

**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 30.06.2003 r.

RPZ – 500-w/6/03/JK

DECYZJA Nr RPZ - 9/2003

Na podstawie art. 85 ust.1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz. U. z 2003 r. Nr 86, poz. 804) oraz stosownie do art. 28 ust. 6 tej ustawy i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. Nr 18 z 2002 r., poz. 172 z późn. zm.),

w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,

odmawia się wszczęcia postępowania antymonopolowego, na wniosek Wójta Gminy Czastary w sprawie nadużywania przez Oświetlenie Uliczne i Drogowe S.A. w Kaliszu pozycji dominującej na lokalnym rynku świadczenia usług oświetlenia dróg, ulic i placów poprzez narzucanie uciążliwych warunków umów o „oświetlenie ulic i dróg oraz innych otwartych terenów publicznych”.

Uzasadnienie

W dniu 10.03.2003 r. do Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Poznaniu (za pośrednictwem Departamentu Przemysłu i Infrastruktury UOKiK w Warszawie) wpłynął wniosek Wójta Gminy Czastary – pana Pawła Głowackiego skierowany przeciwko Spółce Akcyjnej Oświetlenie Uliczne i Drogowe w Kaliszu (zwanej dalej Spółką).

Wnioskodawca zakwestionował warunki świadczonych usług przez Spółkę powołaną w celu obsługi urządzeń oświetlenia ulicznego na terenie byłego województwa kaliskiego. Wskazał m.in., iż jej działalność polega na odsprzedaży zakupionej energii elektrycznej z 1,5 % - owym narzutem zysku oraz prowadzeniu prac remontowych lub konserwacyjnych z zastosowaniem 12,5 % -owego narzutu. Oprócz tego spółka nalicza opłatę miesięczną w wysokości 1.382 zł w skład której wchodzi koszty utrzymania Spółki, koszty dzierżawy urządzeń, których właścicielem jest Zakład Energetyczny w Kępnie.

Wnioskodawca podniósł ponadto, iż odłączenie się Gminy od Spółki jest możliwe tylko teoretycznie (za trzymiesięcznym wypowiedzeniem umowy), faktycznie jednak zawarcie umowy na obsługę oświetlenia z inną firmą nie wchodzi w rachubę albowiem nie zostanie ona dopuszczona do urządzeń Spółki.

W konkluzji wnioskodawca wniósł o zbadanie tego stanu rzeczy z prawem.

Zgodnie z art. 85 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu może, w drodze decyzji, odmówić wszczęcia postępowania antymonopolowego, jeżeli w sposób oczywisty z zawartych we wniosku oraz posiadanych przez Prezesa Urzędu informacji wynika, że nie naruszono zakazu określonego w art. 5, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 6 i 7, lub zakazu określonego w art. 8. Przed wydaniem postanowienia o wszczęciu lub decyzji o odmowie wszczęcia postępowania antymonopolowego Prezes Urzędu może przeprowadzić postępowanie wyjaśniające, o którym mowa w art. 43, mające na celu uzyskanie dodatkowych informacji niezbędnych do rozstrzygnięcia o wszczęciu lub odmowie wszczęcia postępowania antymonopolowego (art. 85 ust. 2).

W związku z tym, że wniosek Wójta Gminy Czastary nie zawierał wszystkich istotnych informacji niezbędnych do oceny zasadności wszczęcia postępowania antymonopolowego, Urząd postanowił wszcząć postępowanie wyjaśniające.

Na podstawie zebranego w powyższym trybie materiału dowodowego Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił i zważył, co następuje:

Skarżona Spółka powstała w grudniu 1996 r. Jej głównym, dominującym wspólnikiem jest Energetyka Kaliska S.A. w Kaliszu, posiadająca ponad 2/3 wszystkich udziałów. Pozostałe udziały posiada 85 gmin położonych na terenie byłych województw kaliskiego i konińskiego, które swoje udziały obejmowały w zamian za wniesienie aportów w postaci urządzeń oświetlenia ulic. Obecnie Spółka posiada zawarte umowy o świadczenie usług oświetleniowych ze 109 jednostkami samorządu terytorialnego.

Jest poza sporem, iż Spółka nie spotykając się na lokalnym rynku świadczenia usług oświetlenia ulic i dróg, zajmuje na tym rynku pozycję dominującą w rozumieniu art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Podlega zatem ograniczeniom ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przeciwdziałającym wykorzystywaniu rynkowej dominacji (art. 8 ustawy).

Okoliczności faktyczne niniejszej sprawy nie uzasadniają jednak, zdaniem Urzędu, postawienia EP S.A. zarzutu stosowania praktyk ograniczających konkurencję, w szczególności praktyk określonych w art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy. Zgodnie z tym przepisem, zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku polegające na narzucaniu przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści.

