



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

DELEGATURA WE WROCŁAWIU
50-224 Wrocław, Pl. Strzelecki 25
tel.(71) 323 63 80, fax (71) 323 63 98
e-mail: wroclaw@uokik.gov.pl

RWR 411-13/15/JB

Wrocław, dnia 24 sierpnia 2016 r.

DECYZJA RWR 9/2016

I. Na podstawie art. 12 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 184 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 4-6 tej ustawy, **wobec uprawdopodobnienia** w toku postępowania antymonopolowego stosowania przez Tauron Sprzedaż sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie praktyki ograniczającej konkurencję, określonej w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 4 ww. ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na regionalnym rynku zakupu energii elektrycznej wytwarzanej w odnawialnych źródłach energii na terenie obejmującym obszar działania Tauron Sprzedaż Sp. z o.o. jako sprzedawcy zobowiązanego, tj. obszar działania: jeleniogórski, legnicki, opolski, wałbrzyski, wrocławski, bielski, będziński, częstochowski, krakowski i tarnowski, poprzez uzależnianie zawarcia umowy sprzedaży energii elektrycznej wytwarzanej w odnawialnych źródłach energii od przyjęcia lub spełnienia innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy, tj. uregulowania w ww. umowie kwestii opłat za usługę bilansowania handlowego,

po zobowiązaniu się przez Tauron Sprzedaż Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie do podjęcia działań zmierzających do zapobieżenia zarzucanym naruszeniom

– w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów -

nakłada się na Tauron Sprzedaż sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie obowiązek wykonania tego zobowiązania, poprzez:

1. nieuzależnianie - od dnia uprawomocnienia się decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - zawarcia umowy sprzedaży energii elektrycznej wytworzonej w odnawialnych źródłach energii od uregulowania kwestii opłat za usługę bilansowania handlowego;
2. wystąpienie (poprzez wysłanie listu poleconego) do wszystkich kontrahentów, z którymi Tauron Sprzedaż Sp. z o. o. ma podpisane umowy sprzedaży energii elektrycznej wytworzonej w odnawialnych źródłach energii z ofertą ich zmiany poprzez przesłanie aneksu do umowy sprzedaży energii elektrycznej wytworzonej w odnawialnych źródłach energii w taki sposób, aby umowy te nie zawierały postanowień uzależniających ich zawarcie od uregulowania w nich kwestii opłat za usługę bilansowania handlowego, w terminie 2 miesiące od daty uprawomocnienia się decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

II. Na podstawie art. 12 ust. 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz stosownie do art. 33 ust. 4-6 tej ustawy

– w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów -

nakłada się na Tauron Sprzedaż Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie **obowiązek złożenia** w terminie 3 miesięcy od daty uprawomocnienia się niniejszej decyzji **sprawozdania** z wykonania przyjętych zobowiązań, które powinno zawierać:

- 1) kopie wzorców umów sprzedaży energii elektrycznej wytworzonej w odnawialnych źródłach energii obowiązujących od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji;
- 2) kopię aneksu do obowiązujących do dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji umów sprzedaży energii elektrycznej wytworzonej w odnawialnych źródłach energii wprowadzającego zmiany w ww. umowach w taki sposób, aby umowy te nie zawierały postanowień uzależniających ich zawarcie od uregulowania w nich kwestii opłat za usługę bilansowania handlowego;
- 3) listę wszystkich kontrahentów do których wystąpiono z ofertą aneksu do umów sprzedaży energii elektrycznej wytworzonej w odnawialnych źródłach energii;
- 4) listę wszystkich kontrahentów do których nie wystąpiono z ofertą aneksu do umów sprzedaży energii elektrycznej wytworzonej w odnawialnych źródłach energii wraz z uzasadnieniem niewystąpienia z taką ofertą.

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatura we Wrocławiu (dalej: „Prezes Urzędu” „organ antymonopolowy”, lub „Prezes UOKiK”), w związku z zawiadomieniem złożonym w imieniu 8 przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą w formie małych elektrowni wodnych, przeprowadził postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnego ustalenia, czy działania Tauron Sprzedaż Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, w stosunku do małych elektrowni wodnych, polegające na narzucaniu przez ww. przedsiębiorcę nieuczciwych warunków zakupu energii elektrycznej wytworzonej w odnawialnych źródłach energii i uzależnianiu zakupu tej energii od konieczności uregulowania obowiązku bilansowania handlowego, mogą stanowić naruszenie przepisów ww. ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (dalej „ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów” lub „ustawa antymonopolowa”), a w szczególności jej art. 9, uzasadniając wszczęcie postępowania antymonopolowego.

Na podstawie ustaleń dokonanych w toku postępowania wyjaśniającego, postanowieniem nr 172/2015 z dnia 15 października 2015 r., Prezes UOKiK wszczął postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem nadużywania przez Tauron Sprzedaż Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie pozycji dominującej na regionalnym rynku zakupu energii elektrycznej wytwarzanej w odnawialnych źródłach energii na terenie obejmującym obszar działania Tauron Sprzedaż Sp. z o.o. jako sprzedawcy zobowiązanego, tj. teren województw małopolskiego, śląskiego, dolnośląskiego i opolskiego, poprzez uzależnianie zawarcia umowy sprzedaży energii elektrycznej wytwarzanej w odnawialnych źródłach energii od przyjęcia lub spełnienia innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy, tj. uregulowania w ww. umowie kwestii opłat za usługę bilansowania handlowego, co może stanowić naruszenie art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ww. ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

Ustosunkowując się, w piśmie z dnia 18 stycznia 2016 r. do postawionych zarzutów Tauron Sprzedaż Sp. z o.o. oświadczyła, że uznaje zasadność argumentacji przedstawionej przez organ antymonopolowy i zadeklarowała wolę przedstawienia propozycji zobowiązania się do podjęcia lub zaniechania określonych działań w celu zakończenia zarzucanego naruszenia i usunięcia jego skutków. Przedsiębiorca przedstawił również w tym piśmie wstępne propozycje zobowiązania go do podjęcia konkretnych działań w celu zakończenia naruszenia i usunięcia jego skutków. Jednocześnie ww. Spółka wniosła o wydanie decyzji w trybie art. 12 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Ostatecznie pismami z dnia 25 kwietnia 2016 r. oraz z dnia 30 czerwca 2016 r. przedsiębiorca przedłożył szczegółową propozycję zobowiązania.

Tym samym postanowieniem nr 172/2015 z dnia 15 października 2015 r. zaliczono w poczet dowodów w niniejszym postępowaniu dokumenty i wyjaśnienia uzyskane w toku wspomnianego na wstępie postępowania wyjaśniającego (sygn. akt RWR 400-7/15/JB).

I. Przeprowadzone przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów postępowanie dowodowe pozwoliło na ustalenie następującego stanu faktycznego :

1. Pojęcie i rodzaje odnawialnych źródeł energii.

Zgodnie z art. 3 pkt 20 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 1059 z późn. zm.) (dale również „Prawo energetyczne” lub „PE”), w związku z art. 2 pkt 22 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii (Dz. U. z 2015r., poz. 478 z późn. zm, (dalej „ustawa o OZE” lub „uOZE”) odnawialne źródło energii jest zdefiniowane jako źródło wykorzystujące w procesie przetwarzania energię wiatru, promieniowania słonecznego, geotermalną, fal, prądów i pływów morskich, spadku rzek oraz energię pozyskiwaną z biomasy, biogazu wysypiskowego, a także biogazu powstałego w procesach odprowadzania lub oczyszczania ścieków albo rozkładu składowanych szczątków roślinnych i zwierzęcych. Zasób odnawialny źródeł energii odnawia się w krótkim czasie, ich używanie nie wiąże się z długotrwałym deficytem.

Odnawialnymi źródłami energii (dalej również jako „OZE”) mogą być:

- elektrownie wiatrowe;
- elektrownie wodne;
- biogazownie;
- elektrownie na biomasę;
- urządzenia wykorzystujące energię słoneczną i geotermalną;
- urządzenia wykorzystujące energię z fal i pływów morskich;
- biopaliwa.

2. Sprzedawca z urzędu – obowiązki i procedura wyłonienia.

Na gruncie obecnie obowiązującej ustawy *Prawo energetyczne* występuje podmiot określony mianem sprzedawcy z urzędu. Pojęcie to zostało zdefiniowane w art. 3 pkt 29 PE jako przedsiębiorstwo energetyczne posiadające koncesję na obrót paliwami gazowymi lub energią elektryczną, świadczące usługi kompleksowe odbiorcom paliw gazowych lub energii elektrycznej w gospodarstwie domowym, niekorzystającym z prawa wyboru sprzedawcy.

Z pełnieniem roli sprzedawcy z urzędu wiążą się określone obowiązki wskazane przez ustawodawcę w art. 5a ust. 1 oraz art. 9a ust. 6 PE. Na podstawie pierwszego z wymienionych przepisów sprzedawca z urzędu jest obowiązany do zapewnienia świadczenia usługi kompleksowej i do zawarcia umowy kompleksowej, na zasadach równoprawnego traktowania, z odbiorcą paliw gazowych lub energii elektrycznej w gospodarstwie domowym, niekorzystającym z prawa wyboru sprzedawcy i przyłączonym do sieci przedsiębiorstwa energetycznego wskazanego w koncesji sprzedawcy z urzędu. Ponadto, w ramach systemu wsparcia wytwarzania energii elektrycznej z OZE ustawodawca zobowiązał sprzedawcę z urzędu do zakupu energii elektrycznej wytworzonej w odnawialnych źródłach przyłączonych do sieci znajdującej się na obszarze działania sprzedawcy, oferowanej przez przedsiębiorstwa energetyczne, które uzyskały koncesję na wytwarzanie lub zostały wpisane do rejestru przedsiębiorstw energetycznych zajmujących się wytwarzaniem biogazu rolniczego prowadzonego przez Prezesa Agencji Rynku Rolnego.

