



**PREZES
URZĘDU OCHRONY KONKURENCJI
I KONSUMENTÓW**

DELEGATURA W BYDGOSZCZY

ul. Jagiellońska 34,
85-097 Bydgoszcz
tel. (052) 345-56-44, Fax (052) 345-56-17,
E-mail: bydgoszcz@uokik.gov.pl

Bydgoszcz, dnia 19 stycznia 2005r.

znak: RBG-5002-00006(W)/02/DK

Decyzja nr RBG-3/2005

- I. Na podstawie art. 11 ust.1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (tekst jednolity Dz. U. z 2003r. Nr 86, poz. 804 z późn. 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 z późn zm.) po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego na wniosek „Elana” S.A. z siedzibą w Toruniu

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

nie stwierdza się stosowania przez Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej „Toruń” Sp. z o.o. w Toruniu oraz Elektrociepłownię „Toruń” S.A. w Toruniu **praktyki ograniczającej konkurencję**, o której mowa w art. 5 ust. 1 pkt 6 wyżej przywołanej ustawy, polegającej na zawarciu porozumienia eliminującego „Elana” S.A. z siedzibą w Toruniu z rynku zaopatrzenia w ciepło, obejmującego swoim zasięgiem obszar miasta Torunia, na skutek zawarcia przez Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej „Toruń” Sp. z o.o. w Toruniu oraz Elektrociepłownię „Toruń” S.A. w Toruniu umowy rocznej sprzedaży ciepła z dnia 7 stycznia 2002r. Nr 2/TW/2002.

- II. Na podstawie art. 69 ust. 1 i 3 oraz art. 75 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* i 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*

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

1. obciąża się Wnioskodawcę – „Elana” S.A. z siedzibą w Toruniu kosztami postępowania antymonopolowego, w tym kosztami opinii biegłego w kwocie 5.000,00zł.,
2. zobowiązuje się „Elana” S.A. z siedzibą w Toruniu do zwrotu Przedsiębiorstwu Energetyki Ciepłej „Toruń” Sp. z o.o. w Toruniu kosztów w kwocie 1.095,00 zł. (słownie: *jedentysiąc dziewięćdziesiąt pięć złotych*), w tym 1.080,00zł. tytułem kosztów wynagrodzenia radcy prawnego,
3. zobowiązuje się „Elana” S.A. z siedzibą w Toruniu do zwrotu Elektrociepłowniom „Toruń” S.A. w Toruniu kosztów w kwocie 735,00 zł. (słownie: *siedemset trzydzieści pięć złotych*), w tym 720,00zł. tytułem kosztów wynagrodzenia radcy prawnego.

Uzasadnienie

Do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wpłynął wniosek przedsiębiorcy pod firmą „Elana” S.A. z siedzibą w Toruniu (zwanego dalej: *Elana*) o wszczęcie postępowania antymonopolowego przeciwko Przedsiębiorstwu Energetyki Ciepłej „Toruń” Sp. z o.o. w Toruniu (zwanemu dalej *PEC*) i stwierdzenie naruszenia przez tegoż przedsiębiorcę przepisów art. 5 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (zwanej dalej: *ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów lub ustawą antymonopolową*).

Niniejszy wniosek został przekazany do Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Bydgoszczy do rozpoznania zgodnie z właściwością.

Na wezwanie Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w imieniu którego działa Dyrektor Delegatury w Bydgoszczy (zwany dalej *Prezesem UOKiK lub organem antymonopolowym*), w piśmie z dnia 1 lutego 2002r. (K. 24) Wnioskodawca sprecyzował swoje zarzuty, wnosząc o wydanie decyzji w przedmiocie nakazania zaniechania stosowania przez PEC praktyk ograniczających konkurencję określonych w art. 5 ust. 1 pkt 6 oraz w art. 8 ust. 2 pkt 5 wspomnianej ustawy. Ponadto, w piśmie z dnia 20 lutego 2002r. (K. 27) Elana wskazała drugiego uczestnika porozumienia, tj. Elektrociepłownię „Toruń” S.A. z siedzibą w Toruniu (zwane dalej *EC Toruń*).

Dnia 11 marca 2002r. Prezes UOKiK wszczął postępowanie wyjaśniające mające na celu wstępne ustalenie, czy nastąpiło naruszenie przepisów wyżej przywołanej ustawy uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego w sprawie stosowania praktyki ograniczającej konkurencję polegającej na zawarciu porozumienia pomiędzy PEC a EC Toruń, mającego na celu wyeliminowanie Elany z rynku zaopatrzenia w ciepło (K.30).

Postanowieniem z dnia 27 marca 2002r. kwestia zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję została wyłączona do odrębnego postępowania (K.91).

Po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, o którym mowa wyżej, decyzją z dnia 29 maja 2002 roku nr RBG 13/2002 Prezes UOKiK na podstawie art. 85 ust. 1 ustawy

o ochronie konkurencji i konsumentów odmówił wszczęcia postępowania antymonopolowego przeciwko PEC oraz EC Toruń (K. 113). Decyzja ta została zaskarżona przez Wnioskodawcę.

Biorąc pod uwagę zarzuty podniesione w odwołaniu oraz dowody zgromadzone w toku czynności dodatkowych przeprowadzonych na podstawie przepisu art. 78 pkt 5 ustawy antymonopolowej, organ antymonopolowy decyzją z dnia 20 sierpnia 2002r. Nr RBG-22/2002 na podstawie art.78 ust. 4 wspomnianej ustawy uchylił w całości wyżej przywołaną decyzję odmawiającą wszczęcia postępowania oraz postanowił wszcząć postępowanie antymonopolowe na wniosek Elany przeciwko PEC i EC Toruń w związku z podejrzeniem zawarcia przez wyżej wymienionych przedsiębiorców porozumienia eliminującego Elanę z rynku zaopatrzenia w ciepło, co może stanowić naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (K.203-205).

We wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego jak również później w toku tego postępowania Wnioskodawca uzasadniał trafność przedstawionego zarzutu, wskazując na następujące zachowania uczestników rynku, uprawdopodobniające fakt istnienia porozumienia ograniczającego konkurencję:

1. Pierwszym deklarowanym przez PEC terminem rozstrzygnięcia przetargu na dostawę energii cieplnej do miejskiej sieci ciepłowniczej był 30 listopada 2001r. Przed jego upływem zebrane zostały oferty wszystkich zainteresowanych źródeł ciepła, w tym oferta Elany, która została przedstawiona ostatecznie w dniu 16 listopada 2001r. w formie uwzględniającej sugestie komisji przetargowej, dotyczące wariantowości w zakresie wielkości zamówionej mocy cieplnej i zawierała zapewnienie o jej konkurencyjności oraz gotowości do dalszych negocjacji mających na celu uatrakcyjnienie oferty dla odbiorców. Wskazany powyżej termin rozstrzygnięcia przetargu nie został dotrzymany (jak również kolejny wyznaczony na 13 grudnia 2001r.), a równolegle w dniu 9 grudnia 2001r. dokonane zostały zmiany w kapitale zakładowym PEC, w wyniku których udziałowcem tego podmiotu stała się EC Toruń. Po rozstrzygnięciu przez Radę Miasta Torunia przetargu na sprzedaż udziałów w PEC zarząd tej spółki nie podjął żadnych negocjacji cenowych z Elaną, ignorując wszystkie jej deklaracje w zakresie składanych ofert obniżenia proponowanych cen dostawy ciepła.
2. PEC oraz EC Toruń zawarły umowę w przedmiocie dostaw energii cieplnej do miejskiego systemu ciepłowniczego, dającą EC Toruń około 80% udziału w rynku. Chociaż formalnie nie nosi ona znamion zakazanego ustawą porozumienia, to *de facto* skutkiem jej podpisania jest istotne naruszenie, a wręcz wyeliminowanie konkurencji, tym bardziej, że oferta Elany była najkorzystniejsza cenowo oraz dawała możliwość dalszego negocjowania poziomu cen. Dokonana monopolizacja rynku była efektem prywatyzacji EC Toruń oraz EC Energotor, przy jednoczesnym zbyciu przez zarząd Miasta Torunia znaczącej części posiadanych udziałów w PEC na rzecz konsorcjum z udziałem EC Toruń. W dniu rozstrzygnięcia przetargu na zakup ciepła na rok 2002,

PEC i EC Toruń miały świadomość powstania między nimi powiązań o charakterze kapitałowym, a już wcześniej podczas spotkania pomiędzy PEC oraz EC Energator S.A. w dniu 6 listopada 2001r. przedstawiciele PEC przyznali, iż przyszła struktura zakupów ciepła na toruńskim rynku ciepłowniczym jest uzależniona od rezultatów dokonywanych zmian własnościowych. Zgodnie z doświadczeniem życiowym podmioty, które łączą związki o charakterze kapitałowym, niezależnie od tego czy mające charakter dominacji czy też mające charakter udziałów mniejszościowych, wykazują zwykle tendencję do nie konkurowania między sobą, a wręcz przeciwnie do podejmowania działań uzgodnionych.

3. W trakcie konkursu ofert PEC nie zamierzał zawrzeć z Elaną umowy. Z góry założono, że przetarg zostanie rozstrzygnięty na korzyść EC Toruń. Istotą naruszenia prawa przez PEC i EC Toruń było takie prowadzenie przetargu, w wyniku którego wykluczono możliwość uczciwej konkurencji między uczestnikami przetargu. PEC miał obowiązek rzetelnie badać oferty oraz prowadzić negocjacje, aż do uzyskania ekonomicznie uzasadnionego optymalnego rozwiązania. Nie czyniąc tego, dał dowód na istnienie porozumienia między nim a innymi uczestnikami przetargu. Postępowanie PEC jak i EC Toruń zbliżone jest do reguły „ostatniej oferty”. W obrocie gospodarczym zdarza się, że spółki powiązane stają się kontrahentami. Z góry wiadomo, że dana spółka uzyska zlecenie, ale aby uzyskać optymalne warunki umowy spółka poszukująca wykonawcy często dokonuje zapytania ofertowego wśród innych uczestników rynku. Po zebraniu ofert przedstawiane są one spółce powiązanej, która dopiero w tym momencie składa swoje warunki lub rezygnuje ze zlecenia. Zachowanie to na rynkach, na których funkcjonuje konkurencja jest prawnie obojętne, natomiast w sytuacji, gdy regułę „ostatniej oferty” stosuje dominant na rynku usług sieciowych zastosowanie znajdują przepisy ustawy antymonopolowej.
4. PEC dokonał wyboru oferty EC Toruń, która nie była ofertą najkorzystniejszą (również cenowo), co stanowi także naruszenie - §13 pkt 1 lit a rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 11 sierpnia 2000 r. w *sprawie szczegółowych warunków przyłączenia podmiotów do sieci ciepłowniczych, obrotu ciepłem, świadczenia usług przesyłowych, ruchu sieciowego i eksploatacji sieci oraz standardów jakościowych obsługi odbiorców*, zgodnie z którym przedsiębiorstwo ciepłownicze ma obowiązek zakupu ciepła od przedsiębiorstw wytwórczych lub innych dostawców ciepła, oferujących najkorzystniejsze warunki sprzedaży ciepła.
5. Fakt zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję potwierdza postanowienie zawarte w § 13 pkt 1 umowy rocznej sprzedaży ciepła zawartej w dniu 7 stycznia 2002r. pomiędzy PEC a EC Toruń oraz związane z nim postanowienia załącznika Nr 3 ustalającego ceny jednostkowe za sprzedawane ciepło. Z literalnej wykładni zarówno oferty EC jak i z umowy zawartej pomiędzy PEC i EC Toruń wynika, iż niższa cena przewidziana jest dla dostaw powyżej 2 500 000 GJ w skali roku. EC zaproponował zatem pozorny rabat (w rzeczywistości nieistotny finansowo), jeżeli w ogóle osiągalny

ze względu na poziom wymaganych minimalnych zakupów ciepła niezbędny do jego uzyskania), zaś PEC dokonał wyboru takiej oferty.

