



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA W KATOWICACH**

Katowice, dnia 29.07.2014 r.

RKT-411-02/10/AW

DECYZJA Nr RKT-22/2014

Stosownie do art. 33 ust. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.) oraz § 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 107, poz. 887) po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu,

– w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 267 ze zm.) w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów **umarza się jako bezprzedmiotowe** postępowanie antymonopolowe wszczęte z urzędu 19 stycznia 2010 r. przeciwko Tauron Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie w związku z podejrzeniem stosowania przez tego przedsiębiorcę praktyki ograniczającej konkurencję określonej w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku usług oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych na terenie Gminy Opole, polegającego na narzucaniu uciążliwych warunków umów w sprawie wykonywania eksploatacji i konserwacji opraw oświetlenia ulicznego, przynoszących Tauron Dystrybucja SA nieuzasadnione korzyści, poprzez nakładanie na Gminę obowiązku ponoszenia kosztów usuwania niesprawności instalacji oświetlenia ulicznego niezwiązanych z awariami punktów świetlnych.

Uzasadnienie

W okresie od 17.04.2009 r. do 18.12.2009 r. w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów przeprowadzone zostało postępowanie wyjaśniające o sygn. akt RKT-400-12/09/AW mające na celu wstępne ustalenie, czy w ramach działalności EnergiaPro S.A. z siedzibą we Wrocławiu Oddział w Opolu (obecnie Tauron Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie) polegającej na świadczeniu usług oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych nastąpiło naruszenie przepisów ustawy uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego, w tym czy sprawa ma charakter antymonopolowy.

W toku postępowania wyjaśniającego ustalono, że do końca 2008 r. Gmina Opole i EnergiaPro S.A. (obecnie Tauron Dystrybucja S.A., zwana dalej również Spółką) były związane umową, w której Gmina zleciła Spółce wykonywanie czynności eksploatacyjnych i konserwacyjnych urządzeń oświetlenia ulic na terenie Miasta Opola w celu utrzymania ich w pełnej sprawności technicznej. W grudniu 2008 r. Spółka przedstawiła Gminie swoją ofertę

na wykonanie *usługi oświetleniowej* w okresie od 01.01.2009 r. do 31.12.2009 r. opiewającą na (...) zł brutto. Jednostkowy koszt konserwacji 1 oprawy świetlnej wyniósłby (...) zł brutto/rok. Proponowane wynagrodzenie nie zawierało kosztów związanych z wymianą wyeksploatowanych elementów sieci (słupów, opraw, wysięgników) stanowiących własność Spółki.

W związku z wygaśnięciem z końcem 2008 r. umowy i brakiem od 01.01.2009 r. umowy z Gminą Opole na świadczenie usługi oświetleniowej na majątku stanowiącym własność Spółki, przedsiębiorstwo wykonywało wszelkie niezbędne prace eksploatacyjne na sieci zmierzające do utrzymania majątku w należytym stanie. W toku negocjacji Gmina obligowała Spółkę do utrzymania w pełnej gotowości instalacji oświetlenia ulicznego, oferując zwrot kosztów za prace eksploatacyjne w zakresie wymiany źródeł światła, naprawy opraw, wymiany kloszy i przycinki drzew zasłaniających oprawy oświetleniowe. Wobec braku porozumienia stron ustalono, że do czasu uzgodnienia wspólnego stanowiska zostanie zawarta umowa tymczasowa na prowadzenie eksploatacji i konserwacji. Spółka w toku negocjacji prezentowała stanowisko, że finansowanie w całości uzasadnionych i niezbędnych prac związanych z eksploatacją instalacji oświetleniowej polegającej na konserwacji, naprawie lub wymianie wyeksploatowanych elementów, tj. kabli, słupów, opraw, elementów opraw, wysięgników, układów automatyki sterowania, bezpieczników, zacisków prądowych, podstaw bezpiecznikowych, szafek oświetleniowych należy do zamawiającego, tj. do Gminy.

W dniu 23.02.2009 r. Gmina Opole zawarła ze Spółką umowę w sprawie wykonywania eksploatacji i konserwacji opraw oświetlenia ulicznego w Opolu w ilości (...) szt. będących własnością przedsiębiorstwa energetycznego EnergiaPro S.A. Oddział w Opolu (obecnie Tauron Dystrybucja S.A.) w celu ich utrzymania w pełnej sprawności technicznej na okres od 01.01.2009 r. do 30.06.2009 r. W §3 ust. 4 umowy znalazło się postanowienie, zgodnie z którym Spółka zobowiązała się do bezzwłocznego usuwania awarii powstałych po stronie sieci dystrybucyjnej. Awarie w instalacji oświetleniowej zalicznikowej, zgodnie z umową, miały być usuwane przez Spółkę wyłącznie na podstawie dodatkowych zleceń Gminy, rozliczanych w oparciu o kalkulacje sporządzone przez Spółkę.

Na podstawie dokonanych w toku postępowania wyjaśniającego ustaleń Prezes Urzędu uznał, że istnieją podstawy do wszczęcia przeciwko Spółce postępowania antymonopolowego, w związku z podejrzeniem nadużywania pozycji dominującej na lokalnym rynku usług oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych na terenie Gminy Opole, polegającego na narzucaniu uciążliwych warunków umowy w sprawie wykonywania eksploatacji i konserwacji opraw oświetlenia ulicznego, przynoszących Spółce nieuzasadnione korzyści, poprzez nakładanie na Gminę obowiązku ponoszenia kosztów usuwania niesprawności instalacji oświetlenia ulicznego niezwiązanych z awariami punktów świetlnych, co może stanowić naruszenie art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego Spółka oświadczyła, iż nie zgadza się z argumentacją i wnioskami sformułowanymi przez Prezesa Urzędu w wyniku przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego.

W ocenie Spółki przedstawione w toku postępowania dokumenty i uzasadnienie nie wskazywały na wystąpienie okoliczności pozwalających na stwierdzenie możliwości nadużywania przez nią pozycji dominującej na lokalnym rynku usług oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych na terenie Gminy Opole. Spółka nie zgodziła się z zarzutem ponieważ jej zdaniem stał on w sprzeczności z przekazanymi w trakcie postępowania dowodami. Ponadto przedstawione przez Prezesa Urzędu uzasadnienie stało w sprzeczności z przepisami ustawy z

dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jedn.: Dz.U. z 2006 r., Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.) oraz ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (tekst jedn. Dz.U. z 2006 r. Nr 89, poz. 625 z późn. zm.).

Złożona w grudniu 2008 r. przez Spółkę oferta wykonania usługi oświetleniowej dla Gminy Opole na kwotę (...) zł brutto dotyczyła podstawowego standardu tej usługi obejmującego swym zakresem zabiegi okresowe ujęte w odpowiednich przepisach ustawy Prawo budowlane (art. 61 i kolejne), tj. oględziny, przeglądy, pomiary eksploatacyjne oraz utrzymanie urządzeń w stanie pełnej sprawności poprzez wymianę eksploatacyjną źródeł światła, naprawę opraw, instalacji oświetleniowej itp. Zatem przywołana w uzasadnieniu *Postanowienia nr 1* kwota (...) zł brutto/rok nie jest jednostkowym kosztem konserwacji jednej oprawy – stanowi natomiast koszt eksploatacji i konserwacji całej zalicznikowej instalacji oświetleniowej w przeliczeniu na jeden punkt świetlny. Zawężenie usługi oświetleniowej tylko do naprawy opraw, wymian źródeł światła, wycinki gałęzi w żaden sposób nie gwarantowałyby sprawnego funkcjonowania oświetlenia drogowego – co było oczywistym wymogiem stawianym przez Gminę – gdyż może ono przestać działać z innych przyczyn technicznych. Spółka zwróciła uwagę, że Prezes Urzędu w nieuzasadniony sposób przyjął, zawężającą definicję utrzymywania sprawności instalacji oświetleniowej. Jak wynika ze złożonych przez Spółkę dokumentów i oświadczeń dla prawidłowego wykonania umowy należy uznać, że instalacją oświetleniową jest ta część sieci i instalacji zasilającej, która nie jest siecią dystrybucyjną. Z tego też względu pojęcie „sieć dystrybucyjna” została precyzyjnie zdefiniowana w §1 umowy zawartej z Gminą Opole w dniu 23.02.2009 r.

Zarazem Spółka zawnioskowała o powołanie biegłego posiadającego wiadomości specjalne z zakresu sieci elektroenergetycznych na okoliczność stwierdzenia, jaka część instalacji oświetleniowej musi być eksploatowana w ramach umowy, aby było można zapewnić sprawne funkcjonowanie oświetlenia drogowego, co pozwoli na jednoznaczne ustalenie zakresu odpowiedzialności Spółki w ramach świadczonych usług.

