

# **DELEGATURA UOKiK W KATOWICACH**

Katowice, dnia 29.11.2005r.

RKT- 411-20/05/MF

## **DECYZJA Nr RKT-59/2005**

Na podstawie art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz.U. z 2003r. Nr 86, poz. 804 ze zm. Dz.U. z 2003r. Nr 170, poz. 1652; Dz.U. z 2004r. Nr 93, poz. 891 i Nr 96, poz. 959; Dz.U. z 2005r. Nr 163, poz. 1362 i Nr 184, poz. 1539) oraz stosownie do art. 28 ust. 6 tej ustawy i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. Nr 18, poz. 172 ze zm. Dz.U. z 2003r. Nr 6, poz. 68), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego na wniosek Przedsiębiorstwa Produkcyjno Usługowo Handlowego „BASTA” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz Elektromontażu Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie,

– działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

**nie stwierdza się stosowania** przez ENION S.A. z siedzibą w Krakowie Oddział w Będzinie – Będziński Zakład Elektroenergetyczny **praktyk ograniczających konkurencję**, o których mowa w art. 8 ust. 2 pkt 6 w/w ustawy, polegających na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku przesyłu i dystrybucji energii elektrycznej poprzez narzucanie w treści *Porozumienia trójstronnego w sprawie eksploatacji i konserwacji instalacji oświetlenia drogowego stanowiącego majątek Enion S.A. O/Będzin na terenie Gminy Zawiercie zawartego na okres od 1.02.2005r. do 31.01.2006r.* uciążliwych warunków umowy polegających na zobowiązaniu Gminy Zawiercie do wpłacenia kaucji gwarancyjnej w wysokości 16 960,86 PLN oraz wniesienia rocznej opłaty dzierżawy w wysokości 60 458,04 PLN, co mogło przynieść ENION S.A. z siedzibą w Krakowie Oddział w Będzinie – Będziński Zakład Elektroenergetyczny nieuzasadnione korzyści.

### **Uzasadnienie**

W dniu 7.03.2005r. wpłynął wniosek Przedsiębiorstwa Produkcyjno Usługowo Handlowego „BASTA” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz Elektromontażu Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie (zwani dalej Wnioskodawcami) o wszczęcie postępowania antymonopolowego przeciwko ENION S.A. z siedzibą w Krakowie Oddział w Będzinie – Będziński Zakład Elektroenergetyczny (zwana dalej spółką Enion lub Spółką – karty nr 1-5).

W uzasadnieniu Wnioskodawcy stwierdzili, że w dniu 13.10.2004r. Prezydent Miasta Zawiercia rozpiął przetarg nieograniczony na „eksploatację i konserwację oświetlenia ulicznego na terenie Miasta Zawiercia w 2005r.” Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił, że w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykonawca musi załączyć do oferty promesę właściciela urządzeń oświetlenia drogowego – Enion S.A. Oddział w Będzinie BZE na ich eksploatację w przypadku wygrania przetargu. Wnioskodawcy biorący udział w w/w przetargu zwrócili się do spółki Enion z wnioskiem o wydanie promesy. W odpowiedzi Spółka przesłała do wnioskodawców oraz

Gminy Zawiercie „*Porozumienie trójstronne*” od podpisania którego uzależniła wydanie pisemnej zgody na eksploatację urządzeń oświetlenia drogowego.

W treści przedmiotowego *Porozumienia* spółka Enion postawiła Gminie warunki, od których uzależniła wydanie zgody na eksploatację i korzystanie z urządzeń oświetleniowych takie jak m.in.: zawarcie umowy dzierżawy pomiędzy Gminą Zawiercie i spółką Enion i wniesienie przez Gminę rocznej opłaty dzierżawy w wysokości 60 458,04 PLN, a także wpłacenie przez nią kaucji gwarancyjnej w wysokości 16 960,86 PLN. Dodatkowo z przedmiotowego projektu *Porozumienia* wynika, że spółka Enion postawiła również określone warunki Wnioskodawcom. Z uwagi na tak określone warunki uzyskania promesy niemożliwym stało się rozstrzygnięcie przetargu nieograniczonego, ponieważ Gmina Zawiercie nie wyraziła zgody na tak postawione przez spółkę Enion warunki.

Zdaniem Wnioskodawców przedstawione do podpisu *Porozumienie trójstronne* zostało narzucone i zawiera uciążliwe warunki przynoszące spółce Enion nieuzasadnione korzyści. Przedmiotowe *Porozumienie* zostało przez Spółkę przygotowane jednostronnie i w sposób dowolny i od jego podpisania uzależnione zostało wydanie promesy na eksploatację urządzeń oświetlenia drogowego. Zawiera ono szereg warunków, które są uciążliwe zarówno dla Gminy Zawiercie, jako ogłaszającego przetarg, jak również dla każdego potencjalnego wykonawcy przystępującego do przetargu nieograniczonego. Określenie przez spółkę Enion czynszu dzierżawnego i kaucji w wysokościach podanych w przedmiotowym *Porozumieniu* przynosi Spółce nieuzasadnione korzyści.

W piśmie z dnia 12.04.2005r. zawierającym uzupełnienie braków wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego (karty nr 21-24) Wnioskodawcy stwierdzili, iż w niniejszej sprawie mamy do czynienia z narzucaniem warunków umowy, ponieważ spółka Enion nie dopuściła żadnej innej możliwości udostępnienia urządzeń oświetlenia ulicznego, a tym samym do dopuszczenia konkurencji w zakresie świadczenia usług oświetlenia drogowego, jak tylko przez podpisanie *Porozumienia* w wersji przez siebie przygotowanej. Wszelkie próby zmiany treści *Porozumienia* nie doprowadziły do konstruktywnego rozstrzygnięcia problemu.

Uciążliwy charakter warunków umowy przejawia się w żądaniu uiszczenia kaucji gwarancyjnej przez Gminę Zawiercie w wysokości 16 960,86 PLN oraz rocznej opłaty dzierżawy w wysokości 60 458,04 PLN. Zdaniem Wnioskodawców opłata za dzierżawę urządzeń oświetlenia drogowego oraz kaucja gwarancyjna, uwzględniając ich wysokość i dowolne wyliczenie niewątpliwie prowadzi do stwierdzenia, że działanie takie przynosi spółce Enion nieuzasadnione korzyści. Ponadto w/w Spółka jako mająca możliwość samodzielnego świadczenia usług oświetlenia ulicznego przez swoje zachowanie, tj. narzucanie uciążliwych warunków dla innych podmiotów wyeliminowała w zasadzie konkurencję na rynku. Dla Wnioskodawców sam fakt uzależniania uzyskania promesy na wykonywanie prac eksploatacyjnych na instalacji oświetlenia drogowego od podpisania *Porozumienia trójstronnego* narzucającego jednostronnie przez Spółkę uciążliwe warunki powinien zostać oceniony jako praktyka ograniczająca konkurencję.

W związku z powyższymi zarzutami, po uiszczeniu opłaty od wniosku wszczęte zostało w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego dalej Organem Antymonopolowym) postępowanie antymonopolowe, w związku z podejrzeniem nadużywania przez spółkę Enion pozycji dominującej na rynku polegającego na narzucaniu w treści *Porozumienia trójstronnego w sprawie eksploatacji i konserwacji instalacji oświetlenia drogowego stanowiącego majątek Enion S.A. O/Będzin na terenie Gminy Zawiercie zawartego na okres od 1.02.2005r. do 31.01.2006r.* (zwanego dalej *Porozumieniem*) uciążliwych warunków umowy polegających na zobowiązaniu Gminy Zawiercie do wpłacenia kaucji gwarancyjnej w wysokości 16 960,86 PLN oraz wniesienia rocznej opłaty dzierżawy w wysokości 60 458,04 PLN, co przynosi ENION S.A. z siedzibą w Krakowie Oddział w Będzinie – Będziński Zakład Elektroenergetyczny nieuzasadnione korzyści, co

może stanowić naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (karta nr 52).