O pozorności rabatu mogą świadczyć następujące fakty:

- a) PEC nie poinformował swoich odbiorców o ewentualności udzielenia rabatu. Ponadto nie wykazał mechanizmu przenoszenia rabatu za okresy styczeń - listopad na odbiorców, zaś jest niesporne, że umowy z odbiorcami nie zawierają takiego mechanizmu.
- b) Założenie zakupów od EC Toruń na poziomie powyżej 2.500.000,00GJ było zachowaniem nieracjonalnym, albowiem stałą tendencją na odnośnym rynku lokalnym jest systematyczne zmniejszanie się zapotrzebowania odbiorców na ciepło. Okoliczność ta znajduje potwierdzenie w oficjalnych informacjach PEC, czego dowodem są tabele zaczerpnięte na stronie internetowej PEC. Na podstawie tego zestawienia można stwierdzić, że zakupy ciepła od 1997r. systematycznie się zmniejszały. Porównując zakup ciepła w 2000 roku i w roku 1999, zmniejszenie wyniosło 235,9 tys GJ, tj. 7,3%.
- c) Zgodnie z § 2 rocznej umowy sprzedaży ciepła nr TE/1/02 zawartej w dniu 7 stycznia 2002 roku, PEC zobowiązał się wobec EC Energotor S.A. do zakupu ciepła w ilości od 600.000 GJ do 800.000 GJ, co w połączeniu z zakupami w EC Toruń w ilości umożliwiającej uzyskanie upustu daje łącznie zakupy na poziomie od 3.100.000 GJ do 3.300.000 GJ. Tymczasem jednocześnie PEC zakładał, iż łączne zapotrzebowanie miejskiej sieci ciepłowniczej ukształtuje się na poziomie od 2.747.000 GJ do maksymalnie 3.025.000 GJ w przypadku ewentualnego zwiększonego zapotrzebowania odbiorców, co wynika z protokołu prac komisji. Z kolei z przedstawionych przez PEC danych wynika, że łączne zakupy w EC Toruń i EC Energotor S.A. wyniosły 2.985.200 GJ w roku 2000 i odpowiednio 3.103.000 GJ w roku 2001. O ile zatem na podstawie tych danych można próbować uzasadnić realność założenia maksymalnego zakupu na poziomie 3.025.000 GJ, to nie można z całą pewnością w racjonalny sposób wywnioskować, że minimalny zakup w 2002 roku wyniesie 3.100.000 GJ. Rzetelne i prawdziwe planowanie w energetyce umożliwia co najwyżej określenie przedziału wartości możliwych do uzyskania. Nie uzasadnia to jednak racjonalności podejmowania niezwykle ważnych decyzji na podstawie konkretnej liczby z górnego zakresu takiego przedziału. Wobec takiego działania należy uznać za wykraczające poza ramy dopuszczalnego ryzyka gospodarczego.
- d) PEC pomimo istnienia odpowiednich możliwości faktycznie nie podjął działań zapewniających minimalizację kosztów. Gdyby w II półroczu 2002r. PEC realizował politykę zakupów podobną jak w I półroczu tego roku, osiągnąłby bez trudu zakładany na etapie rozstrzygnięcia przetargu poziom zakupów w EC Toruń w wysokości umożliwiającej uzyskanie rabatu. Przeszkodą w tym względzie nie stały się względy

techniczne. Z danych za I kwartał 2002r. wynika bowiem, że w okresie zimowym udział EC Energotor S.A. w dostawach ciepła wyniósł, ok. 14% i był wystarczający dla spełnienia technicznych uwarunkowań sieci ciepłowniczej. Natomiast w listopadzie i grudniu 2002r. udział ten wynosił odpowiednio 24% i 20%. Oznacza to, że PEC zamiast dążyć do osiągnięcia progu zakupów, którego przekroczenie upoważniało do skorzystania z upustu utrzymywał w tych miesiącach dużo mniejsze obciążenie EC Toruń niż na początku roku. Ponadto w miesiącach letnich PEC miał możliwość zakupu ciepła tylko w jednym źródle celem utrzymania wysokiego poziomu zakupów z EC Toruń. Jednak i ta droga uzyskania upustu nie została wykorzystana.

Do zrealizowania planowanego poziomu zakupów zabrakło 116 522 GJ. Gdyby PEC rzeczywiście dążył do osiągnięcia tego poziomu mógł zrezygnować z zakupów w EC Energotor w czerwcu i lipcu 2002r. Ponadto możliwe było utrzymanie w listopadzie i grudniu tego roku minimum technicznego sieci i zakup jedynie 14% ciepła z EC Energotor (zamiast 24% i 20%). PEC mógł zatem z łatwością zwiększyć zakupy ciepła w EC Toruń o wielkości pozwalającą na uzyskanie upustu.

6. Źródła ciepła w czasie przetargu były traktowane oraz oceniane przez PEC według różnych kryteriów, albowiem w trakcie procedury przetargowej zmierzającej do wyłonienia dostawców ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej na rok 2002 PEC nie dysponował ofertami, które można by uznać za porównywalne. Istotna różnica pomiędzy złożonymi ofertami sprowadza się do zastosowania przez źródła odmiennych proporcji przy określaniu ilości ciepła odpowiadającej oferowanej mocy zamówionej. W tej sytuacji PEC winien doprowadzić do ujednoczenia konstrukcji wszystkich ofert w tym zakresie. Dopiero wówczas zaistniałaby przesłanka do przeprowadzenia w prawidłowy sposób symulacji cenowych prowadzących do rozstrzygnięcia przetargu. PEC nie doprowadził do ujednoczenia ofert, lecz ponadto zastosował inne zasady przy podziale mocy zamówionej, a inne przy podziale ilości ciepła.
7. Podjęta przez PEC decyzja odnośnie wyboru dostawców ciepła na rok 2002 była zachowaniem nieracjonalnym z punktu widzenia kosztów ponoszonych przez PEC, a więc zachowaniem nierynkowym. Zgodnie bowiem z doświadczeniem życiowym podmioty zachowujące się na rynku w sposób racjonalny dążą do minimalizacji kosztów. PEC - działając w sposób racjonalny – powinien zatem dokonać wyboru dostawców ciepła w sposób zapewniający możliwie najtańsze nabycie ciepła. Wybór grona dostawców z uwzględnieniem Elany byłby korzystniejszy niż wybór eliminujący ją z rynku. Ponadto, dostawa ciepła do systemu ciepłowniczego z 3 źródeł (EC Toruń, Energotor, Elana) zapewniałaby większe bezpieczeństwo niż dostawa z 2 źródeł.

W ocenie Wnioskodawcy, we wskazanych okolicznościach można racjonalnie i z uwzględnieniem życiowego doświadczenia przypuszczać, iż PEC i EC Toruń przy

składaniu oferty i wyborze dostawców kierowały się nie tylko kryteriami obiektywnymi, lecz także celem w postaci zapewnienia rynku zbytu dla EC Toruń. Natomiast fakt, iż wybrana struktura dostawców zakładająca wysoki udział w rynku EC Toruń z pominięciem Elany nie wydaje się być - w obiektywnej ocenie - najkorzystniejsza cenowo, potwierdza przypuszczenie istnienia porozumienia między PEC i EC Toruń, którego celem było zapewnienie możliwie dużej części rynku dla EC Toruń poprzez eliminację z tegoż rynku konkurencji w postaci Elany.

W odpowiedzi na wniosek o wszczęcie postępowania antymonopolowego, jak również w kolejnych pismach w toku tego postępowania, PEC uznało zarzutu naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy antymonopolowej za nieuzasadniony, a ponadto pełnomocnicy wspomnianego przedsiębiorcy złożyli następujące wyjaśnienia:

1. Wybór dostawców ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej w 2002 roku odbywał się w trybie zbierania ofert. Do złożenia ofert zostały zaproszone wszystkie źródła ciepła, tj.: Wnioskodawca, EC Toruń, EC Energotor S.A. i Biogaz-Inwestor Spółka z o.o. Przy wyborze najkorzystniejszych warunków zakupu ciepła brano pod uwagę: jakość i niezawodność dostaw, łączne koszty zakupu ciepła, bezpieczeństwo energetyczne miasta. Istotną rolę przy podejmowaniu decyzji odgrywał też fakt lokalizacji poszczególnych źródeł w mieście. Nie bez znaczenia jest bowiem, iż zarówno Wnioskodawca jak i największy dostawca EC Toruń znajdują się we wschodniej części miasta, natomiast w zachodniej części miasta usytuowany jest EC Energotor. W przedstawionych ofertach trzy znaczące źródła podały ceny ciepła w warunkach wysokiej ilości sprzedaży ciepła (GJ) i mocy (MWt). W związku z ograniczonymi potrzebami odbiorców, wszystkie źródła zostały zaproszone na odrębne spotkania w celu negocjacji ceny ciepła przy zmniejszeniu ilości ciepła i mocy w stosunku do zaproponowanych w ofertach. Na podstawie otrzymanych propozycji oferentów przeprowadzono analizę wpływu proponowanych cen na koszty zakupu ciepła. Oferta EC Energotor nie miała dla rozstrzygnięcia tej sprawy istotnego znaczenia, ponieważ zakup ciepła z tego źródła musi mieć miejsce w aktualnych warunkach technicznych pracy sieci ciepłowniczej. W celu zapewnienia wymaganych ciśnień dyspozycyjnych i temperatury nośnika ciepła w zachodniej części miasta konieczna jest praca EC Energotor. Z tych technicznych względów Wnioskodawca nie jest w stanie ogrzać zachodniej części miasta. Stąd ocenie podlegały w zasadzie oferty Wnioskodawcy i EC Toruń.
2. W wyniku analizy przedstawionych propozycji stwierdzono, że przyjęcie któregośkolwiek z trzech wariantów - minimalnego, średniego i maksymalnego - zaproponowanych w ofercie Wnioskodawcy z dnia 16 listopada 2001r., spowodowałoby zwiększenie ogólnych kosztów zakupu ciepła, w odniesieniu do zakupów dokonywanych stosownie do oferty EC Toruń. W wariantcie minimalnego zamówienia mocy cieplnej od Wnioskodawcy łączne koszty zakupu wyniosłyby około 66.600.000,- zł, w wariantcie średniego zamówienia mocy około 65.800.000,- zł,

a w wariantcie maksymalnym około 62.000.000,-zł. Natomiast w wariantcie uwzględniającym maksymalny zakup ciepła z EC Toruń koszty zakupu wyniosłyby 61.200.000-zł. Z tych względów oferta EC Toruń była najkorzystniejsza. Wprawdzie Wnioskodawca w piśmie z dnia 28 grudnia 2001 r., skierowanym do Rady Nadzorczej PEC, zaoferował ceny o 3% niższe od propozycji pozostałych oferentów, jednak propozycja ta wpłynęła w dniu rozstrzygnięcia przetargu, a jednocześnie w ocenie Zarządu PEC propozycja ta ma charakter stosowania nieuczciwej konkurencji. Nie bez znaczenia jest także fakt, że oświadczenie to zostało złożone Radzie Nadzorczej, a więc organowi, który nie jest uprawniony do reprezentacji biernej PEC.

3. Przyjęcie wariant maksymalny Wnioskodawcy (100MWt), w którym proponuje on najniższe ceny i który oznaczałoby praktycznie podzielenie dostaw prawie równomiernie pomiędzy trzy źródła, doprowadziłoby do utraty bezpieczeństwa energetycznego, powodując jednocześnie wzrost kosztów zakupu ciepła. Zmniejszenie zamówienia mocy cieplnej w EC Toruń o ponad 50% oznaczałoby konieczność wyłączenia jednego kotła (140 MWt) i wysoki wzrost kosztów jednostkowych, który wprawdzie nie w pełnym wymiarze, ale w sposób znaczny doprowadziłby do wzrostu cen tego źródła jeszcze w 2002 roku i w konsekwencji do wzrostu cen ciepła dla odbiorców. Wyżej prezentowane stanowisko znalazło potwierdzenie w ustaleniach innego, niezależnego organu administracji – Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki (decyzja Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z dnia 18 czerwca 2004, znak: DPK-5110-2(26)/2004/ZM oraz decyzja Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z dnia 21 czerwca 2004, znak: DPK-5110-2(27)/2004/ZM)
4. Plan zaopatrzenia Gminy Miasta Toruń w ciepło w latach 2002-2020, wprowadzony uchwałą nr 936/2001 Rady Miasta Torunia z dnia 9 grudnia 2001 roku, w postanowieniu § 6 stanowi, iż utrzymanie warunków bezpieczeństwa zaopatrzenia Gminy Miasta Toruń w ciepło wymaga korzystania co najmniej z dwóch źródeł, tj. EC Toruń i Elektrociepłowni Energotor S. A.
5. Odnosząc się do związków kapitałowych i spraw związanych z nabyciem między innymi przez EC Toruń udziałów PEC, należy podkreślić, że w procesie prywatyzacji rola tego przedsiębiorcy sprowadzała się jedynie do faktu, że to udziały w kapitale zakładowym PEC były przedmiotem sprzedaży przez ówczesnego jedyne go wspólnika Gminę Miasta Toruń. PEC nie był stroną umowy zbycia udziałów ani nie miał wpływu na decyzję Gminy w zakresie sprzedaży udziałów, a tym bardziej na wybór ewentualnych nabywców. Faktem jest, iż EC Toruń posiada część udziałów PEC, jednak nabycie udziałów przez poszczególnych nabywców, w tym również przez EC Toruń, nastąpiło po uzyskaniu zgody Prezesa UOKiK na dokonanie koncentracji, polegającej na wspólnym przejęciu kontroli nad PEC przez nabywców udziałów.

