



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA WE WROCŁAWIU**

50-413 Wrocław, ul. Walońska 3-5
tel.(071)344 65 87, (071)34 05 920, fax (071)34 05 922
e-mail: wroclaw@uokik.gov.pl

RWR-411-1/04/AW/

Wrocław, 14.02.2005r.

DECYZJA nr RWR 10/2005

I. Na podstawie art. 10 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (j.t. Dz. U. z 2003 r. Nr 86 poz. 804 ze zm.) 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.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, wszczętego na wniosek „Elfaz” - Bogusław Wróblewski i Zbigniew Wróblewski (ul. Południowa 8, 67-200 Głogów) przeciwko EnergiaPro Koncern Energetyczny S.A. we Wrocławiu (ul. Legnicka 51-53, 54-203 Wrocław)

- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

uznaje się za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 8 ust. 2 pkt 5 ww. ustawy, praktykę EnergiaPro Koncern Energetyczny S.A., polegającą na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku dostawy energii elektrycznej, poprzez uniemożliwianie lub ograniczanie Wnioskodawcom dostępu do sieci oświetlenia drogowego - wynajmowanej przez Gminę Chocianów od EnergiaPro Koncern Energetyczny S.A. - w celu wykonywania prac remontowo-konserwacyjnych **i stwierdza się zaniechanie jej stosowania z dniem 31 grudnia 2002r.**

II. Na podstawie art. 11 ust. 1 ww. ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz stosownie do art. 28 ust. 6 tej ustawy i § 6 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów *w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, wszczętego na wniosek „Elfaz” - Bogusław Wróblewski i Zbigniew Wróblewski (ul. Południowa 8, 67-200 Głogów) przeciwko EnergiaPro Koncern Energetyczny S.A. we Wrocławiu (ul. Legnicka 51-53, 54-203 Wrocław)

- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

nie stwierdza się stosowania przez EnergiaPro Koncern Energetyczny S.A., praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w art. 8 ust. 2 pkt 6 ww. ustawy, polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku dostawy energii elektrycznej, poprzez narzucanie uciążliwych warunków umów, wskutek pobierania od Wnioskodawców opłat za umożliwienie dostępu do urządzeń pomiarowo-sterowniczych oświetlenia drogowego pomimo, że opłaty za te same czynności uiściła Gmina Chocianów - na podstawie zawartej z EnergiaPro Koncern Energetyczny S.A. umowy najmu, co może przynosić EnergiaPro Koncern Energetyczny S.A. nieuzasadnione korzyści.

III. Na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 8 ust. 2 pkt 5 ww. ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz stosownie do art. 28 ust. 6 tej ustawy i § 6 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie *określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

nakłada się na EnergiaPro Koncern Energetyczny S.A. we Wrocławiu (ul. Legnicka 51-53, 54-203 Wrocław) karę pieniężną w wysokości 863 049,60 złotych (słownie: osiemset sześćdziesiąt trzy tysiące czterdzieści dziewięć złotych sześćdziesiąt groszy) płatną do budżetu państwa.

UZASADNIENIE

1. Do Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura we Wrocławiu dnia 15.10.2002r. wpłynął wniosek „Elfaz” - Bogusław Wróblewski i Zbigniew Wróblewski, ul. Południowa 8, 67-200 Głogów, dalej „Elfaz” o wszczęcie postępowania administracyjnego przeciwko Zakładowi Energetycznemu Legnica S.A., ul. Partyzantów 21, 59-220 Legnica, dalej: „Zakład”. Elfaz zarzucił naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* (dalej: *ustawa o ochronie...*), poprzez uniemożliwianie Wnioskodawcom dostępu do wszystkich elementów wynajętej przez Gminę Chocianów sieci oświetlenia drogowego i naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 6 tej ustawy poprzez pobieranie dwa razy tej samej opłaty za tą samą czynność, tj. pobieranie opłaty od Gminy Chocianów za wynajem sieci oświetlenia drogowego łącznie z urządzeniami pomiarowo-sterowniczymi oraz ponowne pobieranie opłaty za dopuszczenie Wnioskodawców do tych samych urządzeń sterowniczych na terenie Gminy Chocianów oraz wniósł o nakazanie zaniechania stosowania wskazanych praktyk ograniczających konkurencję.

Dowód: karta 1-6.

1.1. W uzasadnieniu wniosku Elfaz podał, że Zakład nie wykonuje postanowień *Porozumienia* zawartego między stronami dnia 29.05.2001r., w którym w § 1 zobowiązał się do przestrzegania zasad niezbędnych do powstania i rozwoju konkurencji oraz zagwarantował Wnioskodawcom możliwość wykonywania prac eksploatacyjnych, modernizacyjnych i rozwojowych, zleconych im przez osoby trzecie w obrębie własnej sieci elektroenergetycznej niskiego napięcia - na wskazanych w *Porozumieniu* warunkach. Wnioskodawcy zarzucili, że pomimo zawartego porozumienia Zakład w dalszym ciągu prowadzi celowe i świadome praktyki ograniczające konkurencję, albowiem uniemożliwia im wykonywanie czynności eksploatacyjnych na sieci oświetleniowej oraz pobiera od nich opłaty za udostępnienie urządzeń sterowniczych w sytuacji, gdy opłatę za tę czynność uiszcza Gmina Chocianów – na podstawie zawartej z Zakładem umowy.

Dowód: karta 2-6.

1.2. W oparciu o powyższy wniosek, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: „Prezes Urzędu”) postanowieniem z dnia 13.11.2002r. oraz zmieniającym je postanowieniem nr 196/2004 z dnia 30.12.2004r. wszczął postępowanie antymonopolowe w sprawie uznania za ograniczającą konkurencję i nakazania zaniechania stosowania praktyki, polegającej na nadużywaniu przez EnergiaPro Koncern Energetyczny S.A. we Wrocławiu pozycji dominującej na lokalnym rynku dostawy energii elektrycznej, poprzez:

1) uniemożliwianie lub ograniczanie Wnioskodawcom dostępu do sieci oświetlenia drogowego - wynajmowanej przez Gminę Chocianów od EnergiaPro Koncern Energetyczny S.A. - w celu wykonywania prac remontowo-konserwacyjnych, co może stanowić naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy *o ochronie...*;

2) narzucanie uciążliwych warunków umów, wskutek pobierania od Wnioskodawców opłat za umożliwienie dostępu do urządzeń pomiarowo-sterowniczych oświetlenia drogowego pomimo, że opłaty za te same czynności uiściła Gmina Chocianów - na podstawie zawartej z EnergiaPro Koncern Energetyczny S.A. umowy najmu, co może przynosić EnergiaPro Koncern Energetyczny S.A. nieuzasadnione korzyści, a tym samym stanowić naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy *o ochronie*....

Dowód: karta 62-63.

1.3. W odpowiedzi na zarzuty zawarte we wniosku o wszczęcie postępowania, Uczestnik postępowania stwierdził, że przypadki niedopuszczenia Wnioskodawców do wykonywania prac pod napięciem na terenie Gminy Chocianów (dalej: Gmina) uzasadnione były tym, że nie istniał tytuł prawny Gminy, który umożliwiłby - jej lub działającym na jej zlecenie Wnioskodawcom - korzystanie z mienia Zakładu.

Odnosząc się do drugiego zarzutu, tj. uzyskiwania nieuzasadnionych korzyści wskutek pobierania od Wnioskodawców opłat za umożliwienie dostępu do urządzeń pomiarowo-sterowniczych oświetlenia drogowego pomimo, że opłaty za te same czynności uiściła Gmina Chocianów, Uczestnik postępowania oświadczył, że wystawił faktury za wykonane czynności, ponieważ opłata za nie nie została ujęta w czynszu, jaki Gmina płaci Zakładowi na podstawie umowy najmu. W konkluzji Zakład uznał zarzuty Wnioskodawców za bezzasadne. Dowód: karta 81-83.

1.4. Pismem z dnia 21 czerwca 2004r. Uczestnik postępowania: Zakład Energetyczny Legnica S.A. zawiadomił Prezesa Urzędu, że dnia 30 kwietnia 2004r. nastąpiło połączenie tej Spółki - przez przejęcie - z EnergiaPro Koncern Energetyczny S.A. we Wrocławiu, ul. Legnicka 51-53, 54-203 Wrocław (dalej: EnergiaPro). Zgodnie z art. 494 § 1 Kodeksu spółek handlowych, spółka przejmująca (tu: EnergiaPro Koncern Energetyczny S.A. we Wrocławiu) wstępuje, z dniem połączenia, we wszystkie prawa i obowiązki spółki przejmowanej (tu: Zakład Energetyczny Legnica S.A.). W tym stanie rzeczy, prawa i obowiązki Zakładu Energetycznego Legnica S.A. przysługują EnergiaPro i dlatego w postępowaniu antymonopolowym wstąpiła ona w miejsce dotychczasowego Uczestnika postępowania - Zakładu Energetycznego.

EnergiaPro posiada oddziały, wśród nich Oddział w Legnicy z siedzibą w Legnicy przy ul. Partyzantów 21, zaś przedmiotowe postępowanie - z uwagi m.in. na zakreślony rynek geograficzny - wiąże się z działalnością Oddziału EnergiaPro w Legnicy. Dyrektor Oddziału w Legnicy posiada pełnomocnictwo do reprezentowania EnergiaPro w postępowaniach sądowych i administracyjnych, związanych z działalnością EnergiaPro Koncern Energetyczny S.A. we Wrocławiu Oddział w Legnicy, dlatego też jemu jako pełnomocnikowi zostanie doręczona przedmiotowa decyzja.

Jednakże w uzasadnieniu decyzji Uczestnik postępowania będzie występował pod nazwą: „Zakład” lub „EnergiaPro”.

Dowód: karta 163, 213 odwrot, 214, 308-310.

2. W oparciu o zebrany w sprawie materiał dowodowy, Prezes Urzędu ustalił następujący stan faktyczny:

2.1. Wnioskodawcy: Bogusław Wróblewski i Zbigniew Wróblewski są przedsiębiorcami prowadzącymi działalność gospodarczą na podstawie wpisów do ewidencji działalności gospodarczej prowadzonej przez Urząd Miejski w Głogowie pod numerami odpowiednio: 11928/2001 i 11927/2001. Prowadzą działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą „Elfaz” - Bogusław Wróblewski i Zbigniew Wróblewski z siedzibą w Głogowie przy ul. Południowej 8. Przedmiotem działalności Elfazu jest m.in.:

1) instalatorstwo elektryczne, elektromechaniczne,

- 2) roboty ogólnobudowlane i energetyczne,
 - 3) nadzór nad robotami elektroenergetycznymi.
- Dowód: karta 7-11.

