolowy ustalił, że kwestia podpisania umowy określającej zasady oraz prawa i obowiązki stron związane z prowadzonymi pracami budowlanymi pojawiła się na etapie zgłoszenia przez inwestora do odbioru linii napowietrznej 20 kV. Nie można zatem twierdzić, że zgoda Zakładu na przebudowę linii była uwarunkowana podpisaniem przez KWK „Borynia” tzw. umowy odszkodowawczej.

Okoliczności sprawy nie wskazują zatem, że Zakład uzależnia zgodę na przebudowę urządzeń elektroenergetycznych stanowiących jego własność, a kolidujących z planowanymi inwestycjami osób trzecich, od podpisania przez te osoby tzw. umowy odszkodowawczej. Podkreślić również należy, iż fakt podpisania tzw. umowy odszkodowawczej przez Zakład i inwestora nie jest równoznaczny z powierzeniem przebudowy urządzeń elektroenergetycznych Zakładowi. Kwestia wyboru wykonawcy prac związanych z przebudową fragmentu sieci elektroenergetycznej, jak wykazano powyżej, nie jest istotą tej umowy. Jak wynika z dokonanych ustaleń w zależności od woli stron wykonawcą przebudowy może być Zakład lub wybrana przez inwestora firma. Nie można więc uznać, że zawieranie przez Zakład z inwestorami tzw. umów odszkodowawczych godzi w konkurencję na rynku.

Stąd postanowiono jak w sentencji decyzji.

Od niniejszej decyzji stronom służy odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Antymonopolowego – za pośrednictwem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura w Katowicach w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia niniejszej decyzji.

Dyrektor Delegatury
Urzędu Ochrony Konkurencji
i Konsumentów w Katowicach
Alicja Kral