6. PEC rozpoznając oferty, przyjęło, zgodnie z zapisem proponowanym przez EC Toruń, opust w cenie dla każdego zakupionego GJ, w przypadku, gdy zakup ciepła w skali roku będzie wynosił powyżej 2.500.000GJ. Z treści oferty jednoznacznie wynika, iż EC Toruń zaproponowała opust dla każdego GJ w przypadku zakupu 2.500.000GJ w całym 2002r., a nie tylko dla nadwyżki. Świadczy o tym, iż użyto sformułowania „jednakową cenę za 1 GJ w wysokości 15,40zł.” Potwierdza to również zapis w załączniku nr 3 do umowy. Odmienna interpretacja oferty nie miałaby sensu, ponieważ absurdem byłoby proponowanie opustu wyłącznie dla nadwyżki powyżej 2.500.000GJ, skoro nadwyżka ta byłaby niewielka i wówczas opust stanowiłyby kwotę bez znaczenia. Ze względów racjonalnych ani EC Toruń nie mógłby składać takiej absurdalnej propozycji, ani PEC nie mogłoby brać jej pod uwagę. PEC rozpoznając oferty, przyjęło, zgodnie z zapisem proponowanym przez EC Toruń, opust w cenie dla każdego zakupionego GJ, w przypadku, gdy zakup ciepła w skali roku będzie wynosił powyżej 2.500.000GJ. Skoro zachowanie PEC było racjonalne, to nie sposób z faktu zawarcia umowy sprzedaży ciepła pomiędzy PEC a EC Toruń, która przewidywała udzielenie upustu, wyprowadzać wniosku o zawarciu pomiędzy tymi podmiotami porozumienia ograniczającego konkurencję, albowiem:

a) Możliwe było przeniesienie warunkowego upustu na odbiorców. Następuje to poprzez wykorzystanie aktualnie obowiązującego wzoru taryfy, a co za tym idzie, nie ma potrzeby opracowania innych specjalnych mechanizmów. Gdyby ziszczenie się warunku nastąpiło dopiero w grudniu 2002r. to udzielony upust mógłby być przeniesiony przy wystawieniu przez PEC faktur za sprzedaż ciepła w grudniu. Wystawiane są one bowiem w normalnym toku czynności w styczniu następnego roku. W styczniu wiadomo byłoby, czy ziszczył się warunek, od którego zależało udzielenie upustu.

b) Tendencja spadkowa zapotrzebowania odbiorców na ciepło, na którą powołuje się Wnioskodawca, uległa zahamowaniu w latach 1999-2001. W roku 2001 zakup ze strony odbiorców PEC był większy i co za tym idzie PEC w roku 2001 zakupiło więcej ciepła niż w 2000r. Zakup ze strony PEC w 2000r. wyniósł 2.985.200 GJ, a w 2001r. już 3.127.000 GJ. W związku z tym PEC mogło zakładać, iż zakupi w 2002r. z EC Toruń powyżej 2.500.000 GJ. Zakup z tego źródła w 2000r. wyniósł 2.455.000 GJ, zaś zakupy do końca listopada 2001r., które wyniosły 2.053.300 GJ, wskazywały, iż zakup z EC Toruń w skali całego 2001r. będzie kształtował się co najmniej na tym samym poziomie.

c) Wywody Wnioskodawcy, że nieracjonalne było założenie, że minimalny zakup w 2002r. wyniesie 3.100.000 GJ są zupełnie chybione. W 2001r. tylko od EC Toruń i EC Energotor S.A. PEC zakupił bowiem 3.103.000 GJ. Roczne zakupy na potrzeby miejskiej sieci ciepłowniczej zawsze kształtowały się na

poziomie powyżej 3.100.000 GJ, wyjąwszy rok 2000, który był bardzo ciepły. Wnioskodawca czyni swoje wyliczenia *post factum*. Odnosi się do ilości zakupionych faktycznie przez PEC w 2002r. PEC dokonując wyboru dostawców do miejskiej sieci ciepłowniczej nie miał takiej możliwości i przy podpisywaniu umowy, i w tej fazie jej wykonania PEC mógł odnosić się jedynie do planów i założeń. PEC przyjął założenie, że na 2002r. zakupi na potrzeby m.s.c. 3.137.000 GJ, w tym: 2.505.000 GJ od EC Toruń, 608.000 GJ od Elektrociepłowni „Energotor” S.A., 24.000 GJ od „Biogaz Inwestor” Sp. z o.o. Łącznie PEC zakupił w 2002r. 2.957.146 GJ. W pierwszym rządzie zauważyć należy, że powyższy plan został wykonany w 94,27%. Niewykonanie planu jedynie w 5,73% świadczy, że nie był on błędny i obliczony jedynie na stworzenie zarzucanej przez Wnioskodawcę fikcji co do upustu. Wykonanie planu zakupów od EC Toruń wyraża się wyższym wskaźnikiem procentowym. Plan zakupów od EC Toruń wykonano bowiem w 95,15%, a plan zakupów od EC Energotor S.A. wykonano w 90,52%. Nieosiągnięcie limitu zakupów w EC Toruń, uprawniającego do uzyskania upustu, nie było więc przejawem ani zмовy pomiędzy PEC a EC Toruń, ani założonej fikcyjności zapisanego w umowie pomiędzy tymi podmiotami warunkowego upustu. Nieosiągnięci tego limitu wyniknęło z czynników niezależnych od PEC. W skali roku 2002 zakupiono bowiem mniej ciepła na potrzeby całej sieci niż planowano. Rok 2002 okazał się bowiem rokiem wyjątkowo ciepłym. Przeprowadzone postępowanie dowodowe jednoznacznie wskazuje na to, że przyjęte założenia były prawidłowe, a nie nieracjonalne, jak bezpodstawnie podnosi Wnioskodawca. *Z Opinii technicznej dotyczącej możliwości dostaw ciepła z „Elany” S.A. do sieci ciepłowniczej w Toruniu*, wydanej przez Uczelniane Centrum Badawcze Energetyki i Ochrony Środowiska Politechniki Warszawskiej, jednoznacznie wynika, że *było możliwe dokonanie w roku 2002 zakupów ciepła przez Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Toruń- Sp. z ograniczoną odpowiedzialnością w Toruniu od Elektrociepłowni Toruń S.A. na poziomie 2,5 miliona GJ*. W ustnej opinii uzupełniającej, przedstawionej na rozprawie administracyjnej w dniu 31 maja 2004 r., dr inż. Krzysztof Wojdyga stwierdził, iż *wystarczyłoby kilka dni niższej temperatury zewnętrznej, aby osiągnąć zakupy na poziomie 2,5 mln GJ*.

- d) Chybione są również zarzuty, iż PEC nie usiłował ograniczyć zakupów z EC Energotor. PEC podejmował takie działania, co wywołało protesty ze strony EC Energotor. Nietrafne są też wywody Wnioskodawcy, że gdyby PEC utrzymywał poziom zakupów jak w pierwszym półroczu, to bez problemu osiągnąłby zakładany limit zakupów z EC Toruń w wysokości 2.500.000 GJ. Oczywiście, że tak. Jednak to założenie nie uwzględnia warunków technicznych sieci. O ile w okresie, gdy temperatury rosną można wydłużyć zasięg EC Toruń bez ryzyka pogorszenia parametrów dostarczanego ciepła do obiektów usytuowanych w zachodniej części miasta. I tak było w pierwszym

półroczu, ponieważ w tym okresie temperatury rosną. Natomiast już od sezonu grzewczego w drugim półroczu należy liczyć się ze spadkiem temperatur i manewrowanie zasiegami poszczególnych źródeł musi być ostrożniejsze i w większym stopniu uwzględniać ograniczenia określone wymaganymi parametrami w węzłach cieplnych oraz uwzględniać hydrauliczne uwarunkowania sieci. Nie jest możliwe dowolne wydłużanie zasięgu jednego źródła bez uwzględnienia uwarunkowań technicznych i możliwości dotrzymania standardów jakościowych.

7. Odnosząc się do stwierdzenia, że bezpieczeństwo energetyczne dostaw ciepła z miejskiej sieci ciepłowniczej jest większe w sytuacji poboru ciepła z trzech źródeł (EC Toruń, EC „Energotor” S.A. i Elana) zamiast dwóch (tylko EC Toruń i EC „Energotor” S.A.), nie można zaprzeczyć, iż pod względem technicznym twierdzenie takie jest prawdziwe. Problem polega jednak na tym, że twierdzenie takie oparte jest o prostą zasadę, iż im większa ilość źródeł ciepła, zasilających daną sieć ciepłowniczą i większa rezerwa mocy cieplnej, tym większe bezpieczeństwo dostawy ciepła z tej sieci. Pomija ono jednak kilka istotnych dla sprawy okoliczności. Przykładowo, podstawowe znaczenie dla rozważań dotyczących problemu bezpieczeństwa dostawy ciepła podczas wyboru dostawcy ciepła w 2002 roku miał fakt, że Elana, oferująca 100 MW mocy cieplnej, nie była w stanie zastąpić EC Toruń, oferującej 280 MW. W każdym rozważanym i możliwym wariantcie niezbędna była praca EC Toruń. W tej sytuacji uznano, że niebezpieczne dla zapewnienia bezpieczeństwa dostawy ciepła, zwłaszcza w dłuższym okresie, jest radykalne osłabienie ekonomicznie źródła, którego sprawne funkcjonowanie jest konieczne. W odniesieniu do rozważanych wariantów dostawy ciepła, ofert cenowych oferentów i wynikających stąd kosztów zakupu, stosunkowo korzystny, chociaż nie najkorzystniejszy, był wariant zakładający maksymalny zakup z EC „Energotor” S.A. i Elany. Jednak jednocześnie powodowałoby to konieczność minimalizacji zakupu w podstawowym dotąd źródle, tj. EC Toruń, do poziomu ok. 35 % dotychczas zamówionej mocy cieplnej. Uznać należało, że eksperyment taki właśnie pod względem zapewnienia bezpieczeństwa dostawy ciepła, byłby bardzo ryzykowny, szczególnie w dłuższej perspektywie czasu. Natomiast, warianty zakładające minimalne wykorzystanie źródeł Elany były jednymi z najdroższych i z tego względu kontekst bezpieczeństwa dostawy nie był tam w ogóle brany pod uwagę.

W ocenie PEC istota zarzutów Wnioskodawcy co do rzekomego porozumienia sprowadza się w istocie do czynienia wytyków, że oferta Elany, dotycząca dostaw ciepła do miejskiego systemu ciepłowniczego w 2002r. nie została przyjęta. Wnioskodawca nie wykazał natomiast na czym miałyby polegać porozumienie pomiędzy PEC a EC Toruń, albowiem czynione przez niego zarzuty ograniczają się do zarzutów pod adresem PEC w zakresie niewłaściwego postępowania przy wyborze oferty na dostawę do miejskiej sieci ciepłowniczej.

W toku niniejszego postępowania pełnomocnicy PEC wielokrotnie podkreślali, iż zapotrzebowanie na ciepło jest znacznie mniejsze niż możliwości wszystkich źródeł, co wiąże

się z koniecznością dokonania wyboru jak najbardziej optymalnego rozwiązania ze względu na koszty, do czego zobowiązują PEC przepisy ustawy Prawo energetyczne oraz ze względu na bezpieczeństwo zaopatrzenia miasta w ciepło.

Zdaniem PEC podstawową kwestią przy wyborze źródeł zasilających miejską sieć ciepłowniczą jest zapewnienie ciągłości dostawy ciepła odbiorcom. Problem wyboru możliwie niskiej ceny musi być podporządkowany zatem powyższej kwestii. W ocenie PEC, należy też uwzględnić fakt, że zarówno dla PEC, a przede wszystkim dla odbiorców, znaczenie ma poziom wysokości średniej ceny uzyskiwanej łącznie od wszystkich źródeł (tzw. cena średnioważona stosowana w rozliczeniach sprzedaży ciepła z odbiorcami PEC).

Pełnomocnicy PEC podkreślali również, iż w związku z tym, iż bez udziału EC Toruń nie można pokryć zapotrzebowania na ciepło, a oferty wszystkich trzech źródeł przekraczają to zapotrzebowanie i jednocześnie zakup ciepła z EC Energotor jest konieczny z uwagi na usytuowanie w zachodniej części miasta, stąd trudno uznać te źródła jako działające w warunkach konkurencji. Zdaniem pełnomocników, również Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki nie uznał toruńskiego rynku ciepłowniczego w zakresie podaży za konkurencyjny, co wyraziło się ustaleniem odrębnych taryf dla poszczególnych źródeł (art. 49 Prawa energetycznego).

W ocenie PEC zawarcie spornej umowy było naturalną konsekwencją wyboru oferty, wyłonionej w wyniku naboru ofert na dostawy ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej w 2002r. Najkorzystniejszą ofertę złożyła EC Toruń (z uwzględnieniem propozycji EC Energotor i zasad liczenia ceny średnioważonej) i normalnym następstwem tego było zawarcie z tym źródłem umowy sprzedaży ciepła, do czego zobowiązują przedsiębiorstwo ciepłownicze przepisy Prawa energetycznego. Oferta Wnioskodawcy, zdaniem PEC, okazała się mniej korzystna niż oferta konkurenta. Skonsumowanie korzystniejszej oferty przez zawarcie stosownej umowy sprzedaży ciepła nie może zatem być traktowane jako przejaw zmyślenia monopolistycznej. W ocenie PEC o wyborze dostawców zdecydowały względy ekonomiczne i bezpieczeństwa zaopatrzenia miasta w ciepło. Wybór oferty EC Toruń jako najkorzystniejszy, był zatem uzasadniony i dokonany w oparciu o stosowne dane i wyliczenia, a nie jak wskazuje Wnioskodawca, zachowaniem nieracjonalnym i nierynkowym.

Również pełnomocnicy EC Toruń w odpowiedzi na wniosek o wszczęcie postępowania antymonopolowego oraz w kolejnych pismach w toku niniejszego postępowania uznali zarzut zawarcia porozumienia za bezzasadny.

W ocenie EC Toruń, Wnioskodawca nie przedstawiał żadnych dowodów na zawarcie porozumienia. W przedstawionych bowiem przez Elanę uzasadnieniu wniosku nie ma i nie może być jakichkolwiek bezpośrednich środków dowodowych, które mogłyby zaświadczyć o istnieniu niedozwolonego porozumienia, nakierowanego na osiągnięcie celów sprzecznych z przedmiotową ustawą. Zdaniem EC, nie ma też podstaw do przyjęcia domniemania (art. 231 k.p.c.), że takie niedozwolone porozumienie miało miejsce, albowiem z punktu widzenia prawa takie domniemanie jest możliwe tylko wówczas, gdy można je wyprowadzić z innych (niż bezpośrednie) ustalonych faktów, których w sprawie także brakuje. Domniemanie nie może więc się opierać wyłącznie na fakcie przyjęcia przez PEC oferty EC Toruń, czy te z wyłącznie na fakcie odrzucenia oferty Elany.

