

Delegatura w Lublinie
20-079 Lublin, ul. Dolna 3-go Maja 5
Tel. (0-81) 532-35-31, 532-54-48,
Fax (0-81) 532-08-26
E-mail: lublin@uokik.gov.pl

RLU-411-19/05/EW

Lublin, dnia 27 października 2006r.

Decyzja RLU Nr 29/2006

Stosownie do art. 28 ust. 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2005 r. Nr 244 poz. 2080, Dz. U. z 2006 r. Nr 157, poz. 1119) 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. z 2002 r. Nr 18 poz. 172, z 2003 r. Nr 6 poz. 68), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego w sprawie praktyk ograniczających konkurencję, wszczętego z wniosku Przedsiębiorstwa Wielobranżowego Walmar Sp. z o.o. w L. przeciwko L. Zakładom Energetycznym Spółka Akcyjna L. SA w L.

działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:
na podstawie art. 105 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego w związku z art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów **umarza się postępowanie antymonopolowe** w sprawie nadużywania przez L. Zakłady Energetyczne Spółka Akcyjna L. S.A. w L. pozycji dominującej na krajowym rynku nabywania usług w zakresie remontów i modernizacji sieci elektroenergetycznych od przedsiębiorców posiadających uprawnienia do wykonywania tych prac poprzez narzucenie w *Wymaganiach ofertowych w przetargach na wykonanie robót budowlanych w branży elektroenergetycznej z zastosowaniem wynagrodzenia ryczałtowego i wzorze Umowy o roboty budowlane w branży elektroenergetycznej* uciążliwych i przynoszących L. S.A. nieuzasadnione korzyści, dodatkowych warunków w postaci obciążenia kosztów pośrednich wykonawcy, **jako bezprzedmiotowe.**

Uzasadnienie

Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrokiem z dnia 19 maja 2005 r. sygn. akt XVII Ama 81/04 uchylił decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 29 czerwca 2001 r. RLU Nr 15/01. W uzasadnieniu wyroku SOKiK wskazał, że Prezes UOKiK decyzję z 2001 r., która nie stwierdzała stosowania przez L. Zakłady Energetyczne L. S.A. w L., zwane dalej L. lub Spółka, praktyki ograniczającej konkurencję ze względu na nie zajmowanie przez L. pozycji co najmniej dominującej na rynku relewantnym wyznaczonym w sprawie, oparł na wyjaśnieniach L. S.A., które określiły swój udział w rynku robót elektroenergetycznych na podstawie sporządzonych przez siebie: bilansu, druków PT i OT określających inwestycje zakończone wchodzące do bilansu Spółki. Bilans, zdaniem Sądu, nie jest dokumentem w oparciu o który można wyliczyć pozycję przedsiębiorcy na rynku właściwym w sprawie. Także fakt, że na rynku działa szereg innych przedsiębiorców nie uzasadnia braku pozycji dominującej jednego z nich na takim rynku. Zdaniem Sądu, dopiero porównanie ilości i wartości robót, dokonane według

jednego kryterium odnoszącego się do wszystkich przedsiębiorców- konkurentów działających na wspólnym rynku może dać odpowiedź na pytanie jaki % udziału każdy z nich zajmuje na tym rynku i w konsekwencji czy zachodzi domniemanie pozycji dominującej na rynku.

W związku z powyższym w dniu 29 lipca 2005 r. zawiadomiono strony o otwarciu na nowo postępowania dowodowego w niniejszej sprawie. Poinformowano równocześnie o nowej sygnaturze akt sprawy i o zmianie podstaw prawnych toczącego się postępowania antymonopolowego, w związku z wejściem w życie nowej ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2005 r. Nr 244 poz. 2080), co skutkowało tym, że otwarte postępowanie dowodowe toczyło się w oparciu o nowe regulacje prawne wynikające z tej ustawy.

W odpowiedzi na pismo o otwarciu na nowo postępowania dowodowego wnioskodawca, PW Walmar Sp. z o.o. z L., zwany dalej Walmar, podtrzymał zasadność wniosku z 2000r., w którym domagał się stwierdzenia, że Zakłady Energetyczne L. S.A. w L., posiadając na rynku okręgu lubelskiego monopolistyczną pozycję w branży robót elektroenergetycznych i organizując przetargi na wykonywanie tych robót poprzez wydawanie: Wymagań ofertowych w przetargach na wykonywanie robót w branży elektroenergetycznej z zastosowaniem wynagrodzenia ryczałtowego i wzorze Umowy o roboty budowlane w branży elektroenergetycznej, które to dokumenty były podstawą przy opracowywaniu przez zainteresowanych przedsiębiorców ofert do przetargów, zawierania umów i realizacji robót i rozliczeń, zawarły w nich postanowienia, które nakładały na wybranego wykonawcę obowiązek poniesienia dodatkowych kosztów nie wchodzących do kosztów bezpośrednich lecz ujmowanych w kosztach pośrednich wykonania robót, co skutkowało ich nieuzasadnioną wysokością, a przez to czyniło ofertę cenowo niekorzystną.

Kosztami tymi były:

- opłata za zajęcie pasa drogowego,
- koszty pobrania materiałów z magazynu L. S.A.,
- odszkodowania za straty i szkody poniesione przez osoby trzecie zawinione przez wykonawcę robót,
- koszty transportu materiałów z demontażu do siedziby L.,
- koszty geodezyjnego wytyczenia, zgłoszenia prac do ewidencji.

Wnioskodawca wskazał na konieczność określenia przez organizatora przetargu na wykonanie robót elektroenergetycznych pozycji, w której oferent ma zawrzeć koszty za usługi obce, jeżeli takiej pozycji nie ma ani w ofercie przetargowej ani w umowie o wykonanie robót (a tak jest w przypadku przetargów organizowanych przez L.) oznacza to, że L. świadomie działając z pozycji monopolisty wymusza niekorzystne warunki umowy dla wykonawcy. Oferta L., zdaniem wnioskodawcy, kwotę kosztorysową ustanawia kwotą ryczałtową pomijając pozycję kosztów za usługi obce. Wnioskodawca przedstawił dla porównania kosztorysy sporządzone w oparciu o wymagania ofertowe innych organizatorów przetargów na roboty elektroenergetyczne, u których świadczył usługi w oparciu o wygrane przetargi.

Wnioskodawca przedstawił także dla porównania sporządzone przez siebie kosztorysy do przetargów organizowanych przez L. i konkurenta L., Z. Korporację Energetyczną S.A. z Z., dalej zwaną ZKE S.A. Dokonana przez wnioskodawcę analiza opłacalności wskazuje, że przy budowie L. ponosi on stratę, a przy budowach zleczanych przez ZKE S.A. osiąga zysk, gdyż ZKE S.A. w swoich wymaganiach ofertowych, w cenie oferty rozbija koszty wartości robót ujmując w nich już na etapie ceny ofertowej opłaty dodatkowe kwestionowane przez wnioskodawcę w L., jako nie ujęte w cenie oferty.

Zdaniem wnioskodawcy, utrzymanie się takiej firmy na rynku, jak Walmar uzależnione jest od tego czy firma prowadzi roboty tylko na terenie L. czy także na terenie innych zakładów

energetycznych. Straty uzyskiwane przez Walmar na wykonywaniu wygranych robót w L. pokrywane były zyskami uzyskiwanymi z wykonania takich samych lub podobnych prac u innych przedsiębiorców, w tym w innych zakładach energetycznych.