Ponadto Spółka zaznaczyła, iż w przedmiotowej ofercie proponowała, za dodatkową odpłatnością, wymianę części wyeksploatowanych elementów na nowe (słupów i opraw w dwóch wariantach), ale jej propozycje – podobnie jak oferta podstawowa – zostały odrzucone przez Gminę.

Dalej Spółka stwierdziła, że zgodnie z zatwierdzoną przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki taryfą dla energii elektrycznej na rok 2008 punkt 3.1.7 „*Ceny i stawki opłat zawarte w Taryfie nie zawierają kosztów eksploatacji instalacji oświetleniowej (w szczególności konserwacji, wymiany źródeł światła). Odbiorca ponosi opłaty związane z eksploatacją w wysokości i na zasadach określonych w odrębnej umowie*”, a złożona przez nią oferta jest zgodna z przytoczonym postanowieniem Taryfy. Poza tym ostatecznie w wyniku negocjacji odstąpiono od rozliczania w formie ryczałtu i w dniu 23.02.2009 r. została zawarta umowa, w której przyjęto zasadę jednostkowych zleceń rozliczanych w oparciu o ustalone KNR-y, cenniki i stawki.

Oczekiwania Spółki przedstawione w ofercie złożonej Gminie Opole i podczas negocjacji były zgodne, co podkreślono, z wyrokiem z 17.09.2007 r. Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów sygn. akt XVII AmA 3/07, którego uzasadnienie brzmi: „(...) *brak jest podstaw do twierdzenia, że umowa o świadczenie usługi oświetleniowej powinna mieć charakter nieodpłatny lub częściowo odpłatny. Skoro tak, to powód ma prawo do żądania od zainteresowanego ekwiwalentnego wynagrodzenia (art. 735 §1 k.c. w zw. z art. 750 k.c.). Wbrew wywodom pozwanej taryfa dla energii elektrycznej nie zawiera kosztów*

eksploatacji oświetlenia ulicznego, gdyż nie należy to do działalności koncesjonowanej przedsiębiorstw energetycznych, co wprost wynika z art. 32 i 45 ustawy Prawo energetyczne. Oznacza to, że stawki taryfowe obejmują wyłącznie sprzedaż energii elektrycznej i jej przesył. Wynagrodzenie za świadczenie usług oświetleniowych musi pokrywać uzasadnione nakłady poniesione na wykonywanie zobowiązania oraz godziwy zysk. Oznacza to, że w wynagrodzeniu muszą być uwzględnione zarówno koszty zużytej energii elektrycznej, jak i koszty niezbędnej konserwacji, usuwania awarii, napraw, wymian wynikających z normalnego zużycia. (...) Godziwy zysk powinien uwzględnić ekonomiczne uzasadnienie dla prowadzonej działalności, a także umożliwić kumulowanie środków na inwestycje modernizacyjne. Kwestią otwartą pozostaje sam sposób obliczania tego wynagrodzenia oraz rozliczania go z zainteresowaną. Możliwe jest bowiem umówienie się na stawki ryczałtowe lub wynikające z prac wykonywanych w danym okresie. (...) Bezzasadne jest również, w świetle powyższego twierdzenie pozwanego, o chęci uzyskania przez powoda, w wyniku żądania zapłaty kosztów eksploatacyjnych, nieuzasadnionych korzyści. Skoro bowiem powód domaga się od zainteresowanej kompensaty faktycznie ponoszonych nakładów na wykonanie usługi to nie można mówić o nieuzasadnionej korzyści”.

Wobec powyższego stanowiska Sądu, zdaniem Spółki, nie sposób było znaleźć podstawy do stwierdzenia, że narzucała ona uciążliwe warunki umów, wręcz przeciwnie – to Gmina Opole chciała wymusić na Spółce wykonanie usługi, której efektem miało być sprawne funkcjonowanie oświetlenia, oferując za nią tylko częściową odpłatność. Przyjęcie przez Spółkę takiego rozwiązania stanowiłoby działanie na własną szkodę, a także naruszałoby jedną z podstawowych zasad Prawa energetycznego – zakaz subsydiowania skrośnego, gdyż stanowiłoby nieuzasadnioną korzyść dla jednego tylko podmiotu, ponieważ wykonywanie usługi na rzecz Gminy Opole nie miałyby charakteru ekwiwalentnego w stosunku do otrzymywanego przez Spółkę wynagrodzenia.

Opierając się na powyższych argumentach Spółka wniosła o umorzenie przedmiotowego postępowania antymonopolowego (karty nr 5-8).

W dniu 19.07.2010 r. Prezes Urzędu wydał **Decyzję Nr RKT-17/2010**, w której uznał zarzut postawiony Spółce za uzasadniony. W punkcie I ww. Decyzji, działając na podstawie art. 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stwierdzono, że zakwestionowane zachowanie Spółki stanowi praktykę ograniczającą konkurencję określoną w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz nakazano zaniechanie jej stosowania. W punkcie II Decyzji nr RKT-17/2010 nałożono na Spółkę karę pieniężną w wysokości 84 591 PLN, a w punkcie III obciążono ją kosztami przeprowadzonego postępowania antymonopolowego w wysokości 23 PLN (karty nr 680-692).

Spółka od ww. Decyzji wniosła odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego dalej „SOKiK”) (karty nr 695-704). W odwołaniu Spółka podniosła brak w sprawie naruszenia interesu publicznoprawnego i zarzuciła pominięcie okoliczności, że Gmina nie jest zobowiązana do korzystania z infrastruktury będącej jej własnością. Ponadto Spółka nie zgodziła się ze stwierdzeniem, że narzucała warunki umowy Gminie oraz, że warunki te prowadzą do obciążenia Gminy kosztami nie znajdującymi uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawnych.

W wyroku z 21.05.2012 r. sygn. akt XVII AmA 220/10 SOKiK uchylił zaskarżoną Decyzję w całości (karty nr 712-718). W uzasadnieniu wyroku Sąd wskazał, że sentencja punktu I Decyzji nr RKT-17/2010 jest nieprecyzyjna i pozostaje w sprzeczności z treścią uzasadnienia, gdyż wynika z niej, że Spółka nakładała na Gminę obowiązek pokrywania

kosztów usuwania niesprawności instalacji oświetlenia ulicznego, podczas gdy z uzasadnienia wynika, że dotyczyło to wyłącznie „instalacji oświetleniowej zalicznikowej”, bowiem kwestionowany jest zapis §3 ust. 4 umowy. Skoro zatem Prezes Urzędu nie zarzucał narzucania przez Spółkę obowiązku pokrywania kosztów usuwania niesprawności instalacji oświetlenia ulicznego w szerszym zakresie niż dotyczącym instalacji oświetleniowej zalicznikowej, rozważenia zdaniem Sądu wymagało, czy obowiązek ten stanowi ciężar większy od powszechnie przyjętych w stosunkach danego rodzaju. W jego efekcie Sąd uznał, że w sytuacji, gdy gmina realizuje zadania własne przy użyciu mienia innych podmiotów (jak w przedmiotowej sprawie) zwykłym ciężarem jest ponoszenie opłat pokrywających wszelkie koszty takich podmiotów w zakresie budowy i utrzymania punktów świetlnych od punktu rozdziału sieci odbiorczej oświetleniowej z siecią dystrybucyjną. Oznacza to, że pokrywanie kosztów awarii powstałych w sieci i urządzeniach zalicznikowych, co do zasady jest prawnie uzasadnione i samo w sobie nie stanowi ciężaru większego niż zwykły w stosunkach tego rodzaju.

W dniu 18.06.2012 r. **apelację** od ww. wyroku wniósł Prezes Urzędu, wnosząc o jego zmianę i oddalenie odwołania wniesionego od Decyzji Nr RKT-17/2010, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez SOKiK (karty nr 722-728). **Wyrokiem z 21.01.2013 r., sygn. akt VI ACa 950/12** Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny **oddalił wniesioną apelację**.