Ponadto pełnomocnicy EC Toruń wyjaśnili, co następuje:

1. Nie jest prawdą jakoby Zarząd Miasta Torunia zbył na rzecz uczestników Toruńskiego Konsorcjum Energetycznego 70% udziałów PEC przed rozstrzygnięciem ogłoszonego przez tegoż przedsiębiorcę przetargu na dostawy dostaw ciepła do miejskiej sieci.
W dniu 9 grudnia 2001r. Rada Miasta Torunia podjęła uchwałę o sprzedaży podmiotom tworzącym Toruńskie Konsorcjum Energetyczne łącznie 70% udziałów PEC, a w dniu 21 grudnia 2001r. podpisana została w tej sprawie umowa zobowiązująca. Jednakże dopiero w dniu 27 lutego 2002r. podpisana została pomiędzy Gminą Miasta Toruń a EC Toruń, ZE Toruń i Energo – Utech S.A. umowa sprzedaży 45% udziałów PEC. Pozostałe 25 % udziałów inwestorzy mieli nabyć dopiero po 1 października 2002r., tj. po spełnieniu warunków określonych w umowie zobowiązującej z dnia 21 grudnia 2001r. Przed dokonaniem zakupu udziałów PEC, TKE w dniu 26 lutego 2002r. uzyskało stosowną zgodę UOKiK. Twierdzenie Elany, że uczestnictwo EC Toruń w prywatyzacji PEC ma na celu ograniczenie konkurencji jest zatem zarzutem niezrozumiałym. Elana również złożyła ofertę i uczestniczyła w przetargu na zakup udziałów PEC, jednakże zarząd Miasta Torunia uznał ofertę TKE za wyraźnie lepszą dla PEC i odbiorców ciepła sieciowego. Zdaniem EC prywatyzacja PEC jak i udział w niej EC Toruń nie jest niczym nowym w polskich realiach. Ostatnio wiele miast postanowiło prywatyzować spółki komunalne zaczynając najczęściej od spółek ciepłowniczych. Natomiast istota powiązań kapitałowych PEC, EC Toruń oraz ZE Toruń opiera się na wielorakich możliwościach współpracy tych przedsiębiorstw, wykorzystania efektów synergii i możliwości obniżki kosztów, w tym dostaw ciepła sieciowego.
2. Oferta EC Toruń miała charakter oferty pręgowej, tzn. przy wielkości zakupu ciepła poniżej 2,5 mln GJ stosowane byłyby ceny według zaakceptowanej przez Urząd Regulacji Energetyki taryfy, natomiast przy zrealizowaniu w 2002r. przez PEC wielkości zakupów przekraczających 2,5 mln GJ, EC Toruń zaoferował cenę w wysokości 15,40 zł. za 1 GJ ciepła, czyli zaproponowany został upust w wysokości 2,56 zł. za 1 GJ. Oferta EC dotyczyła całości dostaw w 2002r. , a jedynym warunkiem udzielenia tego opustu było zrealizowanie przez PEC do końca 2002r. zakupów w EC w ilości przekraczającej 2,5 mln GJ ciepła. Charakter oferty EC wynikał z oczywistego w ciepłownictwie „efektu skali” – wyższe zakupy jednostkowe, a więc możliwość zastosowania niższej ceny ciepła. Umowę dostaw ciepła w 2002 zawartą pomiędzy EC a PEC, w której ustalono możliwość udzielenia opustu, należy oceniać z punktu widzenia konstrukcji prawnej, jako umowę zawartą z warunkiem zawieszającym (art. 89 k.c.).
3. Wbrew sugestiom Elany wielkość rocznych zakupów ciepła w 2002r. (2,5 mln GJ) zawarta w umowie podpisanej pomiędzy PEC a EC Toruń została określona na poziomie realnym. Potwierdzeniem tego faktu jest to, że w 2001r. PEC zakupił w EC

Toruń ok. 2,49 mln GJ ciepła, tak więc nieznacznie mniej niż to zostało określone w umowie na rok 2002r. Jest natomiast oczywiste, że zrealizowanie wspomnianej wyższej wielkości zakupów ciepła w 2002r. zależy głównie od odbiorców ciepła i ich zachowań oraz warunków pogodowych. Zdaniem EC zarzut o „pozorności” rabatu nie znajduje żadnego potwierdzenia w stanie faktycznym, a sam opust ma charakter warunkowy, którego udzielenie uzależnione jest od ilości sprzedanych GJ ciepła, a nie „pozorny” jak twierdzi Wnioskodawca. Wielkość rocznych zakupów ciepła w 2002r. zawarta w umowie podpisanej pomiędzy PEC a EC Toruń została określona na poziomie realnym – porównywalnym z zakupami w roku 2001. Jednakże temperatury w roku 2002 były wyraźnie wyższe niż w roku poprzednim (średnia temperatura w roku 2002 wyniosła 9,4°C, przy średniej temperaturze w roku 2001 8,6°C.). Można więc stwierdzić, że to właśnie niekorzystne dla przedsiębiorstw ciepłowniczych warunki pogodowe były przyczyną niezrealizowania przez PEC zakupów ciepła w EC Toruń w planowanej ilości przekraczającej 2,5 miliona GJ. Wyżej prezentowane stanowisko zostało także potwierdzone w opinii instytutu - Uczelnianego Centrum Badawczego Energetyki i Ochrony Środowiska.

W ocenie EC Toruń, Wnioskodawca nie przeprowadził skutecznie dowodu na okoliczność zawarcia przez EC Toruń i PEC porozumienia eliminującego Elanę z rynku zaopatrzenia w ciepło. Elana nie przedstawiła też żadnych środków dowodowych, które w jakimkolwiek stopniu mogłyby wskazywać na bezprawne zachowanie się EC Toruń, natomiast wszelkie wywody formułowane przez Wnioskodawcę w tym zakresie mają charakter twierdzeń wynikających niekiedy z wybiórczego analizowania dokumentów zgromadzonych w sprawie, jak również z subiektywnej oceny tych dokumentów.

Zdaniem pełnomocników EC Toruń, przede wszystkim nie wykazano, aby w treści umowy na dostawę ciepła w roku 2002, zawartej pomiędzy EC Toruń i PEC były jakiegokolwiek zapisy wskazujące bezpośrednio, czy chociażby pośrednio na zgodną wolę stron mającą na celu zawarcie przedmiotowego porozumienia. Żadna z okoliczności podniesionych przez Wnioskodawcę w dotychczasowym postępowaniu dowodowym nie wykazała również, nawet w najmniejszym stopniu, aby EC Toruń - zarówno przed złożeniem swojej oferty, a tym bardziej w toku procedur wyłaniających dostawcę ciepła na 2002 rok - podejmowała działania mające na celu osiągnięcie takiego rezultatu. W ocenie EC Toruń, nie wykazano również, w ogóle, aby powiązania kapitałowe spółek miały jakiegokolwiek wpływ na jego wybór, jako dostawcy ciepła w roku 2002, jak również na realność udzielonego opustu cenowego. Wyakcentować ponadto z całą mocą należy, że w chwili wyłaniania dostawcy ciepła na 2002 rok EC Toruń nie była udziałowcem PEC.

Postanowieniem z dnia 15 stycznia 2004r. Nr RBG-15/2004 Prezesa UOKiK postanowił dopuścić w niniejszym postępowaniu na wniosek Elany dowód z opinii biegłego (instytutu naukowego) z zakresu ciepłownictwa, na okoliczność:

- 1) czy udział Elany w dostawach ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej miałby niekorzystny wpływ na bezpieczeństwo energetyczne miasta Torunia;

- 2) czy było możliwe dokonanie w roku 2002r. zakupów ciepła przez PEC od EC Toruń na poziomie 2,5 miliona GJ (K. 839 – 840).

W opinii przedłożonej do akt sprawy w dniu 24 marca 2004r. biegły - instytut naukowy: Uczelniane Centrum Badawcze Energetyki i Ochrony Środowiska Politechniki Warszawskiej przedstawił następujące wnioski:

- 1) Ograniczenie dostaw ciepła z EC Toruń , nawet w przypadku wyłączenia z ruchu jednego kotła, nie zmniejszy bezpieczeństwa energetycznego systemu, a wprost przeciwnie utrzymanie się na rynku Zakładu Elana zwiększa to bezpieczeństwo.
- 2) Z bilansu zapotrzebowania na moc cieplną odbiorców ciepła w systemie ciepłowniczym wynika, że dostawa ciepła w Toruniu nie może odbywać się z pominięciem EC Toruń. Znaczne zmniejszenie zakupów ciepła z tego źródła spowoduje jednak wzrost kosztów wytwarzania, co odbije się na wzroście cen dla odbiorców końcowych.
- 3) Z przeprowadzonej analizy warunków klimatycznych jakie mogą wystąpić w Toruniu stwierdza się, że było możliwe dokonanie w roku 2002 zakupów ciepła przez PEC od EC Toruń na poziomie 2,5 miliona GJ. Można stwierdzić, że zakup ciepła w ilości 2,5 miliona GJ był w pełni realny z prawdopodobieństwem 50%. Takie samo jest prawdopodobieństwo zakupu mniejszej ilości ciepła. (K. 900-909).

W piśmie z dnia 8 lipca 2004r. pełnomocnik Elany wystąpił z wnioskiem o uzupełnienie opinii biegłego, w której - w ocenie pełnomocnika - winna znaleźć się odpowiedź na pytanie, *czy możliwe było prowadzenie przez PEC ruchu sieciowego w taki sposób, aby zakupić od EC w 2002r. 2,5 miliona GJ ciepła.*

Prezes UOKiK nie uwzględnił niniejszego wniosku, albowiem – zdaniem organu antymonopolowego - biegły w opinii udzielił wyczerpującej odpowiedzi na postawione pytania. Ponadto strony miały prawo zadawania pytań na rozprawie administracyjnej z udziałem biegłego, przeprowadzonej w dniu 31 maja 2004r. na wniosek pełnomocnika Elany. (K. 945-949).

Na rozprawie tej przedstawiciel instytutu naukowego dr inż. Krzysztof Wojdyga wyjaśnił, iż jest możliwe poprowadzenie ruchu sieciowego w taki sposób, aby zmniejszyć dostawy ciepła w sezonie grzewczym z EC Energotor, a z drugiej strony zwiększyć dostaw z EC Toruń. Jest również możliwy mechanizm, który będzie działał w odwrotną stronę. Niemniej jednak, odpowiadając na pytanie, czy było możliwe dokonanie w roku 2002r. zakupów ciepła przez PEC od EC Toruń na poziomie 2,5 miliona GJ, biegły nie brał tego czynnika pod uwagę, albowiem przyjmując metodę statystyczną, autorzy opinii stosowali dwa zasadnicze kryteria: po pierwsze warunki pogodowe, po drugie zapotrzebowanie na ciepło przez odbiorców.

Ponadto, jak wynika z wyjaśnień złożonych przez przedstawiciela instytutu na rozprawie administracyjnej w dniu 31 maja 2004r., zmniejszanie zakupów z EC Energotor przy jednoczesnym ich zwiększanie z EC Toruń w sezonie grzewczym nie może być dokonywane

w sposób dowolny, bowiem - jak zauważył biegły - w okresie grzewczym nadwyżka z EC Energotor ponad minimum techniczne może być przesyłana w obszary najbliższej sąsiadujące z tym źródłem ciepła.

Mając powyższe na uwadze, należy dojść do wniosku, iż możliwość zakupów od EC Toruń w 2002 roku ciepła w ilości 2,5 miliona GJ nie była uzależniona – jak to sugeruje wnioskodawca, formułując wniosek o uzupełnienie opinii – li tylko od prowadzenia przez PEC ruchu sieciowego w taki, a nie inny sposób, a przede wszystkim od dwóch wyżej wspomnianych czynników, tj.: warunków pogodowych oraz zapotrzebowania na ciepło przez odbiorców.

W tym stanie rzeczy wniosek pełnomocnika Elany o uzupełnienie opinii biegłego należało uznać za nieuzasadniony.

Prezes UOKiK ustalił następujący stan faktyczny:

PEC jest podmiotem zarządzającym miejską siecią ciepłowniczą i jest jedynym przedsiębiorcą zajmującym się przesyłem i dystrybucją ciepła w Toruniu (fakt przyznany przez stronę K. 51).

Jest również poza sporem, iż na rynku zaopatrzenia w ciepło, obejmującym swoim zasięgiem obszar miasta Torunia - w dacie rozpatrywania ofert na dostawę ciepła do sieci miejskiej w 2002r. - działało czterech przedsiębiorców wytwarzających ciepło, przyłączonych do miejskiej sieci ciepłowniczej (zwanych dalej: *źródłami ciepła*), tj.:

1. EC Toruń,
2. Elektrociepłownia „Energotor – Toruń” S.A. w Toruniu (dalej: *EC Energotor*),
3. Elana,
4. „Biogaz Inwestor” Sp. z o.o. (dalej: *ECBiogaz*).

EC Biogaz jest niekonwencjonalnym źródłem ciepła i zakupy z tego źródła są obowiązkowe. Wytwórca ten dostarcza do sieci miejskiej niewielkie ilości ciepła. Elana wytwarza ciepło na własne potrzeby i jedynie nadwyżki oferuje do sprzedaży przez miejską sieć ciepłowniczą. Natomiast EC Toruń i EC Energotor to tzw. źródła zawodowe zajmujące się przede wszystkim wytwarzaniem ciepła.