L. S.A. poinformował Prezesa UOKiK, że w latach 2000 – 2005 warunki organizowania przetargów nie uległy większym zmianom. Poinformowano, że z dniem 31 sierpnia 2005 r. uległy zmianie Warunki organizowania przetargów na roboty w branży elektroenergetycznej z zastosowaniem wynagrodzenia ryczałtowego, zwane dalej Wymaganiami, poprzez zawarcie w pkt.8.2, w obowiązku Wykonawcy obowiązku dostarczenia kosztorysu ofertowego, sporządzonego zgodnie z założeniami określonymi w pk.3 i 9 (sposób przygotowania oferty i warunki ustalenia ceny) oraz uwzględnienia kosztów dodatkowych, wynikających z pkt.10 (obowiązki Wykonawcy w trakcie realizacji umowy o roboty budowlane) Wymagań na kwotę wynagrodzenia ryczałtowego podanego w ofercie przyjętej przez Zamawiającego. Koszty dodatkowe należy wyszczególnić lub załączyć oświadczenie, że zostały ujęte w kosztach pośrednich. Poinformowano równocześnie o podjęciu próby polubownego załatwienia sporu poza UOKiK i zobowiązano się do informowania Urzędu o prowadzonych rozmowach. Informacje te pisemnie potwierdził wnioskodawca.

W dalszej części postępowania L. przedstawił zestawienie nakładów poniesionych na budowę i modernizację sieci elektroenergetycznych w latach 2000 i 2001 oraz zestawienie zaangażowania Walmar w przetargach w latach 2000 – 2005. L. wskazał ponadto na fakt, że dysponentem sieci elektroenergetycznych na terenie województwa lubelskiego, oprócz L. są także inni przedsiębiorcy. Dodatkowo zdaniem strony, przy określaniu rynku właściwego w tej sprawie istotne jest to, że na terenie województwa lubelskiego oprócz L. działają także inne spółki energetyczne organizujące ten sam typ robót na swoich sieciach. Charakter usług świadczonych przez przedsiębiorców przystępujących do przetargów organizowanych przez spółki energetyczne cechuje konieczność realizacji robót w terenie, często w dużej odległości od swojej siedziby, wobec tego rynek właściwy w ujęciu geograficznym jest znacznie szerszy aniżeli obszar jaki pokrywa sieć L.. Sam wnioskodawca nie negował nigdy faktu, że wykonuje te same roboty także w innych spółkach energetycznych obejmujących swym zasięgiem teren szerszy aniżeli obszar działania L.

Odnosnie samego zarzutu L. podniósł, że w Wymaganiach ofertowych i umowie o roboty budowlane określono wynagrodzenie kosztorysowe zgodnie z art. 629 i 632 kodeksu cywilnego. Tak ustalone wynagrodzenie ma z założenia pełnić funkcję ustalonego z góry, ostatecznego wynagrodzenia za wykonane prace objęte przetargiem, bez względu na rzeczywiste nakłady pracy i inne nakłady. Ryczałt w tym przypadku stanowić miał zaspokojenie roszczenia wykonawcy za wykonane prace. Nie znajduje, zdaniem L., potwierdzenia teza, że warunki przetargów były uciążliwe, skoro każdorazowo zawarcie umowy następowało w trybie przetargu otwartego poprzez przyjęcie oferty wybranego przedsiębiorcy (także Walmaru). Podobne warunki przetargów stosuje i stosowała część innych spółek energetycznych na terenie kraju. Nie można zakładać, że składając oferty oferenci działają nieracjonalnie określając cenę poniżej faktycznych kosztów możliwości realizacji przez nich zamówienia z pominięciem kosztów, które są niezbędne przy tego rodzaju pracach tylko po to, aby konkurować z innymi przedsiębiorcami i tę konkurencję wygrać zobowiązując się do realizacji oferty pomimo braku jej opłacalności.

L. wskazał na fakt, iż skoro na 14 dni przed złożeniem ofert Walmar otrzymywał Wymagania ofertowe i projekt Umowy z treści których wynikało, że do ceny ofertowej należy doliczyć koszty obsługi geodezyjnej i opłatę za zajęcie pasa drogowego, a opłaty te są powszechnie znane, a ich wysokość zależy od czasu prowadzenia robót, tym samym można je określić przed złożeniem oferty, to oferent miał możliwość i obowiązek uwzględnienia w cenie oferty

wszystkich kosztów, w tym tych dodatkowych.

Wprowadzenie tych kosztów do ceny przedmiotu umowy skutkowało zapłatą całości wynagrodzenia ustalonego w formie ryczaftu. Poziom kosztów pośrednich w które wliczono te elementy nie stanowił kryterium wyboru oferty, zatem nie można stwierdzić, że warunki ustalone w Wymaganiach przetargowych i Umowie na wykonanie robót były uciążliwe i narzucone przedsiębiorcy przynosząc zlecającemu nieuzasadnione korzyści.

W trakcie przeprowadzonego postępowania dowodowego Prezes UOKiK ustalił, co następuje:

Kwestie formalne:

Po otwarciu na nowo postępowania dowodowego w niniejszej sprawie strony podjęły próbę polubownego załatwienia sporu poza Urzędem informując o tym organ antymonopolowy, co nie wstrzymało zbierania materiału dowodowego w niniejszej sprawie. W trakcie prowadzonego postępowania dowodowego uległa zmianie struktura prawna wnioskodawcy, a to ze względu na fakt ogłoszenia przez Sąd Rejonowy XVIII Wydział Gospodarczy w L. upadłości wnioskodawcy obejmującej likwidację majątku Walmar (Postanowienie z dnia 30 września 2005 r.). Ustanowiony w sprawie syndyk masy upadłości odmówił wstąpienia do prowadzonego postępowania antymonopolowego uznając, że nie dotyczy ono majątku upadłego. Swój udział w sprawie podtrzymał Prezes Zarządu Walmar składając stosowne oświadczenie na piśmie.

Pismami z przełomu listopada i grudnia 2005 r. poinformowano organ antymonopolowy, że strony nie doszły do porozumienia w przedmiocie deklarowanej ugody, w związku z czym domagają się dalszego postępowania i wydania w tej sprawie decyzji administracyjnej.

Ustalenie stanu faktycznego w sprawie:

L. Zakłady Energetyczne Spółka Akcyjna L. S.A. w L. prowadzą działalność w zakresie obrotu energią elektryczną na terenie województwa lubelskiego. W skład Spółki wchodzi siedem zakładów energetycznych (dane ze strony internetowej L. S.A.- www.lubzel.com.pl):

- zakład energetyczny Lublin miasto obejmujący swoim zasięgiem miasto Lublin i 5 gmin ościennych,
- zakład energetyczny L. Teren obejmujący swoim zasięgiem 18 gmin w województwie lubelskim,
- zakład energetyczny P. obejmujący swoim zasięgiem miasta P. i D. oraz 3 powiaty,
- zakład energetyczny K. obejmujący swoim zasięgiem 12 gmin,
- zakład energetyczny L. obejmujący swoim zasięgiem 3 miasta i 18 gmin,
- zakład energetyczny B. P. obejmujący swoim zasięgiem 23 gminy,
- zakład energetyczny R. P. obejmujący swoim zasięgiem 4 gminy.

Na obszarze swojej działalności L. S.A. zajmuje się dostawą energii elektrycznej dla odbiorców indywidualnych i przemysłowych poprzez sieć linii energetycznych stanowiących własność Spółki.