Procedura wyłonienia sprzedawcy z urzędu uregulowana została w art. 9i ust. 1 i nast. PE. Zgodnie ze wskazanym przepisem sprzedawców z urzędu wyłania Prezes Urzędu Regulacji Energetyki w drodze przetargu, który odpowiada za ogłoszenie, organizację i przeprowadzenie tego przetargu. W przetargu mogą uczestniczyć wyłącznie przedsiębiorstwa energetyczne posiadające koncesje na obrót paliwami gazowymi lub energią elektryczną. Prawo energetyczne przewiduje również sytuację, w której nie doszłoby do wyłonienia sprzedawcy z urzędu w drodze przetargu. Wówczas Prezes Urzędu Regulacji Energetyki wyznacza z urzędu tego sprzedawcę w drodze decyzji na okres 12 miesięcy, biorąc pod uwagę możliwość wypełnienia przez niego obowiązków określonych w ustawie oraz określa obszar wykonywania przez niego działalności gospodarczej.

3. Zastąpienie instytucji sprzedawcy z urzędu sprzedawcą zobowiązanym.

W obowiązującej od dnia 1 stycznia 2016 r.¹ ustawie o OZE pojawiła się nowa instytucja sprzedawcy zobowiązanego, który przejął/przejmie dotychczasowe obowiązki sprzedawcy z urzędu w zakresie obowiązku zakupu energii wytworzonej z odnawialnych źródeł energii oraz ustalono zasady wyłaniania tego sprzedawcy odmienne od zasad wyznaczania sprzedawcy z urzędu.

Mając powyższe na uwadze należy w tym miejscu zaznaczyć, iż z uwagi na okres „przejściowy” w jakim toczyło się niniejsze postępowanie pojęcia „sprzedawca z urzędu” i „sprzedawca zobowiązany” w niniejszej decyzji używane są zamiennie. Na marginesie należy zauważyć, iż również Spółka w pismach kierowanych do organu antymonopolowego w toku postępowania stosowała ww. pojęcia równolegle (vide: np. pismo z dnia 28 sierpnia 2015r.). Zgodnie z art. 40 ust. 2 ustawy o OZE sprzedawcę zobowiązanego wyznacza z urzędu, w drodze decyzji Prezes URE spośród sprzedawców energii elektrycznej o największym wolumenie jej sprzedaży według stanu na dzień 31 sierpnia poprzedniego roku, odbiorcom końcowym przyłączonym do sieci dystrybucyjnej lub sieci przesyłowej danego operatora na obszarze działania tego sprzedawcy zobowiązanego, w terminie do dnia 31 października każdego roku na rok następny. Kolejne postanowienia ustawy o OZE (art. 41-42 i 74 ust. 3) określają przesłanki, kiedy sprzedawca energii elektrycznej zobowiązany będzie do zakupu energii elektrycznej wytworzonej z odnawialnych źródeł energii oraz energii elektrycznej z biogazu rolniczego.

W dniu 29 grudnia 2015 roku Sejm uchwalił Ustawę *o zmianie ustawy o odnawialnych źródłach energii oraz ustawy – Prawo energetyczne* (Dz. U. z 2015 r., poz. 2365 ze zm.).

¹ Część przepisów ustawy zaczęła obowiązywać od dnia 1 lipca 2016 r. w tym m.in. przepisy rozdziału 4.

Ustawa została opublikowana w Dzienniku Ustaw w dniu 31 grudnia 2015 roku i z tym dniem weszła w życie.

W wyniku ww. nowelizacji uOZE do 30 czerwca 2016 na dotychczasowych zasadach odbywał się obowiązkowy zakup energii elektrycznej z OZE przez podmioty wykonujące obowiązki sprzedawców z urzędu (po średniej cenie sprzedaży energii elektrycznej w poprzednim roku kalendarzowym, od przedsiębiorstw energetycznych posiadających koncesję na wytwarzanie energii elektrycznej w OZE lub wpisanych do rejestru wytwórców w małej instalacji, w zakresie całej oferowanej podmiotom zobowiązanym ilości energii elektrycznej wytworzonej z OZE). Natomiast od 1 lipca 2016 roku, tj. wraz z wejściem w życie m.in. art. 42 ustawy o OZE, obowiązek ten po stronie już „sprzedawców zobowiązanych” aktywuje się dopiero w przypadku zaoferowania sprzedaży całej wytworzonej i wprowadzonej do sieci przesyłowej lub sieci dystrybucyjnej energii elektrycznej z OZE w instalacji OZE, w okresie co najmniej 90 następujących po sobie dni kalendarzowych.

4. Pojęcie bilansowania handlowego.

Zgodnie z art. 3 pkt 40 ustawy Prawo energetyczne: bilansowanie handlowe to zgłaszanie operatorowi systemu przesyłowego elektroenergetycznego przez podmiot odpowiedzialny za bilansowanie handlowe do realizacji umów sprzedaży energii elektrycznej zawartych przez użytkowników systemu i prowadzenie z nimi rozliczeń różnicy rzeczywistej ilości dostarczonej albo pobranej energii elektrycznej i wielkości określonych w tych umowach dla każdego okresu rozliczeniowego.

Natomiast w myśl § 14 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 4 maja 2007 r. w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemu elektroenergetycznego (Dz. U. Nr 93, poz. 623 z późn. zm.): *Odbiorca, wytwórca lub podmiot przez niego upoważniony, zawierając umowę o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji energii elektrycznej, powinien określić w tej umowie podmiot odpowiedzialny za bilansowanie handlowe.*

Z kolei zgodnie z § 20 ust. 3 i 4 ww. rozporządzenia Ministra Gospodarki w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemu elektroenergetycznego: *Rozliczeń wynikających z niezbilansowania energii elektrycznej dostarczonej i pobranej z systemu, dla każdego miejsca jej dostarczenia, dokonuje jeden podmiot odpowiedzialny za bilansowanie handlowe. Podmiot odpowiedzialny za bilansowanie handlowe przekazuje operatorowi systemu przesyłowego elektroenergetycznego informacje o umowach sprzedaży energii elektrycznej oraz ilości energii elektrycznej dostarczonej i pobranej z tego systemu.*

Bilansowanie handlowe polega więc na rozliczeniu różnicy ilości energii elektrycznej, jaka została pobrana przez odbiorcę końcowego w stosunku do ilości energii elektrycznej uprzednio zgłoszonej w umowie sprzedaży. Bilansowanie handlowe jest realizowane pomiędzy podmiotem odpowiedzialnym za bilansowanie handlowe, a operatorem systemu przesyłowego (w zakresie zgłaszania umów sprzedaży) oraz pomiędzy podmiotem odpowiedzialnym za bilansowanie handlowe, a sprzedawcą energii (w zakresie rozliczeń za niezbilansowanie).

5. Strona postępowania - Tauron Sprzedaż Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej jako „Tauron Sprzedaż” lub „Spółka”) prowadzi działalność na podstawie wpisu do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS: 0000270491. Przedmiotem działalności Spółki jest m.in. handel energią elektryczną (PKD 35.14.Z). Spółka posiada koncesję udzieloną przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki (dalej: „Prezes URE”), na obrót energią elektryczną, ważną do dnia 31 grudnia 2025 r. Na części obszaru działania operatora systemu dystrybucyjnego Tauron Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie

(dalej: „Tauron Dystrybucja”, lub „OSD”) Tauron Sprzedaż pełnił ponadto rolę sprzedawcy z urzędu, w rozumieniu art. 3 pkt 29 ustawy *Prawo energetyczne*, jako następcą prawnym - w wyniku przekształceń podmiotowych - spółek, o których mowa w art. 10 i art. 11 ustawy z dnia 4 marca 2005 r. o zmianie ustawy - Prawo energetyczne oraz ustawy - Prawo ochrony środowiska (Dz. U. nr 62, poz. 552 z późn. zm).

(*Dowód: karty 110-115*).

6. Tauron Dystrybucja jest przedsiębiorstwem energetycznym prowadzącym działalność polegającą na dystrybucji energii elektrycznej na potrzeby odbiorców. Przedsiębiorstwo to jest wyznaczonym przez Prezesa URE operatorem systemu dystrybucyjnego na obszarze obejmującym określone gminy z terenu województw: dolnośląskiego, opolskiego, małopolskiego, śląskiego, lubuskiego, łódzkiego, podkarpackiego, świętokrzyskiego i wielkopolskiego. Dla celów taryfowych rejon, na którym działa OSD jest podzielony na „obszary działania”: jeleniogórski, legnicki, opolski, wałbrzyski, wrocławski, bielski, będziński, częstochowski, krakowski, tarnowski i gliwicki. Wykaz gmin objętych poszczególnymi obszarami działania Tauron Dystrybucja zawarty jest w taryfie dystrybucyjnej tego przedsiębiorstwa. Taryfa Tauron Sprzedaż stosuje ten sam podział na obszary działania i odwołuje się w tym zakresie do taryfy Tauron Dystrybucja. Dla celów niniejszego postępowania przyjmuje się ten podział dla wyznaczenia geograficznego wymiaru rynku właściwego na którym działa przedsiębiorca. Na terenie działalności Tauron Dystrybucja sprzedawcami z urzędu są spółki z grupy kapitałowej Tauron Polska Energia:

- Tauron Sprzedaż - na obszarach działania: jeleniogórskim, legnickim, opolskim, wałbrzyskim, wrocławskim, bielskim, będzińskim, częstochowskim, krakowskim i tarnowskim, obejmujących określone gminy z terenu województw: dolnośląskiego, opolskiego, małopolskiego, śląskiego, lubuskiego, łódzkiego, podkarpackiego, świętokrzyskiego i wielkopolskiego,
- Tauron Sprzedaż GZE Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach - na obszarze gliwickim, obejmującym określone gminy z terenu województwa śląskiego.

(*Dowód: karty 106,107*).

7. Wszystkich 8 przedsiębiorców prowadzących działalność w formie małych elektrowni wodnych (dalej także jako „Zawiadamiający”) których przedmiotem – na podstawie uzyskanych koncesji – jest wytwarzanie energii elektrycznej w odnawialnych źródłach energii, tj. za pomocą urządzeń wykorzystujących przepływ wody, posiadało we wrześniu 2013 r. zawarte z Tauron Sprzedaż umowy sprzedaży energii elektrycznej wytwarzanej w odnawialnych źródłach energii (dalej „Umowy”).

(*Dowód: sprawa RWR 400-7/15/JB karta 5*).

8. We wrześniu 2013 r. – powołując się na konieczność uregulowania w relacjach umownych pomiędzy Tauron Sprzedaż i OZE kwestii bilansowania handlowego i rozliczenia kosztów związanych z realizacją tej usługi - spółka Tauron Sprzedaż podjęła działania mające na celu zmianę Umów. Impulsem do powyższego była przede wszystkim informacja Prezesa URE nr 14/2013 wydana w dniu 21 maja 2013 r. (dalej także jako „Informacja nr 14/2013”).