Urządzenia wytwórcze źródeł ciepła dysponują mocą cieplną, która po zsumowaniu znacznie przekracza zapotrzebowanie odbiorców przyłączonych do sieci. Zapotrzebowanie na moc cieplną w systemie ciepłowniczym w Toruniu wynosiło w 2002r. około 300MW, natomiast moc oferowana na potrzeby sieci miejskiej to około 520 MW (według ofert złożonych na dostawę ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej w 2002r., w tym: EC Toruń 300MW, EC Energotor 120MW, Elana S.A.100MW). W dacie rozpatrywania oferty na dostawę ciepła do sieci miejskiej w 2002r. istniała zatem nadwyżka mocy cieplnej rzędu 220 MW.

Dostawy ciepła z EC Energotor do miejskiej sieci ciepłowniczej są obowiązkowe (na poziomie tzw. minimum technicznego), co wynika z lokalizacji źródeł, albowiem układ geograficzny i technologiczny nie pozwala na pełną dowolność wyboru dostawcy ciepła w zachodniej części miasta.

Powyższe okoliczności jako bezsporne, należało uznać za udowodnione.

Ponadto na podstawie ofert na dostawę ciepła (K. 75-76), Prezes UOKiK ustalił, iż dostawy ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej w 2002r. nie mogły odbywać się z pominięciem EC Toruń, albowiem zapotrzebowanie odbiorców na ciepło wynosiło około 300 MW, natomiast EC Energotor oraz Elana były w stanie zaoferować w tym czasie łącznie 220 MW. Również biegły w swojej opinii zawarł wniosek, iż „z bilansu zapotrzebowania na moc ciepłą odbiorców ciepła w systemie ciepłowniczym wynika, że dostawa ciepła w Toruniu nie może odbywać się z pominięciem EC Toruń” (K. 909).

Na podstawie przedłożonej do akt sprawy uchwał Rady Miasta Torunia z dnia 9 grudnia 2001r. nr 936/2001 Prezes UOKiK ustalił, iż mocą tej uchwały Rada Miasta Torunia przyjęła *Plan Zaopatrzenia Gminy Miasta Toruń w ciepło w latach 2002-2020* oraz wskazała działania związane z realizacją tego planu.

W §1 wspomnianego Planu przewidziano, iż produkcja ciepła dla celów grzewczych w obszarze zasilania siecią ciepłowniczą należąca do PEC (miejska sieć ciepłownicza) będzie opierała się w szczególności na następujących źródłach: EC Toruń, EC Energotor, EC Biogaz oraz Elektrociepłownia Elana. Przy czym udział poszczególnych źródeł w pokryciu potrzeb grzewczych ustalany będzie corocznie przez przedsiębiorstwo prowadzące działalność w zakresie przesyłania i dystrybucji energii (PEC) przy uwzględnieniu warunków technicznych, ekonomicznych oraz bezpieczeństwa energetycznego. Natomiast zgodnie z brzmieniem § 6 Planu utrzymanie warunków bezpieczeństwa zaopatrzenia Gminy Miasta Toruń w ciepło wymaga korzystania z co najmniej 2 źródeł, tj.: EC Toruń. i EC Energotor (K.58-62).

Ponadto na podstawie dokumentów zgromadzonych w toku niniejszego postępowania Prezes UOKiK ustalił, następujący przebieg procedury wyłonienia dostawcy ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej na rok 2002:

Wybór dostawców ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej w 2002r. odbywał się w trybie zbierania ofert. Pismem z dnia 21 września 2001r. PEC zaprosiło wszystkie toruńskie źródła ciepła do składania ofert na dostawę ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej w okresie od 1 stycznia 2002 do 31 grudnia 2002r., określając jednocześnie, jakie elementy winna zawierać oferta oraz termin i sposób składania ofert (K. 64-67). Następnie na podstawie uchwały nr 13/2001 z dnia 16 października 2001r. Zarząd PEC powołał komisję w celu wyłonienia dostawcy ciepła na rok 2002 (zwaną dalej *Komisją*). Na zaproszenie PEC odpowiedziały wszystkie cztery źródła ciepła i złożyły swoje oferty.

Elana przedstawiła swoją ofertę w piśmie z dnia 15 października 2001r., w której zaoferowała następujące ceny: 16,97zł. za 1 GJ ciepła oraz 3.455,00zł./MW za moc zamówioną, przy założeniu 100MW mocy zamówionej. Jednocześnie poinformowała, iż jest skłonna negocjować obniżenie cen, jednak nie znając ewentualnej wielkości mocy zamówionej i ilości ciepła, trudno jest podać poziom obniżki (K.10).

EC Toruń przedłożyło swoją ofertę pismem z dnia 15 października 2001r., w której zaproponowało następujące ceny jednostkowe: moc zamówiona 3.740 zł./MW_t/miesiąc, ciepło 17,04zł./GJ. Przy czym wyjaśniono, iż podane ceny jednostkowe są wiążące dla

następujących ilości ciepła: moc zamówiona 300 MWt/ miesiąc, ciepło 3.000.000 GJ/rok, natomiast przy zamówieniu innych ilości ciepła i mocy ceny będą przedmiotem dalszych negocjacji (K. 130).

Pismem z dnia 23 października 2001r. PEC zaprosiło przedstawicieli: Elany, EC Toruń oraz EC Energotor na spotkanie w celu negocjacji cen ciepła dostarczanego do miejskiej sieci ciepłowniczej w 2002r. Spotkania wyznaczono na dzień 6 listopada 2001r. (K. 68-70). Ponadto, pismem z dnia 25 października 2001r. PEC poprosiło o uzupełnienie ofert dostaw ciepła o pozycję ceny ciepła dostarczanego do miejskiej sieci ciepłowniczej w sezonie letnim 2002r. (K.13)

W dniu 6 listopada 2001r. odbyły się spotkania negocjacyjne Komisji z przedstawicielami źródeł ciepła: Elany, EC Toruń oraz EC Energotor S.A. (K. 71-73).

Podczas wszystkich spotkań Komisja przekazała stanowisko co do potrzeby przygotowania (uzupełnienia) ofert cenowych przy założeniu niższych ilości mocy i ciepła, tak by realnie odpowiadały zapotrzebowaniu odbiorców. Ze wszystkimi źródłami ustalono uzupełnienie indywidualnych ofert do dnia 16 listopada 2001 roku, z uwzględnieniem mniejszych ilości ciepła.

Uzupełniając swoją ofertę na dostawy ciepła, pismem z dnia 16 listopada 2001r. EC Toruń, obniżyła wielkość oferowanej mocy zamówionej do 256,51 MW/miesiąc oraz ilość ciepła do 2.250.000 GJ/rok oraz zaproponowała cenę za 1GJ ciepła w wysokości 17,96zł., a dla dostaw ciepła powyżej 2.500.000 GJ w skali roku jednakową cenę za 1 GJ w wysokości 15,40zł., podkreślając iż oferta dotyczy całości dostaw na 2002r. (K. 74).

Pismem z dnia 16 listopada 2001r. swoją ofertę na dostawę ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej uzupełniła również Elana. W ofercie tej uzależniono cenę ciepła za 1 GJ od wielkości mocy zamówionej. Dla mocy zamówionej 100 MW Elana zaproponowała cenę 17,23zł. za 1 GJ oraz 14,97 zł. za 1 GJ w okresie maj – wrzesień (tzw. I wariant), dla mocy zamówionej 70 MW (tzw. II wariant) oraz dla mocy zamówionej 35 MW (tzw. III wariant) zaproponowano cenę w wysokości 17,23 zł. za 1GJ. Oferta ta była nadal ofertą do negocjacji (K.76).

Natomiast EC Energotor pismem z dnia 16 grudnia 2001r. poinformowała, że w przypadku aktualnego poziomu zakupów tj. 55 MW mocy i ok. 600.000 GJ ciepła, obowiązywać będą ceny taryfowe, jednocześnie nie będzie istniała możliwość udzielania jakichkolwiek rabatów (K.75).

W dniu 28 grudnia 2001r. Zarząd Elany skierował do Rady Nadzorczej PEC pismo, w którym poinformował, iż: mając na uwadze dobro mieszkańców Torunia, składa ofertę cenową na dostawę dostaw ciepła na poziomie 3% niższym od propozycji złożonej przez pozostałych oferentów. (K. 19).

Ponadto z dokumentów zgromadzonych w toku niniejszego postępowania (Protokół z prac Komisji, Notatki służbowe z przebiegu spotkań z Komisją) wynika, iż o wyborze oferty miały zadecydować następujące kryteria:

1. hydrauliczne wymogi pracy systemu ciepłowniczego (sieci),
2. bezpieczeństwo energetyczne miasta
3. wysokość ceny (K. 71-73, K.223-228).

Takie same kryteria przewidziano w *Planie Zaopatrzenia Gminy Miasta Toruń w ciepło w latach 2002-2020*, przyjętym uchwałą Rady Miasta Torunia z dnia 9 grudnia 2001r. nr 936/2001(K.58-62).

Ad. 1)

Z wypowiedzi stron w toku niniejszego postępowania wynika, iż kryterium, o którym mowa w pkt 1 spełniali wszyscy oferenci (K. 749, K. 229). Niniejszą okoliczność można zatem uznać za bezsporną.

Ad. 2)

Co do kryterium, o którym mowa w pkt 2 wypowiedział się natomiast biegły w swojej opinii, z której wynika jednoznacznie, iż ograniczenie dostaw ciepła z EC Toruń (nawet w przypadku wyłączenia z ruchu jednego kotła), a jednocześnie zwiększenie dostaw z Elany nie zmniejszy bezpieczeństwa energetycznego systemu, tj. możliwości zapewnienia dostaw energii o wymaganych wskaźnikach ilościowych i jakościowych niezależnie od warunków zewnętrznych, możliwych awarii, czy innych zdarzeń losowych, niemniej jednak znaczne zmniejszenie zakupów z EC Toruń spowoduje jednak wzrost kosztów wytwarzania, co odbije się na wzroście cen dla odbiorców końcowych (K. 903-905).

Na podstawie wyżej przywołanego dowodu z opinii biegłego, Prezes UOKiK ustalił, iż wybór Elany jako dostawcy ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej, zgodnie z przedstawioną przez tego przedsiębiorcę ofertą (tj. I wariant 100MW mocy zamówionej, II wariant 70 MW mocy zamówionej, III wariant 35 MW mocy zamówionej), nie powodowałby zagrożenia dla bezpieczeństwa energetycznego miasta Torunia, ale spowodowałoby wzrost cen ciepła dostarczanego z EC Toruń.

Ad. 3)

Na podstawie ofert dostaw ciepła przedłożonych przez źródła ciepła (K. 74, 76, 75) Prezes UOKiK ustalił, iż najniższą cenę za 1 GJ ciepła zaproponowało w swojej ofercie EC Toruń, tj. 15,40zł., uzależniając ją od dokonania zakupów na poziomie powyżej 2.500.000,00GJ.

Ponadto, mając na uwadze treść protokołu z prac Komisji (K. 223-228) organa antymonopolowy dokonał następujących ustaleń:

W oparciu o złożone oferty Komisja przeprowadziła analizę wpływu cen na łączny koszt zakupów ciepła, opracowując cztery podstawowe warianty analityczne: wariant I - bez pracy Elany na sieci oraz warianty II, III i IV z udziałem Elany, odpowiednio do wariantów cenowych proponowanych przez to źródło w ofercie na dostawy ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej, tj. 100 MW, 70 MW oraz 35MW (K.76).

Z protokołu prac Komisji wynika, iż po przeprowadzeniu analizy wpływu cen na łączny koszt zakupów ciepła, uzyskała ona wyniki przedstawione w poniższych tabelach. Komisja uwzględniła roczny zakup ciepła na poziomie 2.747.000,00 GJ (zob. tabela I), jak również wzięła pod uwagę wielkość zakupu ciepła w ilości zwiększonej, tj. 3.025.000 GJ rocznie (zob. tabela II).

Tabela I

**Wyliczenie kosztów zakupu ciepła według ofert cenowych na 2002r.
przy uwzględnieniu rocznego zakupu na poziomie 2.747.000 GJ**

Miejsce	Wariant	Moc (MW)			Ciepło (GJ)			Koszt zakupu ciepła (zł.)
		EC Toruń	EC Energotor	Elana	EC Toruń	EC Energotor	Elana	Razem
1.	I	256,51	55,00	0,00	2.500.000	223.000	0	61.172.330,86
2.	IV	91,51	120,00	100,00	353.000	1.400.000	970.000	62.038.242,04
3.	III	146,51	95,00	70,00	1.043.000	1.000.000	680.000	65.789.761,52
4.	II	181,51	95,00	35,00	1.383.000	1.000.000	340.000	66.638.721,66

Tabela II

**Wyliczenie kosztów zakupu ciepła według ofert cenowych na 2002r.
przy uwzględnieniu rocznego zakupu na poziomie 3.025.000 GJ**

Miejsce	Wariant	Moc (MW)			Ciepło (GJ)			Koszt zakupu ciepła (zł.)
		EC Toruń	EC Energotor	Elana	EC Toruń	EC Energotor	Elana	Razem
1.	I	256,51	55,00	0,00	2.500.000	500.000	0	66.592.092,82
2.	IV	91,51	120,00	100,00	630.000	1.400.000	970.000	67.097.796,33
3.	III	146,51	95,00	70,00	1.320.000	1.000.000	680.000	70.855.582,35
4.	II	181,51	95,00	35,00	1.660.000	1.000.000	340.000	71.700.410,34

Z wyliczeń dokonanych przez Komisję - których Wnioskodawca nie kwestionował - wynika, iż najmniejszy koszt zakupu ciepła występuje w wariantcie I, tj. w przypadku zakupu ciepła z EC Toruń w ilości nie mniejszej niż 2.500.000 GJ (zob. tabela I i II).