Następnie Prezes Urzędu wniósł **skargę kasacyjną** od ww. wyroku Sądu Apelacyjnego wnosząc o wydanie orzeczenia o przyjęciu skargi kasacyjnej do rozpoznania i o uchylenie zaskarżonego orzeczenia Sądu Apelacyjnego w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez ten sąd (karty nr 752-757). Prezes Urzędu wnosząc o przyjęcie skargi do rozpoznania wskazał na rozbieżności w orzecznictwie i problemy, jakie niesie za sobą wykładnia pojęcia „punkt świetlny” z art. 3 pkt 2 w związku z art. 18 ust. 1 Prawa energetycznego. Sąd Najwyższy *Postanowieniem* z 27.03.2014 r. sygn. akt III SK 71/13 **odmówił przyjęcia skargi kasacyjnej** (karty nr 758-760). Sąd Najwyższy zauważył, że problem prawny podnoszony przez Prezesa Urzędu w istocie nim nie jest, ponieważ w kwestii tej Sąd Najwyższy wypowiedział się już w powołanym przez Sąd drugiej instancji wyroku z 17.02.2011 r. III SK 36/10. Dodatkowo Sąd Najwyższy podniósł, że leżący u podstaw niniejszej sprawy problem finansowania przez jednostki samorządu terytorialnego zadania publicznego, o którym mowa w art. 18 ust. 1 pkt 3 Prawa energetycznego, wynikający z blankietowego charakteru tego przepisu oraz trudności z dopasowaniem tego zadania do ram budżetowych, w jakich działają jednostki samorządu terytorialnego, nie jest problemem z zakresu ochrony konkurencji. Nie dotyczy bowiem niewłaściwego wykorzystywania przez przedsiębiorcę posiadanej przez niego pozycji dominującej.

Wyrok SOKiK uchylający Decyzję Nr RKT-17/2010 stał się prawomocny. Wobec uchylenia ww. Decyzji postępowanie antymonopolowe wszczęte w dniu 19.01.2010 r. należało uznać za otwarte, a zatem zaszła konieczność jego zakończenia poprzez wydanie decyzji uwzględniającej stanowisko wyrażone przez Sądy. W związku z powyższym, po otrzymaniu akt przedmiotowego postępowania, pismem z 12.06.2014 r. poinformowano stronę o możliwości złożenia stanowiska odnośnie rozpatrywanej sprawy (karta nr 761). W odpowiedzi Spółka powołując się na ww. orzeczenia sądów wskazała, że w prowadzonej sprawie nie wystąpiło naruszenie interesu publicznoprawnego, którego ochroną musiałby zająć się Prezes Urzędu. Spółka dodała, że nie dokonywała obciążania Gminy Opole jakimikolwiek kosztami, które nie byłyby związane z utrzymywaniem infrastruktury niezbędnej do wypełniania obowiązków ustawowych Gminy. Jednocześnie Spółka stwierdziła spełnienie w sprawie przesłanek do jej umorzenia (karta nr 762).

W toku postępowania ustalono następujący stan faktyczny.

Strona postępowania - Tauron Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie – została wpisana do KRS pod numerem 0000073321(karty nr 731-735). Przedmiotem jej działalności jest m.in. przesyłanie i dystrybucja energii elektrycznej. W dacie wszczęcia postępowania strona działała pod firmą EnergiaPro S.A. z siedzibą we Wrocławiu. Z dniem 01.09.2011 r., nastąpiło połączenie – należących do Grupy Kapitałowej Tauron Polska Energia S.A. – spółek: EnergiaPro S.A. z siedzibą we Wrocławiu oraz Enion S.A. z siedzibą w Krakowie, w wyniku czego powstała Tauron Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie. Połączenie nastąpiło poprzez przejęcie majątku Enion S.A. przez spółkę EnergiaPro S.A., w trybie art. 492 § 1 pkt 1 Kodeksu spółek handlowych. Następnie dokonano zmiany nazwy firmy z EnergiaPro S.A. na Tauron Dystrybucja S.A.

Spółka działa w oparciu o koncesję na przesyłanie i dystrybucję energii elektrycznej uzyskaną w wyniku decyzji Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki (dalej „Prezes URE”) nr PEE/19/2698/U/1/98/JK z 16.11.1998 r. z późn. zm. Przedmiot działalności objętej niniejszą koncesją stanowi wykonywana zawodowo, we własnym imieniu, w sposób zorganizowany i ciągły zarobkowa działalność gospodarcza polegająca na przesyłaniu i dystrybucji energii elektrycznej, za pomocą sieci rozdzielczej o napięciach: 110 kV, 30 kV, 20 kV, 15 kV, 10 kV, 6 kV oraz sieci niskich napięć na terenie województwa dolnośląskiego oraz opolskiego. Szczegółowy wykaz miast i gmin objętych zakresem działania Spółki określony został w decyzji Prezesa URE nr PEE/19B/2698/W/2/2004/MS z 16.04.2004 r. (karty nr 597-607, 608-615).

Termin ważności koncesji na ww. działalność decyzją Prezesa URE nr PEE/19-ZTO/2698/W/2/2007/MB z 14.08.2007 r. został przedłużony do 31.12.2025 r. (karty nr 616-624). Jednocześnie na podstawie decyzji Prezesa URE nr DPE-47-22(4)/2698/2006/MW z 20.12.2006 r. ówczesna EnergiaPro S.A. została ustanowiona Operatorem Systemu Dystrybucyjnego Elektroenergetycznego (OSD) na okres od 01.01.2007 r. do 30.06.2007 r. Decyzja o nadaniu statusu OSD była przez Prezesa URE przedłużana na kolejne okresy (karty nr 625-631).

Ostatecznie na podstawie decyzji Prezesa URE nr DPE-47-93(9)/2698/2008/PJ z 31.12.2008 r. ówczesna EnergiaPro S.A. została ustanowiona Operatorem Systemu Dystrybucyjnego Elektroenergetycznego (OSD) na okres od 01.01.2009 r. do 31.12.2025 r. na obszarze określonym w koncesjach na dystrybucję energii elektrycznej z wyłączeniem zlokalizowanych na tym obszarze sieci dystrybucyjnych, za których ruch jest odpowiedzialny inny operator systemu dystrybucyjnego (karty nr 632-641).

W ramach Spółki działało pięć oddziałów: Oddział we Wrocławiu, Oddział w Wałbrzychu, Oddział w Jeleniej Górze, Oddział w Legnicy i Oddział w Opolu. EnergiaPro S.A. Oddział w Opolu świadczył usługę w zakresie oświetlenia drogowego dla 71 Gmin, w tym dla Gminy Opole (karta nr 38).

Budowa oświetlenia ulicznego na terenie Opola do 1998 r. była realizowana przez Gminę Opole, jak również spółdzielnie mieszkaniowe, w obrębie budowanych osiedli mieszkaniowych, po czym wybudowane sieci były przekazywane nieodpłatnie na majątek ówczesnego Zakładu Energetycznego. Po 1998 r. na mocy obowiązujących w tym okresie przepisów ustawy Prawo energetyczne wybudowane sieci oświetlenia ulicznego, zarówno sieci wydzielone, jak i podwieszane, po wybudowaniu ich przez Gminę pozostawały na jej majątku (karta nr 200).

Na terenie Gminy Opole Spółka posiadała i eksploatowała (...) punktów świetlnych, w tym:

- (...) szt. zainstalowanych na latarniach, masztach, przewieszkach,
- (...) szt. zainstalowanych na sieci wspólnej niskiego napięcia (karta nr 38).

Jak wyjaśniła Spółka wysokość kosztów ponoszonych przez Gminę na finansowanie oświetlenia była zależna od jej wyboru opartego na oczekiwanym przez Gminę standardzie świadczonej usługi. W trakcie indywidualnych negocjacji zakresu świadczeń w ramach danej usługi ustalany był zakres prac, którym dana gmina jest zainteresowana. Przyjmowany podział standardu usługi świadczonej przez Spółkę oparty na wieloletnich doświadczeniach i oczekiwaniach klientów to:

- podstawowy – obejmujący swoim zakresem zabiegi okresowe ujęte w odpowiednich przepisach Prawa budowlanego (art. 61 i kolejne), tj. oględziny, przeglądy, pomiary eksploatacyjne oraz utrzymanie urządzeń w stanie pełnej sprawności poprzez wymianę eksploatacyjną źródeł światła, naprawy narażonych na awarie opraw, instalacji oświetleniowej itp.,
- rozszerzony – obejmujący swoim zakresem standard podstawowy zaprezentowany powyżej oraz wszelkie dodatkowe prace zlecone przez daną gminę m.in.: przebudowę istniejących urządzeń oświetleniowych, budowę nowych urządzeń, jak również inne dodatkowe zlecenia, np. z doświetlaniem przejść drogowych, czy iluminowaniem wskazanych obiektów.

Wysokość miesięcznych kosztów ponoszonych przez daną gminę była zależna od ilości punktów świetlnych, standardu umowy oraz okresu, na jaki została zawarta umowa. Sposób rozliczenia wzajemnych zobowiązań był każdorazowo negocjowany, ale można przyjąć, iż najczęściej występującym rozwiązaniem w obowiązujących umowach w Spółce była miesięczna stawka ryczałtowa dla jednego punktu świetlnego. Sporadycznie stosowane były również rozliczenia w formie kosztorysów powykonawczych oraz ustalona stawka procentowa od zużytej energii elektrycznej, przy czym ta forma rozliczeń była stopniowo wycofywana (karta nr 37).