(*Dowód: sprawa RWR 400-7/15/JB karty 5,77,78*).

9. Spółka Tauron Sprzedaż stwierdziła, iż zgodnie z zawartym w ww. Informacji nr 14/2013 stanowiskiem Prezesa URE, obowiązek zakupu przez sprzedawcę z urzędu energii elektrycznej wytworzonej w OZE, wynikający z art. 9a ust. 6 prawa energetycznego, jest

całkowicie niezależny od pełnienia funkcji operatora handlowo-technicznego odpowiedzialnego za bilansowanie handlowe. Jak bowiem wskazał Prezes URE „wytwórcy mają (...) prawo wyboru innego operatora handlowo – technicznego, bądź w uzasadnionych przypadkach mogą tę funkcję wykonywać osobiście”. W świetle Informacji nr 14/2013, nie ma więc prawnej konieczności, by przedmiotową usługę świadczył na rzecz OZE sprzedawca z urzędu realizujący obowiązki wynikające z art. 9a ust. 6 prawa energetycznego, jak również by ten podmiot ponosił koszty wynikające z tego tytułu.

(Dowód: sprawa RWR 400-7/15/JB karty 77,78).

10. Powyższe stanowisko Prezes URE rozwinął w piśmie do Pana A.G., Prezesa Zarządu Towarzystwa Rozwoju Małych Elektrowni Wodnych z dnia 12 listopada 2013 r. Jak bowiem w nim m.in. wskazano: „Definicja bilansowania handlowego odnosi się do rozliczeń za niezbilansowanie energii elektrycznej dla każdego okresu rozliczeniowego i obejmuje każdego użytkownika systemu(...). Bilansowanie handlowe stanowi odrębną kategorię usług od obowiązku zakupu energii elektrycznej wytwarzanej w OZE, których ustawodawca nie zagwarantował jako nieodpłatnych(...). Reasumując, wszyscy użytkownicy systemu pośrednio lub bezpośrednio ponoszą koszty bilansowania handlowego, w tym również wytwórcy energii elektrycznej w odnawialnych źródłach energii. Przepisy ustawy – Prawo energetyczne nie przewidują wyjątków w tym zakresie”.

(Dowód: sprawa RWR 400-7/15/JB karty 78,79, 84, 86-88).

11. W związku z powyższym, począwszy od dnia 3 września 2013 r. Spółka wystąpiła w stosunku do 270 wytwórców będących OZE, w tym również małych elektrowni wodnych (dalej również jako „MEW”), wobec których – jako sprzedawca z urzędu – realizował obowiązek zakupu energii na podstawie art. 9a ust. 6 prawa energetycznego, z inicjatywą uregulowania we wzajemnych stosunkach umownych kwestii bilansowania handlowego oraz odpłatności tej usługi. Do tego czasu Spółka świadczyła nieodpłatnie przedmiotową usługę na rzecz wspomnianych powyżej podmiotów (za pośrednictwem Tauron Polska Energia S.A., której czynności związane z bilansowaniem OZE były zlecane od dnia 1 października 2008 r., na podstawie umowy na bilansowanie zawartej w dniu 26 września 2008 r.). W konsekwencji, począwszy od września 2013 r. Spółka – powołując się na Informację nr 14/2013 – rozpoczęła wysyłkę do OZE pism wzywających do renegotjacji warunków Umowy i zawarcia aneksu do tejże Umowy, który regulowałby kwestię rozliczeń za realizowaną przez Tauron usługę bilansowania handlowego, ewentualnie do wyboru innego podmiotu świadczącego przedmiotową usługę (takich podmiotów na terenie działalności Tauron jako sprzedawcy z urzędu jest ok. 50). W przypadku wyboru spółki Tauron Sprzedaż do realizacji usługi bilansowania handlowego aneks zakładał uregulowanie w Umowie ceny za ww. usługę, określonej jako kwota netto za 1 MWh (tajemnica przedsiębiorstwa) sprzedanej Spółce energii elektrycznej, a także warunków płatności z tego tytułu.

(Dowód: karta 108, sprawa RWR 400-7/15/JB karty 78,79, 86-88, 90-94).

12. Podstawą kontraktową powyższych działań - zdaniem Spółki - był §9 Umowy przewidujący obowiązek stron do negocjacji w razie istotnej zmiany warunków prawnych lub faktycznych, a także prawo do wypowiedzenia w razie bezskutecznego zakończenia negocjacji. Natomiast - według Zawiadamiającego - ponad wszelką wątpliwość nie można uznać, że w wyniku opublikowania przez Prezesa URE Informacji nr 14/2013 istotnej zmianie uległy warunki prawne lub faktyczne wykonania przedmiotu każdej z umów. Tym samym w oparciu o przedmiotową Informację nie było podstaw do skutecznego wszczęcia

renegocjacji umów przez Tauron Sprzedaż oraz tym samym nie mogło dojść do ich skutecznego wypowiedzenia w tym trybie.

(Dowód: karta 14, sprawa RWR 400-7/15/JB karty 237,238).

13. W następstwie powyższego spośród 270 OZE, wobec których Spółka – jako sprzedawca z urzędu – realizowała obowiązek zakupu energii na podstawie art. 9a ust. 6 Prawa energetycznego, większość podpisała aneks do Umowy w treści proponowanej przez Spółkę bądź też dokonała wyboru innego „podmiotu odpowiedzialnego za bilansowanie handlowe” (dalej jako „POB”). Jednak grupa podmiotów, obejmująca 10 przedsiębiorców - MEW, odmówiła podpisania aneksu, powołując się na brak konieczności dokonywania takiego wyboru. Ich zdaniem, z uwagi na to, iż oferują i sprzedają całość wytwarzanej przez siebie energii elektrycznej na rzecz Tauron Sprzedaż jako podmiotu wykonującego zadania sprzedawcy z urzędu, nie biorą udziału w procesie dystrybucji oraz nie mają żadnego wpływu na to, kto będzie odbiorcą końcowym wytworzonej przez nich energii. Tak więc, od momentu dostarczenia przez ww. 10 przedsiębiorców - MEW energii elektrycznej do „miejsca przeznaczenia” jej własność przechodzi na Tauron Sprzedaż, a przedsiębiorcy ci nie są zobowiązani, z mocy prawa, do posiadania tzw. usługi bilansowania handlowego, która – ich zdaniem - powinna być związana wyłącznie z umową dystrybucji (vide: m.in. stanowisko Ministra Gospodarki zawarte w piśmie z dnia 19 sierpnia 2014 r. oraz informacja Prezesa URE z dnia 25 października 2005 r.).

(Dowód: sprawa RWR 400-7/15/JB karty 80,185,186).

14. Minister Gospodarki w powołanym wyżej piśmie z dnia 19 sierpnia 2014 r. stwierdził, iż „wytwórcy energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii, którzy oferują całość wytwarzanej energii do tzw. sprzedawcy z urzędu i nie biorą udziału w procesie jej dystrybucji, nie są zobowiązani, z mocy prawa, do posiadania tzw. usługi bilansowania handlowego (...). W przypadku sprzedaży wytwarzanej energii do tzw. sprzedawców z urzędu, brak jest podstaw do nakładania na tych wytwórców obowiązków bilansowych”.

Natomiast Prezes URE w powołanej wyżej informacji z dnia 25 października 2005 r. stwierdził, iż „w przypadku gdy wytwórca energii w źródłach odnawialnych deklaruje sprzedaż całej energii do przedsiębiorstwa energetycznego wykonującego obowiązek sprzedawcy z urzędu i nie zawarł umów sprzedaży z innymi odbiorcami, nie ma on obowiązku zawarcia umowy o świadczenie usługi dystrybucji energii elektrycznej”.

(Dowód: karty 74-77).

15. Dodatkowo, co wynika chociażby z ww. pisma Ministra Gospodarki z dnia 19 sierpnia 2014 r., Tauron Sprzedaż sp. z o.o. nie jest w ogóle podmiotem uprawnionym do świadczenia usług bilansowania handlowego (nie jest tzw. podmiotem odpowiedzialnym za bilansowanie handlowe), albowiem nie posiada i nigdy nie posiadała w tym zakresie umowy z operatorem systemu przesyłowego (zgodnie z art. 3 pkt 42 ustawy Prawo energetyczne). Powyższe potwierdził Minister Gospodarki w powołanym piśmie: „Na zakończenie pragnę wskazać, iż niezrozumiałe jest wskazywanie wytwórcom energii elektrycznej z odnawialnych źródeł, przez Tauron Sprzedaż Sp. z o.o. samej siebie, jako podmiotu, który może zapewnić świadczenie usług bilansowania handlowego, gdyż zgodnie z informacją zawartą na stronach internetowych Tauron Dystrybucja S.A. wg. stanu na dzień 14 sierpnia 2014 r., Tauron Sprzedaż sp. z o.o. nie jest uprawniona do świadczenia usług bilansowania handlowego na rynku bilansującym”.

(Dowód: karty 8,9,77).

16. Prezes URE w Informacji nr 14/2013 podkreślił, że do elementów umowy sprzedaży energii elektrycznej nie należy kwestia bilansowania handlowego, a tym samym stawianie przez sprzedawcę z urzędu takiego wymogu przy zawieraniu umowy sprzedaży jest nieuprawnione, gdyż kwestia bilansowania handlowego związana jest z umową dystrybucji, a nie z umową sprzedaży. Podobne stanowisko zajął także Minister Gospodarki, który m.in. w piśmie do Prezesa Towarzystwa Rozwoju MEW z dnia 25 września 2014 r. stwierdził m.in., iż „*niedopuszczalne jest warunkowanie przez sprzedawców z urzędu możliwości realizacji ustawowego obowiązku wynikającego z art. 9a ust 6 PE, spełnieniem jakichkolwiek dodatkowych żądań, w tym polegających na uregulowaniu kwestii opłat za usługę bilansowania handlowego*”.

(Dowód: karty 71-73, sprawa RWR 400-7/15/JB karty 213,214).