Od 1999 r. do sierpnia 2005 r. L. organizował przetargi na wykonanie robót na swoich sieciach ustalając w wewnętrznych dokumentach (Wymagania ofertowe w przetargach na wykonanie robót budowlanych w branży elektroenergetycznej z zastosowaniem wynagrodzenia ryczaftowego i wzorze Umowy o roboty budowlane w branży elektroenergetycznej) warunki, na których chciał nabyć zlecane przez siebie usługi od przedsiębiorców posiadających stosowne uprawnienia do wykonywania tego typu prac. Korzystał w tym celu z Listy referencyjnej, na którą wpisanych było dwudziestu dziewięciu przedsiębiorców. Na aktualnej Liście znajduje się- dane nie podlegające ujawnieniu,

przedsiębiorców. Na liście tej znajdowali się i znajdują między innymi tacy przedsiębiorcy. Do przedsiębiorców tych kierowane były zaproszenia do udziału w organizowanych przetargach i firmy te według zainteresowania i własnych możliwości finansowych i technicznych składały oferty do organizowanych przez L. przetargów, zgodnie z warunkami określonymi przez tego przedsiębiorcę.

Do końca sierpnia 2005 r. w ustalonych przez L. Wymaganiach i Umowie na wykonanie robót określono dodatkowe elementy nie ujęte w kosztach bezpośrednich ceny ofertowej, a to koszty związane z:

- opłatą za zajęcie pasa drogowego,
- koszty pobrania materiałów z magazynu L. S.A.,
- odszkodowania za straty i szkody poniesione przez osoby trzecie zawinione przez wykonawcę robót,
- koszty transportu materiałów z demontażu do siedziby L.,
- koszty geodezyjnego wytyczenia, zgłoszenia prac do ewidencji.

Koszty te obciążały kosztami pośrednimi wykonawcy robót.

W zmienionych przez L. Wymaganiach ofertowych (zmiana dokonana z dniem 12 sierpnia 2005 r. Poleceniem służbowym Nr 11 Dyrektora L. koszty tych robót ujęte są już w Obowiązku Wykonawcy i ujęte zostały we wzorze Oferty wykonania robót, jako całkowity koszt, który wchodzi do wynagrodzenia ryczałtowego za wykonanie przedmiotu oferty.

Z przedstawionego przez L. zestawienia zaangażowania firmy Walmar w przetargach w latach 2000 – 2005 wynika, że:

Dane nie podlegające ujawnieniu.

Wskazane wyżej zestawienie obrazuje częstotliwość składania ofert przez Walmar i ilości wygranych przetargów na warunkach kwestionowanych przez wnioskodawcę.

Na terenie województwa lubelskiego swoje sieci energetyczne posiadają także inne zakłady energetyczne, a to:

1. Z. Korporacja Energetyczna S.A. w Z.,
2. Rz. Zakład Energetyczny S.A. w Rz.,
3. Zakład Energetyczny W. Teren S.A. w W.

Na obszarze Polski działa szereg innych zakładów energetycznych, które podobnie, jak wskazane wyżej zakłady energetyczne z terenu województwa lubelskiego zajmują się dostawą energii elektrycznej poprzez sieć własnych linii energetycznych.

Wykonywana w tym zakresie działalność gospodarcza zakładów energetycznych wiąże się z koniecznością przeprowadzania remontów i modernizacją posiadanych przez nie sieci energetycznych. W tym celu organizowane są przetargi, których celem jest wyłonienie przedsiębiorcy składającego najkorzystniejszą ofertę cenową na wykonanie tych prac.

Do grupy takich potencjalnych wykonawców robót zleczanych na sieciach energetycznych należy wnioskodawca- Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Walmar Sp. z o.o. w upadłości, który będąc spółką prawa handlowego zajmuje się między innymi wykonywaniem prac na sieciach energetycznych, posiadając niezbędne do tego uprawnienia.

Wnioskodawca we wniosku złożonym w 2000 r. stawiając zarzut nadużywania pozycji monopolistycznej przez L. S.A. na rynku gospodarczym okręgu lubelskiego w branży elektroenergetycznej zarzucił temu przedsiębiorcy, że organizując przetargi na wykonywanie modernizacji i remont sieci energetycznych ustala takie warunki wykonywania tych robót, które są niekorzystne dla wykonawców i powodują ponoszenie przez nich strat przy

wykonywaniu tych robót, co stanowi narzucenie uciążliwych warunków umowy i przysparza L. nieuzasadnione korzyści. W świetle zapisów obowiązującej obecnie ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, opisane przez wnioskodawcę działanie może stanowić praktykę ograniczającą konkurencję, o której mowa w art. 8 ust. 2 pkt 6 wskazanej ustawy. W szczególności chodzi o wskazanie w dokumentach dostarczanych oferentom wybranym z Listy referencyjnej L. do wykonania zleczanych prac w celu opracowania przez nich oferty na wykonanie tych prac, a to w: *„Wymaganiach ofertowych w przetargach na wykonanie robót budowlanych w branży elektroenergetycznej, z zastosowaniem wynagrodzenia ryczałtowego”* oraz wzorze *„Umowy o roboty budowlane w branży elektroenergetycznej”* zawieranej z wyłonionym w przetargu wykonawcą, zapisów w postaci obciążenia wykonawcy kosztami dodatkowymi, nie wliczonymi do kosztów bezpośrednich wykonania robót, takich jak: kosztów zajęcia pasa drogowego, kosztów pobrania i zwrotu materiałów do magazynu L., odszkodowań wobec osób trzecich z tytułu powstałych szkód przy wykonywaniu prac przez wykonawcę, kosztów wykonania prac w pasie drogowym, kosztów geodezyjnego wytyczenia i zgłoszenia prac do ewidencji geodezyjnej.

Walmar z racji prowadzonej działalności gospodarczej składa oferty do wybranych przez siebie przetargów organizowanych przez L. i inne zakłady energetyczne: ZKE S.A. w Z., Zakład Energetyczny Ł. Teren S.A. w Ł., Zakład Energetyczny Wa. Teren S.A. w W.

W celu ustalenia rynku właściwego w niniejszej sprawie, czyli ujęcia go w aspekcie produktowym i geograficznym, organ antymonopolowy przeprowadził badanie, zwracając się do głównych spółek energetycznych na terenie kraju z zapytaniem w oparciu o jakie kryteria i warunki zlecają wykonywanie robót na swoich sieciach energetycznych i dokonują wyboru najkorzystniejszej oferty w celu zlecenia wykonania remontu czy modernizacji swoich sieci oraz podania ilości i wartości zorganizowanych przetargów na remont i modernizację tych sieci w latach 2000 - 2005. Pisma skierowano do następujących przedsiębiorców:

- Zamojskiej Korporacji Energetycznej S.A. w Zamościu,
- Zakładów Energetycznych Okręgu Radomsko- Kieleckiego S.A. w Skarżysku Kamiennej,
- Zakładu Energetycznego Białystok S.A. w Białymstoku,
- Rzeszowskiego Zakładu Energetycznego S.A. w Rzeszowie,
- ENION Spółka Akcyjna w Krakowie,
- ENERGIA PRO Koncern Energetyczny S.A. we Wrocławiu,
- Koncern Energetyczny ENERGA S.A. w Gdańsku,
- STOEN S.A. w Warszawie,
- ENEA S.A. w Poznaniu.

Z uzyskanych informacji wynika, że wszystkie zakłady energetyczne wchodzące w skład wymienionych wyżej spółek energetycznych organizowały i organizują przetargi w celu wyłonienia najkorzystniejszej oferty na wykonanie modernizacji czy remontu swoich sieci energetycznych. Wydają w tym celu Wymagania ofertowe lub ustalają zasady w Regulaminach wewnętrznych, w których określają warunki na jakich ma nastąpić wykonanie zleconych prac.