Od 20.04.2009 r. w Spółce obowiązywały *Wytyczne w zakresie świadczenia usług oświetlenia dróg* (karty nr 52-72), w których wskazano, że mogą być różne sposoby rozliczania wzajemnych zobowiązań przy świadczeniu usług, jednakże w przypadku usług oświetleniowych najkorzystniejszym dla obu stron umowy sposobem była miesięczna stawka ryczałtowa od punktu świetlnego. Preferowane rozwiązanie było ściśle powiązane z ilością punktów świetlnych objętych umową i umożliwiało zmiany ilościowe, bez konieczności zmiany całej umowy (karta nr 56).

Taryfa Operatora Systemu Dystrybucyjnego EnergiaPro Grupa Turon S.A.¹ na 2008 r. w punkcie 3.1.7 stanowiła: „*Stawki opłat zawarte w taryfie nie zawierają kosztów eksploatacji instalacji oświetleniowych (w szczególności konserwacji, wymiany źródeł światła). Odbiorca ponosi opłaty związane z eksploatacją w wysokości i na zasadach określonych w odrębnej umowie.*” (karta nr 163). Takie samo postanowienie znalazło się w punkcie 3.1.7 Taryfy Operatora Systemu Dystrybucyjnego EnergiaPro S.A. na 2009 rok (karta nr 181). Również

¹ EnergiaPro S.A. powstała 1 maja 2004 r. pod nazwą EnergiaPro Koncern Energetyczny SA (od 20 marca do 30 grudnia 2008 r. działała pod nazwą EnergiaPro Grupa Tauron S.A.). Spółkę utworzyło pięć dawnych Zakładów Energetycznych z województw dolnośląskiego i opolskiego, które po konsolidacji przyjęły nazwy Oddziałów w Jeleniej Górze, Wałbrzychu, Legnicy, Opolu i we Wrocławiu. Od 1 stycznia 2009 r. Spółka działała pod nazwą EnergiaPro S.A. (karta nr 594).

taryfy obowiązujące w latach 2006-2007 zawierały analogiczne postanowienia (karty nr 104, 144).

Do końca października 2008 r. Gmina Opole i Spółka były związane umową nr O/Opole RB/1679/2007 z 30.10.2007 r. W umowie tej Gmina zleciła Spółce wykonywanie czynności eksploatacyjnych i konserwacyjnych urządzeń oświetlenia ulic na terenie Miasta Opola w celu utrzymania ich w pełnej sprawności technicznej (karty nr 81-88). W dniu 30.10.2008 r., w związku z potrzebą rozstrzygnięcia zasad ponoszenia kosztów wykonywania eksploatacji i konserwacji urządzeń oświetlenia ulicznego przedsiębiorstwa energetycznego i Gminy, strony podpisały Aneks nr 2 do ww. umowy, w którym przedłużyły okres jej obowiązywania do 31.12.2008 r. (karta nr 93).

Na podstawie tej umowy Gmina Opole ponosiła koszty eksploatacji i konserwacji oświetlenia ulicznego wchodzącego w skład jej majątku oraz w skład majątku Spółki. Koszty tej konserwacji określone były w formie ryczałtu i wynosiły w pierwszym roku obowiązywania umowy (...) zł brutto przy (...) szt. punktów świetlnych. Faktury były wystawiane ostatniego dnia każdego miesiąca i płatne w terminie 14 dni od dnia ich doręczenia za okresy miesięczne (karta nr 81-82). W Aneksie nr 2 wysokość wynagrodzenia dla Spółki za okres od 01.11.2007 r. do 31.12.2008 r. ustalono na kwotę (...) zł brutto (karta nr 93).

Jak wskazała Gmina był to ryczałt od 1 punktu świetlnego, a koszty konserwacji stanowiły ok. (...) % kosztów energii elektrycznej zużywanej na cele oświetlenia ulicznego (karta nr 401).

Do obowiązków Spółki należało m.in.:

- zabezpieczenie urządzeń oświetleniowych przed degradacją,
- wymiana zużytych wkładek, elementów opraw, podstaw bezpiecznikowych i źródeł światła,
- wymiana zużytych lub uszkodzonych latarni i opraw będących na majątku EnergiaPro S.A.,
- naprawa i wymiana uszkodzonych elementów układu zasilania i sterowania, uszkodzeń elektrycznych mechanicznych wszystkich linii elektroenergetycznych kablowych i napowietrznych zasilających urządzenia oświetleniowe,
- likwidacja awarii w urządzeniach oświetlenia ulicznego (karta nr 85).

Stawka opłaty ryczałtowej za eksploatację i konserwację 1 punktu świetlnego wynosiła (...) zł brutto/rok (karta nr 402).

W grudniu 2008 r., w odpowiedzi na zaproszenie Gminy Opole do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki dotyczącego zadania pod nazwą „Eksploatacja i konserwacja opraw oświetlenia ulicznego w Opolu w ilości (...) sztuk w okresie od 01.01.2009 r. do 31.12.2009 r.”, Spółka przedstawiła swoją ofertę na wykonanie *usługi oświetleniowej* opiewającą na (...) zł brutto (karta nr 644). Jednostkowy koszt konserwacji 1 oprawy świetlnej wyniósłby (...) zł brutto/rok. Jednakże proponowane wynagrodzenie nie zawierało kosztów związanych z wymianą wyeksploatowanych elementów sieci (słupów, opraw, wysięgników) stanowiących własność Spółki, których koszt wyceniony został w następujący sposób:

- wymiana 1 kpl oprawy wraz z wysięgnikiem - (...) zł netto
- wymiana 1 słupa OŻ11 wraz z oprawą - (...) zł netto
- wymiana słupa SALE 80 (ocynk.) wraz z oprawą - (...) zł netto,
- wymiana słupa OŻ 11 - (...) zł netto,
- wymiana słupa SALE 80 (ocynk.) - (...) zł netto (karty nr 402, 644).

Spółka zaproponowała, aby w czasie trwania umowy wymienić 100 sztuk wyeksploatowanych słupów na słupy typu SALE 80 (ocynk.) wraz z oprawą oraz 100 sztuk wyeksploatowanych opraw oświetleniowych ręciovych na oprawy sodowe energooszczędne. Przy takim założeniu wysokość wynagrodzenia wyniosłaby (...) zł brutto (karta nr 644).

W ciągu kolejnych trzech miesięcy (grudzień 2008 r. - luty 2009 r.) strony prowadziły negocjacje. Spotkania odbyły się w dniach 17.12.2008 r. i 23.12.2008 r. (karty nr 645-647), 23.01.2009 r. (karty nr 648-650) oraz 16.02.2009 r. (karty nr 651-655).

W związku z wygaśnięciem z końcem 2008 r. umowy i brakiem od 01.01.2009 r. umowy z Gminą Opole na świadczenie usługi oświetleniowej na majątku stanowiącym własność Spółki, przedsiębiorstwo wykonywało wszelkie niezbędne prace eksploatacyjne na sieci zmierzające do utrzymania majątku w należytym stanie (karta nr 38). W toku negocjacji Gmina oczekiwała od Spółki utrzymywania w pełnej gotowości instalacji oświetlenia ulicznego, oferując zwrot kosztów za prace eksploatacyjne w zakresie wymiany źródeł światła, naprawy opraw, wymiany kloszy i przycinki drzew zasłaniających oprawy oświetleniowe. Wobec braku porozumienia stron ustalono, że do czasu uzgodnienia wspólnego stanowiska zostanie zawarta umowa tymczasowa na prowadzenie eksploatacji i konserwacji o ograniczonym zakresie (karta nr 38).

W dniu 06.02.2009 r., w toku negocjacji umowy na wykonywanie czynności eksploatacyjnych i konserwacyjnych opraw oświetlenia ulicznego w Opolu stanowiących własność Spółki przedsiębiorca ten poinformował Gminę Opole o wstrzymaniu wszelkich prac związanych z instalacją oświetleniową, uzasadniając ten krok niezawarciem przedmiotowej umowy (karty nr 657, 38).

W toku negocjacji Spółka prezentowała stanowisko, że finansowanie w całości uzasadnionych i niezbędnych prac związanych z eksploatacją instalacji oświetleniowej polegającej na konserwacji, naprawie lub wymianie wyeksploatowanych elementów, tj. kabli, słupów, opraw, elementów opraw, wysięgników, układów automatyki sterowania, bezpieczników, zacisków prądowych, podstaw bezpiecznikowych, szafek oświetleniowych należy do zamawiającego, tj. do Gminy (karta nr 96).