17. Odmienne stanowisko w kwestii konieczności (obowiązku) zawarcia przez OZE umów dystrybucji z Operatorem Systemu Dystrybucyjnego („OSD”) prezentował Tauron Sprzedaż. Zdaniem Spółki nie ulega wątpliwości, że OSD świadczy usługę dystrybucji energii wytworzonej w OZE i powinna ona być realizowana na podstawie umowy o świadczenie usług dystrybucji. Spółka powołuje się przy tym przede wszystkim na stanowisko Prezesa URE jakie przedstawił w cytowanym już w pkt 5 niniejszej notatki piśmie z dnia 12 listopada 2013 r. do Pana A.G., Prezesa Zarządu Towarzystwa Rozwoju Małych Elektrowni Wodnych. Jak bowiem stwierdził w nim Prezes URE „*wytwórca energii elektrycznej w odnawialnym źródle energii powinien oznaczyć podmiot odpowiedzialny za jego bilansowanie handlowe w umowie o świadczenie usług dystrybucji, zawartej z przedsiębiorstwem zajmującym się dystrybucją energii elektrycznej*”.

(Dowód: sprawa RWR 400-7/15/JB karty 234,235).

18. Z dniem 11 stycznia 2014 r. spółka Tauron Sprzedaż zaprzestała zakupu energii elektrycznej od ww. grupy 10 MEW. Przyczyną takiego działania było wycofanie się Spółki z neodpłatnego świadczenia na rzecz tych MEW usługi bilansowania handlowego i jednocześnie brak zapewnienia sobie przez te podmioty operatora handlowo – technicznego, pełniącego funkcje POB.

(Dowód: sprawa RWR 400-26/12/JB karty 15,16).

19. Następstwem powyższych zdarzeń było wszczęcie w dniu 2 kwietnia 2014 r. przez Prezesa URE – Zachodni Oddział Terenowy we Wrocławiu, postępowania administracyjnego w sprawie wymierzenia Spółce kary pieniężnej za nieprzestrzegania obowiązku zakupu od MEW energii elektrycznej wytworzonej w OZE o którym mowa w art. 9a ust. 6 prawa energetycznego. Postępowanie to zakończyło się wydaniem w dniu 28 listopada 2014 r. decyzji, stwierdzającej niewywiązywanie się przez Spółkę w okresie od dnia 11 stycznia 2014r. do dnia 2 kwietnia 2014 r. z określonego w art. 9a ust. 6 prawa energetycznego, obowiązku zakupu energii elektrycznej wytworzonej w odnawialnych źródłach energii przyłączonych do sieci dystrybucyjnej lub przesyłowej, znajdujących się na terenie obejmującym obszar działania Spółki, oferowanej przez 10 MEW, po cenie równej średniej cenie sprzedaży energii elektrycznej w poprzednim roku kalendarzowym, o której mowa w art. 23 ust. 2 pkt 18 lit. b prawa energetycznego. Z powyższego tytułu, Prezes URE na podstawie art. 56 ust. 1 pkt 1a prawa energetycznego nałożył na Spółkę karę w wysokości 132 000 zł. Od przedmiotowej decyzji Spółka złożyła odwołanie do SOKiK.

(Dowód: karty 86-94, sprawa RWR 400-7/15/JB karty 80,81).

20. W dniu 16 stycznia 2015 r. Prezes URE – Zachodni Oddział Terenowy we Wrocławiu, wszczął kolejne postępowanie administracyjne w sprawie wymierzenia Spółce kary pieniężnej za nieprzestrzegania obowiązku zakupu od MEW energii elektrycznej, dotyczące okresu od dnia 3 kwietnia 2014r. Postępowanie to zakończyło się wydaniem w dniu 22 czerwca 2015 r. decyzji również stwierdzającej nieprzestrzegania przez spółkę Tauron od dnia 3 kwietnia 2014 r. obowiązku zakupu energii elektrycznej wytworzonej w odnawialnych źródłach energii – małych elektrowniach wodnych, o którym mowa w art. 9a ust 6 ustawy – Prawo energetyczne. W decyzji tej Prezes URE stwierdził m.in.:

„Realizacja samego publicznoprawnego obowiązku zakupu energii elektrycznej przez sprzedawcę z urzędu, energii elektrycznej wyprodukowanej w źródłach odnawialnych przyłączonych do sieci dystrybucyjnej lub przesyłowej znajdującej się na terenie obejmującym obszar działania tego sprzedawcy, po wynikającej z ustawy cenie, nie może być uzależniana od spełnienia przez wytwórców energii elektrycznej dodatkowych wymagań, w szczególności uregulowania kwestii opłat za usługę bilansowania handlowego”.

(Dowód: karty 98-104, sprawa RWR 400-7/15/JB karty 80,81).

21. Z uwagi na brak porozumienia z 10 MEW oraz działaniami URE, Spółka złożyła w dniu 6 października 2014 r. do Prezesa URE wnioski na podstawie art. 8 ust. 1 prawa energetycznego o rozstrzygnięcie sporu dotyczącego odmowy zawarcia umowy sprzedaży energii elektrycznej przez MEW. Przedmiotem wniosku jest orzeczenie przez Prezesa URE o obowiązku zawarcia umowy sprzedaży energii elektrycznej wytworzonej w OZE, zgodnie z treścią projektu umowy przedstawionego przez Spółkę w wariantach 1 – zakładającym że usługę bilansowania handlowego MEW świadczył będzie inny operator handlowo – techniczny niż Spółka, albo zgodnie z treścią projektu umowy przedstawionego przez Spółkę w wariantach 2 – zakładającym, że usługa bilansowania handlowego będzie świadczona odpłatnie przez Spółkę, na podstawie stosownych zapisów umownych. W związku z powyższym wnioskiem Prezes URE wszczął postępowanie administracyjne w sprawie rozstrzygnięcia sporu dotyczącego odmowy zawarcia przez MEW umowy sprzedaży energii elektrycznej wytworzonej w OZE ze Spółką, jako sprzedawcą z urzędu realizującym obowiązki z art. 9a ust. 6 prawa energetycznego, a następnie wydał w grudniu 2014 r. postanowienia ustalające tymczasowo warunki kontynuowania dostaw energii elektrycznej wytworzonej przez poszczególne MEW, zobowiązując Spółkę do zakupu tej energii na warunkach wynikających z dotychczas zawartych umów. Na tej podstawie, Spółka wznowiła zakup energii elektrycznej od 10 MEW i kontynuuje go do chwili obecnej.

(Dowód: karty 171-180, sprawa RWR 400-7/15/JB karty 80,81).

22. W ocenie Zawiadamiającego brak zapłaty za wyprodukowaną i wprowadzoną do sieci energię elektryczną stanowił swoisty rodzaj środka przymusu mającego na celu doprowadzenie MEW do podpisania niekorzystnych dla nich aneksów do umów sprzedaży, pomimo braku jakichkolwiek obiektywnych przesłanek ku temu. Dodatkowo należy zważyć, iż przychody osiąmane z tytułu sprzedaży energii elektrycznej dla zdecydowanej większości wytwórców stanowią jedyne źródło dochodu. Co więcej część wytwórców energii elektrycznej z OZE posiada w związku z prowadzonymi MEW stałe zobowiązania z tytułu udzielonych kredytów. Tym samym tacy wytwórcy nie mogą pozwolić sobie na prowadzenie długotrwałego i kosztownego sporu z Tauron Sprzedaż sp. z o.o. postanowili zaakceptować żądanie Tauron Sprzedaż sp. z o.o. oraz podpisać przedmiotowy Aneks nr 1 do Umowy. Jednocześnie, w ostatnich kilku latach średnie roczne ceny sprzedaży energii elektrycznej miały tendencję spadkową (przykładowo: 201,36 zł/MWh w 2012 r., 181,55 zł/MWh w 2013r., 163,58 zł/MWh w 2014 r.).

(Dowód: karty 15).

23. W celu wszechstronnego wyjaśnienia sprawy organ antymonopolowy zwrócił się również w przedmiotowej kwestii m.in. do Towarzystwa Rozwoju Małych Elektrowni Wodnych oraz Towarzystwa Obrotu Energią.

(Dowód: sprawa RWR 400-7/15/JB karty 199, 481).

24. Towarzystwo Rozwoju Małych Elektrowni Wodnych („TRMEW”) jest stowarzyszeniem przedsiębiorców oraz sympatyków związanych z branżą hydroenergetyki, ze szczególnym uwzględnieniem MEW. Zdaniem TRMEW Prezes URE w ww. piśmie do Stowarzyszenia z dnia 12 listopada 2013 r. stwierdził, iż wszyscy użytkownicy systemu pośrednio lub bezpośrednio ponoszą koszty bilansowania handlowego, w tym również wytwórcy energii elektrycznej w odnawialnych źródłach energii. Jednocześnie TRMEW wskazało, iż problem bilansowania handlowego został zauważony przez ustawodawcę w ustawie *o odnawialnych źródłach energii*. Zgodnie z jej zapisami w art. 41 ust. 9 i art. 43 ust. 2 cena zakupu energii elektrycznej z OZE nie będzie zawierać opłaty za bilansowanie handlowe. Równocześnie w art. 92 ust. 2 ustawodawca wskazał, że w instalacji OZE o łącznej mocy zainstalowanej energii elektrycznej mniejszej niż 500 kW, od wytwórcy tej energii, który wygrał aukcję nie będzie pobierać się opłat za bilansowanie handlowe, a jego koszty ponoszone będą przez sprzedawcę zobowiązanego.

(Dowód: sprawa RWR 400-7/15/JB karty 203-205).

25. Towarzystwo Obrotu Energią („TOE”) jest samorządnym stowarzyszeniem o celach niezarobkowych, do którego celów statutowych należy m.in. podejmowanie działań wspomagających rozwój konkurencyjnego rynku energii w Polsce. Zdaniem TOE *„usługi bilansowania handlowego stanowią świadczenie odrębne od sprzedaży energii elektrycznej, zaś uregulowanie tych zasad jest konieczne na potrzeby umowy o świadczenie usług dystrybucji”*.

(Dowód: sprawa RWR 400-7/15/JB karty 509-511).