W większości ustalane wynagrodzenie ma formę ryczałtu, co zdaniem zakładów, daje możliwość wykonawcy skalkulowania wszystkich elementów potrzebnych do wykonania zadania.

Stosowanie systemu stawki ryczałtowej przy rozliczaniu robót budowlanych, zdaniem zakładów energetycznych (ENERGIA PRO S.A.), nie ukazuje szczegółowych korelacji wszystkich elementów składowych z ceną, co uniemożliwia stwierdzenie jaki wpływ na cenę ostateczną ma uwzględnienie tych dodatkowych kosztów kwestionowanych przez wnioskodawcę. Ze względu na fakt, że wymagania te dotyczą wszystkich oferentów, zdaniem

ENERGIA PRO S.A., można uznać, że wpływ tych czynników na cenę jest podobny u wszystkich.

W oparciu o ustalone przez dany zakład energetyczny kryteria potencjalni wykonawcy składają propozycje w postaci ofert, spośród, których zakład- zlecający, dokonuje wyboru jednego wykonawcy i z nim zawiera umowę na wykonanie zleconych prac.

Odnosnie obowiązku ponoszenia dodatkowych kosztów obciążających wykonawcę wygrywającego przetarg zakłady energetyczne stosują dwa rodzaje ujęcia tych kosztów.

W pierwszej grupie są zakłady, które podobnie, jak L. nakładały w latach 2000 – 20005, bądź nakładają na wykonawcę obowiązek ujęcia dodatkowych wydatków w postaci: kosztów zajęcia pasa drogowego, robót geodezyjnych, pobrania i zwrotu materiałów inwestorskich z magazynu zakładu, kosztów transportu i demontażu materiałów, wydatków za odszkodowania poniesione na rzecz osób trzecich, jako kosztu pośrednie, nie wliczane do kosztów bezpośrednich robocizny. Do zakładów takich należą: ENION S.A. w Krakowie, ZEORK S.A., (ale nie wszystkie koszty i nie przy realizacji każdego zlecanego zadania), ENERGA S.A. w Gdańsku (stosuje system mieszany, do części prac taki jak w Lubzel, a do innych koszty dodatkowe ujęte są w kosztach bezpośrednich robocizny), ENEA S.A. w Poznaniu przy niektórych zleceniach stosowała taki system, jak L., a przy innych nie. W latach 2004-2005 większość przetargów na remont i modernizację sieci miało charakter przetargów ograniczonych. Były to procedury, w których zaproszenia kierowano do ograniczonego kręgu wykonawców z *Listy kwalifikowanych dostawców* ENEA S.A. obejmującej ok. wykonawców. Lista ta jest tworzona przez pracowników w jednostkach merytorycznych poprzez ocenę dostaw i robót. Zasadniczo na liście takiej mogą się znaleźć wykonawcy ocenieni, ale istnieje także możliwość wyłonienia wykonawców bez oceny w oparciu o wewnętrzne procedury, które przeprowadzają pracownicy merytoryczni kontrolujący odpowiednie obszary Spółki.

Do drugiej grupy należą zakłady energetyczne, (częściowo i te występujące w grupie pierwszej), które nie wymagały i nie wymagają od wybranego wykonawcy ponoszenia dodatkowych kosztów zakwestionowanych przez wnioskodawcę.

Zdaniem pytanych zakładów energetycznych wpływ dodatkowych warunków na oferowaną cenę jest w znacznym stopniu uzależniony od zróżnicowanych uwarunkowań terenowych. Ze względu na fakt, że dla wybrania najkorzystniejszej oferty ocena odbywa się w oparciu o cenę ryczałtową, która dotyczy realizacji całości zadania będącego przedmiotem zamówienia, nie ma możliwości procentowego określenia udziału tych wydatków w cenie ofertowej, ale fakt ten ma duży wpływ na usprawnienie pracy dzięki czemu obniża się koszty inwestycji. W ostatecznej ocenie i tak wydatki te ponosi zakład energetyczny poprzez zapłatę ceny ryczałtowej (ENION S.A. w Krakowie).

Większość zakładów energetycznych posiada Listy referencyjne, na które wpisani są przedsiębiorcy posiadający stosowne uprawnienia do wykonywania prac na sieciach elektroenergetycznych i do nich kierowane są w pierwszej kolejności zaproszenia dla składania ofert. Nie oznacza to jednak, że jest to rynek zamknięty, gdyż zdaniem tych przedsiębiorców, do organizowanych przez nich przetargów przystąpić może każdy legitymujący się stosownymi uprawnieniami. W praktyce jednak większość przedsiębiorców wykonujących ten typ prac jest wpisanych na Listy referencyjne w kilku spółkach energetycznych i składa oferty na wykonanie robót w kilku miejscach. Nie jest tak, że przedsiębiorcy z danego regionu przypisani są do danego zakładu energetycznego i składają oferty do przetargów organizowanych tylko przez ten zakład.

Informacje takie podały – ZKE S.A. w Zamościu, Zakład Energetyczny Łódź Teren, Rzeszowski Zakład Energetyczny S.A. w Rzeszowie, Zakład Energetycznych Białystok S.A. w Białymstoku, Zakład Energetyczny Warszawa Teren S.A. w Warszawie. Są to zakłady, które zlecają prace na swoich liniach położonych w sąsiedztwie linii stanowiących własność

L.

Wskazane wyżej zakłady energetyczne na żądanie organu antymonopolowego przedstawiły listy przedsiębiorców startujących w organizowanych przez nie przetargach w latach 2000 – 2005. Na listach tych znajdują się przedsiębiorcy z terenu całej Polski.

I tak do przetargów organizowanych przez:

1. **Rzeszowski Zakład Energetyczny S.A. w Rzeszowie** – wybór ofert następował w oparciu o postępowania przetargowe, o których informowano w prasie lokalnej (Nowiny, Kurier Lubelski) oraz z List wykonawców utworzonych w poszczególnych rejonach energetycznych. Na listy te wpisani byli zainteresowani przedsiębiorcy. Ogłoszenia o przetargach wywieszane były także na tablicach ogłoszeń w rejonach i zakładzie. Oferty składali przykładowo przedsiębiorcy z: Janowa Lubelskiego, Kraśnika, Niska, Rybnika, Lublina, Stalowej Woli, Biłgoraja, Nowej Sarzyny, Rzeszowa, Puław, Annopola, Radomyśla, Krakowa, Jarosławia.

Z samego Lublina do postępowań przetargowych przystępowało sześciu przedsiębiorców

2. **ZKE S.A. w Zamościu** – w zakładzie istnieje Lista referencyjna, na którą wpisani są przedsiębiorcy, którzy spełniają warunki do wykonywania tego typu prac i wyrazili chęć uczestniczenia w postępowaniach przetargowych. Do nich kierowane są zaproszenia do składania ofert na realizowane prace. Oferty składali przykładowo przedsiębiorcy z: Zamościa, Lublina, Rzeszowa, Przeworska, Chełma, Przemyśla, Włodawy, Biłgoraja, Białej Podlaskiej, Lubaczowa, Jarosławia. Z Lublina były to firmy: W ocenie ZKE przedsiębiorcy ubiegający się o realizację robót w branży elektroenergetycznej mają swobodny wybór organizatora przetargu na terenie województwa lubelskiego. Przetargi takie organizują oprócz spółek energetycznych także gminy, urzędy, przedsiębiorcy. Sporo jest także ofert spoza województwa lubelskiego.

Nie ma zdaniem Zakładu barier w przystępowaniu do tego typu przetargów oprócz spełnienia wymagań koniecznych do wpisania na Listę referencyjną.