Następnie w dniu 23.02.2009 r. Gmina Opole zawarła ze Spółką umowę w sprawie wykonywania eksploatacji i konserwacji opraw oświetlenia ulicznego w Opolu w ilości (...) szt. będących własnością przedsiębiorstwa energetycznego – ówczesnej EnergiaPro S.A. Oddział w Opolu – w celu ich utrzymania w pełnej sprawności technicznej na okres od 01.01.2009 r. do 30.06.2009 r. (karty nr 73-80). W ww. umowie zdefiniowano m.in. pojęcie sieci dystrybucyjnej oraz pojęcie instalacji oświetleniowej nadając im następujące brzmienie:
§1 ust. 4 – sieć dystrybucyjna – sieć elektroenergetyczna wysokich, średnich i niskich napięć, za pomocą której Wykonawca świadczy usługę dystrybucji energii elektrycznej do miejsca jej dostarczenia, określonego szczegółowo w umowie świadczenia usług dystrybucji energii elektrycznej lub w umowie kompleksowej sprzedaży energii elektrycznej i świadczenia usług dystrybucji.

§1 ust. 5 – instalacja oświetleniowa – układ połączeń elektrycznych pomiędzy oprawą oświetleniową a miejscem dostarczenia energii (szczegółowo określonym w umowie świadczenia usług dystrybucji energii elektrycznej lub w umowie kompleksowej sprzedaży energii elektrycznej i świadczenia usług dystrybucji) wraz z elementami umożliwiającymi sterowanie pracą tej sieci i słupami oświetlenia ulicznego wydzielonego.

§3 ust. 4 ww. umowy stanowił, że „W przypadku otrzymania od Miasta zgłoszenia o awarii instalacji oświetlenia ulicznego Wykonawca podejmie bezzwłocznie działania mające na celu usunięcie przyczyny takiej awarii wyłącznie w przypadku, gdy przyczyna awarii powstała po stronie sieci dystrybucyjnej. Jeżeli przyczyna niesprawności zostanie stwierdzona w instalacji oświetleniowej zalicznikowej to usunięcie tej niesprawności zostanie dodatkowo zlecone przez Miasto i rozliczone w oparciu o kalkulację sporządzoną wg obowiązujących KNR-ów i na bazie wskaźników cenotwórczych stanowiących załącznik nr 2 do umowy”.

Ponadto strony ww. umowy z 23.02.2009 r. uzgodniły że czynności eksploatacyjne i konserwacyjne oprav oświetlenia ulicznego określone w *Załączniku nr 1* rozliczane będą według stawek określonych w *Załączniku nr 2*.

Zgodnie z *Załącznikiem nr 1* czynności eksploatacyjne i konserwacyjne, które były realizowane przez Wykonawcę w ramach umowy to:

1. Dokonywanie co najmniej raz na dwa miesiące (do 5-go marca i do 5-go maja) przy udziale pracowników Urzędu Miasta oględzin oświetleniowych stanowiących majątek wykonawcy oraz przekazywanie Miastu raportów o stanie świecenia oświetlenia ulicznego w terminie do 3 dni roboczych od daty dokonanych oględzin.
2. Wymiana niesprawnych źródeł światła.
3. Wymiana niesprawnych układów zapłonowych w opravach oświetleniowych.
4. Wymiana uszkodzonych kloszy oprav oświetleniowych.
5. Wymiana uszkodzonych oprav oświetleniowych.
6. Warsztatowa naprawa uszkodzonych oprav oświetleniowych.
7. Naprawa niesprawnych oprav oświetleniowych w miejscu ich zainstalowania.
8. Wykonywanie przycinki gałęzi drzew zasłaniających oprav oświetleniowe.

W *Załączniku nr 1* ustalono również, że wymiana lub naprawa oprav oświetleniowych uszkodzonych wskutek zdarzeń losowych (kolizje drogowe, wichury, dewastacje itp.) zostanie wykonana kosztem i staraniem Wykonawcy, będącego właścicielem tych oprav.

W *Załączniku nr 2* ww. umowy ustalono następujące parametry cenotwórcze wykonawcy:

- | | |
|---------------------------------------|--|
| – stawka roboczogodziny | $R = (\dots) \text{ zł/godz.}$ |
| – narzut kosztów pośrednich | $Kp = (\dots) \%$ |
| – narzut zysku | $Z = (\dots) \%$ |
| – narzut kosztów zakupu do materiałów | $Kz = (\dots) \%$ |
| – ceny pracy i najmu sprzętu | $S = (\dots) \text{ zł/godz. – średnio}$ |

Spółka wskazała, że jej obowiązkiem wynikającym z Prawa energetycznego oraz otrzymanej koncesji jest utrzymywanie sieci dystrybucyjnej do miejsca dostarczania energii elektrycznej w takim stanie technicznym, aby ciągłość dostawy energii elektrycznej była zgodna z obowiązującą Taryfą dla energii elektrycznej oraz Instrukcją Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej. Natomiast sieć oświetleniowa jest siecią zalicznikową i bez względu na to na czym jest ona majątku, koszty eksploatacji powinna ponosić Gmina, ponieważ koszty te nie są kalkulowane przy ustalaniu stawek za energię elektryczną (karta nr 202).

Jak wyjaśniła Spółka §3 ust. 4 ww. umowy związany jest ze stanami awaryjnymi, których treść tego załącznika nie zawiera, np. awaria kabli sterowniczych, kabli zasilających poszczególne latarnie, układów sterowania, czy konstrukcji wsporczych. Brak tego zapisu spowodowałby, że w przypadku awarii ww. elementów mogłoby nie świecić wiele punktów świetlnych na terenie Gminy Opole. Usuwanie tych awarii jest wykonywane po otrzymaniu zlecenia z odpowiednich komórek Urzędu Miasta (karta nr 202).

Spółka wskazała także, że obciążanie Gminy kosztami napraw instalacji oświetleniowej wynika z faktu, że jedynym źródłem finansowania napraw ww. instalacji, którym dysponuje,

są przychody z tytułu świadczenia usług na podstawie podpisanej umowy w sprawie wykonywania eksploatacji opraw oświetlenia ulicznego (karta nr 202). Stawki opłat zawarte w taryfach Spółki nie zawierają bowiem kosztów eksploatacji instalacji oświetleniowych, w szczególności ww. kosztów eksploatacyjnych i konserwacyjnych, Ten stan rzeczy potwierdził Urząd Regulacji Energetyki (karta nr 545).

W wykonaniu §3 ust. 4 ww. umowy zawartej w dniu 23.02.2009 r. Gmina wystawiała zlecenia dotyczące usuwania niesprawności w instalacjach oświetleniowych zalicznikowych, zlecając m.in. usuwanie niesprawności w układach sterowania oświetleniem (naprawy uszkodzonych kabli sterowniczych) (karty nr 405, 503-539).

Ponieważ termin obowiązywania umowy zawartej w dniu 23.02.2009 r. przez Gminę i Spółkę upływał 30.06.2009 r. strony rozpoczęły negocjacje w sprawie kontynuowania eksploatacji i konserwacji oświetlenia ulicznego stanowiącego własność Spółki (karty nr 406, 557-565). W trakcie negocjacji ustalono, że wskaźniki cenotwórcze pozostają bez zmian w stosunku do poprzedniej umowy. Spółka przygotowała propozycję umowy ryczałtowej na okres od 01.10.2009 r. do 31.12.2009 r. (karty nr 580-568). Stawkę ryczałtową w projekcie umowy ustalono na (...) zł netto za jeden punkt świetlny miesięcznie. Dla eksploatowanych (...) punktów świetlnych łączny miesięczny ryczałt określono na (...) zł netto plus należny podatek VAT równy (...) zł.

W toku negocjacji Spółka proponowała Gminie w zakresie usuwania awarii oświetlenia ulicznego przyjęcie, że *„Jeżeli przyczyna niesprawności zostanie stwierdzona w instalacji oświetleniowej zalicznikowej to usunięcie tej niesprawności zostanie dodatkowo zlecone przez Miasto i rozliczone w oparciu o kalkulację sporządzoną wg obowiązujących KNR-ów i na bazie wskaźników cenotwórczych stanowiących załącznik nr 2 do umowy”* (karty nr 559, 568). Ponieważ Gmina nie podpisała umowy w takim kształcie Spółka zaproponowała umowę, zgodnie z którą wszelkie prace nie określone w załączniku do umowy będą indywidualnie zlecane przez Gminę i rozliczane przez Spółkę kosztorysem powykonawczym (karta nr 579).

Gmina i Spółka nie zawarły kompleksowej umowy na eksploatację i konserwację opraw oświetleniowych. Eksploatacja prowadzona była w oparciu o indywidualne zlecenia Gminy dotyczące wybranych, niesprawnych elementów sieci oświetleniowej (karta nr 577).

W oparciu o ustalony stan faktyczny Prezes Urzędu zważył co następuje.