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego spółka Enion w piśmie z dnia 2.06.2005r. wyjaśniła, że zawarcie w projekcie *Porozumienia trójstronnego* w sprawie eksploatacji i konserwacji oświetlenia drogowego zobowiązania Gminy Zawiercie do wpłacenia kaucji gwarancyjnej w wysokości 16 960,86 PLN oraz wniesienia rocznej opłaty dzierżawy w wysokości 60 458,04 PLN wynika co do zasady z realizowanych przez Spółkę uprawnień właścicielskich – w sposób zgodny z dyspozycją art. 140 k.c. – w odniesieniu do instalacji oświetlenia drogowego (karta nr 62).

W kolejnym piśmie z dnia 7.06.2005r. (karty nr 154-156) Spółka wskazała, że zgodnie z art. 51 ustawy Prawo energetyczne oraz zgodnie z warunkami ustalonymi przez Prezesa URE w koncesji na przesyłanie i dystrybucję energii elektrycznej, przedsiębiorstwo energetyczne, którego majątek stanowią urządzenia oświetlenia drogowego, jest odpowiedzialne za zachowanie niezawodności współdziałania tych urządzeń z siecią oraz bezpieczeństwo obsługi i otoczenia. Wobec powyższego, pełna odpowiedzialność za terminowe i prawidłowe prowadzenie czynności eksploatacyjnych spada na przedsiębiorstwo, które jest właścicielem urządzeń i z tego tytułu, jak również z tytułu posiadanego prawa własności, przysługuje mu prawo do decydowania o wyborze podmiotu prowadzącego eksploatację tych urządzeń. Ponadto zgodnie z art. 140 K.c. właściciel może pobierać pożytki i inne dochody z posiadanego majątku oraz w granicach określonych przez prawo rozporządzać nim. Niedopuszczalna jest prawem sytuacja, w której gmina powołując się na konieczność realizacji zadań własnych zleca prace eksploatacyjne podmiotowi trzeciemu bez zgody właściciela instalacji oświetleniowej. W takim przypadku następuje naruszenie prawa własności przez gminę i gdyby nawet doszło do podpisania umowy z wybranym w zorganizowanym przez gminę przetargu wykonawcą nie będzie on miał możliwości wykonania zleconych mu prac bez zgody właściciela.

Do 2003r. Spółka prowadziła eksploatację oświetlenia drogowego na terenie Zawiercia w oparciu o umowę zawartą z Gminą. W styczniu 2004r. odbył się przetarg na konserwację i eksploatację oświetlenia zorganizowany przez Gminę Zawiercie, przy czym Gmina nie podjęła żadnych starań mających na celu uzyskanie tytułu prawnego umożliwiającego jej korzystanie z sieci oświetlenia ulicznego stanowiącej własność spółki Enion. W związku z zaistniałym konfliktem z Gminą Zawiercie oraz aby uniknąć w przyszłości podobnych problemów z innymi gminami Spółka w piśmie z dnia 23.03.2004r. skierowanym do Śląskiego Związku Gmin i Powiatów określiła m.in. zasady eksploatacji i konserwacji instalacji oświetlenia drogowego stanowiących jej własność, zasady i warunki na jakich może udzielić zgody na eksploatację i konserwację własnych instalacji oraz warunki jakie musi spełniać przedsiębiorca przejmujący na zlecenie gminy eksploatację i konserwację w/w instalacji stanowiących własność spółki Enion. Spółka poinformowała, że w okresie w którym spółka Basta prowadziła eksploatację instalacji oświetlenia drogowego na terenie Zawiercia, wielokrotnie stwierdzono niewłaściwe wykonywanie tych prac. W styczniu 2005r. odbył się kolejny przetarg na eksploatację oświetlenia drogowego zorganizowany przez Gminę Zawiercie, który wygrała spółka Basta jako jedyny oferent pomimo bardzo negatywnej oceny jakości realizowanych usług przez spółkę Enion. Uwzględniając wynik rozstrzygniętego przez Gminę przetargu oraz dążąc do zabezpieczenia majątku i pobierania pożytków spółka Enion zaproponowała zawarcie trójstronnego porozumienia pomiędzy nią, Gminą Zawiercie i spółką Basta. Treść w/w porozumienia była uzgadniana z zainteresowanymi podmiotami i spółka Basta zaaprobowała już pierwszą wersję projektu nie wnosząc żadnych uwag.

Zasadność zamieszczenia w porozumieniu trójstronnym kaucji gwarancyjnej Spółka umotywowała zabezpieczeniem majątku oświetlenia ulicznego przed zniszczeniem w wyniku nieprawidłowo prowadzonej eksploatacji, natomiast opłata dzierżawna miała stanowić

pokrycie części kosztów jakie ponosi Spółka z tytułu amortyzacji sieci oświetleniowej i podatków od sieci rozdzielczej nN wspólnej z oświetleniem ulicznym. Instrument kaucji gwarancyjnej jest powszechnie stosowanym sposobem zabezpieczenia roszczeń, a w szczególności roszczeń wydzierżawiającego w stosunku do dzierżawcy. Kaucja gwarancyjna jest także powszechnie stosowana w umowach zawieranych w trybie zamówień publicznych przez Gminę Zawiercie. Zaistniała sytuacja jest spowodowana w całości przez Gminę Zawiercie, która nie licząc się z prawem własności prowadzi działania zmierzające w sposób faktyczny do pozbawienia spółki Enion elementu posiadania sieci oświetlenia ulicznego. Tylko fakt dysponowania siecią oświetlenia ulicznego, stanowiącą własność spółki Enion na podstawie umownego stosunku dzierżawy daje prawo gminie Zawiercie do wykonywania ustawowego obowiązku oświetlania ulic przy użyciu tej sieci, z jednoczesnym zleceniem konserwacji podmiotom trzecim.

W załączeniu do pisma z dnia 1.09.2005r. (karty nr 189-190) spółka Enion przesłała kalkulację uzasadniającą ustalenie propozycji opłaty dzierżawnej w wysokości 60 458,04 PLN. Dodatkowo wskazała, że oszacowana według przedstawionej kalkulacji wysokość opłaty dzierżawnej, która pojawiła się w treści porozumienia trójstronnego miała stanowić propozycję wyjściową do dalszych negocjacji. Ostatnia wersja *Porozumienia trójstronnego* z dnia 08.02.2005r. wraz z kalkulacją była konsultowana z udziałem przedstawicieli Gminy, spółki Basta i została przesłana Gminie do podpisu jako propozycja. Gmina na tą propozycję nie udzieliła żadnej odpowiedzi tzn. formalnie ani jej nie odrzuciła, ani też nie przyjęła i sprawa pozostała bez dalszego biegu.

**W oparciu o zgromadzony w toku postępowania materiał dowodowy Organ Antymonopolowy ustalił następujący stan faktyczny.**

Enion S.A. prowadzi działalność gospodarczą na podstawie wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego pod nr 0000012216 (karty nr 87-101). W/w Spółka powstała w wyniku przekształcenia przedsiębiorstwa państwowego pod nazwą: Zakład Energetyczny Kraków w Krakowie w spółkę pod nazwą: Zakład Energetyczny Kraków S.A. oraz połączenia ze spółkami: Beskidzka Energetyka S.A., Będziński Zakład Elektroenergetyczny S.A., Zakład Energetyczny Częstochowa S.A. oraz Zakład Energetyczny Tarnów S.A. (karta nr 71). Spółka posiada oddziały, gdzie jeden z oddziałów działa pod firmą: Enion S.A. Oddział w Będzinie - Będziński Zakład Elektroenergetyczny. Przedmiotem działalności w/w przedsiębiorcy jest m.in. przesyłanie, dystrybucja i sprzedaż energii elektrycznej.