2.2. Uczestnik postępowania: EnergiaPro Koncern Energetyczny S.A. we Wrocławiu (dawniej: Zakład Energetyczny Legnica S.A.) jest spółką akcyjną wpisaną do Krajowego Rejestru Sądowego przez Sąd Rejonowy dla Wrocławia - Fabrycznej we Wrocławiu, VI Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod nr KRS 0000073321. Przedmiotem działalności Spółki jest m.in.:

- 1) wytwarzanie, przesyłanie i dystrybucja energii elektrycznej,
- 2) działalność usługowa w zakresie instalowania, naprawy i konserwacji sprzętu elektrycznego,
- 3) wykonywanie instalacji elektrycznych,
- 4) produkcja aparatury rozdzielczej i sterowniczej energii elektrycznej.

EnergiaPro posiada wydane przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki koncesje na:

- 1) przesyłanie i dystrybucję energii elektrycznej z dnia 16 listopada 1998r. nr PEE/17/2699/U/1/98/JK;
 - 2) obrót energią elektryczną z dnia 15 maja 2002r. nr OEE/19/2699/U/1/98/JK.
- oraz zatwierdzoną decyzją Prezesa URE z dnia 15 czerwca 2002r. Taryfę dla energii elektrycznej nr DTW-821/2699-D/3/2002/IR.

Dowód: karta 89-92, 209-214, 215-300.

2.3. Dnia 29.05.2001r. Zakład zawarł z Elfazem *Porozumienie* „w sprawie określenia warunków współpracy w zakresie wykonywania prac eksploatacyjnych, modernizacyjnych oraz związanych z rozbudową sieci w sieci elektroenergetycznej niskiego napięcia stanowiącej własność Zakładu”. *Porozumienie* kończyło spór między stronami, poddany pod rozstrzygnięcie w toku postępowania antymonopolowego, wszczętego przeciwko Zakładowi na wniosek Elfaz. Po zawarciu ww. *Porozumienia*, Elfaz wycofał wniosek złożony w Urzędzie Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura we Wrocławiu. Decyzja nr DL WR 12/2001, umarzająca postępowanie antymonopolowe prowadzone przeciwko Zakładowi Energetycznemu Legnica S.A., została wydana przez Prezesa Urzędu dnia 31.05.2001r.

Dowód: karta 12-17.

2.4. Na mocy § 1 ust. 2 *Porozumienia*, Zakład zagwarantował Wnioskodawcom możliwość wykonywania prac eksploatacyjnych, modernizacyjnych i rozwojowych, zleconych im przez osoby trzecie w obrębie własnej sieci elektroenergetycznej niskiego napięcia, z zachowaniem zasad dotyczących organizacji pracy przy urządzeniach elektroenergetycznych, pod warunkiem posiadania przez zleceniodawców: tytułu prawnego do korzystania z sieci Zakładu lub umowy o przyłączenie.

Porozumienie regulowało także prawa i obowiązki stron oraz – w § 7 – zasady odpłatności za wykonywane na zlecenie Wnioskodawców czynności pracowników Zakładu w zakresie: organizacji bezpiecznej pracy oraz powiadamiania odbiorców energii elektrycznej o przerwach w jej dostawie.

Dowód: karta 12-15.

2.5. W maju 2001 roku, Zakład opracował „*Instrukcję organizacji prac zespołów pracowników obcych przy urządzeniach elektroenergetycznych Zakładu Energetycznego Legnica S.A.*”, która stanowiła załącznik nr 1 do ww. *Porozumienia* z dnia 29.05.2001r. *Instrukcja* (...) regulowała m.in.: organizację i warunki wykonywania pracy przy urządzeniach elektroenergetycznych - pkt 2.4, tryb postępowania w przypadku prac wykonywanych jednorazowo lub przez kilka dni pkt 2.5.1, procedurę wykonywania prac cyklicznych – pkt 2.5.2. W zakresie „dokładnego określenia odpowiedzialności za przerwy w

dostawie energii elektrycznej i uszkodzenia w liniach energetycznych n.n. – 0,4 kV, spowodowane przez Wykonawcę na skutek wadliwego wykonania prac oraz odpowiedzialności stron za straty z tym związane, a poniesione przez Zakład Energetyczny Legnica S.A.”, *Instrukcja (...)* odsyła do *Porozumienia*, zawartego między Elfazem a Zakładem.

Dowód: karta 49-57.

2.6. W dniu 15.01.2002r. Elfaz zawarł z Gminą Chocianów *Umowę Nr 2/2002*, która zleciła mu wykonanie czynności eksploatacyjnych i konserwacyjnych urządzeń oświetlenia ulic i dróg na terenie miasta Chocianów - § 1 *Umowy*. Te same strony dnia 04.03.2002r zawarły *Umowę nr 15/2002*, na mocy której Elfaz przyjął do wykonania takie same czynności, ale dotyczące terenu gminy Chocianów.

Powyższe umowy zostały zawarte w trybie ustawy o zamówieniach publicznych, po przeprowadzenia przetargu nieograniczonego, w którym wybrano ofertę Elfazu.

Dowód: karta 68-71, 72-75.

2.7. W dniu 22.02.2002r. Zakład zawarł z Gminą Chocianów, datowaną na 01.01.2002r. *Umowę 10/2002*, na podstawie której oddał Gminie do używania sieci napowietrzne oświetlenia drogowego, celem prowadzenia ich eksploatacji (§ 2 ust. 1 *Umowy*). Pod pojęciem sieci napowietrznej strony rozumiały: przewody, izolacje, konstrukcje mocujące oprawy, zabezpieczenia oraz urządzenia pomiarowo-sterownicze (§ 2 ust. 2 *Umowy*).

W § 6 *Umowy* strony postanowiły, że Najemca, tj. Gmina, ponosi odpowiedzialność solidarną z osobami trzecimi za uszkodzenia i zniszczenia linii niskiego napięcia, powstałe w czasie wykonywania czynności eksploatacyjnych, zobowiązuje się ubezpieczyć od odpowiedzialności cywilnej z tytułu ww. szkód oraz gwarantuje, że wykonywanie czynności eksploatacyjnych będzie odbywać się na podstawie ww. „*Instrukcji (...)*”.

Dowód: karta 18-21.

2.8. W piśmie z dnia 29.11.2003r. Zakład stwierdził, że z § 4 ust. 2 i 3 *Umowy* najmu urządzeń elektroenergetycznych, zawartej z Gminą dnia 22.02.2002r. wynika, że treść wykonywania uprawnień wynikających ze stosunku najmu nie jest nieograniczona, lecz podlega ograniczeniom wskazanym w „*Instrukcji Eksploatacji Oświetlenia Drogowego w ZE Legnica S.A.*” oraz „*Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Rozdzielczej*”. Zakład podał wysokość stawki czynszu najmu oraz składniki, w oparciu o które została skalkulowana. Jego zdaniem czynsz najmu płacony przez Gminę, nie obejmował czynności Zakładu, polegających na przygotowaniu miejsca pracy dla pracowników Elfazu, dopuszczeniu ich do pracy, wykonywaniu czynności łączeniowych w sieci rozdzielczej. Dlatego też Zakład wystawił faktury za czynności wykonane na zamówienie Elfazu. Stawka rentowności czynszu najmu płaconego przez Gminę nie stanowi, w ocenie Zakładu, odzwierciedlenia korzyści, które utracił wskutek niemożności wykonywania usług w zakresie eksploatacji urządzeń oświetleniowych, jakie mógłby uzyskać nawet ponosząc koszty czynności ujętych w spornych fakturach.

Dowód: karta 82-83.

2.9. W pismach z 17.01.2002r., 22.01.2002r. i 08.04.2004r. Elfaz występował do Zakładu z prośbą o umożliwienie dostępu do szafek oświetlenia drogowego na terenie Gminy Chocianów. Podobną prośbę do Zakładu wystosował także Burmistrz Miasta i Gminy Chocianów: pisma z 18.01.2002r. i 25.01.2002r. (dowód: karta 22, 25-28).

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 27.06.2004r., Zakład stwierdził, że w styczniu 2002 roku nie istniały formalnoprawne przesłanki do dopuszczenia pracowników Elfazu do wykonywania prac na sieci oświetlenia drogowego na terenie Gminy, ponieważ

umowa najmu tej sieci została zawarta między Zakładem z Gminą dopiero 22.02.2002r., choć z mocą obowiązującą od 01.01.2002r.
Dowód: karta 33.

2.10. W dniu 14.05.2002r. odbyło się spotkanie przedstawicieli Elfazu z przedstawicielami Zakładu w sprawie interpretacji zapisów podpisanego dnia 29.05.2001r. *Porozumienia*. W trakcie spotkania zwrócono uwagę na brak szczegółowego zapisu dotyczącego oświetlenia drogowego, jako elementu charakterystycznego sieci, co powoduje problem dostępu pracowników Elfazu do urządzeń sterowniczych oświetlenia, bez udziału pracowników Zakładu. Przedstawiciele Zakładu wskazali, że urządzenia sterownicze oświetlenia znajdują się w różnych relacjach wobec pozostałych urządzeń elektroenergetycznych, co oznacza, że udostępnienie klucza pracownikom Elfazu byłoby jednoznaczne z umożliwieniem dostępu do pozostałych urządzeń Zakładu.

Przedstawiciele Elfazu zaproponowali, aby sporządzić dodatkowe porozumienie, upraszczające procedurę prac eksploatacyjnych na oświetleniu drogowym, zawierające m.in. ściśle określony obszar działania Elfazu, ograniczający ingerowanie w urządzenia energetyczne inne niż oświetlenie oraz zakres odpowiedzialności za szkody powstałe na urządzeniach Zakładu wywołane działaniem Elfazu.

Dowód: karta 29.

2.11. Na propozycje Elfazu zgłoszone na ww. spotkaniu, Zakład w piśmie z 22.05.2002r. nie wyraził zgody. Swoje stanowisko uzasadnił w piśmie z 27.06.2002r. stwierdzając, że propozycje Elfazu w zakresie uproszczenia procedur dopuszczenia do pracy jego brygad oraz przekazania kluczy do pomieszczeń ruchu elektrycznego Zakładu, nie mogą być uwzględnione z uwagi na treść § 6 ust. 3 *Umowy najmu*, zawartej z Gminą oraz § 2 ust. 2 *Porozumienia*, zawartego z Elfazem.

Dowód: karta 30, 33.