3. **Zakład Energetyczny Warszawa Teren S.A. w Warszawie**– wybór ofert następuje w trybie konkursu ofert. Ogłoszenia zamieszczane są na stronie internetowej Zakładu i na tablicy ogłoszeń w Spółce. Każdemu przedsiębiorcy, który złoży wniosek o udział w postępowaniu zostaje przesłane zapytanie ofertowe. Zakład prowadzi rejestrację tylko tych firm, które realizowały zleczone przez niego prace. Na liście znajdują się przedsiębiorcy z: Raszyna, Józefowa, Warszawy, Ostrołęki, Krakowa, Siedlec, Otwocka, Konina, Ciechanowa, Gdyni, Łukowa, Legionowa, Lublina, Suwałk.

4. **Zakład Energetyczny Białystok S.A. w Białymstoku** – w przetargach organizowanych przez Zakład uczestniczyć mogą wszyscy przedsiębiorcy, którzy spełniają wymagania postawione w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i Szczegółowych Wymaganiach Ofertowych. Zakład nie posiada Listy referencyjnej. W latach 2000 – 2005 o zamówienia ubiegali się przedsiębiorcy z: Białegostoku, Giżycka, Suwałk, Łomży, Ełku, Kętrzyna, Łodzi, Lublina (.....), Bydgoszczy, Kielc, Rzeszowa, Płocka, Ciechanowa, Gdańska, Świdnika (.....), Olsztyna, Grudziądz, Warszawy. Zdaniem Zakładu, wszyscy przedsiębiorcy posiadający uprawnienia i mający możliwości kadrowe i techniczne mogą uzyskać zlecenia w ZE Białystok S.A.

5. **Zakład Energetyczny Łódź Teren S.A. w Łodzi** – w Zakładzie obowiązuje Regulamin udzielania zamówień, większość postępowań prowadzona jest w trybie przetargu nieograniczonego, w którym uczestniczyć mogą wszyscy wykonawcy spełniający wymagania ze Specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ze względu na bardzo dużą liczbę zamówień Zakład nie jest w stanie podać nazw przedsiębiorców. W samym 2004r. przeprowadzono postępowania, w 2005 r., a od początku 2006 r. W jednym postępowaniu przeciętnie zostaje złożonych 5-8 ofert. Zakład podał, że firma Walmar- wnioskodawca brała udział w 2005 r. w czterech postępowaniach przetargowych, jednak żadnego z nich nie wygrała.

6. **ZEORK S.A. w Kielcach** – wybór wykonawcy następuje w postępowaniach przetargowych lub innych postępowaniach. Mogą w nich uczestniczyć bez ograniczeń wszyscy, którzy spełniają warunki określone w Specyfikacji warunków zamówienia. Zakład nie stosuje List referencyjnych.

W latach 2000 – 2005 do postępowań przystępowały firmy z: Radomia, Kielc, Ostrowca, Białobrzegów, Kozienic, Puław (.....), Buska-Zdroju, Końskie, Skarżyska-Kamiennej, Starachowic, Warszawy, Wołomina.

Odnosnie ilości i wartości przeprowadzonych przetargów zakłady energetyczne podały następujące dane:

Dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorcy.

W trakcie prowadzonego postępowania dowodowego Prezes UOKiK zwrócił się także do wybranych przedsiębiorców, którzy składali swoje oferty do postępowań przetargowych organizowanych przez L., celem uzyskania ich stanowiska w przedmiocie kwestionowanych przez wnioskodawcę warunków.

Pisma skierowano do następujących przedsiębiorców z Listy referencyjnej L.:

Dane nie podlegające ujawnieniu

W związku z powyższym Prezes UOKiK zważył, co następuje:

1. Interes publiczny

Art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2005 r. Nr 244 poz. 2080 ze zm.) stanowi, że: *ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów.*

Rozwinięcie treści tego artykułu stanowi wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2001 r., sygn. akt I CKN 1217/98, który stwierdza, że publicznoprawny charakter ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów powoduje, że ma ona zastosowanie wówczas, gdy jest zagrożony lub naruszony interes publiczny, polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego. Rynek taki funkcjonuje prawidłowo, gdy zapewniona jest możliwość powstania i rozwoju konkurencji. Za zagrożenie lub naruszenie konkurencji w takim rozumieniu, należy uznać, zdaniem Sądu, jedynie takie działania, które dotyczą sfery szerszego kręgu uczestników rynku gospodarczego tzn. dotyczą konkurencji rozumianej, jako zjawisko charakteryzujące funkcjonowanie gospodarki.

Organ antymonopolowy uznał, że w niniejszej sprawie przedmiotem ochrony ustawowej nie jest indywidualny interes wnioskodawcy (postępowanie prowadzone było na wniosek jednego przedsiębiorcy), lecz zapewnienie prawidłowego funkcjonowania określonego rynku właściwego w tej sprawie.

Na rynku właściwym występuje wielu graczy rynkowych zarówno po stronie podaży (Walmar i przedsiębiorcy konkurujący z nim w przetargach organizowanych przez spółki energetyczne) jak i popytu, którą reprezentuje L. i inne spółki energetyczne organizujące przetargi na wykonywanie tego samego typu prac.

Ze względu na fakt, że zarówno Wymagania ofertowe stosowane przez L., jak i zapisy wzorca Umowy na wykonanie robót budowlanych w organizowanych przez tego

przedsiębiorcę przetargach w równym stopniu dotyczyły wszystkich startujących do tych przetargów, w tym i wnioskodawcę, ale również i przedsiębiorców potencjalnie zainteresowanych takim startem, Prezes UOKiK uznaje, że postępowanie w niniejszej sprawie było zasadne i konieczne z punktu widzenia ochrony interesu publicznego.

2. Rynek właściwy

Wnioskodawca postawił L. zarzut nadużywania pozycji dominującej poprzez narzucenie uciążliwych warunków umów, przynoszących przedsiębiorcy nieuzasadnione korzyści w związku z zawarciem w dokumentach regulujących procedurę przetargową (Wymagania ofertowe w przetargach na wykonanie robót budowlanych w branży elektroenergetycznej z zastosowaniem wynagrodzenia ryczałtowego i wzorze Umowy o roboty budowlane w branży elektroenergetycznej) dodatkowych warunków w postaci obciążenia wykonawcy kosztami: zajęcia pasa drogowego, odszkodowań wobec osób trzecich za szkody spowodowane przez wykonawcę w związku z realizacją przedmiotu zamówienia, pobrania i zwrotu z demontażu materiałów do magazynu L., geodezyjnego wytyczenia i inwentaryzacji elementów sieci i ich zgłoszenia do ewidencji geodezyjnej, co w praktyce powodowało konieczność umieszczenia tych kosztów nie w kosztach bezpośrednich wykonania robót, ale w kosztach pośrednich wykonawcy. Koszty te, zdaniem wnioskodawcy, stanowiły narzucenie uciążliwych warunków i przynosiły L. nieuzasadnione korzyści. Działanie takie może stanowić naruszenie art. 8 ust. 1 i 2 pkt.6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zachowanie L., wskazane przez wnioskodawcę, może stanowić praktykę eksploatacyjną, której celem lub skutkiem jest uzyskanie przez przedsiębiorcę dominującego na rynku korzyści kosztem innego uczestnika rynku.

W związku z tym, aby w niniejszej sprawie można było dokonać oceny zachowań L. pod kątem stosowania zarzucanej praktyki, należy uprzednio zdefiniować rynek właściwy, a następnie ustalić jaką pozycję na tym rynku zajmuje L..