Na terenie Gminy Zawiercie zlokalizowanych jest ogółem (...) punktów świetlnych, z czego (...) stanowi własność Spółki (karta nr 297)

Zgodnie z treścią art. 18 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997r. Prawo energetyczne (tekst jedn. Dz.U. z 2003r. Nr 153, poz. 1504 z późn. zm.) do zadań własnych gminy w zakresie zaopatrzenia w energię elektryczną, ciepło i paliwa gazowe należy planowanie oświetlenia miejsc publicznych i dróg znajdujących się na terenie gminy oraz finansowanie oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych znajdujących się na terenie gminy. Przepisy te nie mają zastosowania do autostrad i dróg ekspresowych w rozumieniu przepisów o autostradach płatnych. Art. 3 pkt 22 w/w ustawy zawiera legalną definicję finansowania oświetlenia przez co należy rozumieć finansowanie kosztów energii elektrycznej pobranej przez punkty świetlne oraz koszty ich budowy i utrzymania.

Analiza w/w przepisów prawnych prowadzi do wniosku, że niezależnie od tego, kto jest właścicielem punktów świetlnych na terenie gminy, zawsze gmina jest zobowiązana do finansowania kosztów energii elektrycznej pobranej przez punkty świetlne oraz kosztów ich budowy i utrzymania. W przypadku, gdy właścicielem punktów świetlnych jest zakład energetyczny, gmina realizując zadania własne finansuje koszt ich utrzymania, a więc eksploatacji i konserwacji tych urządzeń.

Ustawa Prawo energetyczne mówi o utrzymaniu punktów świetlnych, jednak nie definiuje tego pojęcia. W aktualnie obowiązującej umowie zawartej przez Gminę ze Spółką jako przedmiot tej umowy wskazano *bieżącą eksploatację i konserwację oświetlenia ulicznego na terenie miasta Zawiercia*. Mając na uwadze, iż ustawodawca jako zadanie własne gmin określił „*finansowanie utrzymania punktów świetlnych*” Organ Antymonopolowy w dalszej części decyzji będzie posługiwał się tym pojęciem, które określa w/w zakres prac.

W okresie od 1.01.2003r. do 31.01.2004r. Będziński Zakład Elektroenergetyczny S.A. (jeden z poprzedników prawnych spółki Enion) na podstawie umów zawartych z Gminą Zawiercie nr: TD7/UUS/TD/1/03/TD7 z 30.12.2002r. oraz TD7/UUS/TD/16/03/TD7 z 23.12.2003r. wykonywał czynności eksploatacyjne i konserwacyjne oświetlenia ulicznego na terenie miasta Zawiercia (karty nr 209-218).

W dniu 6.01.2004r. Gmina Zawiercie przeprowadziła przetarg nieograniczony, którego przedmiotem była eksploatacja i konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie miasta Zawiercia na okres od 01.03. do 31.12.2004r. Przetarg wygrało konsorcjum firm: spółka Basta, spółka Elektromontaż Kraków oraz Zakład Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu (karta nr 221). W przetargu tym brała również udział spółka Enion, której oferta nie została uznana za najkorzystniejszą. Spółka wniosła protest na wynik w/w przetargu zarzucając, że zwycięskie konsorcjum nie spełniło wszystkich wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. nie uzgodniło wstępu do urządzeń stacji i sieci będących własnością Spółki przed przystąpieniem do przetargu (karta nr 221). Protest ten został przez Gminę odrzucony (karta nr 223), a po wniesieniu odwołania od tego rozstrzygnięcia (karty nr 224-225) Zespół Arbitrów wyrokiem z dnia 25.02.2004r. oddalił odwołanie Spółki (karty nr 226-230).

Gmina w dniu 30.01.2004r. zawarła ze spółką Basta umowę na wykonanie czynności remontowych oświetlenia ulicznego na terenie miasta Zawiercia na okres od 1.02. do 29.02.2004r. (karty nr 270-274). Następnie w dniu 26.02.2004r. Gmina zawarła z w/w konsorcjum, które wygrało przetarg umowę na wykonanie czynności eksploatacyjnych i konserwacyjnych oświetlenia ulicznego na okres od 1.03. do 31.12.2004r. (karty nr 264-269).

W związku z rozstrzygnięciem przetargu w w/w sposób Gmina pismami z dnia 3.03.2004r. oraz 26.04.2004r. zwróciła się do Spółki „*z prośbą o umożliwienie pracownikom firmy „Basta” wstępu do stacji trafo do urządzeń sterowniczych oświetlenia ulicznego*” oraz „*o umożliwienie pracy w/w wykonawcy przy stacjach trafo i sieciach oświetlenia ulicznego*” (karty nr 275 i 277). W odpowiedzi Spółka pismem z dnia 30.04.2004r. poinformowała, że nie utrudnia dostępu do stacji i jednocześnie będzie każdorazowo pobierała i egzekwowała wszelkie opłaty za czynności związane ze wstępem na obiekty stanowiące jej własność, zgodnie z taryfą dla energii elektrycznej oraz katalogiem czynności dodatkowych wykonywanych przez Spółkę na zlecenie odbiorcy lub innego podmiotu zewnętrznego. Ponadto aby zapobiec nieporozumieniom, prace przy stacjach trafo i sieciach oświetlenia ulicznego należało zgłaszać z odpowiednim wyprzedzeniem (karta nr 276).

Swoje stanowisko w sprawie zasad eksploatacji i konserwacji oświetlenia drogowego Spółka zawarła w piśmie z dnia 23.03.2004r. skierowanym do Śląskiego Związku Gmin i Powiatów (karty nr 157-160). W piśmie tym Spółka stwierdziła, że podstawową formą utrzymywania instalacji oświetlenia drogowego powinna być eksploatacja prowadzona przez Spółkę, jako świadczenie usługi oświetleniowej dla gmin majątkiem własnym według wynegocjowanych z gminami cen – stawek za jeden punkt świetlny. Spółka przewidziała również możliwość wykonywania prac związanych z eksploatacją urządzeń oświetlenia drogowego stanowiących jej własność przez podmiot trzeci, przy czym sytuacja taka może wystąpić wyłącznie za zgodą Spółki po podpisaniu z gminą stosownego porozumienia. Zgodnie z pkt II.3 pisma „*Gmina zamierzająca zlecić eksploatację oświetlenia drogowego firmie wyłonionej w drodze przetargu, po wcześniejszym uzyskaniu zgody BZE S.A., zawrze z BZE S.A. porozumienie w formie umowy dzierżawy urządzeń oświetlenia drogowego*”. Ponadto zgodnie z pkt III.1

zgoda na obcą eksploatację sieci oświetlenia drogowego stanowiącej własność Spółki może zostać udzielona pod określonymi warunkami wśród których wskazano m.in.: protokolarnie przekazanie obwodu oświetleniowego na zasadach dzierżawy, z określeniem stanu technicznego i majątkowego obwodu; dzierżawę opłacaną przez gminę, w wysokości co najmniej równoważnej podatkowi płaconemu przez BZE S.A. od wartości majątkowej przekazanej do eksploatacji sieci; wpłacenie przez gminę kaucji stanowiącej 5% wartości przekazanego majątku oraz przejęcie przez gminę pełnej odpowiedzialności za funkcjonowanie oświetlenia drogowego oraz ponoszenia odpowiedzialności za szkody w mieniu i na osobie powstałe w trakcie lub w wyniku prac wykonywanych przez eksploatatora wybranego przez gminę w postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego. W pkt IV pisma określono warunki jakie musi spełnić firma przejmująca na zlecenie gminy eksploatację i konserwację instalacji oświetlenia drogowego stanowiących własność Spółki.