2.12. W reakcji na powyższe, w piśmie z 10.09.2002r., Elfaz wezwał Zakład do przestrzegania *Porozumienia* z 29.05.2002r. oraz poprosił o wydelegowanie pracownika w celu umożliwienia dokonania wymiany zamków do urządzeń pomiarowo-sterowniczych oświetlenia drogowego lub przekazania kluczy do tych urządzeń.

Dowód: karta 34.

2.13. W piśmie z 10.09.2002r. Zakład zweryfikował stanowisko wyrażone w ww. piśmie z 27.06.2002r. i zgodził się na udostępnienie Elfazowi kluczy do szafek sterowniczych oświetlenia drogowego w 10. wybranych stacjach transformatorowych - po wymianie istniejących zamków na nowe. Oświadczył też, że wymiany zamków dokona, o ile Elfaz zleci mu tę czynność (dowód: karta 37).

Odpowiadając na powyższe, w piśmie z 19.09.2002r. Elfaz podtrzymał swoje żądania zawarte w piśmie z 10.09.2002r. i poprosił o przekazanie kluczy bądź umożliwienie wymiany zamków we wszystkich, 45. szafkach sterowniczych oświetlenia drogowego, a nie tylko wybranych przez Zakład.

Dowód: karta 38.

2.14. Zakład w piśmie z 30.09.2002r. stwierdził, że zaproponował Elfazowi dostęp do tych szafek, które zostały zabudowane w niezależnych pomieszczeniach od pozostałych urządzeń stacji, ponieważ „*Instrukcja organizacji prac zespołów pracowników obcych przy urządzeniach elektroenergetycznych Zakładu Energetycznego Legnica S.A.*” nie przewiduje nieograniczonego dostępu pracowników Elfazu do pomieszczeń ruchu energetycznego. Dalej Zakład zauważył, że powyższa propozycja jest wyrazem jego daleko idącej woli

uregulowania wszelkich problemów wynikających z prowadzonej przez Elfaz eksploatacji sieci oświetleniowej.
Dowód: karta 39.

2.15. Zakład stwierdził, że skoro Elfaz działa na zlecenie Gminy, to przez odesłanie zawarte w § 4 ust. 2 i 3 *Umowy* z 22.02.2002r. (zawartej między Zakładem a Gminą), jego również obowiązuje „*Instrukcja Eksploatacji Oświetlenia Drogowego w ZE Legnica S.A.*” oraz „*Instrukcja Ruchu i Eksploatacji Sieci Rozdzielczej*”.
Dowód: karta 84.

2.16. Zakład wyjaśnił techniczne możliwości dostępu do szafek pomiarowo-sterowniczych sieci oświetleniowej na terenie Gminy Chocianów. Podał, że szafki te, zabudowane w stacjach transformatorowych, są zamknięte i zabezpieczone przed dostępem osób postronnych, drzwiczkami zamykanymi na zamek patentowy. Zgodnie z wieloletnią praktyką Zakładu, klucz do takiej szafki, tzw. klucz typowy, umożliwia dostęp do wszystkich urządzeń rozdzielczych niskiego napięcia na terenie całego obszaru obsługiwanego przez właściwą terenową jednostkę organizacyjną Zakładu. Niektóre z szafek są zabudowane w oddzielnych wnękach, niezależnych od rozdzielni i innych urządzeń. Tylko te szafki mogą być udostępnione Wnioskodawcom, lecz po wymianie zamków na „nietypowe”, tj. uniemożliwiające dostęp do pozostałych urządzeń Zakładu. Zakład obawia się ingerencji osób trzecich w swe urządzenia, ponieważ odpowiada za ruch prowadzony przy ich pomocy, a z jego praktyki wynika, że nie można wyeliminować błędów, za które ponosiłby odpowiedzialność.

Z powyższych względów Zakład może umożliwić Elfazowi dostęp do szafek pomiarowo-sterowniczych w 10. stacjach transformatorowych, po uprzedniej wymianie zamków na tzw. nietypowe (Wnioskodawcy nie zgodzili się na pokrycie kosztów wymiany ww. zamków).

Odmienne przedstawia się kwestia dostępu do pozostałych szafek. Szafki sterownicze w stacjach wewnętrznych zabudowane są we wspólnej wnęce z rozdzielnicą stacji, tak więc dostęp do szafki jest równoznaczny z dostępem do rozdzielnicy. Natomiast szafki sterownicze na stacjach słupowych są zabudowane w taki sposób, że istniejąca wewnątrz, niepełna przegroda, nie eliminuje dostępu osób trzecich do urządzeń Zakładu.

Dowód: karta 83-84.

2.17. W toku postępowania dowodowego, Prezes Urzędu zwrócił się do Burmistrza Miasta i Gminy Chocianów z pytaniem, czy jego zdaniem Elfaz napotyka na przeszkody ze strony Zakładu, wskutek czego nie może w pełni wywiązywać się z zawartych z Gminą *Umów* nr 2/2002 z 15.01.2002r. i nr 15/2002 z 04.03.2002r. oraz jak Burmistrz ocenia wywiązywanie się Elfaz z ww. umów (dowód: karta 149).

W odpowiedzi na powyższe pytanie, Burmistrz stwierdził, że Elfaz miał trudności w dostępie do urządzeń sterowniczych oświetlenia drogowego na terenie wiejskim Gminy Chocianów, wskazał też, że z zawartych umów Elfaz wywiązywał się bez zastrzeżeń.

Dowód: karta 150.

2.18. Strony zgodnie przyznały, że wykonywanie usług konserwacji sieci oświetleniowej wymaga współdziałania wykonawcy z Zakładem, tzn. jeżeli zabiegi naprawcze musiałyby być wykonywane codziennie, to codziennie występowałaby potrzeba współpracy z Zakładem. Wynika to z tego, że elementy oświetlenia drogowego są podwieszane na wspólnej konstrukcji z linią niskiego napięcia, zasilającą innych odbiorców energii elektrycznej.

Zakład podał, że konieczność współdziałania nie występuje codziennie – za cały 2002 rok odnotowano 10. zleceń na wykonanie czynności przez Zakład, udokumentowanych 3.

fakturami, nie wliczając czynności wykonywanych nieodpłatnie, bo przy okazji innych czynności eksploatacyjnych.
Dowód: karta 153-154, 156.

2.19. Za dostęp do urządzeń pomiarowych sieci oświetlenia drogowego Zakład wystawił Elfazowi faktury za „dopuszczenie do szafek oświetleniowych”: z dnia 05.03.2002r nr 1/PS842/HF/2002 na kwotę brutto 560,00 zł, z dnia 31.05.2002r. nr 4/PS2/2002 na kwotę brutto 280,00 zł, z dnia 16.12.2002r nr 9/PS2/2002 na kwotę brutto 700,00 zł.
Dowód: karta 174-176.

Ustosunkowując się do twierdzeń Zakładu odnośnie czynności jakie jego pracownicy wykonywali na zamówienie Elfazu – za co wystawiono im faktury – Wnioskodawcy stwierdzili, że rola służb Zakładu sprowadzała się do otwarcia drzwiczek szafki oświetleniowej, natomiast pozostałe czynności wykonywali pracownicy Elfazu. Prace usprawniające elementy sterowania oświetleniem wykonuje się na urządzeniach czynnych, zatem nie wymaga to czynności przygotowawczych ze strony Zakładu. Zdaniem Elfazu pobieranie od niego opłaty za otwarcie drzwiczek przynosi Zakładowi nieuzasadnione korzyści, ponieważ Gmina uiściła już czynsz najmu urządzeń sterowniczych.
Dowód: karta 132-133.

2.20. Sieć oświetleniowa, znajdująca się na rynku geograficznym ustalonym w przedmiotowej sprawie w 2002 roku wyglądała następująco:

1) w mieście Chocianów:

- linia napowietrzna oświetlenia drogowego o długości 11,25 km, na której zainstalowano 105 punktów świetlnych; z czego sieć o długości 10,94 km była własnością Gminy Chocianów;
- linia kablowa oświetlenia drogowego o długości 18,44 km, na której zainstalowano 443 punktów świetlnych; z czego sieć o długości 17,72 km była własnością Gminy Chocianów;

2) w gminie Chocianów:

- linia napowietrzna oświetlenia drogowego o długości 54,2 km, na której zainstalowano 596 punktów świetlnych; z czego sieć o długości 11,89 km była własnością Gminy Chocianów.

W 2002 roku Gmina Chocianów była:

- właścicielem wszystkich opraw oświetleniowych w ww. 1144 punktach oświetleniowych w mieście i gminie Chocianów,
- właścicielem sieci oświetlenia drogowego w mieście Chocianów,
- właścicielem części sieci oświetlenia drogowego (11,89 km) w gminie Chocianów (wsie: Trzebnice, Trzebnice – Marynów, Ogrodziska, Żabice).

W 2002 roku Zakład był:

- właścicielem części sieci oświetlenia drogowego (42,3 km) w gminie Chocianów (wsie: Chocianowiec, Chocianowiec – Zagórze, Raków, Michałów, Brunów, Szklary Dolne, Trzmielów, Nowa Wieś, Pogorzelska, Parchów, Jabłonów).

Dowód: karta 93, 171, 202, 203.

2.21. Z korespondencji prowadzonej między Zakładem a Gminą Chocianów wynika, że sporna była własność urządzeń oświetlenia drogowego na terenie miasta i gminy Chocianów. Zakład przyznał, że oświetlenie drogowe w mieście Chocianowie jest własnością Gminy – wraz z kablami, słupami i oprawami oświetleniowymi, ale urządzenia oświetleniowe stanowiące własność Gminy są zamontowane na urządzeniach elektroenergetycznych (w uproszczeniu: słupach stanowiących przede wszystkim konstrukcje wsporcze linii elektroenergetycznych „ogólnego przeznaczenia”, innych niż linie oświetleniowe), będących własnością Zakładu. Z tego powodu Zakład zawarł z Gminą *Umowę* nr 10/2002 (najmu sieci oświetleniowej) z dnia 22.02.2002r.

Dowód: karta 25, 26, 93, 109-110, 156.

Na podstawie *Umowy sprzedaży nr 8/ZE/5/2003*, zawartej dnia 30.06.2003r., Gmina Chocianów sprzedała Zakładowi sieci i urządzenia oświetlenia drogowego, zlokalizowane w mieście i gminie Chocianów.

Dowód: karta 199-205, 180.

2.22. Pismem dnia 12.05.2003r. Elfaz poinformował Prezesa Urzędu, że Umowy nr 2/2002 z 15.01.2002r. i nr 15/2002 z 04.03.2002r. zawarte z Gminą Chocianów wygasły dnia 31.12.2002r. i Wnioskodawcy nie wykonują już usług na rzecz Gminy.