Przedmiotowe postępowanie antymonopolowe zostało wszczęte w związku z podejrzeniem nadużywania przez Spółkę pozycji dominującej na lokalnym rynku usług oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych na terenie Gminy Opole, polegającego na narzucaniu uciążliwych warunków umów w sprawie wykonywania eksploatacji i konserwacji opraw oświetlenia ulicznego, przynoszących Spółce nieuzasadnione korzyści, poprzez nakładanie na Gminę obowiązku ponoszenia kosztów usuwania niesprawności instalacji oświetlenia ulicznego niezwiązanych z awariami punktów świetlnych, co może stanowić naruszenie art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zgodnie z art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. Nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności na narzucaniu przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści. Aby móc stwierdzić, że Spółka stosuje tę praktykę konieczne było zatem w świetle

przytoczonego powyżej przepisu udowodnienie kumulatywnego spełnienia w okolicznościach sprawy następujących przesłanek:

1. posiadania na rynku właściwym pozycji dominującej,
2. narzucania określonych warunków umów,
3. uciążliwy charakter tych warunków,
4. osiągnięcie przez przedsiębiorcę narzucającego warunki nieuzasadnionych korzyści.

W toku postępowania ustalono, że Spółka posiada pozycję dominującą na lokalnym rynku usług oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych na terenie Gminy Opole. Tym samym spełniona została pierwsza z przesłanek wymaganych do stwierdzenia praktyki z art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 1059 ze zm.) do zadań własnych gminy w zakresie zaopatrzenia w energię elektryczną należy:

1. planowanie i organizacja zaopatrzenia w energię elektryczną,
2. planowanie oświetlenia miejsc publicznych i dróg znajdujących się na terenie gminy,
3. finansowanie oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych znajdujących się na terenie gminy.

W myśl art. 3 pkt 22 ww. ustawy użyte w ustawie określenie *finansowanie oświetlenia* oznacza - finansowanie kosztów energii elektrycznej pobranej przez *punkty świetlne* oraz koszty ich budowy i utrzymania. Ustawa nie zawiera jednakże definicji *punktu świetlnego*. Zdefiniowanie pojęcia *punktu świetlnego*, w ocenie Prezesa Urzędu, miało zatem kluczowe znaczenie w sprawie.

Z przytoczonych powyżej przepisów wynika, iż gmina winna ponosić koszty budowy i utrzymania *punktów świetlnych*. Zatem gminy, bez względu na własność urządzeń (gmina czy przedsiębiorstwo energetyczne) są zobowiązane co do zasady do ponoszenia zarówno kosztów dostawy energii elektrycznej niezbędnej do oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych znajdujących się na jej terenie, jak i kosztów eksploatacji urządzeń i instalacji związanej z tym oświetleniem.

Według Spółki punkt świetlny to jedna oprawa oświetleniowa ze źródłem światła oraz z konstrukcją wsporczą (nośną)². W sieci wydzielonej konstrukcją wsporczą jest latarnia, a w sieci podwieszanej (wspólnej dla zasilania odbiorców i dla celów oświetlenia ulic), słup niskiego napięcia wraz z wysięgnikiem, do którego montowana jest oprawa oświetleniowa. Dla punktów świetlnych zamontowanych nad ulicą konstrukcją wsporczą jest linka nośna wraz z uchwytemi zakotwionymi w ścianach budynku lub na konstrukcjach wsporczych wspólnych z innymi sieciami, a dla opraw zainstalowanych na elewacjach budynków konstrukcją wsporczą jest wysięgnik i ściana, do której jest on przymocowany (karta nr 201). Punkt świetlny jest elementem instalacji oświetleniowej bez której funkcjonowanie tego punktu jest niemożliwe (karta nr 38). W ocenie Gminy należy posługiwać się definicją punktu świetlnego zaaprobowaną przez Polski Komitet Oświetleniowy Stowarzyszenia Elektryków Polskich (karty nr 23, 545).

W celu interpretacji pojęcia *punkt świetlny* Prezes Urzędu zwrócił się do Urzędu Regulacji Energetyki, który wskazał, że przy braku legalnej definicji *punktu świetlnego* należy kierować się istniejącą definicją techniczną, która została określona przez Polski Komitet

² Taka definicja punktu świetlnego znajdowała się w Instrukcji eksploatacji urządzeń oświetlenia zewnętrznego stanowiącej załącznik nr 1 do Zarządzenia nr 20/2007 Dyrektora Generalnego EnergiaPro Koncern Energetyczny S.A. z dnia 21.12.2007r. (karta nr 206).

Oświetleniowy Stowarzyszenia Elektryków Polskich w stanowisku z 03.01.2001 r. Definicja ta uzyskała pozytywną opinię Departamentu Energetyki w Ministerstwie Gospodarki. W ocenie ww. Komitetu, opartej o opinie ekspertów, *punkt świetlny* należy rozumieć jako kompletną oprawę oświetleniową, a oprawą oświetleniową jest urządzenie służące do rozsyłania, filtrowania lub przekształcania światła wysyłanego przez źródło światła, zawierające elementy niezbędne do mocowania i ochrony źródła światła oraz do przyłączenia go do obwodu zasilającego. Definicja punktu świetlnego nie obejmuje zatem m.in. słupów oświetleniowych, czy kabli sterowniczych. Również zdaniem Sądu Apelacyjnego w Warszawie wyrażonym w wyroku z 30.10.2009 r., sygn. akt VI ACa 464/09 punktu świetlnego w rozumieniu Prawa energetycznego nie można było utożsamiać ani z urządzeniami oświetleniowymi, ani z instalacjami oświetleniowymi.

Zdaniem Prezesa Urzędu z dokonanych w toku postępowania ustaleń wynikało jasno, że Spółka oczekuje, aby Gmina finansowała naprawy całej instalacji oświetlenia ulicznego, chociaż z art. 18 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 3 pkt 22 Prawa energetycznego wynikało, że jej obowiązki w tym zakresie winny ograniczać się do finansowania budowy i utrzymania punktów świetlnych służących do oświetlenia ulic, placów i dróg znajdujących się na jej terenie. Istota zarzucanej Spółce praktyki ograniczającej konkurencję dotyczyła nakładania na Gminę obowiązku ponoszenia kosztów usuwania awarii instalacji oświetlenia ulicznego, do których ponoszenia, w ocenie Prezesa Urzędu, w świetle obowiązującego prawa, Gmina nie była zobowiązana.

W analizowanej sytuacji, w ocenie Prezesa Urzędu, nieuzasadnione korzyści osiągnęte przez Spółkę polegały na możliwości obciążenia Gminy kosztami utrzymania instalacji oświetleniowej nie związanymi z budową i utrzymaniem punktów świetlnych, co było bezpośrednią konsekwencją narzucenia w treści umów postanowienia mówiącego, że Spółka usunie awarię instalacji oświetleniowej zalicznikowej tylko wówczas, gdy Gmina jej to dodatkowo zleci i rozliczy to zlecenie w oparciu o kalkulację sporządzoną przez Spółkę. Przerzucenie na Gminę tych kosztów mogło prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Spółki. W okolicznościach sprawy, zdaniem Prezesa Urzędu, wystąpiły nie tylko potencjalne nieuzasadnione korzyściami po stronie Spółki, ale także rzeczywiste nieuzasadnione korzyści. W toku postępowania ustalono bowiem, że Gmina w wykonaniu §3 ust. 4 umowy zawartej w dniu 23.02.2009 r. ze Spółką dążąc do zapewnienia prawidłowego funkcjonowania oświetlenia ulicznego, wystawiała zlecenia dotyczące usuwania niesprawności w instalacjach oświetleniowych zalicznikowych, zlecając Spółce m.in. naprawy uszkodzonych kabli (karty nr 405, 503-539). Tym samym Gmina ponosiła koszty usuwania awarii sieci oświetleniowej, nie związane z awariami punktów świetlnych, a więc koszty, które, zdaniem Prezesa Urzędu, w świetle obowiązującego prawa, nie powinny jej obciążać, zaś Spółka uzyskała nieuzasadnione korzyści w postaci oszczędności wynikające ze wstrzymania się od finansowania tych kosztów.

W świetle obowiązujących przepisów, zdaniem Prezesa Urzędu, do obowiązków Gminy w zakresie finansowania oświetlenia, poza finansowaniem kosztów energii, należało ponoszenie kosztów na budowę i utrzymanie punktów świetlnych, do których energia jest dostarczana. Gmina powinna zatem ponosić koszty związane z usuwaniem awarii punktów świetlnych. Pozostałe obowiązki związane z budową i eksploatacją infrastruktury energetycznej koniecznej dla sprawnego działania punktów świetlnych, w tym koszty usuwania niesprawności w instalacji oświetlenia ulicznego, i związane z tym koszty obciążać winny Spółkę, które musi zbudować sieć wraz z urządzeniami umożliwiającymi dostarczanie do tych punktów energii elektrycznej. Konserwacja i utrzymanie oświetlenia ulicznego może być zrealizowane przez Spółkę na podstawie umowy zawartej z Gminą, co nie oznacza, że może

ona obciążać Gminę kosztami w szerszym zakresie aniżeli wynika to z obowiązujących przepisów Prawa energetycznego.