Art. 4 pkt.8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, że *rynek właściwy to rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość są uznane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.*

Na pojęcie rynku właściwego składają się pojęcia: rynku właściwego produktowo i rynku właściwego terytorialnie- geograficznie.

Rynek właściwy produktowo obejmuje wszystkie towary, które charakteryzują się występującymi łącznie następującymi cechami:

- służą zaspokajaniu tych samych potrzeb nabywców,
- mają zbliżone właściwości, w tym fizyczne,
- mają podobne cechy,
- reprezentują zbliżony poziom jakości.

Podstawowe znaczenie dla zdefiniowania rynku produktowego ma ocena substytucyjności towarów (*Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów – Komentarz, Elżbieta Modzelewska- Wąchal, Twigger W-wa 2002*).

W praktyce, w obecnym stanie prawnym większość sieci elektroenergetycznych należy do spółek energetycznych działających w ramach monopolu prawnego dostawy energii elektrycznej dla odbiorców indywidualnych i przemysłowych. Na terenie kraju działa kilkanaście takich spółek, natomiast na terenie samego województwa lubelskiego działają cztery spółki: L., Rzeszowski Zakład Energetyczny S.A. w Rzeszowie, Warszawski Zakład Energetyczny Warszawa Teren S.A. z Warszawy i Zamojska Korporacja Energetyczna S.A. z

Zamościa. Dodatkowo istnieją elementy sieci, które jak wykazało postępowanie dowodowe w 2000 r. są własnością indywidualnych osób lub przedsiębiorców. W przypadku remontu lub modernizacji tego typu sieci odbiór wykonania robót następuje zawsze poprzez właściwy miejscowo zakład energetyczny, stąd nie ma potrzeby szczegółowego określania tego segmentu rynku. W ramach prawa własności sieci ich właściciele - spółki energetyczne zobowiązani są do przeprowadzania remontów i modernizacji tychże sieci. W tym celu wszystkie spółki energetyczne na terenie kraju organizują przetargi ograniczone lub nieograniczone (kryteria wewnętrzne np. listy referencyjne) w celu wyłonienia najkorzystniejszego cenowo oferenta, któremu zlecają wykonanie robót w oparciu o zawarte umowy. Przeprowadzone w ramach postępowania dowodowego badanie rynku wykazało, że w poszczególnych spółkach energetycznych organizacja przetargów odbywa się tak, jak w L. tj. poprzez wydanie wewnętrznych dokumentów w postaci wymagań ofertowych z zastosowaniem wynagrodzenia ryczałtowego, regulaminów wewnętrznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z pominięciem procedury zamówień publicznych (tryb nie jest wymagany ustawowo), w których ustalane są warunki dla potencjalnych wykonawców zainteresowanych realizacją przedmiotu zamówienia. Zaproszenia do przetargów wysyłane są do firm wpisanych na tzw. Listy referencyjne lub poprzez ogłoszenia w prasie, na tablicy ogłoszeń organizatora przetargu. Wszystkie pytane Spółki wskazały na otwarty charakter postępowań przetargowych w kontekście możliwości złożenia oferty przez każdego przedsiębiorcę, który spełnia określone wymagania. Jedynymi wskazywanymi barierami wejścia na ten rynek jest konieczność posiadania przez przedsiębiorcę stosownych uprawnień technicznych do wykonywania tego typu prac, wpisanie się na listę referencyjną lub do rejestru firm prowadzonego w zakładach energetycznych oraz możliwość finansowego zabezpieczenia wykonania robót do czasu ich odbioru przez zleceniodawcę i zapłaty za wykonane prace.

Z nadesłanych informacji wynika również, że do poszczególnych postępowań przetargowych przystępuje wielu przedsiębiorców z różnych terenów kraju. Natomiast warunki stawiane potencjalnym wykonawcom są zbliżone do wymagań L., część spółek energetycznych stosuje lub stosowała takie same wymagania, jak L. odnośnie konieczności ujęcia kosztów dodatkowych prac, inne od razu wskazywały na konieczność umieszczenia tych elementów w formularzu ofertowym w kosztach bezpośrednich usługi. W większości organizowanych przetargów stosowana jest cena ryczałtowa, którą płaci zleceniodawca wykonawcy bez potrzeby szczegółowego przedstawiania kosztorysu na etapie składania oferty z ceną ryczałtową.

Zatem, wskazane wyżej dowody wskazują na substytutowość tego typu usług występującą na rynku po stronie popytowej ze względu na fakt, że zainteresowany przedsiębiorca ma możliwość wzięcia udziału w postępowaniu przetargowym organizowanym w wybranych przez siebie spółkach energetycznych, na takich samych lub podobnych zasadach.

Najistotniejsze w tej sprawie jest to, że wnioskodawca i inni przedsiębiorcy o takim samym profilu działalności gospodarczej mają wybór odnośnie zleceniodawcy tej usługi na rynku, na którym działają. Popyt na wykonywane przez tych przedsiębiorców usługi zgłasza nie tylko L., ale zgłaszają także inne spółki energetyczne i to na warunkach, zdaniem wnioskodawcy lepszych cenowo, aniżeli L. (wskazuje na to porównanie ofert L. i ZKE S.A. przedstawione przez wnioskodawcę). Decydującym dla produktowego określenia rynku będzie fakt istnienia substytutu usług oferowanych przez L., a tym samym możliwość swobodnego wyboru spółki energetycznej, na rzecz, której ma nastąpić wykonanie prac. W tym przypadku nie jest tak, że L. jest dla wnioskodawcy i innych firm o takim samym profilu działalności nieuniknionym partnerem handlowym. Zarówno wnioskodawca, jak i inni przedsiębiorcy wpisani na Listę referencyjną L. skutecznie świadczą ten sam typ usług na rzecz innych spółek energetycznych, tam także są wpisani na ich listy referencyjne, startują do organizowanych

przez nich przetargów, wygrywają te przetargi i wykonują prace na ich sieciach. Dane takie podały ZKE S.A. w Zamościu, Zakład Energetyczny Warszawa Teren S.A. w Warszawie, Zakład Energetyczny Łódź S.A. w Łodzi (sam wnioskodawca wykonywał takie same usługi dla ZKE S.A. w Zamościu, Zakładu Energetycznego Warszawa Teren S.A. w Warszawie, a konkurenci Walmaru tacy, jak....., ubiegają się o zlecenia zarówno w L. - wpisani są na Listę referencyjną, jak i w innych spółkach energetycznych). Faktu tego nie neguje także sam wnioskodawca przedstawiając kosztorysy wykonania robót dla ZKE S.A. w Z. i dla L. Tym samym należy stwierdzić, że L. nie może działać na rynku produktowym niezależnie od swoich konkurentów – innych spółek energetycznych organizujących przetargi na wykonywanie tego samego typu usług i narzucać wykonawcom uciążliwe warunki świadczenia usług, gdyż ci ostatni dysponując możliwością świadczenia takich samych usług na rzecz innych przedsiębiorców, na takie warunki nie powinni się godzić, jeżeli uznają, że są dla nich niekorzystne. Ustalenie takiego faktu skutkuje tym, że wykonawcy tacy nie są pozbawieni możliwości wyboru innej konkurencyjnej oferty na rynku i z możliwości takiej, jak wykazało postępowanie dowodowe korzystają, w tym i sam wnioskodawca taki sposób działania przyjmował na przestrzeni lat 2000 – 2005. To przedsiębiorca (w tym sam wnioskodawca) ubiegający się o wykonanie danego zlecenia w spółce energetycznej decyduje o tym, czy przystąpić do przetargu na warunkach ustalonych przez tę spółkę, czy też ubiegać się o wykonanie robót w przetargu organizowanym przez inną spółkę energetyczną. W tym zakresie przedsiębiorcy ci mają nieskrępowaną możliwość wyboru zleceniodawcy, a brak barier wejścia na ten rynek daje im swobodę w podejmowaniu tego typu decyzji w oparciu o własne możliwości finansowe i techniczne.