W związku z ogłoszonym przetargiem przez Gminę na eksploatację i konserwację oświetlenia ulicznego na terenie miasta Zawiercie w roku 2005 Spółka nabyła Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (karty nr 233-241). W związku ze stwierdzonymi nieścisłościami w SIWZ Spółka pismem z dnia 14.12.2004r. wniosła o ich wyjaśnienie, a następnie w dniu 15.12.2004r. złożyła protest w odniesieniu do części z zapisów zawartych w SIWZ (karty nr 242-244). W wyjaśnieniu zawartym w piśmie z dnia 16.12.2004r. oraz w rozstrzygnięciu protestu z dnia 17.12.2004r. Gmina podtrzymała najbardziej sporne punkty SIWZ dotyczące terminu usuwania usterek (karty nr 245-249). W związku z przedmiotowym zapisem, jak stwierdziła Spółka, nie chcąc się narażać na obciążenie karami umownymi zrezygnowała z udziału w przetargu.

Powyższe spowodowało, że w w/w przetargu ofertę złożyło wyłącznie konsorcjum w skład którego weszły spółki Basta i Elektromontaż Kraków. W/w spółki zawarły w dniu 06.12.2004r. *Umowę konsorcjum na eksploatację i konserwację opraw oświetlenia ulicznego na terenie miasta Zawiercia* (karty nr 6-9). Celem zawarcia w/w umowy konsorcjum było „wspólne wykonanie zadania wynikającego z przedmiotu zamówienia oferty przetargowej na zadanie inwestycyjne „eksploatacja i konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie miasta Zawiercia w roku 2005”. Liderem w/w konsorcjum została spółka Basta.

Pismem z dnia 3.01.2005r. Gmina wezwała Wnioskodawców do dostarczenia dodatkowych dokumentów w tym promesy (dokumentu potwierdzającego fakt uzyskania wstępnej zgody) właściciela urządzeń oświetlenia drogowego – Enion S.A. na ich eksploatację w przypadku wygrania przetargu (karta nr 288). Żądanie to wynikało z treści SIWZ zgodnie z którą „ *biorąc pod uwagę wymagania stawiane gminie Zawiercie przez właściciela większości instalacji oświetlenia drogowego będącej przedmiotem eksploatacji – Enion S.A. Oddział w Będzinie BZE eksploatacja tych urządzeń przez podmiot trzeci może odbywać się tylko za zgodą właściciela. Wobec czego, wykonawca składający ofertę zobowiązany będzie do dokonania stosownych uzgodnień i uzyskania zgody właściciela Enion S.A. Oddział w Będzinie BZE na przedmiotową eksploatację. Promesę (dokument potwierdzający fakt uzyskania takiej zgody) należy przedłożyć wraz z ofertą*”.

Aby spełnić powyższy wymóg (jeszcze przed wystosowaniem wezwania przez Gminę w tym zakresie), Wnioskodawcy pismem z dnia 14.12.2004r. (karta nr 26) zwrócili się do Spółki z prośbą „*o udzielenie zgody na wstęp do urządzeń i sieci będących własnością Enion S.A. na terenie miasta Zawiercie. Uzyskanie promesy jest niezbędne do złożenia oferty przetargowej na dzień 20.12.2004r. w Urzędzie Miasta Zawiercie*”. Pismem z dnia 23.12.2004r. Spółka poinformowała, że „*zdecydowanie negatywnie opiniuje możliwość udzielenia firmie „Basta” zgody na wykonywanie prac elektroinstalacyjnych na obiektach stanowiących własność Enion S.A. O/Będzin*”. Uzasadniono to faktem, iż dotychczasowe działania spółki Basta „*wykazały, że w ramach eksploatacji instalacji oświetlenia drogowego wykonywanej na zlecenie UM Zawiercie, wielokrotnie występowały przypadki bezprawnej ingerencji w sieć elektroenergetyczną. (...) Łamiąc podstawowe zasady bezpieczeństwa eksploatacji urządzeń*

*elektroenergetycznych, stwarzano realne zagrożenia bezpieczeństwa dla odbiorców energii elektrycznej i dla służb eksploatacyjno-ruchowych Enionu” (karta nr 27).*

Pismem z dnia 28.12.2004r. (karta nr 28) spółka Basta zwróciła się do Spółki o „*ponowne rozpatrzenie prośby o udzielenie zgody na wstęp do urządzeń i sieci będących własnością Enion S.A.*” W odpowiedzi Spółka pismem z 31.12.2004r. „*podtrzymała stanowisko w sprawie nie udzielenia promesy dla firmy „Basta” na dostęp do obiektów i instalacji elektroenergetycznych własności Enion S.A.*” (karta nr 29). Spółka Basta w dniu 6.01.2005r. wniosła do Spółki „*odwołanie od negatywnej opinii w celu uzyskania zgody na wstęp do stacji i sieci w mieście Zawiercie w ramach eksploatacji i konserwacji oświetlenia ulicznego w roku 2005*”. (karta nr 30).

W dniu 28.01.2005r. Spółka przesłała Gminie (oraz do wiadomości spółki Basta) 3 egzemplarze podpisanego przez siebie *Porozumienia trójstronnego w sprawie eksploatacji i konserwacji instalacji oświetlenia drogowego stanowiącego majątek ENION S.A. O/Będzin na terenie gminy Zawiercie, zawartego na okres od 01.02.2005 do 30.06.2005r.* z prośbą o jego podpisanie przez Gminę i spółkę Basta (karty nr 31-34). Zgodnie z treścią *Porozumienia* Spółka wyraża zgodę na wykonywanie prac eksploatacyjnych na instalacji oświetlenia drogowego przez wykonawcę wyłonionego przez Gminę w drodze przetargu publicznego, na zasadach i warunkach określonych w porozumieniu. Gmina zlecając wykonawcy wyłonionemu w drodze przetargu publicznego eksploatację oświetlenia drogowego stanowiącego majątek Spółki zobowiązuje się zawrzeć ze Spółką umowę dzierżawy urządzeń oświetlenia drogowego. Umowa dzierżawy powinna zawierać m.in. warunki finansowe przekazania w dzierżawę majątku Spółki. Ponadto gmina powinna wpłacić kaucję szacowaną jako 5% wartości godziwej przekazanego majątku.

Spółka Basta po otrzymaniu w/w *Porozumienia* w piśmie z dnia 1.02.2005r. skierowanym do Spółki stwierdziła, że „*wyraża aprobatę na zawartą treść porozumienia trójstronnego dotyczącą wykonawcy i jest gotowa do jego podpisania w proponowanej formie.*” (karta nr 167).

W załączeniu do pisma z dnia 14.02.2005r. Spółka przesłała Gminie i do wiadomości spółki Basta kolejną wersję *Porozumienia* (karty nr 40-43). Jak wynika z treści pisma przewodniego „*jest to wersja Porozumienia po konsultacjach, które odbyły się w siedzibie zakładu w dniu 08.02.2005r. z udziałem przedstawicieli Gminy, firmy „Basta” i BZE*”. W pkt I.1 lit. a, b i d zmienionej wersji *Porozumienia* stwierdzono, że „*BZE wyraża zgodę na obcą eksploatację i konserwację własnej sieci oświetlenia drogowego pod warunkiem: zawarcia umowy dzierżawy na okres obowiązywania porozumienia, wpłacenia przez Gminę na konto BZE kaucji gwarancyjnej w wysokości 16 960,86 zł. oraz wniesienia przez gminę rocznej opłaty dzierżawy w wysokości 60 458,04 zł.*”. Spółka wraz z *Porozumieniem* przesłała również *Kalkulację opłaty za dzierżawę urządzeń oświetlenia drogowego na terenie gminy Zawiercie.* (karta nr 44). Z informacji przedstawionych przez strony postępowania wynika, że Gmina Zawiercie nie podpisała *Porozumienia*. Jak stwierdziła Spółka „*Gmina na tą propozycję nie udzieliła żadnej odpowiedzi tzn. formalnie ani jej nie odrzuciła, ani też nie przyjęła i sprawa pozostała bez dalszego biegu*” (karta nr 189).