Mając na uwadze powyższe wyliczenia, Komisja zaproponowała Zarządowi PEC wybór oferty EC Toruń jako najlepiej spełniającej warunki ekonomiczne (najniższe koszty zakupu ciepła) i bezpieczeństwa energetycznego odbiorców ciepła (K.228).

Komisja zwróciła również uwagę na konieczność minimalizowania zakupów w drugim źródle, tj. EC Energotor, które ze względów hydraulicznych musi być uwzględnione w pracy sieci. W ocenie Komisji w warunkach maksymalizowania zakupu ciepła w EC Toruń i potencjalnego minimalizowania (a przynajmniej ograniczania) w EC Energotor nie ma żadnego uzasadnienia dla włączenia do sieci Elany, albowiem źródło to może stanowić źródło rezerwowe do wykorzystania w razie awarii systemowych sieci lub w EC Toruń (w mniejszym stopniu w EC Energotor).

Pismem z dnia 31 grudnia 2001r., odpowiadając na złożoną ofertę sprzedaży ciepła w 2002r., Zarząd PEC poinformował Elanę o zakończeniu procesu wyboru dostawców ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej oraz o nie przyjęciu jej oferty (K. 104).

Ponadto, Prezes UOKiK ustalił, iż w dniu 7 stycznia 2002r. pomiędzy EC Toruń a PEC została zawarta umowa roczna sprzedaży ciepła Nr 2/TW/2002. Na mocy § 3 tej umowy PEC zamówiło a EC Toruń zobowiązała się zabezpieczyć zamówioną moc cieplną w ilości 256,51 MW_t (pkt 1). Ponadto PEC zobowiązało się zakupić w roku 2002 z EC Toruń ciepło w ilości proporcjonalnej do udziału zamówionej mocy cieplnej (MW_t) w EC Toruń w całkowitej zamówionej mocy cieplnej przez PEC Toruń dla potrzeb miejskiego systemu ciepłowniczego z zastrzeżeniem, iż w sytuacjach niezależnych od PEC (określonych w niniejszej umowie) ilości te mogą być mniejsze i zmniejszenie to nie będzie stanowiło podstawy roszczeń EC Toruń z tego tytułu, w szczególności do roszczeń z tytułu utraconych korzyści. (pkt. 3). Natomiast stosownie do postanowień przywołanej umowy zawartych w § 13 podstawą rozliczeń za zamówioną moc cieplną, dostarczone ciepło i nośnik ciepła są ceny netto opublikowane w zatwierdzonej przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki taryfie dla ciepła. W załączniku Nr 3 do niniejszej umowy postanowiono, iż ceny jednostkowe dla odbiorców grupy I wynikają za zatwierdzonej decyzją Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z dnia 21 grudnia 2000r. taryfy dla ciepła i wynoszą:

- cena jednostkowa za jeden MW_t mocy zamówionej: 3.797,17zł/ MW_t /miesiąc,
- cena jednostkowa energii cieplnej : 17,96 zł./GJ,
- cena jednostkowa nośnika ciepła: 8,23zł./m³.

Natomiast dla dostaw ciepła w 2002r. nie mniejszych niż 2.500.000 GJ zastosowany będzie opust w cenie jednostkowej ciepła w wysokości 2,56 zł./GJ (K.141-161, K.176-181). W efekcie zatem cena ciepła za 1 GJ po ewentualnym uzyskaniu upustu wynosiłaby 15,40zł. (netto).

Uchwałą Nr 4/II/2002 podjętą na posiedzeniu w dniu 30 stycznia 2002r. Rada Nadzorcza PEC pozytywnie zaopiniowała plan działalności Spółki na 2002r. W dokumencie tym zaplanowano zakupy ciepła u poszczególnych źródeł w następujący sposób: EC Toruń - 2.505.000 GJ, EC Energotor - 608.000 GJ, Biogaz – 24.000 GJ, co daje razem 3.137.000 GJ. (K. 646-649).

Bezsporne w niniejszej sprawie jest również, iż struktura zakupu ciepła w latach 2000-2002 przedstawiała się w sposób następujący:

Tabela III

Struktura zakupów ciepła w latach 2000 - 2002

Lp.	Źródło	2000	2001	2002
		w tyś GJ	w tyś GJ	w tyś GJ
1.	EC Toruń	2.454,9	2.494,6	2.383,5
2.	EC Energotor	488,3	608,4	550,4
3.	Elana	18,6	-	-
4.	EC Biogaz	23,3	24	23,3
5.	Źródła własne	22,4	23,5	20,7
	Razem	3.007,5	3.150,5	2.977,9

Źródło: Pismo Elany z dnia 5 lutego 2003r. (K. 381). Strona internetowa www.pec.torun.pl/index-zakup.html

Na podstawie wyżej przywołanych danych Prezes UOKiK ustalił procentowy udział w rynku dostaw ciepła poszczególnych źródeł ciepła w latach 2001-2002, co ilustrują tabele IV i V.

Tabela IV

Procentowy udział w rynku poszczególnych źródeł ciepła w 2001r.

l.p.	Nazwa przedsiębiorcy	Wielkość zakupu ciepła (w tys GJ)	Udział w rynku (w %)
1.	EC Toruń	2.494,6	79,18%
2.	EC Energotor	608,4	19,31%
3.	EC Biogaz	24	0,76%
4.	Źródła własne	23,5	0,75%
	Razem	3.150,5	100%

Tabela V

Procentowy udział w rynku poszczególnych źródeł ciepła w 2002r.

l.p.	Nazwa przedsiębiorcy	Wielkość zakupu ciepła (w tys GJ)	Udział w rynku (w %)
1.	EC Toruń	2.383,5	80,04%
2.	EC Energotor	550,4	18,48%
3.	EC Biogaz	23,3	0,78%
4.	Źródła własne	20,7	0,70%
	Razem	2.977,9	100%

Biorąc pod uwagę wyżej poczynione ustalenia faktyczne dotyczące planowanych oraz faktycznie dokonanych zakupów ciepła w 2002r., Prezes UOKiK ustalił, iż PEC zrealizowało plan dotyczący wielkości zakupów ciepła w 2002r. w 94,27%, w tym zakupy z EC Toruń zrealizowano w 95,15%, natomiast zakupy z EC Energotor w 90,52% zakupów planowanych. Szczegółowe wyliczenie przedstawiono w tabeli poniżej.

Tabela VI

**Udział faktycznie dokonanych zakupów w 2002r.
w zakupach planowanych**

Źródła	Zaplanowane zakupy ciepła (w GJ)	Dokonane zakupy ciepła (w GJ)	Wykonanie planu (w %)
EC Toruń	2.505.000	2 383 478	95,15
EC Enrgotor	608.000	550 390	90,52
EC Biogaz	24.000	23 278	97,00
Razem	3.137.000	2.957.146*	94,27

* * W niniejszym zestawieniu nie uwzględniono dostaw ze źródeł własnych w wielkości 20,7 tys GJ (por. tabela V).

Bezsporna w niniejszej sprawie jest również okoliczność, iż PEC nie zakupiło od EC Toruń w 2002r. ciepła w ilości powyżej 2.500.000,00GJ, a co za tym idzie nie uzyskało upustu przewidzianego w rocznej umowie sprzedaży ciepła z dnia 7 stycznia 2002r.

Na podstawie danych dotyczących wielkości sprzedaży ciepła przedłożonych przez PEC, których Wnioskodawca nie kwestionował (zob. tabela III), organ antymonopolowy ustalił, iż do zrealizowania zakupów z EC Toruń na poziomie pozwalającym na uzyskanie upustu zabrakło 116.522GJ, co oznacza, że wystarczyłoby kilka dni niższej temperatury zewnętrznej, aby osiągnąć zakupy na tym poziomie. Fakt ten, na który powoływało się PEC - potwierdził również biegły na rozprawie administracyjnej (K.948). Wnioskodawca natomiast nie wypowiedział się w tej kwestii, co daje możliwość uznania przez organ antymonopolowy tego faktu za przyznany na podstawie art. 230 k.p.c. w związku z art. 81 ustawy antymonopolowej.

Ponadto, w oparciu o przeprowadzony w niniejszej sprawie dowód z opinii biegłego Prezes UOKiK ustalił, że zakup ciepła z EC Toruń w 2002r. w ilości 2,5 ml GJ był w pełni realny z prawdopodobieństwem 50%. Takie samo było prawdopodobieństwo zakupu mniejszej ilości ciepła. Wielkość zakupu i sprzedaży ciepła zależy bowiem głównie od dwóch czynników: warunków pogodowych w sezonie ogrzewczym oraz zapotrzebowania na ciepło przez odbiorców.

Z informacji zawartych w piśmie Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej Oddział Morski w Gdyni z dnia 30 stycznia 2003r. wynika, iż średnia roczna temperatura dla miasta Torunia w roku 2001 wynosiła 8,4°C, natomiast w roku 2002 9,3°C (K.555). Na podstawie tych danych organ antymonopolowy przyjął, iż średnia roczna temperatura w Toruniu w 2002 była wyższa od średniej rocznej temperatury w tym mieście w roku 2001.

Mając na uwadze podnoszony przez Elanę zarzut powiązań kapitałowych pomiędzy PEC a EC Toruń, Prezes UOKiK na podstawie dokumentów zgromadzonych w toku niniejszego postępowania ustalił, iż w dniu 9 grudnia 2001r. Rada Miasta Torunia podjęła uchwałę Nr 937/2001, w której wyraziła zgodę na zbycie udziałów PEC przedsiębiorcom tworzącym Toruńskie Konsorcjum Energetyczne, tj.: EC Toruń, Zakładowi Energetycznemu „Toruń” S.A. w Toruniu oraz Energetycznemu Towarzystwu Finansowo – Leasingowego „Enego – Utech” S.A. z siedzibą w Poznaniu (K. 277).

Zgodnie z postanowieniami wyżej przywołanej uchwały, wspomniani przedsiębiorcy mieli nabyć łącznie 70% udziałów w kapitale zakładowym PEC, w tym:

- EC Toruń: 10.559 udziałów, co stanowiło 28% kapitału zakładowego,
- Zakład Energetyczny „Toruń” S.A.: 10.559 udziałów, co stanowiło 28% kapitału zakładowego,
- Energetyczne Towarzystwo Finansowo – Leasingowego „Enego – Utech” S.A.: 5.279 udziałów, co stanowiło 14% kapitału zakładowego.

Decyzją z dnia 25 lutego 2002r. Prezes UOKiK wyraził zgodę na dokonanie koncentracji polegającej na wspólnym przejęciu kontroli przez EC Toruń, Zakład Energetyczny „Toruń” Spółka Akcyjna w Toruniu, Energetyczne Towarzystwo Finansowo - Leasingowe ENERGO - UTECH Spółka Akcyjna w Poznaniu - tworzących Toruńskie Konsorcjum Energetyczne - nad PEC (K. 38-44).

Mając na uwadze ustalony stan faktyczny, Prezes UOKiK zważył, co następuje:

Ponieważ zachowania przedsiębiorców odbywają się w strukturze rynkowej, istotne znaczenie dla niniejszej sprawy ma określenie rynku właściwego, zdefiniowanego w art. 4 pkt 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z tą definicją przez rynek właściwy rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwość, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwość, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.

Mając na uwadze przywołaną definicję, organ antymonopolowy ustalił, iż w wymiarze produktowym rynkiem właściwym w niniejszej sprawie jest rynek zaopatrzenia w ciepło, na który składa się jego produkcja i dystrybucja w układzie scentralizowanym. Określając natomiast rynek właściwy w wymiarze geograficznym należy wskazać, iż w analizowanym przypadku specyfika rynku produktowego sprawia, że rynkiem geograficznym jest zawsze rynek lokalny.

Wobec powyższego w sprawie będącej przedmiotem rozpoznania, rynek właściwy należy zdefiniować jako rynek zaopatrzenia w ciepło, na który składa się jego produkcja i dystrybucja w układzie scentralizowanym, obejmujący swoim zasięgiem obszar miasta Torunia.

Na tak zakreślonym rynku Elana, EC Toruń, EC Energotor oraz EC Biogaz występują po stronie podażowej (wytwórcy ciepła). Natomiast PEC reprezentuje stronę popytową (dystrybutor ciepła) i działa w warunkach monopolu naturalnego.

W świetle przepisu art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem.

Przez porozumienia, zgodnie z brzmieniem przepisu art. 4 pkt 4 wyżej przywołanej ustawy rozumie się sprzeczne z nią:

- a) umowy zawarte między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów,
- b) uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki,
- c) uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych.

Definicja porozumień zawarta w ustawie antymonopolowej jest zatem definicją szeroką, pozwalającą na objęcie zakazami wynikającymi z art. 5 ustawy wszelkich form skoordynowanych działań niezależnie funkcjonujących przedsiębiorców lub ich związków,

wywołujące negatywne skutki rynkowe w postaci wyeliminowania, ograniczenia lub naruszenia w inny sposób konkurencji.