W konsekwencji Prezes Urzędu uznał, że w sprawie spełnione zostały wszystkie przesłanki niezbędne do stwierdzenia stosowania przez Spółkę praktyki ograniczającej konkurencję określonej w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

SOKiK, Sąd Apelacyjny i Sąd Najwyższy wypowiedając się w sprawie nie podzieliły oceny dokonanej przez Prezesa Urzędu.

W opinii SOKiK wyrażonej w wyroku z 21.05.2012 r. sygn. akt XVII AmA 220/10 ustawa Prawo energetyczne nakłada publicznoprawne obowiązki w zakresie oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych znajdujących się na terenie gminy wyłącznie na gminę. Brak jest innego podmiotu, który byłby obowiązany do budowy i utrzymania jakichkolwiek urządzeń i instalacji zalicznikowych. Oznacza to, że gmina ponosi wszystkie koszty budowy i utrzymania punktów świetlnych od punktu rozdziału sieci odbiorczej oświetleniowej z siecią dystrybucyjną. Aby bowiem wywiązać się z zadania własnego określonego w art. 18 ust. 1 pkt 3 Prawa energetycznego gmina zmuszona jest wykonać nie tylko „urządzenie do przesyłania, filtrowania lub przekształcania światła wysyłanego przez źródło światła oraz do przyłączenia go do obwodu zasilającego”, ale także urządzenia i instalacje niezbędne dla jego sprawnego i bezpiecznego funkcjonowania. Określenie „punkty świetlne” w rozumieniu art. 3 pkt 22 Prawa energetycznego obejmuje zatem także wszelkie urządzenia mocujące źródło światła, jak również umożliwiające jego zasilanie, a także sterujące jego pracą.

W sytuacji gdy gmina realizuje zadania własne przy użyciu mienia innych podmiotów, jak w okolicznościach sprawy) zwykłym ciężarem jest ponoszenie opłat pokrywających wszelkie koszty takich podmiotów w przedstawionym wyżej zakresie. Żądanie pokrywania kosztów awarii powstałych w sieci i urządzeniach zalicznikowych, co do zasady jest prawnie uzasadnione i samo w sobie nie stanowi ciężaru większego niż zwykły w stosunkach danego rodzaju. SOKiK podkreślił, że obowiązujące przepisy prawa nie pozwalają umieszczać w taryfach kosztów związanych z utrzymaniem urządzeń odbiorczych, jakimi są instalacje oświetleniowe, gdyż nie stanowią one kosztów uzasadnionych ponoszonych przez operatorów systemów przesyłowych i dystrybucyjnych w związku z realizacją ich zadań.

Sąd Apelacyjny w wyroku z 31.01.2013 r. sygn. akt VI ACa 950/12 zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 3 pkt 22 Prawa energetycznego finansowanie oświetlenia oznacza finansowanie kosztów energii elektrycznej pobranej przez punkty świetlne oraz koszty ich budowy i utrzymania. Wprowadzając tę definicję ustawodawca przesądził, że finansowanie oświetlenia obejmuje w sposób łączny trzy kategorie wydatków:

1. koszty energii elektrycznej pobranej przez urządzenia służące do oświetlenia odnośnych miejsc na terenie gminy, tj. ulic, placów i dróg publicznych,
2. koszty budowy tych urządzeń (obejmujące także ich modernizację, z racji trwałego ulepszenia prowadzącego do zwiększenia wartości użytkowej tych urządzeń),
3. koszty ich utrzymania, przez które należy rozumieć wydatki na eksploatację (np. wymiana elektrycznych źródeł emisji światła), konserwację, remonty.

Brak jest jednak w powyższym uregulowaniu odniesienia się do kwestii sposobu finansowania przez gminę tak zakreślonych kategorii wydatków. Z treści definicji nie wynika jakiegokolwiek powiązanie finansowania oświetlenia z prawem własności punktu (urządzenia) świetlnego. Podobnie też odnośne przepisy art. 18 Prawa energetycznego nie przewidują konieczności posiadania przez gminę prawa własności tego oświetlenia w celu realizacji przez gminę obowiązku jego finansowania. W praktyce zachodzą zarówno sytuacje, w których

gmina jest właścicielem instalacji oświetleniowych, jak i sytuacje, w których urządzenia te do gminy nie należą, a są np. własnością przedsiębiorstw energetycznych dystrybuujących energię na obszarze gminy, jak to ma miejsce w przedmiotowej sprawie. W tych okolicznościach zdaniem sądu należy przyjąć, że skoro finansowanie oświetlenia uznane zostało przez ustawodawcę jako zadanie własne gminy, to powinno ono odnosić się „ściśle do czynności [z nim] związanych, a nie było związane z utrzymaniem przedsiębiorstwa energetycznego, czy rozbudową urządzeń należących do przedsiębiorstwa energetycznego, jako podmiotu gospodarczego (np. chodzi o samodzielną budowę urządzeń umożliwiających dostawę energii zakładom przemysłowym)” (R. Kulik, *„Oświetlenie dróg, problemy z interpretacją prawa”*, 2010). W odniesieniu do ww. kategorii wydatków określonych w punkcie 1 kwestia własności urządzeń oświetleniowych ma pomniejsze znaczenie, gdyż ich wysokość jest, co do zasady determinowana w zakresie zużytej energii elektrycznej przez cenę energii sprzedawcy energii (przedsiębiorstwa obrotu energią elektryczną), wynikającą z umowy sprzedaży energii (lub z umowy kompleksowej) zawartej przez gminę z tym sprzedawcą, a w zakresie usługi dostarczenia tej energii – przez zatwierdzoną przez Prezesa URE taryfę przedsiębiorstwa energetycznego zajmującego się dystrybucją energii elektrycznej na obszarze gminy. Jednak w odniesieniu do kategorii określonych wyżej jako punkty 2 i 3 własność urządzeń oświetleniowych determinuje sposób finansowania oświetlenia.

W piśmiennictwie (J. Glumińska-Pawlic, *„Finansowanie oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych znajdujących się na terenie gminy”*) podkreślono, że finansowanie oświetlenia dróg publicznych uzależnione jest od zróżnicowani technicznego i własnościowego majątku oświetleniowego. W sytuacji gdy urządzenia oświetlenia od miejsca przyłączenia lub miejsca rozgraniczenia własności stanowią w całości majątek gminy, jest ona zobowiązana do finansowania eksploatacji (konserwacji instalacji) tych urządzeń. Jeżeli natomiast urządzenia służące oświetleniu dróg publicznych stanowią własność przedsiębiorstwa energetycznego, to gmina może odpłatnie korzystać ze świadczonej usługi, ale musi ponieść jej koszty wynikające z udokumentowanych wydatków na utrzymanie urządzeń oświetlenia (obsługi i konserwacji), powstających w trakcie świadczonej usługi. Sąd Apelacyjny zwrócił uwagę na stanowisko Sądu Najwyższego zaprezentowane w wyroku z 17.02.2011 r. w sprawie III SK 36/10, którego teza brzmi: *„Przepis art. 3 pkt 22 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (jednolity tekst: Dz.U. z 2006 r. Nr 89, poz. 625 ze zm.), w zakresie w jakim odnosi się do kosztów budowy i utrzymania punktów oświetleniowych, należy interpretować z uwzględnieniem realiów gospodarczych, w jakich świadczone są usługi oświetlenia ulicznego. W braku wyraźnej regulacji ustawowej nakładającej obowiązek ponoszenia kosztów utrzymania zdolności urządzeń, instalacji i sieci do realizacji zaopatrzenia na przedsiębiorstwo energetyczne niedopuszczalne jest uznanie żądania pokrywania kosztów przeglądów i napraw sieci oświetleniowych za praktykę ograniczającą konkurencję w rozumieniu art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy z 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów”*.