W związku z niepodpisaniem przez Gminę treści *Porozumienia* zleciła ona Spółce na okres od 1.03.2005 do 30.06.2005 w trybie z wolnej ręki usuwanie awarii oświetlenia ulicznego na terenie miasta Zawiercie w oparciu o umowę z dnia 1.03.2005r. (karty nr 252-254). Następnie po uzyskaniu zgody Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na udzielenie zamówienia w trybie zamówienia publicznego z wolnej ręki w/w umowa uległa rozwiązaniu i strony w dniu 1.04.2005r. zawarły nową umowę, której przedmiotem jest bieżąca eksploatacja i konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie Zawiercia na okres do 31.12.2005r. (karty nr 258-260).

## **W oparciu o zgromadzony w postępowaniu materiał dowodowy Organ Antymonopolowy zważył co następuje.**

Dla uznania, że sprawa ma charakter antymonopolowy niezbędne jest ustalenie czy w okolicznościach sprawy doszło do naruszenia interesu publicznoprawnego. W świetle art. 1 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów celem regulacji w niej przyjętej jest zapewnienie rozwoju konkurencji, ochrona przedsiębiorców narażonych na stosowanie praktyk ograniczających konkurencję i ochrona interesów konsumentów. Pozwala to przyjąć, że ma ona charakter publicznoprawny i służy ochronie interesu ogólnospołecznego. Znajduje więc zastosowanie tylko wówczas, gdy zagrożony lub naruszony zostaje interes publiczny, polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego. Pojęcie interesu publicznego nie zostało zdefiniowane w ustawie, niemniej było ono wielokrotnie przedmiotem interpretacji Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Sądu Najwyższego.

Zdaniem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, wyrażonym w wyroku z dnia 12 czerwca 2002r. (sygn. akt XVII Ama 47/01), pojęcie interesu publicznego nie jest pojęciem o charakterze jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien on być ustalony i konkretyzowany, a Organ Antymonopolowy w toku postępowania i przy wydawaniu decyzji winien być rzecznikiem tego interesu. Publiczny znaczy dotyczący ogółu, odnoszący się do ogółu, a nie do jednostki czy też określonej grupy. Podstawą do zastosowania przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów winno być uprzednie udowodnienie przez Prezesa Urzędu, czy nastąpiło rzeczywiste naruszenie wskazanego przepisami ustawy interesu publicznego. W ten sam sposób Sąd wypowiedział się w wyrokach z dnia: 25.06.2001r. sygn. akt XVII Ama 84/00, 28.05.2001r. sygn. akt XVII Ama 82/00, 27.06.2001r. sygn. akt XVII Ama 92/00, 12.11.2001r. sygn. akt XVII Ama 105/00 oraz 04.07.2001r. sygn. akt XVII Ama 108/00.

Podobne stanowisko zajął również Sąd Najwyższy, który w uzasadnieniu wyroku z dnia 29.05.2001r. sygn. I CKN 1217/98 stwierdził, że ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów ma charakter publicznoprawny i służy ochronie interesu ogólnospołecznego, ingeruje, gdy w wyniku pewnych ogólnych zjawisk zagrożona jest sama instytucja konkurencji i nie odnosi się do ochrony roszczeń indywidualnych. Z kolei, w uzasadnieniu wyroku z dnia 26.02.2004r. sygn. III SK 2/04 Sąd Najwyższy stwierdził, że naruszenie indywidualnego interesu nie wyklucza dopuszczalności równoczesnego uznania, że dochodzi do naruszenia interesu zbiorowego *„jeżeli indywidualne pogwałcenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów mogłoby w jakikolwiek sposób prowadzić do ustanowienia lub utrwalenia monopolistycznych praktyk rynkowych, które wywołują lub mogą wywoływać zakazane skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”*.

W świetle powyższego orzecznictwa, Organ Antymonopolowy może wszcząć i prowadzić postępowanie antymonopolowe wyłącznie wówczas, gdy zachodzi podejrzenie, iż nastąpiło naruszenie interesu publicznego, a zatem, gdy skutkami działań sprzecznych z ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów dotknięty został szerszy krąg uczestników rynku lub też wywołują one inne niekorzystne zjawiska na rynku.

Ustawa zatem w odniesieniu do przedsiębiorców chroni konkurencję, a w odniesieniu do konsumentów ich interesy jako zjawiska o charakterze instytucjonalnym. Wymienione w art. 1 cele ustawy zostały określone jako równorzędne co sprawia, że praktyki ograniczające konkurencję obejmują nie tylko te, które godzą w konkurencję, ale również te, które – podejmowane przez przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą – nie godząc wprost w konkurencję, naruszają interesy innych uczestników rynku. Praktyki ograniczające konkurencję można zatem podzielić na praktyki antykonkurencyjne, wywierające bezpośredni wpływ na stan lub rozwój konkurencji i interesy konkurencyjne innych przedsiębiorców, oraz praktyki eksploatacyjne, których efektem lub celem jest naruszenie przede wszystkim innych niż konkurencyjne interesów innych uczestników rynku.

Spółka, która działa w warunkach monopolu naturalnego posiada siłę rynkową pozwalającą jej na dyktowanie warunków innym uczestnikom rynku. Dla stwierdzenia występowania przesłanki naruszenia interesu publicznego jest wystarczająca, a zarazem niezbędna, dowolna możliwość nadużycia siły rynkowej w relacjach ze słabszymi uczestnikami rynku.

Jak ustalono to we wcześniejszej części niniejszej decyzji w *Porozumieniu trójstronnym w sprawie eksploatacji i konserwacji instalacji oświetlenia drogowego stanowiącego majątek Enion S.A. O/Będzin na terenie Gminy Zawiercie zawartego na okres od 1.02.2005r. do 31.01.2006r.* zawarte zostało zobowiązanie Gminy Zawiercie do wpłacenia kaucji gwarancyjnej w wysokości 16 960,86 PLN oraz wniesienia rocznej opłaty dzierżawy w wysokości 60 458,04 PLN. W sytuacji udowodnienia, że w/w zapisy są wynikiem nadużywania przez Spółkę pozycji dominującej na rynku, ewentualne negatywne skutki wynikające z przedmiotowych zapisów mogłyby godzić w Gminę Zawiercie, a pośrednio również w istniejącą konkurencję na rynku. Stąd też, ze względu na możliwość naruszenia interesu publicznego uzasadnionym było wszczęcie i toczenie postępowania antymonopolowego w przedmiotowej sprawie.

Art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów definiuje praktykę polegającą na narzucaniu przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści. Dla stwierdzenia tej praktyki konieczne jest wykazanie kumulatywnego spełnienia trzech przesłanek (poza przesłanką z art. 8 ust. 1 w/w ustawy posiadania pozycji dominującej na rynku przez przedsiębiorcę, któremu stawia się zarzut):

- narzucanie warunków umowy,
- uciążliwy charakter tych warunków umowy,
- uzyskiwanie nieuzasadnionych korzyści przez narzucającego je przedsiębiorcę.