26. W toku postępowania organ antymonopolowy zwrócił się również do kilkunastu innych – losowo wybranych – MEW (tych którzy podpisali Umowę) o wyrażenie swojego stanowiska w przedmiotowej kwestii. Oto ich przykładowe odpowiedzi:

Mała Elektrownia Wodna Z.K. w Kłodzku.:

„Tauron Sprzedaż wprowadzając usługę bilansowania handlowego, moim zdaniem niezgodną z prawem nie pozostawił mi żadnego wyboru. Gdyż straszył mnie tak w pismach jak i wielu rozmowach telefonicznych, gdzie byłem wręcz nękanym telefonami do domu, że zaprzestanie zakupu energii elektrycznej (co też później uczynił), jeśli nie podpiszę umowy. W okresie od 21 marca 2014 r. do praktycznie końca czerwca 2014 r. Tauron Sprzedaż mimo, że odbierał ode mnie energię elektryczną nie płacił za nią, co znacznie pogorszyło moją sytuację finansową i spowodowało, że byłem zmuszony podpisać umowę wraz z bilansowaniem handlowym, mimo, że się na to nie zgadzałem. Ewidentnie Tauron wykorzystał swoją pozycję silniejszego, względem małego przedsiębiorcy”.

DAR – MAG Kalińscy Sp. j. w Opolu:

„Oczywiście wszystkie aneksy musiały zostać podpisane pod dużym naciskiem ze strony Tauron pod groźbą z ich strony wypowiedzenia Umowy i tym samym zaprzestania zakupu

wytworzonej energii elektrycznej (...). Proceder bilansowania w tym okresie i nacisk ze strony Taurona był bardzo odczuwalny dla drobnych wytwórców (...). Jako właściciel podjąłem wówczas decyzję, iż firma nasza nie będzie uiszczała opłat z tytułu bilansowania na rzecz Tauron ponieważ było i jest to pisząc delikatnie wyłudzenie”.

Małe Elektrownie Sp. z o.o. we Wrocławiu:

„Z datą wrześniową 2013 roku podpisaliśmy Aneksy Nr 1 do wymienionych umów. Podpisanie poprzedzone było naszym staraniem o uzyskanie wyjaśnienia powodów i zasadności prowadzenia usługi bilansowania, jednak bez rezultatu. Ostatecznie kierując się „dyscyplina energetyczną” podpisaliśmy oba aneksy”.

eko – Best T.B. we Wrocławiu:

„Do dnia 10.01.2014 r. Tauron Sprzedaż nie wymagał od mojej MEW bilansowania handlowego. Po zaistnieniu sporu w tej kwestii Tauron stwierdził, że wykonywał tę usługę bezpłatnie (bezumownie) (...). Po 10.01.2014 r. nie zgodziłem się na powyższe jednostronne narzucenie kolejnej opłaty (...). Po kilku miesiącach mojego oporu przed podpisaniem Aneksu wprowadzającego odpłatną usługę bilansowania handlowego, nie mając środków na prawidłowe prowadzenie mojej firmy z dniem 31.05.2014 r. podpisałem umowę, zgodziłem się na narzucone wartości i na wykonywanie usługi BH przez Tauron Sprzedaż”.

(Dowód: sprawa RWR 400-7/15/JB karty 389, 485,486,506, 507,508).

27. Każdy z 8 przedsiębiorców (Zawiadamiających) prowadzących działalność w formie małych elektrowni wodnych posiada elektrownię o mocy zainstalowanej poniżej 500 kW. Spółka Tauron wskazała, iż wg stanu na dzień 28 sierpnia 2015 r. odsetek OZE posiadających moc zainstalowaną powyżej 500 kW, wobec których Spółka – jako sprzedawca z urzędu – realizuje obowiązek zakupu energii elektrycznej wynosi ok. [tajemnica przedsiębiorstwa %]. Tak więc, zdecydowaną większość (ok. [tajemnica przedsiębiorstwa] %) stanowią OZE posiadający moc zainstalowaną poniżej 500 kW.

(Dowód: sprawa RWR 400-26/12/JB karta 532).

28. Według stanu na dzień 5 czerwca 2016 r. Spółka świadczy odpłatnie na rzecz danego OZE usługę bilansowania handlowego na podstawie podpisanego przez strony aneksu w stosunku do 273 przedsiębiorców. Z 4 OZE Spółka była w tym okresie na etapie podpisywania aneksu regulującego kwestię odpłatnego świadczenia usługi bilansowania handlowego. Natomiast 18 OZE wybrało innego niż Tauron Sprzedaż operatora handlowo – technicznego jako POB. Grupa podmiotów, obejmująca 10 przedsiębiorców – MEW (ok. 3%), odmówiła podpisania aneksu, powołując się na brak konieczności dokonywania takiego wyboru i zarazem nie dokonało wyboru żadnego POB.

(Dowód: sprawa RWR 400-26/12/JB karty 364 - 384).

29. Z zebranego materiału dowodowego wynika, iż istniała możliwość negocjowania przez OZE ze spółką Tauron Sprzedaż wysokości opłaty za bilansowanie handlowe i w konsekwencji obniżenie jej – poprzez zawarcie stosownego aneksu do Umowy - z [tajemnica przedsiębiorstwa] do [tajemnica przedsiębiorstwa] zł/MWh. Jednocześnie nie ma żadnych ograniczeń w dokonaniu zmiany przez OZE podmiotu prowadzącego bilansowanie handlowe. Przykładowo firma DAR – MAG Kalińscy Sp. j. w Opolu stwierdziła:

„Postanowiłem poszukać innego podmiotu świadczącego bilansowanie handlowe za rozsądne pieniądze. Udało mi się nawiązać współpracę z takim podmiotem i na chwilę obecną owe

bilansowanie kosztuje naszą firmę w granicach [tajemnica przedsiębiorstwa] za MW zakładając obsługę dwóch MEW”.

(Dowód: sprawa RWR 400-26/12/JB karty 387, 389, 459, 480).

30. W odpowiedzi na zawiadomienie Prezesa UOKiK z dnia 15 października 2015 r., o wszczęciu postępowania antymonopolowego Spółka – pismem z dnia 18 stycznia 2016 r. - poinformowała organ antymonopolowy, iż – uwzględniając argumentację przedstawioną przez Urząd – deklaruje wolę przedstawienia propozycji zobowiązania się do podjęcia lub zaniechania określonych działań w celu zakończenia zarzucanego naruszenia i usunięcia jego skutków. Przedmiotowe działania miały objąć zaniechanie uzależniania zawarcia umowy sprzedaży energii elektrycznej wytworzonej w odnawialnych źródłach energii od uregulowania w tej umowie kwestii opłat za usługę bilansowania handlowego, zaniechanie pobierania opłat za usługę bilansowania handlowego oraz umorzenie dotychczas nieuregulowanych należności z tytułu opłat za bilansowanie handlowe. Spółka zobowiązała się do doprecyzowania konkretnej treści zobowiązania. Jednocześnie Spółka wniosła o wydanie decyzji w trybie art. 12 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

(Dowód: karty 185,186).

31. Ostatecznie pismami z dnia 25 kwietnia 2016 r. oraz z dnia 30 czerwca 2016 r. Spółka **zobowiązała się** do wyeliminowania zarzucanej praktyki poprzez:

1. nieuzależnianie - od dnia uprawomocnienia się decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - zawarcia umowy sprzedaży energii elektrycznej wytworzonej w odnawialnych źródłach energii od uregulowania kwestii opłat za usługę bilansowania handlowego;

2. wystąpienie (poprzez wysłanie listu poleconego) do wszystkich kontrahentów, z którymi Tauron Sprzedaż Sp. z o. o. ma podpisane umowy sprzedaży energii elektrycznej wytworzonej w odnawialnych źródłach energii z ofertą ich zmiany poprzez przesłanie aneksu do umowy sprzedaży energii elektrycznej wytworzonej w odnawialnych źródłach energii w taki sposób, aby umowy te nie zawierały postanowień uzależniających ich zawarcie od uregulowania w nich kwestii opłat za usługę bilansowania handlowego, w terminie 2 miesięcy od daty uprawomocnienia się decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

(Dowód: karty 221, 341, 349 - 353).

II. Mając na uwadze powyższe ustalenia organ antymonopolowy zważył, co następuje:

1. Określenie zarzutu

Spółce Tauron Sprzedaż postawiony został zarzut nadużywania pozycji dominującej na regionalnym rynku zakupu energii elektrycznej wytwarzanej w odnawialnych źródłach energii na terenie obejmującym obszar działania Tauron Sprzedaż Sp. z o.o. jako sprzedawcy zobowiązanego, poprzez uzależnianie zawarcia umowy sprzedaży energii elektrycznej wytwarzanej w odnawialnych źródłach energii od przyjęcia lub spełnienia innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy, tj. uregulowania w ww. umowie kwestii opłat za usługę bilansowania handlowego, co może stanowić naruszenie art. 9 ust. 1 i 2 pkt 4 ww. ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

2. Interes publicznoprawny

Podstawą do zastosowania przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* jest uprzednie stwierdzenie przez Prezesa Urzędu, czy w niniejszej sprawie wszczęcie i przeprowadzenie postępowania antymonopolowego było zasadne z punktu widzenia interesu publicznoprawnego.

W świetle art. 1 ust. 1 i 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* celem regulacji w niej przyjętych jest zapewnienie rozwoju konkurencji, ochrona przedsiębiorców narażonych na stosowanie praktyk ograniczających konkurencję i ochrona interesów konsumentów. Tak określony cel ustawy pozwala przyjąć, iż ma ona charakter publicznoprawny i służy ochronie ogólnospołecznego interesu. Powyższe przesądza o wyłączeniu możliwości podejmowania przez organ antymonopolowy działań w celu ochrony interesów indywidualnych. Taką interpretację potwierdza orzecznictwo Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów².