Dowód: karta 153.

2.23. Dnia 30.06.2003r. Zakład zawarł z Gminą *Umowę o oświadczenie usługi oświetleniowej*, na podstawie której prace eksploatacyjne i modernizacyjne wykonywać będzie Zakład. Umowa powyższa została zawarta w trybie zamówienia z wolnej ręki, po uzyskaniu przez Gminę zgody Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Dowód: karta 180, 189-198.

2.24. W toku postępowania, dnia 25.03.2003r. Elfaz wniósł pismo uzupełniające do wniosku z 14.10.2002r., w którym wniósł o rozszerzenie toczącego się postępowania antymonopolowego przeciwko Zakładowi. Jako podstawę złożenia wniosku wskazał art. 27 ust. 1 ustawy *o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* (dalej: UZNK), zarzucając Zakładowi naruszenie jej art. 15 ust. 1 pkt 5 przez stwarzanie sytuacji powodujących pośrednio lub bezpośrednio narzucenie Urzędowi Gminy Chocianów dokonania zakupu usługi konserwacji oświetlenia drogowego od ZE Legnica S.A., wyczerpując art. 15 ust. 2 pkt 2 UZNK.

Decyzją nr 8/2003 z dnia 08.04.2003r. Prezes Urzędu odmówił wszczęcia postępowania antymonopolowego na podstawie wskazanego przez Elfaz zarzutu. Od decyzji tej Elfaz wniósł odwołanie, które wyrokiem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 17.03.2004r. (sygn. XVII Ama 49/03) zostało oddalone. Fakt, że akta sprawy wraz z odwołaniem Elfazu zostały przekazane do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów dnia 09.05.2003r., a zostały zwrócone 24.05.2004r. wpłynął na wydłużenie przedmiotowego postępowania.

Dowód: karta 134-141, 162.

3. Mając na uwadze zebrany materiał dowodowy Prezes Urzędu zważył, co następuje:

3.1. Naruszenie interesu publicznoprawnego.

Podstawą do zastosowania przepisów ustawy *o ochronie...*, jest uprzednie stwierdzenie przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, że w wyniku sporu pomiędzy stronami doszło do naruszenia interesu publicznoprawnego. Zgodnie bowiem z jej art. 1 ust.1 „ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznoprawnym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów”.

W art. 1 ust. 2 ustawy *o ochronie...*, wśród zjawisk wymagających przeciwdziałania, wymienia się praktyki ograniczające konkurencję. Z przepisu tego wynika, że celem interwencji Prezesa Urzędu jest przede wszystkim ochrona rynku przed jego dezorganizacją ze strony przedsiębiorców wykorzystujących swą dominującą pozycję. Art. 8 ust. 2 ustawy *o ochronie...*, wymienia przykładowo zachowania, typowe dla podmiotów dominujących, uznane przez ustawodawcę jako zagrażające interesowi publicznemu (art. 1 ust. 1). Należy do nich praktyka przeciwdziałania ukształtowaniu się warunków niezbędnych powstania bądź rozwoju konkurencji z art. 8 ust 2 pkt 5 ustawy *o ochronie...* Praktyki ograniczające konkurencję można 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 innych niż konkurencyjne

interesów uczestników rynku. W przypadku praktyk eksploatacyjnych bezpośrednim celem lub skutkiem działań przedsiębiorców jest wykorzystanie przez przedsiębiorców wcześniej istniejącej przewagi nad kontrahentami.

Dla stwierdzenia zagrożenia interesu publicznego wystarczające jest dowolne nadużycie siły rynkowej w relacjach ze słabszymi uczestnikami rynku, bowiem już sam fakt nadużycia posiadanej pozycji dominującej na rynku narusza interes publiczny. W przedmiotowej sprawie wszczęcie i prowadzenie postępowania przez Prezesa Urzędu jest zgodne z interesem publicznoprawnym, ponieważ działanie Uczestnika postępowania wiąże się z dezorganizacją lokalnego rynku usług modernizacji, konserwacji i remontów urządzeń i sieci oświetlenia drogowego i ulicznego. Ochrona zaś konkurencji – zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy *o ochronie...* - leży w interesie publicznoprawnym. Do naruszenia interesu publicznego dochodzi także wówczas, gdy skutki utrudniania konkurencji dotyczą jednego przedsiębiorcy, jak bowiem stwierdził Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 26.02.2004 r. (sygn. III SK 2/04), 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 wywołać zakazane skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”*.

Mając na uwadze, iż zarzuty postawione Uczestnikowi postępowania dotyczą zasad wolnej konkurencji, podjęte przez Prezesa Urzędu działania mają na celu ochronę interesu publicznoprawnego.

3.2. Określenie rynku właściwego.

Zachowania podmiotów odbywają się w strukturze rynkowej, dlatego istotne znaczenie ma określenie rynku właściwego w sprawie, czyli rynku towarów, *które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji* (art. 4 pkt 8 ustawy *o ochronie ...*).

Zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (d. Sądu Antymonopolowego, w skrócie: „SA”) w sprawach o stosowanie praktyk monopolistycznych, należy dążyć do możliwie wąskiej segmentacji rynku. Im węższej, bardziej szczegółowo, jak wskazuje SA w orzeczeniu z dnia 4 października 1993 r. (sygn. akt XVII Amr 29/93, opubl.: Wokanda 1994 r. Nr 3) uda się wyodrębnić rynek, tak w ujęciu produktowym (przedmiotowym), 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 powodowałoby, iż ograniczenia antymonopolowe straciłyby sens.

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 dostawy energii elektrycznej, ponieważ dostawa energii elektrycznej stanowi podstawowy przedmiot działalności EnergiaPro, na którą to działalność, zgodnie z przepisami prawa energetycznego, posiada koncesje. W bezpośrednim związku z tym rynkiem pozostaje rynek usług modernizacji, konserwacji i remontów urządzeń i sieci oświetlenia drogowego i ulicznego (w dalszej części decyzji zwany w skrócie: „rynek konserwacji sieci oświetleniowej”), ponieważ wykonywanie tych usług jest całkowicie uzależnione od współpracy z przedsiębiorstwem sieciowym dostarczającym energię elektryczną. Innymi słowy, bez współdziałania z EnergiaPro, Elfaz nie jest zdolny do wykonywania powierzonych mu przez Gminę usług konserwacji sieci oświetleniowej.

Teoria dwóch rynków została zaakceptowana przez europejskie organy antymonopolowe np. w sprawie ECS/AKZO, w której pozycja dominująca na jednym rynku może być nadużyta wskutek postępowania przedsiębiorstwa na innym rynku. W sprawie tej Komisja określiła rynek produktu jako rynek nadtlenków organicznych, mimo że nadużycie miało na celu wyrządzenie szkód spółce ECS na innym rynku - rynku dodatków do mąki (sprawa nr IV/30.698, ECS/AKZO, Commission decision 1985, Official Journal of the European Communities, nr L 374, s. 16-17). Komisja Europejska i Europejski Trybunał Sprawiedliwości uznali, że „nadużycie pozycji dominującej na rynku surowców może ograniczać konkurencję na rynku, na którym są sprzedawane pochodne surowca, i te efekty muszą być wzięte pod uwagę w rozważaniach skutków naruszenia prawa, nawet jeśli rynek produktów pochodnych nie stanowi rynku samoistnego” (vide: B. Majewska-Jurczyk, *Dominacja w polityce konkurencji Unii Europejskiej*, Wrocław 1998, s. 46-47 i podane tam orzecznictwo).

Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie, gdzie siła rynkowa EnergiaPro na rynku dostawy energii elektrycznej wywarła bezpośredni skutek na rynku pochodnym, jakim jest rynek konserwacji sieci oświetleniowej, powodując zachwianie konkurencji na tym rynku. Wykonywanie usług konserwacji sieci oświetleniowej stanowi bowiem jeden z przedmiotów działalności zarówno Wnioskodawców, jak i Uczestnika postępowania. Strony postępowania są względem siebie konkurentami na rynku usług konserwacji oświetlenia drogowego, z tym, że Wnioskodawcy muszą wykonywać te usługi przy koniecznej współpracy z Uczestnikiem postępowania, podczas gdy on sam posiada pełną autonomię w sposobie świadczenia przedmiotowych usług, wynikającą z dominacji na lokalnym rynku dostawy energii elektrycznej. Wprawdzie w Postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego, zarzucono Zakładowi nadużywanie pozycji dominującej na rynku konserwacji sieci oświetleniowej, jednak po przeprowadzeniu postępowania dowodowego organ antymonopolowy ustalił, że rynkiem właściwym w ujęciu produktowym jest rynek dostawy energii elektrycznej, od którego silnie jest uzależniony rynek konserwacji sieci oświetleniowej. Jest to zgodne ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, który w wyroku z dnia 07.05.2004r. (III SK 38/04) stwierdził, że „określenie rynku właściwego w odniesieniu do pozycji dominującej konkretnego przedsiębiorcy możliwe jest zwykle dopiero w decyzji wydawanej w wyniku wszczętego postępowania i to w jej uzasadnieniu, a nie w sentencji tej decyzji”.

Rynkiem geograficznym w przedmiotowej sprawie jest obszar miasta i gminy Chocianów, ponieważ Gmina zleciła Elfazowi (rynek podażowy) wykonywanie usług na tym właśnie terenie i tam też Wnioskodawcy spotkali się z - objętymi zarzutami przedmiotowego postępowania - ograniczeniami w wykonywaniu swojej działalności. Ustalenie obszaru geograficznego rynku determinują następujące czynniki: 1) w sposób naturalny - infrastruktura oświetleniowa, znajdująca się na terenie administracyjnym Gminy Chocianów, 2) zasięg terytorialny zleconych przez nią usług konserwacyjnych, 3) sytuacja, w której zarówno Wnioskodawcy, jak i Uczestnik postępowania walczą o prawo wykonywania usług konserwacyjnych sieci oświetleniowej na tak określonym obszarze. Zatem rynkiem właściwym w niniejszej sprawie jest rynek dostawy i sprzedaży energii elektrycznej na terenie miasta i gminy Chocianów.