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na określonym rynku właściwym. Stąd też dla poprawnej oceny zachowania Spółki w kontekście zastosowania art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy antymonopolowej konieczne jest zdefiniowanie rynku właściwego w sprawie. Zgodnie z art. 4 pkt 8 w/w ustawy przez rynek właściwy rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, uznawane są 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. Generalną tendencją orzecznictwa antymonopolowego jest dążenie do stosowania, w miarę możliwości, wąskich kryteriów podziału rynku produktu.

Zgodnie z orzecznictwem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (poprzednia nazwa Sąd Antymonopolowy) w sprawach o stosowanie praktyk ograniczających konkurencję, należy dążyć do możliwie wąskiej segmentacji rynku. Im więcej uda się wyodrębnić rynek, tak w ujęciu produktowym, jak i terytorialnym, tym większy w nim udział może mieć określony przedsiębiorca, co wyznacza poziom jego dominacji i zarazem wskazuje ograniczenia jakie stwarza mu ustawa antymonopolowa. W przeciwnym bowiem przypadku trudno byłoby znaleźć podmiot o pozycji dominującej co spowodowałoby, iż ograniczenia antymonopolowe straciłyby sens (wyrok z dnia 4.10.1993r. sygn. akt XVII Amr 29/93).

Rynek właściwy w danej sprawie wyznaczają dwa skorelowane ze sobą pojęcia: rynku właściwego produktowo i rynku właściwego geograficznie. Rynkiem w ujęciu produktowym w rozpatrywanej sprawie jest rynek przesyłania i dystrybucji energii elektrycznej, ponieważ przesyłanie i dystrybucja energii stanowią podstawowy przedmiot działalności Spółki, co wynika z udzielonej mu koncesji. W bezpośrednim związku z tym rynkiem pozostaje rynek utrzymania punktów świetlnych, ponieważ wykonywanie tych usług jest całkowicie uzależnione od współpracy z przedsiębiorstwem sieciowym dostarczającym energię elektryczną. Innymi słowy, bez współdziałania ze Spółką, żaden inny przedsiębiorca nie jest zdolny do podjęcia i wykonywania powierzonych mu przez gminę usług utrzymania punktów świetlnych.

Teoria dwóch rynków została zaakceptowana przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów i Sąd Najwyższy, które wielokrotnie wypowiadały się w w/w zakresie (np. wyroki SOKIK z dnia 21.01.1998r. sygn. akt XVII Ama 51/97, z dnia 2.10.1996r. sygn. akt XVII Amr 37/96, z dnia 20.09.1995r. sygn. akt XVII Amr 28/95, z dnia 3.06.1998r. sygn. akt XVII Ama 16/98, wyroki Sądu Najwyższego z dnia 15.05.2003r. sygn. akt I CKN 311/01, z dnia 15.05.2003r. sygn. akt I CKN 313/01).

Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie, gdzie siła rynkowa Spółki na rynku przesyłania i dystrybucji energii elektrycznej może wywrzeć bezpośredni skutek na rynku pochodnym, jakim jest rynek utrzymania punktów świetlnych, powodując naruszenie i ograniczenie konkurencji na tym rynku. Wykonywanie usług utrzymania punktów świetlnych stanowi bowiem jeden z przedmiotów działalności zarówno Spółki, jak i innych przedsiębiorców działających na rynku. Wszyscy w/w przedsiębiorcy są względem siebie konkurentami na rynku usług utrzymania punktów świetlnych, z tym, że pozostali przedsiębiorcy (oprócz Spółki) muszą wykonywać te usługi przy koniecznej współpracy ze Spółką, podczas gdy ona sama posiada pełną autonomię w sposobie świadczenia przedmiotowych usług, wynikającą z dominacji na lokalnym rynku przesyłania i dystrybucji energii elektrycznej. Widoczne jest zatem, że przedsiębiorstwa działające w warunkach monopolu sieciowego mogą w bezpośredni sposób przenosić swoją władzę rynkową na inne rynki (tzw. subryniki, rynki zależne), związane z budową, konserwacją, naprawami sieci i urządzeń. Rynki te zaś, co do zasady, są rynkami konkurencyjnymi, a nie są objęte patronatem Zakładu.

Rynkiem geograficznym w przedmiotowej sprawie jest obszar Gminy Zawiercie w której Spółka prowadzi działalność gospodarczą polegającą na przesyłaniu i dystrybucji energii elektrycznej. Jest tzw. monopolistą naturalnym, co wynika z faktu sieciowego charakteru urządzeń służących do dostarczania energii elektrycznej, w tym energii na potrzeby oświetlenia ulic, placów i dróg na terenie gmin. Gmina, która jest zaopatrywana w energię elektryczną nie ma możliwości wyboru alternatywnego dostawcy. Tak więc, Spółka podlega wszystkim ograniczeniom wynikającym z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zatem rynkiem właściwym w niniejszej sprawie jest rynek przesyłania i dystrybucji energii elektrycznej na obszarze Gminy Zawiercie, w której prowadzi ona działalność zgodnie z udzieloną koncesją.

Narzucanie warunków umów musi mieć charakter przymusowy, wymuszony przez przedsiębiorcę zajmującego pozycję dominującą na rynku. Jego źródłem jest siła rynkowa przedsiębiorstwa pozwalająca na jednostronne dyktowanie warunków umów kontrahentom. Narzucanie warunku umowy ma miejsce wówczas, gdy dominant wykorzystując posiadaną siłę rynkową i sytuację przymusową kontrahenta, wynikającą z braku rzeczywistych alternatyw na rynku, wymusza na nim określone zachowania. Spółka jako przedsiębiorca zajmujący się przesyłaniem i dystrybucją energii elektrycznej zajmuje pozycję tzw. monopolisty naturalnego. Prowadzi swoją działalność gospodarczą w warunkach, w których odizolowana jest od potencjalnych konkurentów zarówno barierą kosztów niezbędnych dla uruchomienia działalności w danej dziedzinie, jak i ustanowioną wcześniej strukturą organizacyjną lub technologiczną, dysponuje potencjałem niezbędnym do narzucenia swojemu kontrahentowi warunków umowy.

O tym, czy w konkretnej sytuacji treść umowy została kontrahentowi narzucona, czy też umowa była rezultatem negocjacji w ramach przysługującej stronom swobody kontraktowania decyduje ostatecznie treść umowy oraz okoliczności jej zawarcia. Do narzucania warunków umowy dochodzić może zarówno w drodze działań (aktywnego narzucania warunków w negocjacjach), jak również zaniechania (odmowy podejmowania jakichkolwiek negocjacji w przedmiocie spornych kwestii). Konieczne jest więc wykazanie się przez kontrahentów dominantów aktywnością w negocjacjach oraz brakiem elastyczności u dominantów w akceptowaniu warunków umownych nieakceptowanych przez słabszą stronę umowy.

Z okoliczności faktycznych niniejszej sprawy wynika, że Spółka w piśmie z dnia 23.03.2004r. skierowanym do Śląskiego Związku Gmin i Powiatów zawarła swoje stanowisko w sprawie zasad eksploatacji i konserwacji oświetlenia drogowego, z którego m.in. wynika, że w przypadku, gdy Gmina zamierza zlecić eksploatację oświetlenia drogowego przedsiębiorcy wyłonionemu w drodze przetargu, wówczas jest zobowiązana do zawarcia ze Spółką „porozumienia w formie umowy dzierżawy urządzeń oświetlenia drogowego”. Zgoda na wykonywanie prac związanych z utrzymaniem punktów świetlnych stanowiących własność Spółki może zostać wydana jedynie pod warunkiem uiszczenia przez gminę opłaty dzierżawnej „w wysokości co najmniej równoważnej podatkowi płaconemu od wartości majątkowej przekazanej do eksploatacji sieci” oraz „wplacenia przez Gminę kaucji stanowiącej 5% wartości przekazanego majątku”.