Nie wszystkie zatem porozumienia podlegają prawu konkurencji, a jedynie te, które spełniają łącznie następujące kryteria:

- I. uczestnikami porozumienia są przynajmniej dwa niezależne podmioty posiadające status przedsiębiorcy lub związki przedsiębiorców,
- II. nastąpiło zgodne oświadczenie woli dwóch lub więcej stron,
- III. porozumienie to może zakłócać lub zakłóca konkurencję.

Odnosząc się do pierwszej z wyżej wymienionych przesłanek, stwierdzić należy, iż warunek niezależności przedsiębiorców jest warunkiem *sine qua non* uznania działań przedsiębiorców za przejaw porozumień. Co do zasady bowiem nie podlegają ocenie relacje pomiędzy przedsiębiorcą zależnym. Niezależność ta może być niezależnością w sensie materialnym lub formalnym. Niezależność formalna występuje wówczas, gdy przedsiębiorcy, których działania są przedmiotem oceny, nie należą do tej samej grupy kapitałowej. Przedsiębiorcy są natomiast niezależni w sensie materialnym, gdy pomimo przynależności do jednej grupy kapitałowej dysponują pewnym zakresem samodzielności w kształtowaniu swojej polityki rynkowej (za Modzelewska – Wąchal E., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 42-43).

Z poczynionych wyżej przez organ antymonopolowy ustaleń wynika, iż postępowanie prowadzone w celu wyłonienia dostawców ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej na 2002r. trwało od 21 września 2001r. (zaproszenie składania ofert) i zakończyło się w ostatnich dniach grudnia 2001r. Natomiast Prezes UOKiK wyraził zgodę na dokonanie koncentracji na polegającej na wspólnym przejęciu kontroli przez EC Toruń, Zakład Energetyczny „Toruń” Spółka Akcyjna w Toruniu, Energetyczne Towarzystwo Finansowo - Leasingowe ENERGO – UTECH Spółka Akcyjna w Poznaniu - tworzących Toruńskie Konsorcjum Energetyczne - nad PEC decyzją z dnia 25 lutego 2002r., po czym dokonano opisanej koncentracji.

Mając powyższe na uwadze, należy dojść do wniosku, iż w dacie wyboru dostawców ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej na 2002r. PEC i EC Toruń były podmiotami całkowicie niezależnymi, zarówno w sensie formalnym, jak i w sensie materialnym, a co za tym idzie przedsiębiorcom tym można postawić zarzut zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję.

Wobec powyższego, nie można zgodzić się z twierdzeniem Elany, iż: *w dniu 9 grudnia 2001r. dokonane zostały zmiany w kapitale zakładowym PEC, w wyniku których udziałowcem tego podmiotu stała się EC Toruń*. Jak wynika bowiem z poczynionych przez organ antymonopolowy ustaleń, w dniu 9 grudnia 2001r. została jedynie podjęta uchwała przez Radę Miasta Torunia w sprawie zbycia udziałów PEC (wyrażająca zgodę na zbycie tych udziałów).

Mając na uwadze drugą z przywołanych wyżej przesłanek, podkreślić trzeba, iż niezbędnym elementem każdego porozumienia ograniczającego konkurencję jest złożenie przez uczestników rynku, w dowolnej formie, oświadczenia woli o treści sprzecznej

z prawem co do uzgodnionego zachowania na rynku. Fakt złożenia takiego oświadczenia woli, jako istotna przesłanka zawiazania porozumienia, musi być udowodniony.

W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy nie istnieje bezpośredni dowód świadczący o zawarciu przez PEC i EC Toruń porozumienia ograniczającego konkurencję, co Wnioskodawca sam przyznaje w piśmie z dnia 2 sierpnia 2002r. (K. 200-202). Z tego powodu przeprowadzenie dowodu na okoliczność zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję może być dokonane jedynie według reguł wskazanych w art. 231 k.p.c. Stosownie do tego przepisu - stosowanego w postępowaniu antymonopolowym odpowiednio na podstawie art. 81 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów - Prezes UOKiK może uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów.

W ocenie Prezesa UOKiK, na podstawie faktów ustalonych w oparciu o zebrany w niniejszej sprawie materiał dowodowy, nie można w sposób jednoznaczny wyprowadzić wniosku co do istnienia pomiędzy PEC a EC Toruń zakazanego porozumienia.

Wbrew twierdzeniom Wnioskodawcy, nie może świadczyć o zawarciu porozumienia pomiędzy wspomnianymi przedsiębiorcami fakt nie podjęcia z nim dalszych negocjacji cenowych.

W pierwszej kolejności podkreślić trzeba, iż ze zgromadzonego w toku niniejszego postępowania materiału dowodowego jednoznacznie wynika, iż procedura wyłaniania dostawców do miejskiej sieci ciepłowniczej na 2002r. była procedurą przejrzystą, albowiem wszystkie źródła zostały zaproszone do składania ofert, przedstawiciele wszystkich źródeł zostali zaproszeni i brali udział w spotkaniach negocjacyjnych w dniu 6 listopada 2001r., jak również wszystkie źródła jednokrotnie złożyły oferty uzupełniające. Ponadto należy mieć na uwadze, iż PEC, dokonując oceny poszczególnych ofert, kierował się takimi samymi kryteriami, tj.: hydraulicznymi wymogami pracy systemu ciepłowniczego, bezpieczeństwem energetycznym miasta oraz wysokością ceny.

Jak wynika z dokonanych przez organa antymonopolowy ustaleń, pierwsze z wyżej przywołanych kryteriów spełniali wszyscy oferenci. Drugie natomiast kryterium, tj. bezpieczeństwo energetyczne miasta, zadecydowało niewątpliwie o wyborze jako dostawcy ciepła EC Energotor, albowiem dostawy z tego źródła, jak wcześniej ustalono, są obowiązkowe. Wbrew twierdzeniom PEC, nie zagrażałyby natomiast bezpieczeństwu energetycznemu dostawy ciepła z Elany, nawet na poziomie 100,00 MW mocy zamówionej.

Z wyżej poczynionych rozważań należy wyprowadzić wniosek, iż zasadniczym kryterium, które mogło zadecydować o odmowie przyjęcia oferty Elany, była wysokość ceny, rozumiana jako łączne koszty zakupów ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej. Jak bowiem wynika z dokonanych w niniejszej decyzji ustaleń, wybór Elany jako dostawcy ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej nie powodowałby co prawda zagrożenia dla bezpieczeństwa energetycznego miasta Torunia, ale mógłby wpłynąć na wzrost cen ciepła dostarczanego z EC Toruń w przypadku zmniejszenia dostaw z tego źródła.

Wyżej prezentowany pogląd jest zbieżny ze stanowiskiem wyrażonym w decyzji Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z dnia 18 czerwca 2004r. (DPK-5110-2(26)/2004/ZM) w przedmiocie obowiązku zawarcia przez PEC umowy o świadczenie usług przesyłowych ciepła wytworzonego przez Elanę. Z uzasadnienia tej decyzji wynika, iż: „zmiana struktury

pokrycia potrzeb cieplnych odbiorców spowoduje zmianę struktury produkcji ciepła, wzrost produkcji ciepła przez Elanę spowoduje zmniejszenie produkcji ciepła w EC Toruń, a tym samym zmianę jednostkowych kosztów wytwarzania ciepła w EC Toruń, co wpłynie na zmianę ceny ciepła sprzedawanego odbiorcom przez PEC Toruń. Zgodnie bowiem z § 29 ust. 1 rozporządzenia taryfowego, istotna zmiana warunków prowadzenia działalności gospodarczej przez EC Toruń i PEC umożliwia tym przedsiębiorcom zmianę taryf dla ciepła po dokonaniu analizy i oceny skutków tych zmian”(K.1025-1026).

Z przedłożonych przez źródła ofert jednoznacznie wynikało, iż cena za 1 GJ ciepła zaproponowana przez EC Toruń w wysokości 15,40zł. (pod warunkiem uzyskania upustu, uzależnionego od zakupów na poziomie powyżej 2,5 miliona GJ) była ceną niewątpliwie korzystniejszą od proponowanej przez Elanę ceny w wysokości 17,23zł.

Również z wyliczenia kosztów zakupów ciepła dokonanych przez Komisję (K. 78-86 oraz 226-227) wynika, iż, tzw. wariant I (bez udziału Elany) zapewniał najniższe łączne koszty zakupów ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej (zob. tabela I i II).

W tym stanie rzeczy - zdaniem organu antymonopolowego - PEC nie było zobligowane do prowadzenia dalszych negocjacji. Należy mieć również na uwadze, iż możliwość prowadzenia jakichkolwiek negocjacji z oferentami była ograniczona w czasie, albowiem PEC, zawierając roczne umowy sprzedaży ciepła, zobowiązane było dokonać wyboru dostawców ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej na 2002r. do końca 2001r. Przedsiębiorca ten zatem musiał zakończyć prowadzenie negocjacji cenowych w rozsądnym terminie. Podjęcie decyzji o wyborze EC Toruń, tj. przedsiębiorcy oferującego najniższą cenę, jako dostawcy ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej, bez prowadzenia dalszych negocjacji z pozostałymi oferentami, uznać zatem należy za racjonalne.

W ocenie organu antymonopolowego uzasadnione jest stanowisko PEC, iż nie było ono zobligowane do rozpoznania oferty Elany przedłożonej w dniu 28 grudnia 2001 r., w której zaferowano ceny o 3% niższe od propozycji pozostałych oferentów, z uwagi na fakt, iż oświadczenie to zostało skierowane do Rady Nadzorczej PEC, tj. organu, który nie jest uprawniony do reprezentacji spółki. Ponadto - zdaniem Prezesa UOKiK - PEC mogło mieć uzasadnione obawy, iż Elana, która nie znając ofert pozostałych oferentów i składając ofertę o wyżej przywołanej treści, proponuje ceny nieuczciwe.

W ocenie Prezesa UOKiK przyczyną nie podjęcia dalszych negocjacji cenowych z Elaną nie były również – jak to wywodzi Wnioskodawca – związki kapitałowe pomiędzy PEC a EC Toruń. Jak wykazało bowiem postępowanie dowodowe w dacie wyboru dostawców ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej na 2002r. PEC i EC Toruń były podmiotami całkowicie niezależnymi, zarówno w sensie formalnym, jak i w sensie materialnym. Gdyby taka zależność istniała, nie byłoby możliwość postawienia przedsiębiorcom zarzutu zawarcia porozumienia, albowiem jak wyżej już wspomniano, niezależności przedsiębiorców jest warunkiem *sine qua non* uznania działań przedsiębiorców za przejaw porozumień.

Należy ponadto mieć na uwadze, iż wyżej opisana koncentracja, która w ocenie Wnioskodawcy prowadziła do powiązań kapitałowych pomiędzy PEC a EC Toruń, sprowadzała się do wspólnego przejścia kontroli nad PEC przez trzech niezależnych przedsiębiorców. EC Toruń nie przejęło tej kontroli samodzielnie, a co za tym idzie możliwość wywierania wpływu przez tego przedsiębiorcę na decyzje PEC byłaby

ograniczona z uwagi na obecność pozostałych dwóch udziałowców, tj. Zakładu Energetycznego „Toruń” S.A. w Toruniu oraz Energetycznego Towarzystwa Finansowo - Leasingowe ENERGO - UTECH Spółka Akcyjna w Poznaniu.

Zdaniem Prezesa UOKiK faktu zawarcia porozumienia nie potwierdza również postanowienie zawarte w § 13 pkt 1 umowy rocznej sprzedaży ciepła zawartej w dniu 7 stycznia 2002r. pomiędzy PEC a EC Toruń oraz związane z nim postanowienia załącznika Nr 3 ustalającego ceny jednostkowe za 1 GJ ciepła, a także możliwość uzyskania upustu w przypadku zakupów powyżej 2,5 miliona GJ.

W pierwszej kolejności wyjaśnić trzeba, iż ceny i stawki opłat zamieszczone w taryfie ustalonej na podstawie ustawy - Prawo energetyczne mają charakter cen maksymalnych (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 grudnia 2002r., IV CKN 1616/2002, OSNC 2004/4), a zatem istnieje możliwość stosowania przez przedsiębiorstwo energetyczne upustów jako obniżek cen towarów celem zachęcenia do ich kupowania. Jest to szczególnie uzasadnione w sytuacji zwiększonej ilości zakupów. Należy zatem zgodzić się z twierdzeniem pełnomocników EC Toruń, iż oferta tego przedsiębiorcy wynikała z oczywistego w ciepłownictwie efektu skali – wyższe zakupy, a więc możliwość zastosowania niższej ceny ciepła.

W ocenie organu antymonopolowego, Wnioskodawca w istocie sprowadza zarzut zawarcia porozumienia pomiędzy PEC a EC Toruń do zastosowania w wyżej wspomnianej umowie rocznej sprzedaży ciepła upustu, który – zdaniem Elany – miała charakter pozorny.

O pozorności rabatu świadczą – w ocenie Wnioskodawcy – następujące okoliczności:

1. PEC nie poinformowało swoich odbiorców o ewentualności udzielenia rabatu oraz nie wskazało mechanizmu przenoszenia rabatu na odbiorców.
2. Założenie zakupów z EC Toruń na poziomie powyżej 2,5 miliona GJ było zachowaniem nieracjonalnym z uwagi min. na stałą tendencję zmniejszania się zapotrzebowania odbiorców na ciepło.
3. PEC - mimo istnienia odpowiednich możliwości - nie podjęło działań zapewniających maksymalizację zakupów z EC Toruń, a co za tym idzie, nie próbowało minimalizować kosztów dostaw ciepła.