3.3. Określenie pozycji EnergiaPro na rynku właściwym.

Art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie... definiuje pozycję dominującą jako *pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów; domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku przekracza 40 %.*

EnergiaPro prowadzi działalność gospodarczą w obrębie niekonkurencyjnego rynku dostawy energii elektrycznej, będąc jedynym dostawcą energii elektrycznej na rynku

właściwym (posiada koncesje na przesył, dystrybucję i obrót energią elektryczną). Na tym rynku Uczestnik postępowania jest monopolistą naturalnym i nie spotyka się z żadną konkurencją. Siła rynkowa jaką EnergiaPro posiada na rynku dostawy energii elektrycznej jest czynnikiem, który pozwala jej wpływać na warunki konkurencji na rynku współzależnym, tj. usług konserwacji sieci oświetleniowej. Inaczej mówiąc, uzależnienie techniczne i technologiczne rynku usług konserwacji sieci oświetleniowej od rynku dostawy energii elektrycznej, spowodowane występowaniem tej samej infrastruktury przesyłowej i oświetleniowej na obu rynkach, a także uzależnienie organizacyjne innych podmiotów od dostawcy energii, pozwala EnergiaPro oddziaływać na stan konkurencji na rynku współzależnym.

Posiadając pozycję dominującą na rynku dostawy energii elektrycznej do 1144. punktów oświetleniowych na obszarze wiejskim i miejskim Gminy, EnergiaPro wywierała zasadniczy wpływ na możliwość obsługi elektrotechnicznej tych punktów. Urządzenia oświetleniowe, na których Elfaz miał wykonywać usługi stanowiły wprawdzie własność Gminy, jednak były one zamontowane na urządzeniach elektroenergetycznych (słupach stanowiących przede wszystkim konstrukcje wsporcze linii elektroenergetycznych), stanowiących własność Zakładu. Stąd też Zakład, nie będąc właścicielem punktów oświetleniowych, miał wpływ na ich obsługę, tj. dopuszczenie do pracy na tych urządzeniach, otwarcie szafek oświetleniowych, wyłączenie i załączenie linii, założenie uziemiaczy; generalnie: umożliwienie wykonywania czynności konserwacyjno-eksploatacyjnych. Dominacja EnergiaPro na rynku dostawy energii powodowała, że mogła ona w pełni kontrolować rynek usług konserwacji sieci. Z materiału dowodowego wynika, że względy natury technicznej (konstrukcja sieci i urządzeń oświetleniowych) powodują, że EnergiaPro silnie oddziaływała na rynek usług konserwacji sieci oświetleniowej, w taki sposób, że działalność innych podmiotów na tym rynku była mocno uzależniona od jej zachowania. Może więc utrudniać, ograniczać, a nawet eliminować konkurentów z tego rynku w celu jego monopolizacji.

W orzecznictwie antymonopolowym jest wiele orzeczeń uznających za praktykę np. dyktowanie przez zakład gazowniczy, działający również na rynku wykonawstwa sieci gazowniczych i pośrednictwa w obrocie materiałami do wykonywania takich robót, warunku wykonywania gazociągów przez konkurenta jedynie z materiałów zakupionych za jego pośrednictwem, pod rygorem nie przyjęcia do użytkowania wybudowanego gazociągu (wyrok SA z 27.10.1992r., XVII Amr 20/92, opubl. Wokanda 1993, nr 4). Również za praktykę uznana została odmowa przedsiębiorstwa wodociągów i kanalizacji - monopolistę w dostawie wody – wykonywania przez innych przedsiębiorców przyłączeń do jego sieci wodociągowej, tzw. nawierteł, pomimo że nie są to skomplikowane pod względem technicznym czynności, zaś przedsiębiorcy ci posiadają stosowne uprawnienia. Praktyka ta miała na celu wyeliminowanie konkurentów z rynku, na którym działało również przedsiębiorstwo wodno-kanalizacyjne (wyrok SA z 03.06.1998r., XVII Ama 16/98).

Widoczne jest zatem, że przedsiębiorstwa działające w warunkach monopolu sieciowego mogą w bezpośredni sposób przenosić swoją władzę rynkową na inne rynki (tzw. subrynki, rynki zależne), związane z budową, konserwacją, naprawami sieci i urządzeń. Rynki te zaś, co do zasady, są rynkami konkurencyjnymi, a nie objęte patronatem Zakładu.

Jedyna możliwość bezpośredniego ingerowania w sposób eksploatacji sieci przez EnergiaPro wynika m.in. rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 17 września 1999 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy urządzeniach i instalacjach energetycznych (Dz.U. Nr 80, poz. 912), dalej zwane „rozporządzeniem”, na podstawie którego opracowuje, tzw. Instrukcje, do których muszą stosować się zarówno najemcy sieci elektroenergetycznych, jak też przedsiębiorcy wykonujący prace remontowo-konserwacyjne. Takie obowiązki wynikają wprost z umów zwartych z tymi podmiotami, i tak: Umowa nr 10/2002 z Gminą Chocianów z § 6 ust. 2 odsyła do „Instrukcji Eksploatacji Oświetlenia Drogowego w ZE Legnica S.A.” i „Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Rozdzielczej”, natomiast Porozumienie

z dnia 29.05.2001r. zawarte z Elfazem w § 2 ust. 2 do „Instrukcja organizacji prac zespołów pracowników obcych przy urządzeniach elektroenergetycznych Zakładu Energetycznego Legnica S.A.”. Wynika z tego wyraźnie, że nawet gdy EnergiaPro wynajęła Gminie sieć i nie wykonywała czynności remontowo-konserwacyjnych, to posiadała istotny wpływ zarówno na sposób korzystania z przedmiotu najmu, jak i na tryb pracy obcych pracowników przy wynajętych urządzeniach elektroenergetycznych. Zgodnie z ostatnią ze wskazanych wyżej Instrukcji, udziału pracowników EnergiaPro wymaga m.in. przygotowanie miejsca pracy, dopuszczenie brygady wykonawcy do pracy, likwidacja miejsca pracy. Takie wzajemne ukształtowanie praw i obowiązków powoduje, że inne podmioty, nawet gdy posiadają do tego tytuł prawny (np. umowa najmu, zlecenie wykonania prac konserwacyjnych), nie mogą wykonywać swojej pracy bez uczestnictwa pracowników EnergiaPro. Widoczne zatem jest, że Elfaz wykonując zadania zlecone przez Gminę, musi każdorazowo współpracować z EnergiaPro i bez jej dobrej woli oraz pośredniego lub bezpośredniego uczestnictwa prowadzenie działalności Elfazu jest wykluczone.

Reasumując: EnergiaPro, posiadając pozycję dominującą na rynku dostawy energii, przenosi swoją władzę i wywiera zasadniczy wpływ na funkcjonowanie drugiego z rynków - rynku usług konserwacji sieci oświetleniowej i w zasadniczy sposób może kształtować warunki konkurencji na tym rynku poprzez określanie zasad dostępu i korzystania z sieci i urządzeń oświetleniowych.

3.4. Analiza zarzutów Wnioskodawcy, wskazanych we wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego:

I.

Pierwszy z postawionych EnergiaPro zarzutów dotyczy uniemożliwiania Wnioskodawcom dostępu do sieci oświetlenia drogowego w celu wykonania czynności modernizacyjnych, konserwacyjnych i remontowych, zleconych im do wykonania przez Gminę Chocianów (najemcą tej sieci), co – zdaniem Wnioskodawcy – stanowi praktykę ograniczającą konkurencję określoną w art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy *o ochronie*....

Dla stwierdzenia, że przedsiębiorca stosuje praktykę ograniczającą konkurencję, opisaną w art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy *o ochronie*..., polegającą na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych powstania bądź rozwoju konkurencji, muszą być łącznie spełnione dwie przesłanki:

- 1) przedsiębiorca musi posiadać pozycję dominującą,
- 2) przeciwdziałać ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Ad 1). Jak stwierdzono w rozważaniach powyżej, EnergiaPro posiada pozycję dominującą na lokalnym rynku dostawy energii elektrycznej. Tym samym pierwsza przesłanka praktyki z art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy *o ochronie*..., została spełniona.

Ad 2). Wolna konkurencja oznacza otwarty dostęp do rynku na równych prawach dla wszystkich przedsiębiorców. Im więcej jest konkurentów na rynku, tym mniej jest możliwości jednostronnego dyktowania przez przedsiębiorcę warunków umów niezależnych od konkurentów i kontrahentów. Również mechanizmy rynkowe funkcjonują efektywniej, gdy na rynku działa więcej przedsiębiorców.

„Stosowaniu praktyki określonej w art. 8 ust. 2 pkt 5 sprzyja funkcjonowanie przez przedsiębiorców w warunkach tzw. monopolu sieciowego, np. w energetyce czy sektorze wodociągowo-kanalizacyjnym. Podstawowa sfera aktywności tych przedsiębiorców powiązana jest bezpośrednio lub pośrednio z rynkami, których uczestnicy uzależnieni są od

monopolisty ze względu na możliwość dyktowania przez niego warunków prowadzenia przez nich działalności na rynkach konkurencyjnych. W przypadkach, gdy monopolistyczny przedsiębiorca w sposób nie znajdujący uzasadnienia ze względów organizacyjnych, technicznych, prawnych lub innych narzuca pewne warunki, utrudniające lub uniemożliwiające konkurowanie przedsiębiorcom na tych rynkach, działanie takie uznawane jest za praktykę, o której mowa w omawianym przepisie” (E. Modzelewska - Wąchał, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów - komentarz*, Warszawa 2002 str. 115).

Z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie, ponieważ działanie EnergiaPro – ze względu na istniejący po jej stronie monopol sieciowy – wywołuje skutki również na innych rynkach, tu: na rynku usług konserwacji sieci oświetleniowej. Mimo, że urządzenia elektroenergetyczne, na których usługi miał wykonywać Elfaz zostały formalnie wynajęte Gminie, to z uwagi na monopolizację rynku dostawy energii elektrycznej, EnergiaPro posiadała decydujący wpływ na rynek usług konserwacji sieci oświetlenia drogowego, co zostało udowodnione w punkcie 3.3 na str. 11 decyzji.