Tym samym stanowisko Spółki w zakresie obowiązku uiszczenia przez Gminy w w/w sytuacjach czynszu dzierżawnego oraz kaucji gwarancyjnej należy ocenić, jako narzucanie warunków umowy swoim kontrahentom. Treść stanowiska Spółki w w/w zakresie jest jednoznaczna, a w piśmie z dnia 23.03.2004r. nie wskazano na jakąkolwiek możliwość prowadzenia negocjacji w tym zakresie. Zwrócić jednak należy uwagę, że Wnioskodawcy w piśmie z dnia 30.09.2005r. w odpowiedzi na zapytanie Organu Antymonopolowego stwierdzili, że w niniejszym postępowaniu „nie kwestionujemy zasady pobierania przez ENION kaucji gwarancyjnych i opłaty dzierżawy”. Tym samym biorąc pod uwagę zarzut Wnioskodawców postawiony we wniosku o wszczęcie postępowania oraz potwierdzony w kolejnych pismach należy ocenić, czy Spółka narzuciła obowiązek zapłaty przez Gminę kaucji gwarancyjnej w wysokości 16 960,86 PLN oraz rocznej opłaty dzierżawy w wysokości 60 458,04 PLN.

Jak ustalono to we wcześniejszej części niniejszej decyzji w dniu 28.01.2005r. Spółka przesłała Gminie (oraz do wiadomości spółki Basta) 3 egzemplarze podpisanego przez siebie *Porozumienia trójstronnego* z prośbą o jego podpisanie przez Gminę i spółkę Basta. Zgodnie z treścią *Porozumienia*, Gmina zlecając wykonawcy wyłonionemu w drodze przetargu publicznego eksploatację oświetlenia drogowego stanowiącego majątek Spółki zobowiązuje się zawrzeć ze Spółką umowę dzierżawy urządzeń oświetlenia drogowego. Umowa dzierżawy powinna zawierać m.in. warunki finansowe przekazania w dzierżawę majątku Spółki. Ponadto Gmina powinna wpłacić kaucję szacowaną jako 5% wartości godziwej przekazanego majątku. Spółka Basta po otrzymaniu w/w *Porozumienia* w piśmie z dnia 1.02.2005r. skierowanym do Spółki stwierdziła, że „wyraża aprobatę na zawartą treść porozumienia trójstronnego dotyczącą wykonawcy i jest gotowe do jego podpisania w proponowanej formie.” W toku postępowania Wnioskodawcy przedstawili również wersję *Porozumienia trójstronnego* datowaną na 31.01.2005r. z odrębną adnotacją „propozycja UM Zawiercie” w której nie przewidziano obowiązku wnoszenia przez Gminę czynszu dzierżawnego i kaucji, a tym samym w oczywisty sposób nie określono ich wysokości.

W związku z tym, iż propozycje Spółki, jak i Gminy w zakresie obowiązku wnoszenia czynszu dzierżawy i kaucji gwarancyjnej były rozbieżne, w dniu 08.02.2005r. w siedzibie Spółki odbyły się konsultacje z udziałem przedstawicieli Gminy, spółki Basta i spółki Enion. W efekcie powyższego spotkania Spółka przesłała kolejną opracowaną i podpisaną przez siebie wersję *Porozumienia* w której określono wysokość czynszu dzierżawnego oraz kaucji gwarancyjnej wraz z kalkulacją ich wysokości. Ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że Gmina Zawiercie nie podpisała *Porozumienia*. Jak stwierdziła Spółka „Gmina na tą propozycję nie udzieliła żadnej odpowiedzi tzn. formalnie ani jej nie odrzuciła, ani też nie przyjęła i sprawa pozostała bez dalszego biegu”. Brak reakcji Gminy w tym wypadku powoduje, iż nie można przyjąć aby podjęła ona jakiegokolwiek kroki w celu dalszych negocjacji postanowień zawartych w *Porozumieniu*. Stąd też trudno uznać, aby kwestionowane w niniejszym postępowaniu warunki zostały narzucone przez Spółkę dzięki posiadanej sile rynkowej. Podkreślić należy, że z informacji przekazanych przez Spółkę, wynika, iż kwoty czynszu dzierżawnego oraz kaucji gwarancyjnej przez nią zaproponowane były kwotami wyjściowymi do dalszych negocjacji. Jednak Gmina, w żaden sposób nie

odniosła się do powyższej propozycji Spółki, nie podjęła negocjacji w sprawie wysokości w/w kwot np. poprzez podważenie ich kalkulacji. Nie przedstawiła również żadnych własnych propozycji w tym zakresie, tj. jakiego rodzaju wysokość stawek czynszu i kaucji gwarancyjnej oceniłaby jako uzasadnione i gotowa byłaby zaaprobować. Dodać również należy, że Spółka przesyłając Gminie i spółce Basta podpisaną przez siebie treść *Porozumienia* (zarówno w wersji pierwszej, jak i drugiej) w żaden sposób nie groziła pozostałym stronom jakimikolwiek sankcjami z tytułu jego niepodpisania.

Powyższe prowadzi więc do wniosku, że Spółka zawierając w treści *Porozumienia* propozycje odnośnie wysokości kwot z tytułu czynszu dzierżawy oraz kaucji gwarancyjnej nie narzuciła ich wysokości, ponieważ Gmina nie podjęła żadnych działań w celu ustalenia ich w niższej wysokości.

Kolejną przesłanką konieczną do stwierdzenia naruszenia art. 8 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy antymonopolowej jest dowiedzenie, że kwestionowany warunek umowy ma uciążliwy charakter. Za uciążliwy uznaje się każdy warunek umowy oznaczający dla jednej ze stron ciężar większy od powszechnie przyjętych w stosunkach danego rodzaju. Definicja ta odwołuje się do kryteriów obiektywnych – typowych relacji umownych występujących na rynku. Dokonując analizy uciążliwości warunków umownych należy rozważyć, czy w hipotetycznej sytuacji istnienia konkurencji na danym rynku właściwym, a więc istnienia rzeczywistej swobody zawierania umów i kształtowania ich treści, dominant byłby w stanie wynegocjować takie postanowienia umów.

Zgodnie z art. 693 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964r. Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) przez umowę dzierżawy wydzierżawiający zobowiązuje się oddać dzierżawcy rzecz do używania i pobierania pożytków przez czas oznaczony lub nie oznaczony, a dzierżawca zobowiązuje się płacić wydzierżawiającemu umówiony czynsz. Czynsz może być zastrzeżony w pieniądzech lub świadczeniach innego rodzaju. Może być również oznaczony w ułamkowej części pożytków.

Tym samym obowiązek zapłaty czynszu przez wydzierżawiającego jest niezbędnym elementem tego typu stosunku zobowiązaniowego. W niniejszej sprawie Wnioskodawcy zakwestionowali wysokość zaproponowanej przez Spółkę kwoty czynszu z tytułu dzierżawy punktów świetlnych stanowiących własność spółki Enion w żaden sposób jednak nie wskazali dlaczego uważają, iż obowiązek jego zapłaty w w/w wysokości jest uciążliwy.

Jak wskazano to wcześniej Spółka wraz z projektem drugiej wersji *Porozumienia* przesłała Gminie, jak i do wiadomości spółki Basta kalkulację opłaty za dzierżawę urządzeń oświetlenia drogowego na terenie Zawiercia.