W niniejszej sprawie rynkiem produktowym, zdaniem Prezesa UOKiK, są usługi związane z remontem i modernizacją sieci elektroenergetycznych nabywane przez przedsiębiorców będących właścicielami sieci elektroenergetycznych (strona podaźowa rynku) poprzez organizowanie przetargów od dostawcy tych usług (strona popytowa rynku) tj. wszystkich oferentów biorących udział w przetargu.

Rynek właściwy w ujęciu geograficznym.

Rynek właściwy terytorialnie jest obszarem geograficznym, na którym panują dla przedsiębiorcy lub przedsiębiorców zbliżone warunki konkurencji na ustalonym rynku produktowym.

We wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego w niniejszej sprawie wnioskodawca zdefiniował rynek, jako rynek gospodarczy okręgu lubelskiego, na którym L. jest monopolistą w branży elektroenergetycznej. Natomiast w zawiadomieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego z dnia 27 marca 2000 r. rynek został określony szeroko bez wskazania jego granic geograficznych.

W zakresie wyznaczenia rynku właściwego terytorialnie wobec otwarcia na nowo postępowania dowodowego w niniejszej sprawie – w toku postępowania antymonopolowego, przeprowadzono krajowe badanie rynku usług związanych z remontem i modernizacją sieci elektroenergetycznych. Uzyskane od spółek energetycznych działających na obszarze Polski informacje wskazują na fakt zapotrzebowania z ich strony na usługi w zakresie remontów i modernizacji własnych sieci poprzez organizowanie przetargów mających na celu wyłonienie najkorzystniejszej oferty w celu zlecenia wykonania takich usług.

We wszystkich spółkach energetycznych organizowane są według wewnętrznych ustalonych reguł przetargi lub postępowania konkursowe mające na celu wyłonienie wykonawcy robót, które zostały szczegółowo opisane w części ustalającej stan faktyczny sprawy i przy określeniu rynku produktowego. Przyjęte przez spółki energetyczne zasady podawania informacji o przetargach wskazują na swobodną możliwość wzięcia udziału w takim

postępowaniu zainteresowanych przedsiębiorców, bez istnienia barier wejścia na ten rynek determinujących jego geograficzne granice.

O takim określeniu rynku świadczy wykaz przedsiębiorców ubiegających się o zlecenie w wybranych spółkach energetycznych zlokalizowanych w sąsiedztwie L. i miejsca siedziby wnioskodawcy. Do przetargów organizowanych przez ZKE S.A. w Zamościu, Rzeszowski Zakład Energetyczny S.A. w Rzeszowie, Zakład Energetyczny Warszawa Teren S.A. w Warszawie, ZEORK S.A. w Kielcach, Zakład Energetyczny Białystok S.A. w Białymstoku – najbliższych położonych konkurentów L. na tym rynku, oferty składali przedsiębiorcy z różnych stron kraju, nawet bardzo odległych (Gdańsk, Gdynia, Kraków).

Tym samym należy przyjąć, że rynkiem właściwym geograficznie w niniejszej sprawie będzie obszar całego kraju.

Za takim przyjęciem granic geograficznych rynku przemawia fakt organizowania tego samego typu robót przez wszystkie spółki energetyczne na terenie kraju, a z drugiej strony ubieganie się o wykonanie tych robót przez przedsiębiorców z różnych stron Polski na co wskazują dane z list przesłanych przez wybrane spółki energetyczne.

W tym stanie rzeczy organ antymonopolowy określił, jako rynek właściwy w niniejszej sprawie rynek krajowych usług remontu i modernizacji sieci elektroenergetycznych nabywanych przez przedsiębiorców będących właścicielami sieci elektroenergetycznych (spółki elektroenergetyczne) poprzez organizowanie przetargów od dostawców tych usług tj. przedsiębiorców, którzy biorą udział w tych postępowaniach przetargowych.

Odnosząc się do wskazania metody ustalania pozycji dominującej L. przez SOKiK, organ antymonopolowy wskazuje, że w części ustalającej stan faktyczny sprawy podane zostały ilości i wartości oferowanych do przetargów prac przez poszczególne spółki energetyczne na terenie kraju w latach 2000 – 2005 r. Ze względu na fakt, że w latach 200 – 2003 tych część spółek energetycznych przekształciła się w nowe podmioty gospodarcze nie wszędzie było możliwe odtworzenie danych z tych lat.

Jednak już na podstawie tych danych, które udało się ustalić można stwierdzić, że L. nie posiadał i nie posiada na tym rynku pozycji dominującej. Na rynku są przedsiębiorcy (ZE S.A. Białystok, ZE S.A. Łódź Teren, ZE Warszawa Teren S.A. ENION S.A. w Krakowie), którzy organizowali przetargi ograniczone i nieograniczone w ilościach sięgających tysięcy i wartościach zdecydowanie wyższych aniżeli L.

W ocenie organu antymonopolowego kluczowym kryterium dla przedsiębiorcy ubiegającego się o wykonanie oferowanych przez spółkę energetyczną robót jest swobodny dostęp do tego typu prac poprzez istnienie na rynku wielu ofert pokrywających się, co do sposobu realizacji, a różniących się jedynie miejscem ich wykonania oraz zapewnienie dużej ilości i wartości oferowanych usług przez poszczególne spółki energetyczne, co sprawia, że L. nie ma siły rynkowej wystarczającej na narzucenie uciążliwych warunków przy wykonywaniu tego typu usług. Skoro na rynku właściwym wyznaczonym w sprawie istnieje konkurencja pomiędzy spółkami energetycznymi, które poprzez organizację przetargów ubiegają się o wyłonienie, jak najkorzystniejszego cenowo wykonawcy, a ci ostatni nie są postawieni w sytuacji przymusu ubiegania się o wykonanie prac tylko u jednego zlecającego – L., rynek ten jest konkurencyjny i daje możliwość wnioskodawcy i innym przedsiębiorcom z tej branży wyboru odpowiadających im warunków złożenia swojej oferty. Potwierdzają to ustalenia dowodowe postępowania, gdzie zarówno wnioskodawca, jak i inni przedsiębiorcy składający oferty do L. w tym samym okresie lub niewielkich odstępach czasu składali je także do innych spółek energetycznych oferując wykonanie prac takich, jak dla L.. Co więcej ich oferty były

wybijerane przez innych organizatorów przetargów, co dawało im możliwość konkurowania i utrzymania się na rynku.

Zatem, zdaniem Prezesa UOKiK, przyjęte w niniejszym postępowaniu antymonopolowym kryteria wyznaczenia rynku właściwego w sprawie poprzez ustalenie produktowe i geograficzne rynku ze wskazaniem relacji popytu i podaży na tym rynku, obrazują jego faktyczne mechanizmy działania i dają obiektywną możliwość ustalenia pozycji na tym rynku L., jako jednego z wielu konkurentów nie posiadającego udziału w rynku na poziomie 40%, co uzasadniałoby tezę o posiadaniu przez L. pozycji dominującej.

Podstawowym warunkiem jaki musi spełniać przedsiębiorca, aby można mu było postawić zarzut narzucania uciążliwych warunków umowy jest konieczność posiadania na wyznaczonym w sprawie rynku właściwym pozycji dominującej przez przedsiębiorcę, któremu stawia się zarzut jej nadużywania poprzez stosowanie praktyk ograniczających konkurencję np. narzucanie uciążliwych warunków umowy.