Faktyczne utrudnianie Wnioskodawcom dostępu do sieci oświetlenia drogowego w celu wykonania usług, zleconych im przez Gminę Chocianów przejawiało się tym, że Zakład przede wszystkim nienależycie współpracował z Elfazem przy wykonywaniu *Porozumienia* z dnia 29.05.2001r. Polegało to na tym, że:

- 1) zgodnie z § 6 ust. 1 *Porozumienia* Zakład był zobowiązany sporządzić protokół stanowiący załącznik do *Porozumienia*, zawierający zestawienie ilościowe sieci oraz wykaz niezbędnych prac i czynności dla jej utrzymania, tymczasem z opóźnieniem sporządził zestawienie ilościowe sieci, nie wykonał zaś wykazu niezbędnych prac;
- 2) w sytuacji, gdy Elfaz zgłaszał rozbieżności interpretacyjne, powstające na tle wykonywania niektórych postanowień *Porozumienia*, Zakład nie podejmował żadnych kroków w celu ich wyjaśnienia;
- 3) Zakład wyrażał zgodę na dopuszczenie Elfazu do wybranych przez siebie szafek oświetleniowych, a na dostęp do pozostałych godził się pod warunkiem, że zostaną przebudowane na koszt Elfazu. Natomiast do prawidłowego wykonywania prac Elfazu konieczny był dostęp do wszystkich sieci, a Elfaz prosił o umożliwienie mu samodzielnej wymiany zamków;
- 4) Zakład żądał sporządzania poleceń pisemnych, w sytuacjach gdy ze względów organizacyjnoprawnych nie było to konieczne, tj. usuwanie drobnych awarii, np. wymiana bezpiecznika czy fotokomórki (rozporządzenie w § 64 ust. 4 przewiduje możliwość wykonywania prac bez polecenia pisemnego, pod warunkiem, że czynności związane z dopuszczeniem do pracy ustalono odrębnie na piśmie).
- 5) Zakład pobierał od Elfazu (działającego na zlecenie Gminy) opłaty za dostęp do sieci i urządzeń oświetlenia drogowego, podczas gdy były one przedmiotem umowy najmu zawartej z Gminą i Gmina płaciła czynsz za eksploatację (w tym dostęp) tych urządzeń.

Są to zdaniem Prezesa Urzędu zachowania EnergiaPro, wskazujące na nadużywanie pozycji dominującej, które nie zaistniałoby w warunkach efektywnej konkurencji, gdzie żadna ze stron nie posiada zdecydowanej przewagi ekonomicznej. W warunkach zrównoważonej konkurencji współpraca zwykle przebiega harmonijnie, z uwagi na obopólne interesy kontrahentów i podobny cel tej współpracy.

Aby ocenić, czy EnergiaPro stosowała praktykę ograniczającą konkurencję, należy się zastanowić, na ile jej zachowanie w stosunku do Wnioskodawców było uzasadnione i powodowane przesłankami obiektywnymi, a na ile wynikało z chęci wyeliminowania ich z rynku. Otóż na pewno należy rozważyć, czy zachowanie Uczestnika postępowania było spowodowane wymogami bezpieczeństwa pracy oraz brakiem odpowiedzialności Wnioskodawców za ewentualnie wyrządzone przez nich szkody. Zdaniem Prezesa Urzędu, w świetle zebranego materiału dowodowego, objęte zarzutem Wnioskodawców zachowanie EnergiaPro, nie znajduje obiektywnego uzasadnienia. Te kwestie zostały między stronami uregulowane w licznych dokumentach: w *Porozumieniu* z 29.05.2001 r. w § 2 i 4 określono,

że Elfaz ponosi odpowiedzialność za uszkodzenia sieci i że będzie wykonywał prace zgodnie z „Instrukcją organizacji prac zespołów pracowników (...), którą zresztą strony wspólnie opracowały. Również Umowa z 22.02.2002r. między Zakładem a Gminą Chocianów w § 6 stanowiła, że prace eksploatacyjne na sieci będą wykonywane zgodnie z wymogami ww. Instrukcji (...), a odpowiedzialność za uszkodzenia lub zniszczenia sieci, Gmina będzie ponosić solidarnie z osobami trzecimi (np. Elfazem). Widoczne zatem jest, że utrudnianie prowadzenia działalności Elfazowi, nie wynikało z braku określenia jego odpowiedzialności czy też braku odpowiednich kwalifikacji do wykonywania danego charakteru robót. Nie zasługuje na uwzględnienie argument Uczestnika postępowania, że określenie zakresu odpowiedzialności Wnioskodawców jest „wątpliwe z przyczyn utrudnień dowodowych”. Zdaniem organu antymonopolowego, trudności dowodowe nie mogą stanowić uzasadnienia nadużywania przez podmiot dominujący swojej pozycji; przecież czasem rozstrzygnięcie sporu wynikłego z nieskomplikowanych przedmiotowo umów może napotykać na trudności dowodowe, a mimo to są one w obrocie gospodarczym zawierane. Z tego, chybionego argumentu EnergiaPro wynika wniosek, że skoro może być trudne do udowodnienia, to lepiej w ogóle nie wchodzić z danym kontrahentem w stosunki umowne. Zresztą w toku postępowania EnergiaPro nie wskazała, aby kiedykolwiek miała miejsce sytuacja, w której Elfaz zniszczyłby czy uszkodził urządzenia elektroenergetyczne lub zdarzenie, które mogłoby powodować odpowiedzialność odszkodowawczą Wnioskodawców; również Gmina nie zgłaszała uwag do jakości usług świadczonych przez Elfaz.

Trzeba się także zastanowić, czy Elfaz spełniał pozostałe warunki, konieczne do umożliwienia mu dostępu do wykonywania prac przy urządzeniach energetycznych oświetlenia drogowego. W myśl § 1 ust. 2 zawartego *Porozumienia*, Zakład gwarantuje Elfazowi możliwość wykonywania prac eksploatacyjnych, modernizacyjnych i rozwojowych, zleconych mu przez osoby trzecie w obrębie własnej sieci elektroenergetycznej niskiego napięcia, z zachowaniem zasad dotyczących organizacji pracy przy urządzeniach elektroenergetycznych, pod warunkiem posiadania przez takich zleceniodawców: tytułu prawnego lub umowy o przyłączenie. Również ten warunek został spełniony: Gmina zleciła Elfazowi wykonywanie takich prac, posiadając zawartą wcześniej z Zakładem Energetycznym umowę najmu sieci oświetlenia drogowego. Istniał zatem wymagany § 1 ust. 2 lit. a) *Porozumienia* „tytuł prawny”, konieczny do umożliwienia Wnioskodawcom wykonywania zleconych im prac.

Brakiem takiego „tytułu prawnego” uzasadniał Zakład fakt, że nie dopuścił Elfazu do wykonywania przedmiotowych prac w styczniu 2002r. Jak wynika ze zgodnego oświadczenia Gminy i Zakładu, umowa najmu sieci oświetlenia drogowego została zawarta 22.02.2002r. W tej sytuacji, nawet jeśli można usprawiedliwić to, że Zakład nie dopuścił Wnioskodawców do wykonywania prac na sieci oświetleniowej w styczniu i lutym 2002r., to nie znajduje uzasadnienia uniemożliwianie im tego w kolejnych miesiącach tego roku. O tym, że Zakład ograniczał i utrudniał Wnioskodawcom wykonywanie zleconych prac świadczy korespondencja prowadzona w tej sprawie także we wrześniu 2002 roku. Z tego więc wynika, że pomimo istnienia tytułu prawnego (umowa Elfazu z Gminą) do wykonywania prac na sieci oświetleniowej, Zakład w dalszym ciągu utrudniał Elfazowi realizację jego zadań.

Widoczne zatem jest, że nie istniały obiektywne przesłanki natury organizacyjnej i prawnej, które pozwalałyby Zakładowi odmówić Elfazowi dostępu do sieci oświetlenia drogowego celem przeprowadzenia ich eksploatacji i konserwacji. Przeciwnie, Zakład znajdował coraz to nowe argumenty, aby utrudnić Elfazowi prawidłową realizację umowy zawartej z Gminą. Nawet jeśli przyjąć, że *Porozumienie* zawarte między Wnioskodawcami a Uczestnikiem postępowania nie do końca precyzyjnie regulowało niektóre warunki współpracy, to zasadne było zawarcie dodatkowej umowy (porozumienia), eliminującej powstające wątpliwości interpretacyjne, co - jak wyżej wskazano - sugerowali Wnioskodawcy. Zakład wprawdzie zauważył, że realizacja *Porozumienia* łączącego strony, wymagała ich zgodnego współdziałania, jednak nie poczynił żadnych kroków w tym

kierunku, mimo że Wnioskodawcy wystąpili z propozycją zawarcia dodatkowego „porozumienia” (vide np. notatka z dnia 14.05.2002r., karta 29).

Nie można zaakceptować twierdzenia EnergiaPro, w myśl którego nie można było umożliwić Elfazowi nieograniczonego dostępu do urządzeń oświetleniowych w zamian za „wątpliwe deklaracje umownego określenia warunków przechowywania kluczy, zakresu działania Wnioskodawców (...) oraz wątpliwego ze przyczyn utrudnień dowodowych, określenia zakresu odpowiedzialności za ewentualne szkody wynikłe wskutek działania Wnioskodawców.” Zdaniem Prezesa Urzędu, w § 6 *Umowy* EnergiaPro z Gminą w sposób należyty uregulowano kwestie odpowiedzialności cywilnoprawnej Gminy i osób działających na jej zlecenie (w tym Elfazu) oraz zagwarantowano, że prace na sieci będą wykonywane zgodnie z techniczno-prawnymi wymogami w zakresie eksploatacji urządzeń oświetlenia drogowego. Zatem nie do przyjęcia jest argument Uczestnika postępowania, że z uwagi na odpowiedzialność jaką ponosi, nie mógł umożliwić Elfazowi swobodnego (w zakresie powierzonych mu zadań) dostępu do sieci oświetleniowej. W ocenie Prezesa Urzędu, *Porozumienie* zawarte z Elfazem oraz *Umowa* zawarta z Gminą, dostatecznie reguluje warunki prac eksploatacyjnych na sieci oraz odpowiedzialność podmiotów wykonujących te prace i nie było konieczności wprowadzania dodatkowych warunków w tym zakresie. Można było rozważyć np. rozwiązanie proponowane przez Wnioskodawców, tj. uproszczenie procedury pobierania kluczy do szafek oświetleniowych. Jednak Zakład na takie rozwiązanie się nie zgodził, proponując przebudowę tychże szafek, co mieliby opłacić Wnioskodawcy.

Analizując dokuczliwość zachowania EnergiaPro w stosunku do Elfaz należy mieć także na względzie specyfikę usług, jakie świadczy. Zrozumiałe są starania Elfazu aby usprawnić dostęp do urządzeń elektroenergetycznych, bo w przypadku oświetlenia liczy się czas, w jakim naprawa zostanie wykonana. Obowiązek sporządzania pisemnych poleceń w sytuacji, gdy nie jest to bezwzględnie konieczne niewątpliwie ogranicza prowadzenie działalności gospodarczej w przedmiotowym zakresie. Istotne jest też to, że Elfaz miał obowiązek wykonywania prac w sytuacjach awaryjnych, kiedy nawiązanie kontaktu z pracownikami EnergiaPro było utrudnione (w nocy, w dni wolne). W tym stanie należy uznać, że zwłoka w wykonywaniu warunków *Porozumienia* lub też odmowa uproszczenia niektórych procedur w sposób poważny ograniczała działanie Wnioskodawców.