Z kalkulacji tej wynika, że jako podstawę do wyliczenia opłaty wzięto pod uwagę wartość początkową majątku oświetlenia ulicznego w zakresie słupów (podpór) zarówno na sieci wydzielonej, jak i na sieci wspólnej (tj. oświetlenia ulicznego i sieci rozdzielczej). Wartość tą oszacowano na kwotę 1 343 512 PLN. Wysokość czynszu dzierżawnego ustalono w oparciu o wysokość rocznego odpisu amortyzacji (4,5%) od w/w kwoty. Tym samym czynsz dzierżawny ustalono w kwocie 60 458, 04 PLN.

Ponadto w piśmie z dnia 1.09.2005r. Spółka przedstawiła oszacowane przez siebie koszty z tytułu amortyzacji sieci rozdzielczej niskich napięć wspólnej z oświetleniem drogowym oraz wydzielonej oświetlenia ulicznego na terenie Zawiercia w zakresie dotyczącym wyłącznie oświetlenia drogowego i wyniosły one w I półroczu 2005r. – 121 717 PLN. Dodatkowo podatek od nieruchomości w w/w okresie czasu w odniesieniu do powyższych urządzeń wyniósł 9 516 PLN. Jak wyjaśniła Spółka w piśmie z 23.09.2005r. na potrzeby *Porozumienia* oszacowano wyłącznie odpisy amortyzacyjne od słupów oświetleniowych, które faktycznie ulegają zużyciu i wymagają nakładów na odtworzenie, przy założeniu obciążenia kosztami amortyzacji słupów w stopniu w jakim wykorzystywane są one na potrzeby oświetlenia ulicznego (zastosowano klucz podziału amortyzacji proporcjonalnie do sprzedaży energii). Z kolei ustalenia amortyzacji majątku stanowiącego oświetlenie drogowe na kwotę 121 717

PLN za pierwsze półrocze 2005r. dokonano również szacunkowo, lecz na podstawie ewidencji majątkowo – księgowej poprzez wydzielenie oświetlenia z całkowitej wartości majątku sieciowego nN (sieci rozdzielczej i oświetlenia) w proporcji do sprzedaży energii elektrycznej.

Powyższe dane przedstawione przez Spółkę prowadzą do wniosku, że zaproponowany przez nią czynsz dzierżawny w treści *Porozumienia* ustalono w wysokości 4,5 % wartości części majątku służącego do oświetlania ulic w Zawierciu (słupy oświetleniowe) stanowiącego własność Spółki. Stosownie do art. 140 k.c. w granicach określonych przez ustawy i zasady współżycia społecznego właściciel może, z wyłączeniem innych osób korzystać z rzeczy zgodnie ze społeczno – gospodarczym przeznaczeniem swego prawa, a w szczególności może pobierać pożytki i inne dochody z rzeczy. W tych samych granicach może rozporządzać rzeczą. Zatem właściciel, wykonując swe prawa podmiotowe może pobierać pożytki i inne dochody z rzeczy, w tym także od konkurenta. Biorąc powyższe pod uwagę nie można uznać, aby wysokość zaproponowanej przez Spółkę wysokości stawki czynszu dzierżawnego, którą obowiązana byłaby zapłacić Gmina Zawiercie stanowiła dla niej uciążliwy warunek umowy, ponieważ czynsz roczny dzierżawy w wysokości 4,5% wartości części wydzierżawianego majątku nie odbiega od standardów rynkowych w tym zakresie. Tym bardziej, że z informacji przekazanych przez Spółkę wysokość tej stawki mogła podlegać dalszym negocjacom, których jednak Gmina nie podjęła.

W przypadku kaucji gwarancyjnej zgodnie z przedstawioną kalkulacją jej wysokość ustalono jako 5% orientacyjnej wartości umowy na eksploatację oświetlenia drogowego na terenie Gminy Zawiercie tj. w kwocie 16 960,86 PLN.

Zwrócić należy uwagę, że Gmina zawierając umowy z przedsiębiorcami na wykonywanie czynności eksploatacyjnych oświetlenia ulicznego przewidywała również obowiązek wnoszenia przez wykonawców w/w prac kaucji gwarancyjnych. W § 4 ust. 2 umowy z dnia 30.12.2002r. zawartej przez Gminę ze Spółką stwierdzono, że „*wykonawca wnosi zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 5% wynagrodzenia umownego (...) zabezpieczenie należytego wykonania umowy zostanie wniesione w formie pieniężnej – przelew środków na konto Urzędu Miejskiego*”. W § 10 ust. 2 umowy z dnia 26.02.2004r. zawartej przez Gminę z konsorcjum w skład którego wchodził Wnioskodawca oraz ZGK Sp. z o.o. stwierdzono, że „*wykonawca wnosi zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 3 % wynagrodzenia umownego (...) zabezpieczenie należytego wykonania umowy zostanie wniesione w formie polisy*”.

Z powyższego wynika, że Gmina wchodząc w stosunki umowne z przedsiębiorcami stosowała mechanizmy mające na celu zabezpieczenia wykonania umowy w postaci wnoszenia przez wykonawców przyszłych prac kwot pieniężnych stanowiących procentową wartość kontraktu. Stąd też propozycję Spółki w postaci wniesienia przez Gminę kaucji gwarancyjnej w wysokości 5 % szacowanej kwoty umowy o świadczenie usług utrzymania punktów świetlnych należy ocenić, jako warunek umowy normalnie przyjęty w stosunkach danego rodzaju. Ponadto z informacji przekazanych przez Spółkę wynika, iż wysokość tej stawki mogła podlegać dalszym negocjacom, których jednak Gmina nie podjęła. Stąd też, brak jest podstaw do uznania obowiązku wniesienia kaucji w wysokości 16 960,86 PLN za uciążliwy warunek umowy.

Nieuzasadnione korzyści w rozumieniu art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów są odpowiednikiem uciążliwych warunków umów i oznaczają sytuację korzystniejszą od powszechnie przyjętych w stosunkach danego rodzaju. Nieuzasadnione korzyści powinny pozostawać w normalnym związku przyczynowym z narzuconymi kontrahentowi uciążliwymi warunkami umowy.

Jak wskazano to we wcześniejszej części decyzji zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego właściciel może, z wyłączeniem innych osób korzystać z rzeczy zgodnie ze społeczno – gospodarczym przeznaczeniem swego prawa, a w szczególności może pobierać pożytki i inne

dochody z rzeczy. Tym samym właściciel rzeczy udostępniając ją do korzystania podmiotom trzecim może pobierać z tego tytułu wynagrodzenie niezależnie od rodzaju stosunku zobowiązaniowego stanowiącego podstawę do oddania rzeczy do korzystania przez osobę trzecią. W niniejszej sprawie Spółka wyrażając zgodę na korzystanie z rzeczy przez osobę trzecią (w tym przypadku Gminę) zastrzegła sobie prawo do pobrania wynagrodzenia w postaci czynszu dzierżawy, jak i zabezpieczenia wykonania umowy w postaci wniesienia przez Gminę kaucji gwarancyjnej. Jak wykazano powyżej wysokość opłat zaproponowanych przez Spółkę w *Porozumieniu* nie odbiega od standardów panujących na rynku. Ponieważ wysokość przedmiotowych opłat była wyłącznie propozycją podlegającą negocjacom i została ona ustalona w oparciu o powyżej opisaną kalkulację brak podstaw do przyjęcia, że zastrzeżenie prawa do pobrania tych opłat mogło przynieść Spółce nieuzasadnione korzyści.

Stąd należało orzec jak w sentencji decyzji.

Stosownie do treści art. 78 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479<sup>28</sup> § 2 K.p.c. – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Katowicach.

Dyrektor Delegatury  
Urzędu Ochrony Konkurencji  
i Konsumentów w Katowicach  
*Alicja Kral*