W uzasadnieniu tego orzeczenia Sąd Najwyższy stwierdził, że warunkiem do świadczenia usług oświetlenia ulicznego jest istnienie pewnej infrastruktury. Punkty świetlne stanowią tylko jeden z jej elementów. Bez któregośkolwiek z elementów tej infrastruktury świadczenie tej usługi jest niemożliwe. Oświetlenie ulic może być zapewniane przy użyciu infrastruktury należącej do gminy lub infrastruktury należącej do przedsiębiorstw energetycznych (ewentualnie infrastruktury należącej do innych podmiotów). W pierwszym z wymienionych wariantów istnieje odrębna sieć oświetleniowa będąca własnością gminy oraz sieć dystrybucyjna przedsiębiorstwa energetycznego. W drugim wariantcie konieczne jest współkorzystanie z istniejącej sieci przedsiębiorstwa energetycznego, jako podstawy dla sieci oświetleniowej. We wszystkich przypadkach, w których usługa oświetlenia ulic świadczona

jest z wykorzystaniem infrastruktury należącej do przedsiębiorstwa energetycznego, udostępnienie jej gminie wymaga zawarcia stosownej umowy. Prawo energetyczne nie normuje ani postaci takiej umowy, ani jej treści, ani wreszcie odpłatnego lub nieodpłatnego charakteru. Sąd Najwyższy zwrócił również uwagę, że art. 3 pkt 22 Prawa energetycznego nie jest adresowany do przedsiębiorstw energetycznych. Nie wynikają z niego żadne obowiązki dla tej kategorii uczestników rynku. W szczególności nie wynika z niego obowiązek nieodpłatnego udostępniania infrastruktury koniecznej do świadczenia usługi oświetlenia. To samo dotyczy art. 18 ust. 1 pkt 3 Prawa energetycznego, który definiuje zadania własne gmin. Tym samym art. 3 pkt 22 w związku z art. 18 ust. 1 pkt 3 Prawa energetycznego nie dają podstaw do przyjęcia założenia interpretacyjnego, zgodnie z którym normuje on również zasady rozliczeń między przedsiębiorstwem energetycznym a gminą w zakresie świadczenia usług oświetlenia ulic.

Sąd Apelacyjny zaznaczył, że obowiązek finansowania zadań jest konsekwencją obowiązku ich wykonywania. „Finansowanie” to pojęcie związane z prowadzoną przez gminę gospodarką finansową w zakresie działalności wskazanej w tej części jej zadań. W przypadku tego przepisu działalność ta polega na oświetleniu ulic, placów i dróg publicznych znajdujących się na terenie gminy. W ujęciu szerokim finansowanie to planowanie dochodów i wydatków gminy (budżetowanie) oraz ponoszenie tych wydatków (zapłata należności). Definicję finansowania w sensie ścisłym zawiera natomiast art. 3 pkt 22 Prawa energetycznego. Zgodnie z tym przepisem finansowanie oświetlenia to „finansowanie kosztów energii elektrycznej pobranej przez punkty świetlne oraz koszty ich budowy i utrzymania”.

Przedsiębiorstwa energetyczne zgodnie z art. 4 ust. 1 Prawa energetycznego zobowiązane są utrzymywać zdolność urządzeń, instalacji i sieci do realizacji zaopatrzenia w energię w sposób ciągły i niezawodny, przy zachowaniu obowiązujących wymagań jakościowych. Sąd Apelacyjny wskazał, że przepis ten nakłada na przedsiębiorstwa energetyczne określony obowiązek. Obowiązek ma charakter publicznoprawny w tym znaczeniu, że zostaje nałożony w interesie publicznym, celem zapewnienia odpowiednich warunków do stałego zaspokajania przez przedsiębiorstwa energetyczne podstawowych potrzeb społecznych, do których należy zaopatrzenie w energię elektryczną. Obowiązek ten jest konieczny do zapewnienia realizacji celów Prawa energetycznego oraz funkcjonowania systemu energetycznego, w tym podsystemu elektroenergetycznego. Jednocześnie jest on korzystny nie tylko dla odbiorców energii i paliw, ale także dla samego przedsiębiorstwa energetycznego. Wspomniane w art. 4 ust. 1 Prawa energetycznego wymagania zostają doprecyzowane w koncesji, zaś ich niedochowanie może stanowić podstawę do nałożenia kary pieniężnej na podstawie art. 56 ust. 1 pkt 12 Prawa energetycznego. Natomiast przepis art. 4 ust. 1 Prawa energetycznego nie rozstrzyga w żaden sposób, czy wykonanie tego obowiązku ma charakter odpłatny lub nieodpłatny oraz kto ponosi faktycznie koszty jego wykonania.

Sąd Apelacyjny wyraził stanowisko, że w okolicznościach sprawy nie można uznać za uzasadniony zarzut naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zgodnie którym nadużywanie pozycji dominującej może polegać na narzucaniu przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści. Podkreślił, że w braku wyraźnej regulacji ustawowej nakładającej obowiązek ponoszenia kosztów napraw oświetlenia ulicznego, w tym między innymi w zakresie instalacji zalicznikowej, na przedsiębiorstwo energetyczne niedopuszczalne jest uznanie żądania pokrywania kosztów przeglądów i napraw sieci oświetleniowych za praktykę ograniczającą konkurencję w rozumieniu powyższego przepisu. Wymóg ponoszenia takich kosztów może być co prawda uciążliwy dla kontrahenta i zmuszać go do rezygnacji z

przeznaczenia środków finansowych na zaspokojenie innych potrzeb lokalnej społeczności, ale nie przynosi nieuzasadnionych korzyści dominującemu przedsiębiorstwu energetycznemu. Racjonalnie działający przedsiębiorca, w tym posiadający pozycję dominującą, dąży bowiem do tego, aby uzyskiwane przez niego wpływy pokrywały co najmniej koszty jego funkcjonowania, obejmujące także minimalny poziom zysku pozwalający na odtworzenie posiadanych aktywów (vide wyrok Sądu Najwyższego z 27.02.2011 r. sygn. akt III SK 36/10).

Podsumowując powyższe stanowisko sądów należy wskazać, że niedopuszczalne jest uznanie żądania przez Spółkę pokrywania przez Gminę kosztów przeglądów i napraw sieci oświetleniowych za praktykę ograniczającą konkurencję w rozumieniu art. 9 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w sytuacji gdy brak jest wyraźnej regulacji ustawowej nakładającej obowiązek ponoszenia kosztów napraw oświetlenia ulicznego, w tym między innymi w zakresie instalacji zalicznikowej na przedsiębiorstwo energetyczne. Wymóg ponoszenia przez Gminę kosztów usuwania niesprawności instalacji oświetlenia ulicznego może zostać uznany za uciążliwy, ale nie przynosi Spółce nieuzasadnionych korzyści. Żądanie pokrywania kosztów awarii powstałych w sieci i urządzeniach zalicznikowych nie stanowi samo w sobie ciężaru większego niż zwykły w stosunkach danego rodzaju, zwłaszcza, że obowiązujące przepisy prawa nie pozwalają umieszczać w taryfach kosztów związanych z utrzymaniem urządzeń odbiorczych, jakimi są instalacje oświetleniowe, gdyż nie stanowią one kosztów uzasadnionych ponoszonych przez operatorów systemów przesyłowych i dystrybucyjnych w związku z realizacją ich zadań.

W świetle powyższego Prezes Urzędu uznał, że prowadzone postępowanie antymonopolowe powinno zostać umorzone.

Stosownie do art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w związku z art. 84 tej ustawy, w sprawach w niej nieuregulowanych, do postępowania przed Prezesem Urzędu stosuje się – z wyłączeniem spraw dotyczących dowodów – przepisy ustawy Kodeks postępowania administracyjnego. Art. 105 K.p.a. stanowi, że gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania. *Bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego oznacza, że brak jest któregoś z elementów materialnego stosunku prawnego, a wobec tego nie można wydać decyzji załatwiającej sprawę przez rozstrzygnięcie co do istoty. Przesłanka umorzenia postępowania może istnieć jeszcze przed wszczęciem postępowania, co zostanie ujawnione dopiero w toczącym się postępowaniu, a może ona powstać także w czasie trwania postępowania, a więc w sprawie już zawisłej przed organem administracyjnym* (tak B. Adamiak i J. Borkowski – Kodeks postępowania administracyjnego – Komentarz, C.H. BECK, Warszawa 1996, str. 462).

W niniejszej sprawie przesłanką umorzenia postępowania antymonopolowego, przemawiającą za jego bezprzedmiotowością jest – jak wskazano powyżej – brak podstaw do przyjęcia, że żądanie przez Spółkę pokrywania kosztów przeglądów i napraw sieci oświetleniowych, w tym kosztów usuwania niesprawności instalacji oświetlenia ulicznego niezwiązanych z awariami punktów świetlnych przynosi jej nieuzasadnione korzyści. Wymóg ponoszenia takich kosztów może zmuszać ją do rezygnacji z przeznaczenia środków finansowych na zaspokojenie innych potrzeb lokalnej społeczności, ale nie przynosi Spółce nieuzasadnionych korzyści.

W okolicznościach sprawy nie zostały zatem spełnione wszystkie przesłanki niezbędne do zastosowania wobec Spółki art. 9 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,

co skutkuje stwierdzeniem bezprzedmiotowości postępowania antymonopolowego i jego umorzeniem.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji niniejszej decyzji.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479²⁸ § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn. Dz.U. z 2014 r., poz. 101 ze zm.) – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od daty 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
Maciej Fragsztajn