Umowa najmu sieci napowietrznej oświetlenia drogowego, zawarta między Gminą Chocianów a Zakładem nie wskazuje, aby możliwość eksploatacji sieci – oprócz czynszu najmu - była uzależniona od wnoszenia jakichkolwiek dodatkowych opłat. Tymczasem po tym, jak Gmina zleciła Elfazowi wykonywanie czynności eksploatacyjnych i konserwacyjnych tej sieci, Zakład zaczął wystawiać Wnioskodawcom faktury. W sumie za umożliwienie im wykonywania pracy, zapłacili Zakładowi 1540,00 zł. Zgodzić się należy z twierdzeniami Wnioskodawców, że żądając od nich powyższych opłat, EnergiaPro pobierała podwójną cenę za tę samą czynność. Z jednej strony bowiem za wynajęcie Gminie Chocianów sieci oświetleniowej łącznie z urządzeniami pomiarowo-sterowniczymi, EnergiaPro pobierała czynsz najmu od Gminy, a następnie za dostęp do wynajętych urządzeń żądała zapłaty od Elfaz, który działał na zlecenie Gminy. Zakład stwierdził, że wykonywanie uprawnień wynikających z *Umowy* zawartej z Gminą jest ograniczone warunkami powołanych wyżej *Instrukcji*. Jego zdaniem, ze względu na te ograniczenia, Gmina, ani działający na jej zlecenie Elfaz nie mogli wykonywać poszczególnych czynności, zaś czynsz ich nie obejmował. W tej sytuacji Zakład wystawił faktury za wykonanie czynności, które wykonał na zlecenie Elfazu.

Prezes Urzędu nie może zgodzić się z takim stanowiskiem EnergiaPro – jego trafności przeczy choćby treść umowy najmu zawartej z Gminą. W myśl art. 659 § 2 i art. 666 § 1 k.c., najemca (tu: Gmina) ma prawo posiadania rzeczy i jej używania. Na podstawie *Umowy* najmu Wynajmujący, tj. EnergiaPro – w zamian za umówiony czynsz - oddała Gminie do używania sieć napowietrzną ze wszystkimi jej składnikami, na co wskazuje § 2 *Umowy*. W tym stanie rzeczy nie znajduje uzasadnienia działanie EnergiaPro, polegające na utrudnianiu Elfazowi

(występującemu w imieniu Gminy) dostępu do sieci i wykonywania czynności eksploatacyjnych. Nie zasługuje także na uwzględnienie argument EnergiaPro, że czynsz najmu płacony przez Gminę nie rekompensował czynności podejmowanych przez Wynajmującego. Zdaniem Prezesa Urzędu, strony *Umowy* powinny ustalić czynsz w takiej wysokości, aby umożliwić najemcy swobodne i zgodne treścią umowy używanie przedmiotu najmu, zamiast obciążać dodatkowymi opłatami podmiot trzeci, jakim był w tym przypadku Elfaz. Nadto stwierdzenie Zakładu, że czynsz najmu płacony przez Gminę „nie stanowi odzwierciedlenia korzyści, które utracił wskutek niemożności wykonywania usług w zakresie eksploatacji urządzeń oświetleniowych, jakie mógłby uzyskać nawet ponosząc koszty czynności ujętych w spornych fakturach” dowodzi, że pobierając opłaty od Elfazu, Zakład rekompensuje sobie utracone korzyści.

W sprawie istotne znaczenie ma fakt, że Elfaz i EnergiaPro są konkurentami na rynku usług konserwacji oświetlenia drogowego. Gmina, w 2002 roku, powierzyła wykonywanie tych usług Elfazowi, po tym, jak jego oferta została wybrana w przetargu. Analiza opisanego w decyzji zachowania Uczestnika postępowania i skutki jakie wywołało dowodzi, że zachowanie EnergiaPro miało na celu wyeliminowanie Elfazu z rynku, a w konsekwencji zawarcie z Gminą umowy o obsługę tego rynku. I nie było by w tym nic nagannego, gdyby nastąpiło to wskutek funkcjonujących prawidłowo mechanizmów rynkowych, tzn. w warunkach, gdzie konkurencję tę wygrałoby przedsiębiorstwo efektywniejsze. Jednak w przedmiotowej sprawie EnergiaPro dokonała tego poprzez nadużycie pozycji dominującej. Efektem powyższego stanu rzeczy jest sytuacja, gdzie od początku 2003 roku usługi konserwacji sieci oświetleniowej świadczy właśnie EnergiaPro, przy czym te usługi zostały jej zlecone przez Gminę w trybie bezprzetargowym. Skutek działania EnergiaPro jest więc widoczny – zmonopolizowała rynek usług modernizacji, konserwacji i remontów urządzeń i sieci oświetlenia drogowego i ulicznego na terenie miasta i gminy Chocianów. O monopolizacji tego rynku świadczy również fakt, że sieci i urządzenia oświetlenia drogowego należące do Gminy dnia 30.06.2003r. zostały sprzedane EnergiaPro.

Mając powyższe na względzie należy stwierdzić, że EnergiaPro swoim zachowaniem przeciwdziałała ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, tak więc także druga z przesłanek art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy *o ochronie* została spełniona.

Z uwagi na to, że umowy z Gminą, na podstawie których Elfaz świadczył usługi konserwacji urządzeń elektroenergetycznych były zawarte na czas określony do 31 grudnia 2002 roku, Prezes Urzędu uznaje, że EnergiaPro stosowała praktykę ograniczającą konkurencję do końca 2002 roku. Po tym dniu Elfaz nie miał tzw. tytułu prawnego, który zgodnie z § 1 ust. 2 *Porozumienia* uprawniał go do wykonywania prac, a jednocześnie zobowiązywał Zakład do współpracy w tym zakresie.

Wobec spełnienia wszystkich przesłanek, wymaganych dla wystąpienia zarzucanej EnergiaPro praktyki ograniczającej konkurencję, Prezes Urzędu stwierdza, że swoim zachowaniem naruszyła ona przepis art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy *o ochronie*

II.

Drugą praktyką zarzuconą Uczestnikowi postępowania przez Elfaz jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku wskutek wypełnienia znamion praktyki ograniczającej konkurencję, opisaną w art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy *o ochronie*....

Praktyka ograniczająca konkurencję z art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy *o ochronie* ... polega na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku właściwym poprzez narzucanie przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści.

Dla stwierdzenia wymienionej wyżej praktyki, muszą zostać spełnione łącznie wszystkie następujące przesłanki:

- 1) posiadanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej na rynku krajowym lub lokalnym,
- 2) narzucanie warunków umów,
- 3) uciążliwość warunków umów,
- 4) uzyskiwanie nieuzasadnionych korzyści.

Ad 1). Posiadanie przez EnergiaPro pozycji dominującej na lokalnym rynku dostawy i sprzedaży energii elektrycznej, zostało wykazane wyżej. **Zatem należy powtórzyć, że spełniona jest pierwsza z przesłanek art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie**

Ad 2). W orzecznictwie wyraźnie ukształtował się pogląd, że narzucanie uciążliwych warunków umowy musi mieć charakter przymusowy, wymuszony przez podmiot dominujący posiadaną siłą rynkową. Dlatego analizując istnienie tej przesłanki bada się, czy dany warunek umowy został przez strony wynegocjowany, czy też narzucony przez dominanta słabszemu kontrahentowi, a także, czy kontrahent dominanta, działając dobrowolnie i racjonalnie, zaakceptowałby dany warunek umowy (zob. np. wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 25 października 1995r., XVII Amr 32/95, niepubl.).

„Praktyka wymieniona art. 8 ust. 2 pkt 6 urzeczywistnia się co do zasady w fazie negocjacji, bowiem tylko wtedy dochodzić może do narzucania warunków umów. Jest to więc typowa praktyka przedumowna. W przypadku bowiem, gdy dochodzi do zawarcia umowy, uciążliwe i nierównoprawne warunki nie są już narzucane lecz wykonywane” (E. Modzelewska - Wąchał, *op. cit.*, str. 117).

Odnosząc powyższe do oceny przedmiotowej sprawy, Prezes Urzędu stoi na stanowisku, że w sprawie nie miało miejsce narzucenie warunków umowy. Elfaz zawarł z Uczestnikiem postępowania *Porozumienie*, w którym zostały ustalone warunki wykonywania zleconych prac eksploatacyjnych, modernizacyjnych i rozwojowych, zasady dotyczące organizacji pracy przy urządzeniach elektroenergetycznych, inne prawa i obowiązki stron. Warunki te były poddane negocjacjom, natomiast samo *Porozumienie* zostało zawarte przez Elfaz dobrowolnie. Istotne jest też to, że *Porozumienie* to miało charakter ugody między stronami, ponieważ kończyło między stronami spór poddany pod rozstrzygnięcie w postępowaniu antymonopolowym.

Oceniając praktykę z art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie... należy mieć na uwadze, które z warunków umowy miały charakter generujący nieuzasadnione korzyści. W *Porozumieniu* w § 7 ust. 2 wskazano, że „za czynności wykonywane przez pracowników Zakładu w ramach organizacji bezpiecznej pracy oraz czynności powiadamiania odbiorców energii elektrycznej o przerwach w dostawie energii elektrycznej Zakład będzie obciążał Wykonawcę należnościami zgodnie z kalkulacją wewnętrzną obowiązującą w Zakładzie”. Prawo EnergiaPro do wystawiania faktur wynika wprost z *Porozumienia*, zatem nie można uznać, że nastąpiło narzucenie warunku umowy, ponieważ Elfaz nie kwestionował jego zasadności.

Mając powyższe na względzie należy stwierdzić, że warunki umowy łączącej strony postępowania, tj. *Porozumienia* 29.05.2001r. nie zostały Wnioskodawcom narzucone, zatem **druga z przesłanek art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie nie została spełniona.**

Ad 3). Za uciążliwy warunek umowy uznaje się każdy warunek, oznaczający dla jednej ze stron – tu kontrahenta dominanta – ciężar większy od powszechnie przyjętych w stosunkach danego rodzaju. W świetle orzecznictwa Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów „dokonując analizy uciążliwości warunków umów należy rozważyć, czy w hipotetycznej sytuacji istnienia konkurencji na danym rynku właściwym, a więc istnienia rzeczywistej swobody zawierania umów i kształtowania jej treści, dominant byłby w stanie wynegocjować

take postanowienia umów” (wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 23 czerwca 1999 r., XVII Ama 28/99, niepubl.).