W obecnym stanie prawnym nie ma żadnych wątpliwości jakie zadania w zakresie oświetlenia ulic i dróg spoczywają na gminie. Zgodnie bowiem z art. 18 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy z dnia 10.04.1997 r. - Prawo energetyczne (Dz. U. Nr 54 z 1997 r., poz. 348 z późn. zm.) do zadań tych należy: planowanie oświetlenia miejsc publicznych i dróg znajdujących się na terenie gminy oraz finansowanie oświetlenia ulic, placów i dróg znajdujących się na terenie gminy, w odniesieniu do których gmina jest zarządcą. W świetle zaś art. 3 pkt 22 prawa energetycznego, finansowanie oświetlenia to finansowanie kosztów energii elektrycznej pobranej przez punkty świetlne oraz koszty ich budowy i utrzymania.

Choć z cytowanych przepisów wynika, iż zadania te obciążają gminę niezależnie od tego kto jest właścicielem urządzeń oświetlenia, to jednak kwestia ta ma decydujące znaczenie jeśli chodzi o sposób finansowania oświetlenia oraz typ zawieranej przez gminę

umowy. I tak, gdy właścicielem urządzeń jest gmina, może zawrzeć z przedsiębiorstwem energetycznym umowę o dostawę energii elektrycznej, zaś z wybranym przez siebie (w drodze przetargu) podmiotem umowę o konserwację urządzeń. Jeżeli natomiast urządzenia nie należą do gminy lecz (najczęściej) do przedsiębiorstwa energetycznego, oświetlanie ulic powinno odbywać się na podstawie umowy o wykonanie usługi oświetleniowej, której cena zawiera koszt energii elektrycznej zużytej na potrzeby oświetlenia oraz opłatę za konserwację urządzeń i wymianę źródeł światła.

Infrastruktura oświetleniowa na terenie Gminy Czastary stanowi własność Spółki, co przesądza o tym, iż Spółka, w oparciu o jedną umowę oświetleniową, zapewnia zarówno dopływ energii elektrycznej do urządzeń oświetlenia ulic, jak i wykonywanie prac konserwacyjno – eksploatacyjnych, zapewniających prawidłowe funkcjonowanie sieci oświetleniowej. Zasadę tę potwierdza § 2 umowy nr 28/5/III/2002 *o oświetlenie ulic i dróg oraz innych otwartych terenów publicznych* z dnia 28.05.2002 r.

Podstawy do ustalenia wysokości wynagrodzenia za ww. usługi zawiera § 6 tej umowy. Zgodnie z tym przepisem, na wynagrodzenie składa się wartość netto energii elektrycznej dla wykonania usługi, rozliczanej według wybranej przez Zleceniodawcę (Gminę) grupy taryfowej (C 11 lub C 11o), a określona w aktualnej taryfie Energetyki Kaliskiej S.A. oraz opłata za utrzymanie punktów świetlnych w oparciu o poniesione przez Zleceniobiorcę koszty rzeczywiste. Na te koszty składają się koszty prac konserwacyjno – eksploatacyjnych wynikające ze stawek wykonawcy – Rejonowego Zakładu Energetycznego Kępno, zawarte w załączniku nr 1 do umowy (pkt II.1), koszty utylizacji zużytych źródeł światła (wg faktycznie poniesionych kosztów) oraz koszty obsługi sieci oświetleniowej w wysokości 1.382,80 zł miesięcznie (amortyzacja, koszt dzierżawy konstrukcji wsporczych, podatek od nieruchomości i koszty funkcjonowania Spółki). Do sumy ww. kosztów dodawany jest zysk w wysokości 1,5 % oraz podatek VAT w wysokości 22 %.

Podkreślenia wymaga, iż przyjęty w umowie sposób ustalania wynagrodzenia za usługę oświetleniową, oparty na kosztach rzeczywistych, zgodny jest z pojawiającymi się w orzecznictwie Sądu Antymonopolowego postulatami eliminowania stawek ryczałtowych za prace konserwacyjne (jako określonej części wartości zużytej energii elektrycznej). Już bowiem w wyroku z 7 grudnia 1994 r. Sąd ten stwierdził, iż wynagrodzenie ryczałtowe z jednej strony stwarza możliwość wliczania w koszty prowadzonej działalności nakładów, które mogą nie wystąpić, bądź wystąpić w rozmiarze mniejszym, z drugiej zaś utrudnia lub uniemożliwia kontrolę przez gminę ponoszonych kosztów. Z tych względów pobieranie wynagrodzenia ryczałтового uznane zostało za praktykę monopolistyczną.