Definicję pozycji dominującej zawiera art. 4 pkt.9, który stanowi, że 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 na rynku, jeżeli jego udział w rynku przekracza 40%*.

W ocenie organu antymonopolowego ustalony w sprawie stan faktyczny nie daje podstaw do przyjęcia na rynku właściwym wyznaczonym w niniejszej sprawie, że L. posiada na nim pozycję dominującą.

Na tym rynku L. spotyka się z konkurencją w postaci organizowania przetargów na ten sam rodzaj prac przez inne spółki energetyczne na obszarze kraju. Spółki energetyczne organizują na takich samych lub podobnych zasadach przetargi, co L., w ilościach i wartościach porównywalnych lub dużo większych, dostęp do nich mają wszyscy zainteresowani przedsiębiorcy, którzy legitymują się stosownymi uprawnieniami. Fakt ten potwierdzają listy uczestnictwa w przetargach firm takich, jak wnioskodawca i samego wnioskodawcy w kilku spółkach energetycznych. Z drugiej strony nie ma skutecznych barier na rynku, które zmuszałyby wnioskodawcę lub innych przedsiębiorców do uczestniczenia w przetargach organizowanych przez L. i przyjmowania warunków wykonania prac ustanowionych przez tego przedsiębiorcę. To sam przedsiębiorca - wykonawca decyduje, która oferta jest dla niego bardziej korzystna zarówno cenowo, jak i technicznie (czy przetarg dotyczy remontu, czy modernizacji, czy jest to obiekt mały, czy duży, jakich wymaga nakładów sprzętowych i finansowych, czy przystąpi do przetargu ograniczonego, czy też nie). Są firmy (.....) wpisane na Listy referencyjne i wykonujące dla kilku spółek energetycznych prace w ramach wygranych przetargów, ale są także firmy, które ograniczają swoją mobilność ofertową tylko do jednej spółki energetycznej. Nie świadczy to jednak o braku możliwości ubiegania się o ofertę w innych spółkach energetycznych. To przedsiębiorca dokonuje wyboru, a jeżeli taki wybór ma przy braku barier kępujących możliwości jego działania i dużej podaży na rynku na ten typ usług, nie może oznaczać to, że rynek ograniczony jest terytorialnie tylko do terenu działania jednej spółki energetycznej, jak żąda wnioskodawca.

Nie może się zatem ostać twierdzenie wnioskodawcy, że w zakresie robót elektroenergetycznych L. posiada pozycję dominującą. L. jest naturalnym monopolistą w zakresie dostawy energii elektrycznej i jest właścicielem sieci, którymi energię dostarcza. Jednak zarzut postawiony L. w tym postępowaniu nie dotyczy rynku dostawy energii elektrycznej, lecz rynku usług remontu i modernizacji sieci elektroenergetycznych. Sam fakt posiadania pozycji dominującej na jednym rynku nie uzasadnia posiadania pozycji dominującej na innym rynku, jeżeli rynki te nie są od siebie zależne ani nie są ze sobą powiązane. W tym przypadku nabywanie usługi wykonywania remontów i modernizacji sieci

przez L. od wyspecjalizowanych przedsiębiorców (w tym wnioskodawcy) nie ma związku z dostawą dla nich energii elektrycznej, bo taka zależność nie występuje.

Istotnym w sprawie jest także fakt, że konieczność ujęcia dodatkowych kwestionowanych przez wnioskodawcę kosztów przy opracowywaniu oferty dla L. była jemu i innym przedsiębiorcom znana już na etapie kalkulowania ceny ofertowej, jako ceny ryczałtowej. Wynikało to z przesyłanych wnioskodawcy i innym zainteresowanym przedsiębiorcom Warunków organizowania przetargów i wzoru Umowy o roboty budowlane w branży elektroenergetycznej. Obowiązek ten był więc stronom znany od samego początku i to one podejmowały decyzję, czy godzą się dobrowolnie na jego realizację, czy też wybiorą inną konkurencyjną ofertę na rynku pochodzącą z innej spółki energetycznej.

Nie miała w tym przypadku miejsca sytuacja, że wybranemu w przetargu wykonawcy stawia się dodatkowe nie znane wcześniej i nie wskazane w żadnych dokumentach warunki do spełnienia, stawiając go tym samym przed faktem dokonanym i narażając go na straty w postaci rezygnacji z wykonania usługi i przepadek wadium, czy też na straty finansowe związane z realizacją usługi, której wykonania nie podjąłby się wiedząc wcześniej o tych dodatkowych warunkach.

W świetle wskazanych wyżej okoliczności tj. występowania na wyznaczonym w sprawie rynku właściwym produktowo i terytorialnie substytutu ofert, które występują w przetargach organizowanych przez L. w celu wyłonienia najkorzystniejszego cenowo wykonawcy remontów i modernizacji swoich sieci elektroenergetycznych oraz ze względu na swobodę wyboru przez przedsiębiorców składających swoje oferty spółki energetycznej, dla które chcą świadczyć prace, nie ma podstaw do przyjęcia, że L. posiada pozycję dominującą, której posiadanie jest konieczne do postawienia temu przedsiębiorcy zarzutu stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

Stosownie do treści art. 105 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego w związku z art. 80 ustawy antymonopolowej, gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania.

Wszczęte postępowanie antymonopolowe musi być zakończone załatwieniem sprawy co do istoty. Jeżeli jednak postępowanie z jakichkolwiek przyczyn stało się bezprzedmiotowe, zgodnie z art. 105 kpa, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania.

Przesłanką umorzenia jest bezprzedmiotowość postępowania „z jakichkolwiek przyczyn”, czyli z każdej przyczyny powodującej brak jednego z elementów materialnego stosunku prawnego, w odniesieniu do strony podmiotowej lub przedmiotowej. Z bezprzedmiotowością mamy do czynienia wówczas, gdy w sposób oczywisty organ stwierdzi brak podstaw prawnych i faktycznych do merytorycznego rozpatrzenia sprawy (wyrok NSA z dnia 18 kwietnia 1995 r., S.A./Łd 2424/94, ONSA 1996/2/80).

Jak wskazano wyżej jednym z kluczowych zadań organu antymonopolowego przy badaniu każdej sprawy jest ustalenie, czy przedsiębiorca, któremu stawia się zarzut stosowania praktyk ograniczających konkurencję posiada na rynku właściwym wyznaczonym w danej sprawie pozycję dominującą i poprzez swoje zachowania skierowane do konkurentów na tym rynku nadużywa posiadanej przez siebie pozycji. Oznacza to, że przedsiębiorca taki posiada zdolność do zapobiegania skutecznej konkurencji oraz ma możliwość działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów i konsumentów.

Ze względu na fakt, iż ustalenia dowodowe niniejszego postępowania antymonopolowego w stosunku do L. nie potwierdziły posiadania pozycji dominującej przez tego przedsiębiorcę, brak jest podstaw do stawiania mu zarzutu nadużycia tej pozycji.

Z tych względów należy umorzyć postępowanie antymonopolowe, co uczyniono jak w sentencji niniejszej decyzji.

Stosownie do treści art. 78 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (...), w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c. od decyzji Prezesa UOKiK przysługuje stronom odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa UOKiK - Delegatura w Lublinie.

Otrzymują:

Decyzja została podpisana z upoważnienia Prezesa UOKiK przez Dyrektora Delegatury UOKiK w Lublinie – Ewę Wiszniowską.