Przed przystąpieniem do analizy „uciążliwości” warunku umowy należy wskazać, które z postanowień *Porozumienia* łączącego strony miało taki charakter, powodujący w konsekwencji osiągnięcie przez podmiot dominujący nieuzasadnionych korzyści. Innymi słowy, które z postanowień *Porozumienia* było podstawą do wystawiania faktur przez Zakład. Jak już wskazano przy analizie poprzedniej przesłanki, był to § 7 ust. 1 *Porozumienia*, który odwołuje się do „organizacji bezpiecznej pracy”, uregulowanej w powołanym wcześniej rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 17 września 1999 r. Rozporządzenie to w § 64 ust. 4 stanowi: *Pracownicy nie będący pracownikami zakładu prowadzącego eksploatację danego urzędu i instalacji powinni wykonywać prace wyłącznie na podstawie polecenia pisemnego, z wyjątkiem prac, dla których czynności związane z dopuszczeniem do pracy ustalono odrębnie na piśmie.* Przepis ten znalazł odzwierciedlenie w odpowiednich postanowieniach „Instrukcji organizacji prac zespołów pracowników (...), do przestrzegania której zobowiązali się Wnioskodawcy w § 2 ust. 2 *Porozumienia*. Tak więc żądanie EnergiaPro, aby Elfaz sporządzał pisemne polecenia przed dopuszczeniem go do pracy na urządzeniach było uzasadnione, ponieważ wynikało wprost w przepisu prawa. Natomiast z materiału dowodowego wynika, że kwestionowane przez Elfaz faktury były wystawiane właśnie po tym, jak Zakład wykonał określone czynności, zlecone przez Elfaz w drodze pisemnego polecenia.

Zauważyć wypada, że zgodnie z § 65 ust. 1 ww. rozporządzenia: *Wydawanie poleceń i dopuszczenie pracowników do wykonywania pracy należy do obowiązków prowadzącego eksploatację urządzeń i instalacji energetycznych.* Przyjmując, że w 2002 roku eksploatację sieci oświetlenia drogowego wraz z urządzeniami prowadziła Gmina Chocianów, to ona powinna wydawać polecenia wykonywania określonych prac i dopuszczać pracowników do ich wykonywania. Tym samym nie należy obciążać Uczestnika postępowania skutkami niewykonywania przez Gminę swoich obowiązków.

Reasumując, należy stwierdzić, iż żądanie, aby Wnioskodawcy sporządzali tzw. pisemne polecenia, które następnie były podstawą do wystawiania przez Zakład faktur, wynika wprost z powołanego wyżej rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 17 września 1999 r. Tak więc warunek § 2 ust. 2 *Porozumienia*, który realizuje obowiązki wynikające wprost z § 64 ust. 4 rozporządzenia nie może zostać uznany za uciążliwy. **Tym samym trzecia przesłanka praktyki ograniczającej konkurencję z art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie..., nie została spełniona.**

Ad 4). *Osiągane przez dominujące przedsiębiorstwo nieuzasadnione korzyści są odpowiednikiem uciążliwych warunków umów narzuconych kontrahentowi (...). Nieuzasadnione korzyści powinny być osiągnięte kosztem kontrahenta i pozostawać w normalnym związku przyczynowym z narzuconymi kontrahentowi uciążliwymi warunkami umowy* (zob. wyrok Sądu Antymonopolowego z 24 stycznia 1991r. sygn. XV Amr 2/90; opubl.: Wokanda 1992/2 oraz z dnia 23 marca 1999 r., XVII Ama 26/99; opubl.: Wokanda 2000/10, str. 56).

Skoro Prezes Urzędu uznał, że żądanie EnergiaPro, aby Wnioskodawcy sporządzali tzw. pisemne polecenia, które były podstawą do wystawienia spornych faktur nie miało charakteru narzuconego i uciążliwego warunku umowy, to oczywistym jest, że EnergiaPro nie osiąga nieuzasadnionych korzyści w rozumieniu art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie... Zatem nie ma potrzeby szczegółowego analizowania ostatniej, czwartej przesłanki.

Z przedstawionych rozważań wynika, że warunek *Porozumienia*, będący podstawą do wystawiania faktur przez EnergiaPro nie miał charakteru narzuconego ani uciążliwego, a tym samym nie mógł skutkować osiągnięciem przez Uczestnika postępowania nieuzasadnionych korzyści. Jednakże to stwierdzenie nie wyklucza zasadności przedstawionego wyżej

stanowiska Prezesa Urzędu, zawartego przy analizie praktyki z art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie..., że pobieranie opłat od Wnioskodawców w sytuacji, gdy za te czynności Zakładu zapłaciła Gmina, ma charakter utrudniania im działalności.

Wobec nie spełnienia wszystkich przesłanek, wymaganych dla wystąpienia zarzucanej EnergiaPro praktyki ograniczającej konkurencję, Prezes Urzędu stwierdza, że nie naruszyła ona przepisów art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie

III.

Zgodnie z art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie..., Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10 % przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 8 ustawy o ochronie.... Kara pieniężna, o której mowa, stanowi dochód budżetu państwa, jest płatna z dochodu po opodatkowaniu lub z innej formy nadwyżki dochodów nad wydatkami zmniejszonej o podatki - zgodnie z art. 105 ust. 1 i 3 ustawy o ochronie....

Uczestnik postępowania wykorzystał pozycję dominującą na lokalnym rynku dostawy energii elektrycznej i utrudniając możliwość wykonywania usług konserwacji sieci oświetleniowej, ograniczył Wnioskodawcom prowadzenie działalności gospodarczej. Nadużycie pozycji na lokalnym rynku dostawy energii elektrycznej przez EnergiaPro spowodowało zaburzenie konkurencji na rozwijającym się rynku usług konserwacji sieci oświetleniowej. Dławienie konkurencji na rynkach współzależnych od rynku dostawy energii elektrycznej jest szczególnie szkodliwe, zwłaszcza gdy prowadzi do eliminacji z niego słabszych przedsiębiorców, a w konsekwencji do ponownej monopolizacji tego rynku. Z doświadczeń Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wynika, że zachwianie zasad wolnej konkurencji dotyka nie tylko rynku usług konserwacji sieci oświetleniowej, ale także rynku wykonywania przyłączy elektroenergetycznych, jako zależnych od rynku dostawy energii elektrycznej.

W przedmiotowej sprawie, konkurencja ostatecznie została unicestwiona, gdyż rynek usług konserwacji sieci oświetleniowej został zmonopolizowany przez EnergiaPro - w wyniku umowy podpisanej z Gminą. Elfaz funkcjonował na tym rynku zaledwie rok (wg czasu obowiązywania umowy z Gminą) i ostatecznie został z niego wyeliminowany, chociaż spór między stronami postępowania trwa co najmniej od 20.11.2000r., kiedy to do Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wpłynął pierwszy wniosek Elfazu o wszczęcie postępowania przeciwko Zakładowi Energetycznemu Legnica S.A. (vide: pkt 2.3. na stronie 4 decyzji).

Podkreślić należy, iż zakaz nadużywania pozycji dominującej, określony w art. 8 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie..., ma charakter bezwzględny. Taka konstrukcja normatywna powoduje, że nie istnieją jakiegokolwiek przesłanki natury prawnej, ekonomicznej czy gospodarczej, które umożliwiały zalegalizowanie praktyk ograniczających konkurencję. Prezes Urzędu, decydując się na nałożenie kary pieniężnej, wziął przede wszystkim pod uwagę silne antykonkurencyjne skutki zachowania Uczestnika na lokalnym rynku dostawy energii elektrycznej, które należy potraktować jako działanie świadome i celowo nakierowane na ograniczanie konkurencji na wymienionym rynku, co w świetle przeprowadzonego postępowania uzasadnia nałożenie kary. Na jej wysokość nie może wpływać fakt, że praktyka miała miejsce w 2002 roku i została zaniechana z dniem 31 grudnia 2002r. Pamiętać bowiem należy, że zaniechanie stosowania praktyki przez EnergiaPro nie było wyrazem dobrowolnej zmiany jej zachowania w stosunku do Wnioskodawców, lecz zostało spowodowane okolicznościami zewnętrznymi, tj. wygaśnięciem umów między Elfazem a Gminą, na podstawie których Elfaz prowadził działalność na rynku usług konserwacji sieci oświetleniowej. Tak więc pomimo, że stwierdzona praktyka miała charakter czasowy, nie

może to stanowić okoliczność łagodzącą w kwestii wysokości kary dla Uczestnika postępowania.

Mając na uwadze zachowanie Uczestnika postępowania, Prezes Urzędu ustalił karę w kwocie stanowiącej *** tajemnica przedsiębiorstwa *** % przychodu EnergiaPro w 2004 roku, czyli na poziomie *** tajemnica przedsiębiorstwa *** % maksymalnej kary, jaka mogłaby być w tym przypadku nałożona, zgodnie z art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy *o ochronie* Określając wysokość kary Prezes Urzędu uwzględnił następujące czynniki: rzeczywistą siłę ekonomiczną Uczestnika postępowania, premedytację działania, nieodwracalność skutków naruszenia dla rynku – tj. wyeliminowanie konkurencji, wielkość przedsiębiorcy. Prezes Urzędu nie nałożył kary w maksymalnej, dopuszczalnej przez ustawę *o ochronie*... wysokości, mając na względzie fakt, że stwierdzona praktyka ograniczająca konkurencję dotyczyła rynku lokalnego, co powodowało ograniczony zasięg jej skutków oraz to, że EnergiaPro współdziałała z Urzędem w trakcie postępowania, dostarczając dokumenty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy i udzielając wyczerpujących informacji i wyjaśnień. Wysokość kary pozostaje w ścisłym związku z jej funkcją; z jednej strony represyjną, co oznacza, że kara powinna być dolegliwa dla Uczestnika postępowania, z drugiej - prewencyjną, tj. zapobiegającą przed stosowaniem podobnych praktyk w przyszłości.

Mając powyższe na uwadze, należało orzec jak w punkcie I, II i III sentencji.

Stosownie do treści art. 78 ust 1 ustawy *o ochronie* ...w związku z art. 479²⁸ k.p.c., od niniejszej decyzji przysługuje stronom 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 we Wrocławiu.

Z up. Prezesa UOKiK
Dyrektor Delegatury UOKiK we Wrocławiu
Zbigniew Jurczyk