Co do zasady zatem postanowienia umowy z dnia 25.05.2002 r. określające sposób ustalania wynagrodzenia nie naruszają ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W przekonaniu Urzędu nie ma również podstaw do postawienia Spółce zarzutu zawyżania wynagrodzenia za usługę oświetleniową. Przede wszystkim należy uwzględnić fakt, iż Spółka ma dość ograniczony wpływ na wysokość kosztów tej usługi. Poza bowiem zakupami energii elektrycznej, której koszt wyznaczają obowiązujące taryfy Energetyki Kaliskiej S.A. (warto w tym miejscu wyjaśnić, iż Spółka nie może za dostarczoną energię elektryczną pobierać podatku VAT w wysokości 7 % nie jest bowiem sprzedawcą tej energii; zgodnie z opinią Głównego Urzędu Statystycznego, działalność Spółki należy zakwalifikować pod nr 63.21.25 Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług jako „usługi wspomagające transport drogowy pozostałe, gdzie indziej nie sklasyfikowane”, które to usługi obciążone są podstawową stawką 22 %), również usługi konserwacyjno-eksploatacyjne

zlecane są w warunkach braku konkurencji. Oznacza to, iż tak długo jak nie pojawi się konkurencyjna oferta lub Spółka sama nie zorganizuje swoich brygad remontowych będzie musiała akceptować cenniki Rejonowych Zakładów Energetycznych. Kwestia ta znajduje odzwierciedlenie w umowie z 25.05.2002 r., gdzie w § 6 pkt 3 ppkt 2 postanowiono, iż wielkość stawek za prace konserwacyjno – eksploatacyjne będzie określana, do czasu wyłonienia innego wykonawcy niż Rejonowy Zakład Energetyczny, na podstawie kalkulacji RZE a z innymi wykonawcami wyłonionymi w przetargu, negocjowana na dany rok kalendarzowy.

Niestety, do chwili obecnej nie udało się znaleźć alternatywnego wobec RZE dostawcy usług, a ogłaszane przetargi nie prowadzą do ich wyłonienia. Przeciwnie, zgodnie z wyjaśnieniami Spółki, pierwsze przetargi odbyły się w 1999 r i mimo, że dla gmin: Zduny, Rozdrażew i Krotoszyn wpłynęły oferty od innych usługodawców, to w ostatecznym rachunku okazały się one znacznie droższe od ofert RZE.

Również koszty obsługi sieci oświetleniowej, jako wyliczone w oparciu o obowiązujące przepisy (amortyzacja, podatek od nieruchomości – ustalany przez poszczególne gminy) należy uznać za uzasadnione. Pewne wątpliwości może budzić jedynie opłata za dzierżawę konstrukcji wsporczych stanowiących własność Energetyki Kaliskiej S.A. Nie negując tutaj zasadności ponoszenia tych opłat przez Spółkę skoro korzysta ona z cudzego w sensie prawnym majątku, dziwi jednak fakt, iż Energetyka Kaliska S.A. wnosząc do spółki aport w postaci urządzeń sieci oświetleniowej, nie przekazała jej w stanie kompletnym. Z pewnością przyczyniłoby się to do większej przejrzystości dokonywanych rozliczeń. Okoliczność ta nie zmienia jednak generalnej konkluzji jaka wynika z analizy sprawy, iż brak przesłanek do postawienia Spółce zarzutu nadużywania pozycji dominującej i wszczęcia postępowania antymonopolowego.

Ostatecznie taką przesłanką nie może być też ustalenie zysku na poziomie 1,5 % wszystkich ponoszonych kosztów. Jest to jedyny, co trzeba podkreślić, element kalkulacji wynagrodzenia, o którym całkowicie samodzielnie decyduje Spółka. Wszystkie inne elementy, co zaznaczono wyżej, w różnym stopniu zależne są bądź to od decyzji innych organów (np. taryfy energii elektrycznej od decyzji Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki, podatki od nieruchomości od organów samorządowych), bądź od kalkulacji innych przedsiębiorców (opłaty za dzierżawę konstrukcji wsporczych, koszty prac konserwacyjno – eksploatacyjnych). W ocenie Urzędu trudno uznać, iżby zysk ten był nadmierny i prowadził do nieuzasadnionego wzbogacenia kosztem Wnioskodawcy. Co więcej, porównując go z 12,5 % narzutem zysku określonym w kalkulacji Rejonowego Zakładu Energetycznego w Kępnie trzeba dojść do wniosku, iż określono go w minimalnej wysokości.

Reasumując, postępowanie wyjaśniające nie wykazało istnienia przesłanek koniecznych do postawienia zarzutu stosowania praktyk ograniczających konkurencję określonych w art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy. Stosowany sposób rozliczeń w oparciu o koszty rzeczywiste na podstawie jednej umowy oświetleniowej nie narusza powszechnie obowiązujących w tego typu działalności zasad, nie może być przeto uznany za narzucony i uciążliwy. To samo dotyczy wysokości wynagrodzenia za usługę, które zgodnie z zasadą ekwiwalentności odpowiada kosztom ponoszonym przez Spółkę, zaś zysk ustalono na poziomie nie pozwalającym przypisać Spółce uzyskiwanie nieuzasadnionych korzyści.

W tym stanie rzeczy orzeczono jak w sentencji.

Od niniejszej decyzji przysługuje stronie odwołanie do Sądu Okręgowego - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia decyzji, za pośrednictwem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatura w Poznaniu.

Z upoważnienia
Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Dyrektor Delegatury w Poznaniu
Edward Stawicki

Otrzymują:

Wójt Gminy Czastary
Ul. Wolności 29
98-410 Czastary