Powyższe stanowisko znalazło również potwierdzenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego, który w uzasadnieniu wyroku z dnia 29 maja 2001 r. (sygn. akt I CKN 1217/98) stwierdził, że „ustawa antymonopolowa ma charakter publicznoprawny. Ingeruje, gdy w wyniku pewnych ogólnych zjawisk zagrożona jest sama instytucja konkurencji”. W uzasadnieniu wyroku z dnia 26 lutego 2004 r. (sygn. akt III SK 2/04) Sąd Najwyższy dodał, iż naruszenie indywidualnego interesu (w powołanym wyroku – konsumenta), nie wyklucza dopuszczalności równoczesnego uznania, że dochodzi do naruszenia publicznego zbiorowego interesu, jeżeli indywidualne pogwałcenie przepisów ustawy mogłoby w jakikolwiek sposób prowadzić do ustanowienia lub utrwalenia monopolistycznych praktyk rynkowych, które wywołują skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2003 r. w sprawie I CKN 496/01 (Dz.Urz.UOKiK 2004/1/283) *użytego w tych orzeczeniach sformułowania: "dotknięcie skutkami działań" sprzecznych z ustawą antymonopolową, nie można jednak rozumieć w sposób wąski i mechaniczny, jako tylko bezpośredniego pokrzywdzenia kontrahenta monopolisty. Trzeba tu oceniać całość negatywnych skutków działań monopolisty na określonym rynku (rynek relewantny), kierując się ogólnymi celami obu ustaw antymonopolowych. (...) Ochrona konkurencji polega na przeciwdziałaniu monopolizacji rynku, rozumianej jako narzucanie przez podmiot dominujący warunków umownych niekorzystnych dla jego kontrahentów. Ochrona ta nie ogranicza się przy tym do sytuacji, kiedy doszło już do pokrzywdzenia kontrahenta przez monopolistę, lecz obejmuje także istnienie samego stanu realnego zagrożenia dla zasad swobodnej konkurencji. Stan takiego potencjalnego zagrożenia jest bowiem oceniany z punktu widzenia interesu publicznego w obu ustawach jako stan niewłaściwy, a tym samym niedopuszczalny.*

Z kolei w wyroku z dnia 5 czerwca 2008 r. (sygn. akt III SK 40/07) Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że „ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów chroni istnienie mechanizmu konkurencji, jako optymalnego sposobu podziału dóbr w społecznej gospodarce rynkowej, zatem każde działanie wymierzone w ten mechanizm, godzi w interes publiczny”.

Tym samym nie każde naruszenie prawa w stosunkach cywilno-prawnych kwalifikuje sprawę do postępowania w trybie ww. ustawy. Odmienne niż to ma miejsce w postępowaniu cywilnym ukierunkowanym na ochronę praw podmiotowych stron, postępowanie w trybie ustawy antymonopolowej ma za swój przedmiot ochronę interesu publicznoprawnego, co ma

² Zob. wyroki SOKiK z dnia 28.05.2001, sygn. akt XVII Ama 82/00; z dnia 4.07.2001, sygn. akt XVII Ama 108/00; z dnia 30.05.2001 r., sygn. akt XVII Ama 80/00; z dnia 6.06.2001, sygn. akt XVII Ama 78/00).

miejsce wtedy, gdy skutkami działań sprzecznych z ustawą dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku, bądź gdy wywołują one inne niekorzystne zjawiska na rynku wymagające ingerencji ze strony organów działających w trybie tej ustawy.

W niniejszej sprawie Prezes Urzędu wszczynając postępowanie antymonopolowe występował w ochronie interesu publicznego. Skutki działań Tauron Sprzedaż mogły bowiem utrudniać i znacząco opóźniać rozwój ważnego dla polskiej energetyki sektora – wytwarzania energii elektrycznej w odnawialnych źródłach. Rozwój odnawialnych źródeł energii (OZE) był i jest jednym z priorytetów polityki energetycznej Polski, podobnie jak całej Unii Europejskiej. Nie budzi więc wątpliwości, iż w takich okolicznościach interwencja Prezesa Urzędu podjęta w formie wszczęcia postępowania antymonopolowego na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stała się konieczna i ma na celu ochronę interesu publicznoprawnego.

3. Strona postępowania

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

Fakt posiadania przez Tauron Sprzedaż statusu przedsiębiorcy nie był w trakcie postępowania kwestionowany. Prezes Urzędu wydając przedmiotową decyzję winien jednakże ocenić, czy ww. Spółka jest przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

Zgodnie z art. 4 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, pod pojęciem przedsiębiorcy należy rozumieć przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, a także: (a) osobę fizyczną, osobę prawną, oraz jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, (b) osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu, (c) osobę fizyczną, która posiada kontrolę, w rozumieniu pkt 4, nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziła działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, jeżeli podejmuje dalsze działania podlegające kontroli koncentracji, o której mowa w art. 13, (d) związek przedsiębiorców w rozumieniu pkt 2.

Natomiast zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. *o swobodzie działalności gospodarczej* (tj. Dz. U. z 2015, poz. 584 z późn. zm.) za przedsiębiorcę uznaje się m.in. osobę prawną wykonującą we własnym imieniu działalność gospodarczą. „Działalnością gospodarczą” jest natomiast, zgodnie z przepisem art. 2 tej ustawy zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły.

W niniejszej sprawie stroną postępowania jest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, prowadząca działalność gospodarczą na podstawie wpisu do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, a więc osoba prawna prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą. Tauron Sprzedaż posiada zatem niewątpliwie przymiot przedsiębiorcy i jest biernie legitymowana do udziału w charakterze strony w

postępowaniu antymonopolowym, a jej zachowania podlegają ograniczeniom wynikającym z przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

4. Rynek właściwy

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na rynku właściwym. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów definiuje rynek właściwy jako rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji (art. 4 pkt 9 ww. ustawy). Przez towary należy rozumieć zarówno rzeczy, jak i energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane (art. 4 pkt 7 ww. ustawy). Pojęcie rynku właściwego odnosi się przedmiotowo do wszystkich wyrobów (usług) jednego rodzaju, które ze względu na swoje szczególne właściwości odróżniają się od innych wyrobów (usług) w taki sposób, że nie istnieje możliwość dowolnej ich zamiany. Rynek właściwy produktowo obejmuje wszystkie towary, które służą zaspokajaniu tych samych potrzeb nabywców, mają zbliżone właściwości, podobne ceny i reprezentują podobny poziom jakości. Niezbędnym elementem rynku właściwego jest także jego wymiar geograficzny, oznaczający konieczność wskazania obszaru, na którym warunki konkurencji, mające zastosowanie do określonych towarów, są jednakowe dla wszystkich konkurentów. Zatem, aby wyznaczyć rynek właściwy, określoną działalność poddaje się analizie z punktu widzenia produktowego (asortymentowego) a także geograficznego.

Rynek produktowy może obejmować jeden produkt (lub usługę) dostarczony przez przedsiębiorcę dominującego lub kilka produktów (usług) o ile są to bliskie substytuty. Z kolei rynek geograficzny może mieć np. zasięg lokalny, regionalny lub krajowy.

Tauron Sprzedaż jest przedsiębiorstwem energetycznym, prowadzącym działalność m.in. w zakresie sprzedaży energii elektrycznej. W niniejszej sprawie rynkiem właściwym pod względem produktowym jest rynek zakupu energii elektrycznej wytworzonej w odnawialnych źródłach energii. Rynek ten na obszarze działania Tauron Dystrybucja nie jest rynkiem konkurencyjnym, ze względu na ograniczoną do jednego liczbę przedsiębiorstw energetycznych pełniących funkcję sprzedawcy zobowiązanego (z urzędu). Rynek ten różni się od rynku sprzedaży energii elektrycznej, realizowanej na rzecz odbiorców przez sprzedawców "z wyboru". Odbiorca przyłączony do sieci Tauron Dystrybucja może wybrać sprzedawcę energii elektrycznej spośród kilkudziesięciu sprzedawców dostępnych w sieci tego operatora. Natomiast w zakresie zakupu energii elektrycznej wytworzonej w przez OZE (w tym MEW) z obszarów: jeleniogórskiego, legnickiego, opolskiego, wałbrzyskiego, wrocławskiego, bielskiego, będzińskiego, częstochowskiego, krakowskiego i tarnowskiego, jedynym przedsiębiorcą pełniącym funkcję sprzedawcy z urzędu (zobowiązanego) jest Tauron Sprzedaż.

W okolicznościach rozpatrywanej sprawy, za rynek produktowy należy uznać rynek zakupu energii elektrycznej wytworzonej w odnawialnych źródłach energii na terenie obejmującym obszar działania Tauron Sprzedaż Sp. z o.o. jako sprzedawcy zobowiązanego (sprzedawcy z urzędu). W ujęciu geograficznym rynek właściwy obejmuje obszar działania ww. Spółki jako sprzedawcy zobowiązanego/z urzędu, tj. obszar działania: jeleniogórski, legnicki, opolski, wałbrzyski, wrocławski, bielski, będziński, częstochowski, krakowski i tarnowski.

W tym miejscu należy podnieść, iż w postanowieniu o wszczęciu postępowania w niniejszej sprawie rynek właściwy został określony od strony geograficznej jako „teren województw małopolskiego, śląskiego, dolnośląskiego i opolskiego”, a w sentencji decyzji jako obszar działania: jeleniogórski, legnicki, opolski, wałbrzyski, wrocławski, bielski, będziński, częstochowski, krakowski i tarnowski.

Prezes Urzędu pragnie wskazać, iż stosownie do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2004 r. (Sygn. akt III SK 32/04, LEX nr 440864.) „*art. 84 § 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie wymaga, aby określenie rynku właściwego musiało nastąpić już w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego. Co więcej, zwykle przesłanka ta stanowi dopiero przedmiot ustalenia w tym postępowaniu, a więc przy udziale strony*”. Należy zaakcentować, iż nie zmienił się istotnie zasięg terytorialny rynku, lecz nastąpiło jedynie jego uszczegółowienie (doprecyzowanie).

Tak więc, rynkiem właściwym w niniejszej sprawie jest regionalny rynek zakupu energii elektrycznej wytwarzanej w odnawialnych źródłach energii na terenie obejmującym obszar działania Tauron Sprzedaż Sp. z o.o. jako sprzedawcy zobowiązanego, tj. obszar działania: jeleniogórski, legnicki, opolski, wałbrzyski, wrocławski, bielski, będziński, częstochowski, krakowski i tarnowski.

5. Ustalenie pozycji rynkowej Spółki na rynku właściwym

Art. 4 pkt 10 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* definiuje pozycję dominującą jako 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%.

Rozpatrywana sprawa dotyczy zakupu przez Tauron Sprzedaż energii elektrycznej wytworzonej w OZE (MEW). Ustawa *Prawo energetyczne* przewiduje po stronie przedsiębiorstw energetycznych posiadających koncesję w zakresie obrotu energią elektryczną oraz które sprzedają energię elektryczną konsumentom używającym jej dla własnych potrzeb na terenie Polski (w niniejszej sprawie Tauron Sprzedaż), obowiązek zakupu energii elektrycznej wytworzonej w OZE przyłączonych do sieci dystrybucyjnej lub przesyłowej znajdującej się na terenie obejmującym obszar działania tego sprzedawcy, oferowanej przez przedsiębiorstwo energetyczne, które uzyskało koncesję na jej wytworzenie. Zakup ten odbywa się po średniej cenie sprzedaży energii elektrycznej w poprzednim roku kalendarzowym (art. 9a ust. 6 ustawy *Prawo energetyczne*). Zawiadamiający (MEW) chcąc skorzystać z prawa jakie daje im art. 9a ust. 6 ustawy *Prawo energetyczne* są de facto skazani na Tauron Sprzedaż, który jest jedynym podmiotem na obszarze ich działalności zobowiązanym do realizacji zadań sprzedawcy z urzędu (po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. *o odnawialnych źródłach energii* tzw. sprzedawcą).

Obowiązek zakupu energii elektrycznej pochodzącej z OZE stanowi bezpośredni mechanizm wsparcia dla producentów energii. Jednakże wytwórca energii elektrycznej nie ma obowiązku sprzedaży wytworzonej energii elektrycznej sprzedawcy z urzędu - stanowi to jedynie jego przywilej. Wytwórca może również sprzedać wyprodukowaną w odnawialnym źródle energię elektryczną innym podmiotom na zasadach rynkowych, na podstawie złożonej oferty.

Niemniej jednak, m.in. ze względu na fakt, iż w ostatnich kilku latach średnie roczne ceny sprzedaży energii elektrycznej miały tendencję spadkową (przykładowo: 201,36 zł/MWh

w 2012 r., 181,55 zł/MWh w 2013 r., 163,58 zł/MWh w 2014 r.), niemal całość energii wytwarzanej w odnawialnych źródłach energii na terenie obejmującym obszar działania Tauron Sprzedaż jako sprzedawcy zobowiązanego, tj. obszar działania: jeleniogórski, legnicki, opolski, wałbrzyski, wrocławski, bielski, będziński, częstochowski, krakowski i tarnowski, była kupowana przez ww. Spółkę.

Skutkiem powyższego jest posiadanie przez Tauron Sprzedaż siły ekonomicznej przy użyciu której może zapobiegać nie tylko efektywnej konkurencji, ale i działać w dużym stopniu niezależnie od zachowania swych kontrahentów, a w szczególności eksploatować swoją pozycję rynkową ich kosztem.

Należy zaznaczyć, iż fakt posiadania przez Tauron Sprzedaż pozycji dominującej na rynku właściwym nie był w trakcie postępowania przez Spółkę w żaden sposób kwestionowany.

Tym samym została spełniona pierwsza z przesłanek art. 9 ust.1 i 2 pkt 4 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, tj. posiadanie przez Tauron Sprzedaż pozycji dominującej na rynku właściwym.

6. Uprawdopodobnienie naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 9 ust 1 i 2 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Stosownie do art. 12 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* warunkiem nałożenia przez Prezesa UOKiK na przedsiębiorcę zobowiązania zmierzającego do zapobieżenia naruszeniom określonym w art. 9 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* jest uprawdopodobnienie, że do takiego naruszenia doszło. W związku z tym zachodzi konieczność dokonania oceny zakwestionowanych zachowań przedsiębiorcy w celu uprawdopodobnienia, że dopuścił się on naruszenia zakazu nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym.

Instytucja uprawdopodobnienia występuje w wielu przepisach prawa, ale w żadnym z nich nie została określona ani co do istoty, ani charakteru. Z orzecnictwa Sądu Najwyższego wynika, że zachowanie szczegółowych przepisów o postępowaniu dowodowym nie jest konieczne, ilekroć ustawa przewiduje uprawdopodobnienie zamiast dowodu. Ze względu natomiast na brak ustawowej definicji pojęcia uprawdopodobnienie, należy przyjąć potoczne rozumienie tego określenia³. Również Naczelny Sąd Administracyjny wypowiedział się odnośnie pojęcia uprawdopodobnienia, stwierdzając, że uprawdopodobnienie określonej okoliczności nie jest równoznaczne z jej pełnym udowodnieniem. Wystarczają do tego także dowody pośrednie i domniemania faktyczne, czyli wyciąganie logicznych wniosków o faktach na podstawie innych ustalonych faktów. Gdy przepisy prawa wymagają, aby uprawdopodobnić określoną okoliczność, należy wykazać, że istnieje realna możliwość przyjętego domniemania. Naczelny Sąd Administracyjny przyjął również, że uprawdopodobnienie stanowi środek zastępczy dowodu w znaczeniu ścisłym, a zatem środek niedający pewności, lecz tylko wiarygodność (prawdopodobieństwo) twierdzenia o jakimś fakcie.⁴

Tak więc, dla wydania tzw. decyzji zobowiązującej wystarczy uprawdopodobnić w toku postępowania antymonopolowego naruszenie zakazu wynikającego z art. 9 ustawy o ochronie

³ postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 2006 r. (sygn. akt II CNP 13/05).

⁴ wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego: z dnia 20 kwietnia 1995 r., (sygn. akt SA/Gd 340/94), z dnia 5 maja 1995 r., sygn. akt SA/Wr 2223/94.

konkurencji i konsumentów, nie ma natomiast konieczności udowodnienia naruszenia przepisów ustawy, a w związku z tym przeprowadzenia pełnego postępowania dowodowego. Różnica pomiędzy tymi dwoma instytucjami polega na tym, że uprawdopodobnienie nie daje pewności, lecz jedynie prawdopodobieństwo twierdzenia o jakimś fakcie.

W świetle art. 12 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, uprawdopodobnienie stwierdza się na podstawie okoliczności sprawy, informacji zawartych w zawiadomieniu lub będących podstawą wszczęcia postępowania z urzędu. Wynika z tego, że źródłem uprawdopodobnienia może być w istocie każda informacja, dokument, okoliczność, która jest znana Prezesowi UOKiK.

W związku z tym, dla zastosowania art. 12 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* zachodzi w przedmiotowej sprawie konieczność uprawdopodobnienia naruszenia przez Spółkę przepisów ww. ustawy poprzez rozważenie wszystkich przesłanek określonych w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 4 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* w odniesieniu do postawionego Spółce zarzutu.

Art. 9 ust. 1 i 2 pkt 4 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* stanowi, że zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym, polegające na uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy. Do uznania praktyki określonej w tym przepisie za ograniczającą konkurencję zachowanie przedsiębiorcy musi spełniać łącznie następujące przesłanki:

1. posiadać pozycję dominującą na rynku właściwym,
2. dominant musi uzależniać zawarcie umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia,
3. świadczenie to nie ma rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy.

Ad. 1

Posiadanie przez Tauron Sprzedaż pozycji dominującej na rynku właściwym zostało już wykazane powyżej.

Ad. 2.

W niniejszej sprawie jest rzeczą bezsporną, iż przedsiębiorcy prowadzący działalność w formie małych elektrowni wodnych (MEW) posiadali we wrześniu 2013 r. zawarte z Tauron Sprzedaż umowy sprzedaży energii elektrycznej wytwarzanej w odnawialnych źródłach energii. Bezsporny jest także fakt, iż od września 2013 r. Spółka wystąpiła w stosunku do 270 wytwórców będących OZE, w tym również MEW, wobec których – jako sprzedawca z urzędu (obecnie zobowiązany) – realizował obowiązek zakupu energii na podstawie art. 9a ust. 6 Prawa energetycznego, z inicjatywą uregulowania we wzajemnych stosunkach umownych kwestii bilansowania handlowego oraz odpłatności tej usługi. W konsekwencji, począwszy od września 2013 r. Spółka – powołując się na Informację nr 14/2013 – rozpoczęła wysyłkę do OZE pism wzywających do renegotjacji warunków Umowy i zawarcia aneksu do tejże Umowy, który regulowałby kwestię rozliczeń za realizowaną przez Tauron Sprzedaż usługę bilansowania handlowego, ewentualnie do wyboru innego podmiotu świadczącego przedmiotową usługę.

W następstwie powyższego spośród 270 OZE, wobec których Spółka – jako sprzedawca z urzędu/zobowiązany – realizowała obowiązek zakupu energii na podstawie art. 9a ust. 6 Prawa energetycznego, zdecydowana większość podpisała aneks do Umowy w treści proponowanej przez Spółkę bądź też dokonała wyboru innego „podmiotu odpowiedzialnego za bilansowanie handlowe” (POB). Niemniej jednak grupa podmiotów, obejmująca 10 MEW, odmówiła podpisania aneksu, powołując się na brak konieczności dokonywania takiego wyboru. W rezultacie powyższego z dniem 11 stycznia 2014 r. spółka Tauron Sprzedaż bezprawnie zaprzestała zakupu energii elektrycznej od ww. 10 MEW.

Zdaniem Prezesa Urzędu, z powyższego wynika, iż Spółka uzależniała zawarcie umowy sprzedaży energii elektrycznej wytwarzanej w odnawialnych źródłach energii od spełnienia przez OZE (MEW) innego świadczenia, tj. uregulowania w tej Umowie kwestii opłaty za bilansowanie handlowe. Wyrażone na str. 11 – 12 niniejszej decyzji stanowiska MEW również to potwierdzają. Oto ich przykładowe wypowiedzi:

- „aneksy musiały zostać podpisane pod dużym naciskiem ze strony Tauron pod groźbą z ich strony wypowiedzenia Umowy i tym samym zaprzestania zakupu wytworzonej energii elektrycznej (...)” - (DAR – MAG Kalińscy Sp. j. w Opolu);

- „byłem zmuszony podpisać umowę wraz z bilansowaniem handlowym, mimo, że się na to nie zgadzałem. Ewidentnie Tauron wykorzystał swoją pozycję silniejszego, względem małego przedsiębiorcy” – (Mała Elektrownia Wodna Z.B. w Kłodzku);

- „po kilku miesiącach mojego oporu przed podpisaniem Aneksu wprowadzającego odpłatną usługę bilansowania handlowego, nie mając środków na prawidłowe prowadzenie mojej firmy z dniem 31.05.2014 r. podpisałem umowę, zgodziłem się na narzucone wartości i na wykonywanie usługi BH przez Tauron Sprzedaż” – (Eko – Best T.B. we Wrocławiu).

Wobec powyższego spełnienie drugiej przesłanki praktyki z art. 9 ust. 1 i 2 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zostało uprawdopodobnione.

Ad. 3.

Jeżeli chodzi o związek rzeczowy i zwyczajowy dodatkowego świadczenia z przedmiotem umowy, to należy wskazać, iż do września 2013 r. kwestia bilansowania handlowego (świadczenie dodatkowe) nie była uwzględniona w zawartych z Tauron przez OZE umowach sprzedaży energii elektrycznej wytwarzanej w odnawialnych źródłach energii, a przedmiotowe bilansowanie odbywało się nieodpłatnie.

Jednocześnie należy podnieść, iż przepis art. 5 ust. 2 pkt 1 Prawa energetycznego, który określa jakie elementy powinna zawierać umowa sprzedaży energii elektrycznej, nie wymienia kwestii bilansowania handlowego.

Zdaniem Prezesa Urzędu kwestia bilansowania handlowego nie należy do elementów umowy sprzedaży energii elektrycznej, a tym samym narzucanie przez sprzedawcę z urzędu/zobowiązanego (tj. Tauron Sprzedaż) takiego wymogu przy zawieraniu ww. umowy sprzedaży jest nieuprawnione, gdyż kwestia bilansowania handlowego związana jest z umową dystrybucji, a nie z umową sprzedaży.

Podobne stanowisko wyraził także Minister Gospodarki, który m.in. w piśmie do Prezesa Towarzystwa Rozwoju MEW z dnia 25 września 2014 r. stwierdził m.in., iż „**niedopuszczalne jest warunkowanie przez sprzedawców z urzędu możliwości realizacji ustawowego obowiązku wynikającego z art. 9a ust 6 PE, spełnieniem jakichkolwiek**

dodatkowych żądań, w tym polegających na uregulowaniu kwestii opłat za usługę bilansowania handlowego”.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, iż Minister Gospodarki w piśmie z dnia 19 sierpnia 2014 r. stwierdził, iż ***„wytwórcy energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii, którzy oferują całość wytwarzanej energii do tzw. sprzedawcy z urzędu i nie biorą udziału w procesie jej dystrybucji, nie są zobowiązani, z mocy prawa, do posiadania tzw. usługi bilansowania handlowego (...). W przypadku sprzedaży wytwarzanej energii do tzw. sprzedawców z urzędu, brak jest podstaw do nakładania na tych wytwórców obowiązków bilansowych”.***

Natomiast Prezes URE w informacji z dnia 25 października 2005 r. stwierdził, iż ***„w przypadku gdy wytwórca energii w źródłach odnawialnych deklaruje sprzedaż całej energii do przedsiębiorstwa energetycznego wykonującego obowiązek sprzedawcy z urzędu i nie zawarł umów sprzedaży z innymi odbiorcami, nie ma on obowiązku zawarcia umowy o świadczenie usługi dystrybucji energii elektrycznej”.***

Należy również zaznaczyć, iż w decyzji z dnia 22 czerwca 2015 r. stwierdzającej nieprzestrzegania przez spółkę Tauron obowiązku zakupu energii elektrycznej wytworzonej w odnawialnych źródłach energii – małych elektrowniach wodnych, o którym mowa w art. 9a ust 6 ustawy – Prawo energetyczne Prezes URE stwierdził m.in.:

„Realizacja samego publicznoprawnego obowiązku zakupu energii elektrycznej przez sprzedawcę z urzędu, energii elektrycznej wyprodukowanej w źródłach odnawialnych przyłączonych do sieci dystrybucyjnej lub przesyłowej znajdującej się na terenie obejmującym obszar działania tego sprzedawcy, po wynikającej z ustawy cenie, nie może być uzależniana od spełnienia przez wytwórców energii elektrycznej dodatkowych wymagań, w szczególności uregulowania kwestii opłat za usługę bilansowania handlowego”.

Ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika bezspornie, iż Tauron Sprzedaż nie jest podmiotem odpowiedzialnym za bilansowanie handlowe (art. 3 pkt 42 PE), ani tego rodzaju usług nie świadczy. Podmiotem odpowiedzialnym za ww. bilansowanie jest bowiem osoba fizyczna lub prawna uczestnicząca w centralnym mechanizmie bilansowania handlowego na podstawie umowy z operatorem systemu przesyłowego, zajmująca się bilansowaniem handlowym użytkowników systemu. W kontekście tej definicji Tauron Sprzedaż jest (podobnie jak OZE) wyłącznie użytkownikiem systemu (art. 3 pkt 12 b PE – użytkownik systemu – podmiot dostarczający energię elektryczną do systemu elektroenergetycznego lub zaopatrywany z tego systemu). Spółka nie jest także operatorem systemu przesyłowego (art. 3 pkt 24 PE) ani dystrybucyjnego (art. 3 pkt 25 PE). Tego rodzaju działalność (w zakresie bilansowania handlowego) wykonywana jest przez podmiot odrębny, tj. Tauron Polska Energia SA., zaś usługi dystrybucji świadczy Tauron Dystrybucja Sp. z o.o.

Tauron Sprzedaż nie ma więc uprawnień ani w rzeczywistości nie wykonuje usług bilansowania handlowego dla OZE, w związku z czym nie powinien mieć też żadnych roszczeń o zapłatę za wykonywanie takich usług i nie powinien żądać wprowadzenia odpłatności za te usługi do umowy⁵.

Zdaniem Prezesa Urzędu, Spółka w żaden sposób nie wykazała, iż bilansowanie handlowe pozostaje w jakimkolwiek związku z łączącymi ją z OZE umowami.

W tym miejscu należy dodatkowo wyjaśnić, iż przedmiotem niniejszej decyzji nie jest kwestia pobierania od OZE opłat za usługi bilansowania handlowego w ogóle, ale kwestia

⁵ Zob. Wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 26 lutego 2016 r. (sygn.. akt. X GC 2013/15).

nieuzasadnionego wprowadzenia przez Tauron Sprzedaż ww. opłat do umów zawieranych z OZE. Spółka jest nieuprawnionym podmiotem w tym zakresie, co wykazano powyżej.

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, iż spełnienie trzeciej przesłanki praktyki z art. 9 ust. 1 i 2 pkt 4 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, tj. brak rzeczowego i zwyczajowego związku pomiędzy kwestią bilansowania handlowego a umową sprzedaży energii elektrycznej wytwarzanej w odnawialnych źródłach energii zostało uprawdopodobnione.

Tym samym za uprawdopodobnione uznać należy, że zakwestionowane w niniejszym postępowaniu działania Tauron Sprzedaż, dotyczące zakupu energii elektrycznej wytwarzanej w odnawialnych źródłach energii, mogą stanowić przejaw nadużycia pozycji dominującej tego przedsiębiorcy na rynku właściwym oraz naruszać art. 9 ust. 1 i 2 pkt 4 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

7. Zobowiązanie przedsiębiorcy do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zapobieżenia naruszeniom art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zgodnie z art. 12 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, warunkiem wydania wskazanej w tym przepisie decyzji, jest – oprócz uprawdopodobnienia naruszenia zakazu, o jakim mowa w art. 9 tej ustawy – zobowiązanie się przez przedsiębiorcę do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zapobieżenia tym naruszeniom.

W ocenie organu antymonopolowego w niniejszej sprawie warunek ten został spełniony.

W toku postępowania Spółka zobowiązała się do podjęcia szeregu działań, szczegółowo omówionych w części poświęconej dokonanym ustaleniom.

Zdaniem Prezesa UOKiK realizacja zobowiązań zadeklarowanych przez Tauron Sprzedaż doprowadzi do szybszego zakończenia uprawdopodobnionego naruszenia art. 9 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, eliminując kwestię uzależniania zawierania umów sprzedaży energii elektrycznej wytwarzanej w odnawialnych źródłach energii od pobierania opłat ze bilansowanie handlowe.

W związku z powyższym Prezes UOKiK postanowił skorzystać z instrumentu przewidzianego w art. 12 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* i nałożyć na Spółkę obowiązek wykonania złożonego przez nią w toku postępowania zobowiązania.

Zgodnie z art. 12 ust. 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, w decyzji, o której mowa w art. 12 ust. 1 tej ustawy, Prezes UOKiK może określić termin wykonania zobowiązań. Korzystając z powyższego uprawnienia Prezes UOKiK wyznaczył Spółce termin 2 miesięczny od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji na przeprowadzenie wszystkich zadeklarowanych działań. Tak więc, Prezes UOKiK zaakceptował propozycję Spółki przeprowadzenia deklarowanych działań w ww. terminie.

W związku z powyższym orzeczono, jak w pkt I sentencji niniejszej decyzji.

8. Obowiązek złożenia informacji o stopniu realizacji zobowiązań.

Stosownie do art. 12 ust. 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, w decyzji, o której mowa w art. 12 ust. 1 tej ustawy, Prezes UOKiK nakłada na przedsiębiorcę obowiązek składania w wyznaczonym terminie informacji o stopniu realizacji zobowiązań.

Zgodnie z tym przepisem spółka Tauron Sprzedaż została zobowiązana do złożenia, w terminie 3 miesięcy od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji, sprawozdania o stopniu realizacji nałożonego na nią zobowiązania.

Prezes UOKiK uznał, że sprawozdanie to powinno obejmować:

- 1) kopie wzorców umów sprzedaży energii elektrycznej wytworzonej w odnawialnych źródłach energii obowiązujących od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji;
- 2) kopię aneksu do obowiązujących do dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji umów sprzedaży energii elektrycznej wytworzonej w odnawialnych źródłach energii wprowadzającego zmiany w ww. umowach w taki sposób, aby umowy te nie zawierały postanowień uzależniających ich zawarcie od uregulowania w nich kwestii opłat za usługę bilansowania handlowego;
- 3) listę wszystkich kontrahentów do których wystąpiono z ofertą aneksu do umów sprzedaży energii elektrycznej wytworzonej w odnawialnych źródłach energii;
- 4) listę wszystkich kontrahentów do których nie wystąpiono z ofertą aneksu do umów sprzedaży energii elektrycznej wytworzonej w odnawialnych źródłach energii wraz z uzasadnieniem niewystąpienia z taką ofertą.

W związku z tym orzeczono, jak w pkt II sentencji niniejszej decyzji.

Pouczenie:

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* w związku z art. 479²⁸ § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (tj. Dz.U. z 2014 r. poz. 101, z późn. zm.) od niniejszej decyzji stronie przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie miesiąca od dnia jej doręczenia, wnoszone za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów we Wrocławiu, Pl. Strzelecki 25, 50-224 Wrocław.

Z up. Prezesa UOKiK
Elżbieta Kołodziej
Dyrektor Delegatury