Ad. 1

Zdaniem Prezesa UOKiK, z faktu, o którym mowa w pkt 1 nie sposób wyprowadzić wniosku o pozorności rabatu. Jak wynika bowiem z wyjaśnień zawartych w piśmie Urzędu Regulacji Energetyki Zachodni Oddział Terenowy z siedzibą w Poznaniu z dnia 23 grudnia 2002r., jeżeli przedsiębiorstwo zastosuje upust wobec swego odbiorcy, który jest przedsiębiorstwem energetycznym, wówczas ów upust zostanie przeniesiony do taryfy tegoż odbiorcy poprzez umieszczenie w algorytmie, określającym sposób wyliczenia cen średnioważonych ustalonych przez obce źródła, cen po udzielonym upuście (K. 360-361). Dopóki zatem przedsiębiorca nie uzyska upustu, nie ma podstaw do przenoszenia go na odbiorców, jak również nie ma potrzeby określania szczególnego mechanizmu przenoszenia rabatu na odbiorców.

Ad. 2

Natomiast, mając na uwadze okoliczność, o której mowa w pkt 2, w pierwszej kolejności zauważyć należy, iż trudno mówić o stałej tendencji zmniejszania się zapotrzebowania odbiorców na ciepło w analizowanym okresie, tj. w latach 2000-2002, albowiem z poczynionych przez organ antymonopolowy ustaleń wynika, iż zakupy ciepła w roku 2001 były wyższe od zakupów w roku 2000 o 143 tys GJ. (tabela III).

Zdaniem Prezesa UOKiK, biorąc pod uwagę fakt, iż zakupy z EC Toruń w latach 2000-2001 oscylowały w granicach 2,5 miliona GJ (por. tabela III), uznać należy, iż założenie przez PEC zakupów z EC Toruń w 2002r. na takim właśnie poziomie było założeniem realnym. Do zrealizowania zakupów z EC Toruń na poziomie pozwalającym na uzyskanie upustu zabrakło 116.522GJ, co oznacza, że wystarczyłoby kilka dni niższej temperatury zewnętrznej, aby osiągnąć zakupy na tym poziomie

Ad. 3

W ocenie organu antymonopolowego nie można również zaakceptować stanowiska Elany, iż mimo istnienia odpowiednich możliwości, PEC nie podjął działań zapewniających maksymalizację zakupów z EC Toruń, a co za tym idzie, nie próbował minimalizować kosztów dostaw ciepła.

Przede wszystkim podkreślić trzeba, iż wielkość zakupu i sprzedaży ciepła zależy głównie od dwóch czynników, tj. warunków pogodowych w sezonie grzewczym oraz zapotrzebowania na ciepło przez odbiorców, a nie jak twierdzi Wnioskodawca od „polityki zakupów” prowadzonej przez PEC, co zostało również potwierdzone w opinii biegłego. Są to czynniki na które ani PEC ani żaden z uczestników rynku zaopatrzenia w ciepło nie mają wpływu. Przedsiębiorstwa energetyczne mogą co najwyżej racjonalnie planować swoje zakupy.

Biorąc pod uwagę wielkość łącznych zakupów dokonanych do miejskiej sieci ciepłowniczej w roku 2000 (3.007.500GJ) i 2001 (3.150.500 GJ), PEC zaplanowało zakupy w roku 2002 na poziomie 3.137.000GJ. Niniejszy plan został wykonany w 94,27%, przy czym zakupy z EC Toruń zostały zrealizowane w 95,15% zakupów planowanych, natomiast zakupy z EC Energotor w 90,52%, co oznacza, że był planem realnym (zob. tabel VI).

Nie można zgodzić się z twierdzeniem Elany, iż o wielkości dokonanych zakupów z poszczególnych źródeł ciepła w roku 2002r. zadecydował fakt „manewrowania” przez PEC zasięgiem tych źródeł (prowadzenie ruchu sieciowego w określony sposób).

Jak już wielokrotnie podkreślano w uzasadnieniu niniejszej decyzji o wielkości dokonanych zakupów do miejskiej sieci ciepłowniczej decydują dwa czynniki: warunki pogodowe oraz zapotrzebowanie na ciepło. W sytuacji, kiedy tych dwóch zasadniczych czynników nie można z całą pewnością przewidzieć, „manewrowanie” zasięgiem sieci nie może zadecydować o wielkości zakupów z określonego źródła. Ponadto, co potwierdził również biegły, zmniejszanie zakupów z EC Energotor przy jednoczesnym ich zwiększaniu z EC Toruń jest co do zasady możliwe, niemniej jednak w sezonie grzewczym nie może być dokonywane w sposób dowolny, albowiem w tym okresie nadwyżka ciepła ponad minimum techniczne, dostarczana z EC Energotor, może być przesyłana w obszary najbliższej sąsiadujące z tym źródłem ciepła.

Rozstrzygając niniejszą kwestię, należy także mieć na uwadze, iż PEC był również związany roczną umową sprzedaży ciepła z drugim swoim kontrahentem, tj. EC Energotor, która gwarantowała dostarczanie ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej w ilości 600.000 – 800.000GJ (fakt bezsporny), a zatem PEC nie mógłby swobodnie zwiększać zakupów z EC Toruń w celu uzyskania upustu, albowiem prowadziłoby to do niewywiązania się z umowy z EC Energotor. Z dokumentów zgromadzonych w toku niniejszego postępowania wynika ponadto, iż pod koniec roku 2002 EC Energotor kierowała monity do PEC, w których przypominała o konieczności zwiększenia zakupów z tego źródła w celu realizacji postanowień rocznej umowy (K. 556-557).

Ponadto, w ocenie Prezesa UOKiK ewentualne próby prowadzenia ruchu sieciowego przez PEC w taki a nie inny sposób, miałyby charakter działania indywidualnego, co wyklucza możliwość uznania go za porozumienie, o którym mowa w art. 5 ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów*. Istotą porozumienia jest kolektywne zachowanie przedsiębiorców lub ich związków, natomiast decyzje o wyborze kontrahenta były podejmowane przez PEC samodzielnie.

Rozstrzygając kwestię pozorności upustu, Prezes UOKiK wziął ponadto pod uwagę następujące okoliczności:

Po pierwsze, pomimo identycznego układu podmiotowego na rynku właściwym w latach 2001 - 2002 oraz odnotowanego spadku zakupu ciepła u wszystkich źródeł w 2002r. w porównaniu z rokiem 2001., udział EC Toruń w rynku w roku 2002 był większy niż w 2001 roku, natomiast udział EC Energotor w roku 2002r. w porównaniu z rokiem 2001 zmniejszył się. Niniejsze ustalenia nie potwierdzają zatem twierdzenia Elany, iż PEC próbował minimalizować zakupy EC Toruń w celu nie skorzystania z upustu. Gdyby bowiem taka sytuacja miała miejsce, udział EC Toruń w rynku zaopatrzenia w ciepło w roku 2002 powinien być mniejszy w porównaniu z rokiem poprzednim, natomiast udział EC Energotor w tym rynku powinien się zwiększyć. Należy przy tym zaznaczyć, że łączny udział pozostałych źródeł (Biogaz, źródła własne) w 2002r. pozostawał prawie na takim samym poziomie jak w roku 2001, co prowadzi do wniosku, iż zwiększenie udziału EC Toruń w rynku dostaw ciepła w 2002r. nastąpiło kosztem zmniejszenia udziału w tym rynku EC Energotor (por. tabela IV i V). Niniejsze wywody nie potwierdzają zatem tezy, iż PEC „manewrował” zasięgiem sieci w celu zmniejszenia dostaw z EC Toruń.

Po drugie, z materiału zgromadzonego w toku niniejszego postępowania wynika, iż rok 2002 był rokiem cieplejszym od roku poprzedniego, co z pewnością przyczyniło się do zmniejszenia zakupów ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej, a co za tym idzie było głównym powodem niezrealizowania zakupów z EC Toruń w wielkości powyżej 2,5 miliona GJ.

Podkreślić również należy, iż warunkiem uznania określonych skoordynowanych działań przedsiębiorców za porozumienie jest ich dobrowolność u wszystkich uczestników. Istotne jest to w szczególności do porozumień pionowych (za Modzelewska – Wąchal E., Ustawa..., s.44). Mając powyższe na uwadze, trudno mówić o dobrowolnym zachowaniu ze strony PEC, które, zakładając pozorny rabat, godziłoby się na poniesienie dodatkowych kosztów zakupu ciepła rzędu ca 6.400.000,00zł. (2.500.000GJ x 2,56zł.).

Biorąc pod uwagę wyżej poczynione wywody, można dojść do wniosku, że treść umowy sprzedaży ciepła zawartej pomiędzy PEC a EC Toruń i okoliczności jej zawarcia wskazują, iż umowa ta była rezultatem prowadzonych negocjacji, nie zaś efektem zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję.

Zdaniem organu antymonopolowego zachowanie przedsiębiorców, którym zarzuca się zawarcie porozumienia, da się wyjaśnić - przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności - bez założenia wcześniej uzgodnionego zachowania tych podmiotów.

W ocenie Prezesa UOKiK, ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego można w sposób logiczny wyprowadzić przeciwstawne wnioski - jak to zresztą czyniły strony w toku niniejszego postępowania - co do istnienia lub nie, zakazanego porozumienia. Dla przykładu, na podstawie wniosku zawartego w opinii biegłego, iż możliwe było dokonanie w roku 2002 zakupów ciepła przez PEC od EC Toruń na poziomie 2,5 miliona GJ Elana wywodziła w sposób następujący, iż skoro możliwy był zakupy na takim poziomie (który umożliwiał uzyskanie rabatu), a faktycznie zakupu takiego nie zrealizowano, to oznacza, że PEC nie podjął działań w celu zmaksymalizowania zakupów z EC Toruń, a co za tym idzie rabat przewidziany w umowie był rabatem pozornym. Natomiast przedsiębiorcy, którym zarzuca się zawarcie zakazanego porozumienia wnioskowali w sposób odmienny, twierdząc, iż skoro zakupy na poziomie 2,5 miliona GJ były możliwe, istniała również potencjalna możliwość uzyskania upustu, w związku z czym zarzut jego pozorności nie jest uzasadniony.

Wobec powyższego brak jest więc podstaw do zastosowania art. 231 k.p.c. w związku z art. 81 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i wyciągnięcia wniosku co do faktu zawarcia niedozwolonego porozumienia eliminującego Elanę z rynku zaopatrzenia w ciepło na podstawie innych ustalonych faktów.

Wyżej prezentowany pogląd znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego. W orzeczeniu z dnia 5 sierpnia 1999, II UKN 79/99 (OSNAPiUS 2000, nr 19, poz. 733) Sąd Najwyższy podkreślił, iż domniemanie faktyczne musi dawać pełną podstawę do stwierdzenia, że ważny dla sprawy fakt rzeczywiście miał miejsce. Warunek taki jest spełniony, gdy stopień prawdopodobieństwa zaistnienia faktu będącego skutkiem domniemania jest tak duży, jak duży jest stopień, że nie zachodziły okoliczności wykluczające zaistnienie tego faktu (zob. także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 kwietnia 2001r. II CKN 410/2000, nipubl.).

Stanowisko Elany, iż nie zgadza się ona z pominięciem jej przez PEC w dostawach ciepła do sieci w 2002r. - w ocenie organu antymonopolowego - nie jest wystarczające dla wydania decyzji na podstawie art. 9 ustawy antymonopolowej, stwierdzającej stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję i nakazującej jej zaniechania.

Zasadniczą kwestią w niniejszej sprawie było udowodnienie przedsiębiorcom, tj. PEC i EC Toruń, świadomej współpracy w celu osiągnięcia współdziałania i koordynacji ich postępowania, prowadzącej do wywarcia wpływu na układ podmiotowy dostawców ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej oraz uniknięcia ryzyka konkurencji. Tymczasem w toku prowadzonego przez Prezesa UOKiK postępowania Wnioskodawca nie przedstawił dowodów bezpośrednich lub pośrednich wskazujących, że strony zawarły - w jakiegokolwiek formie - zakazane ustawą antymonopolową porozumienie.

Zgodnie z ogólnymi regułami, dla zastosowania sankcji przewidzianych w ustawie antymonopolowej, zarzut stosowania praktyki ograniczającej konkurencję musi być udowodniony. Ciężar dowodu spoczywa tu - w myśl art. 232 k.p.c. w związku z art. 81 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów - na uprawnionym żądającym wszczęcia postępowania antymonopolowego. W orzeczeniu Sądu Antymonopolowego z dnia 25 czerwca 1992r., sygn. akt XVII Amr 10/92 (Wokanda 1992/12, str. 35) sąd jednoznacznie stwierdził, iż wydanie decyzji opartej na ustawie antymonopolowej, uwzględniającej żądanie uprawnionego, wymaga uprzedniego udowodnienia faktu stosowania praktyki monopolistycznej. (por. także wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 10 września 1992r, sygn. akt XVII Amr 15/92, Wokanda z 1993r., Nr 2, wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 6 grudnia 1995, XVII Amr 44/95, Wokanda 1997/1, s. 49).

Odnosząc się do trzeciej i ostatniej z wyżej określonych przesłanek, podkreślić należy, iż rynek zaopatrzenia w ciepło na który składa się jego produkcja i dystrybucja w układzie scentralizowanym, obejmujący swoim zasięgiem obszar miasta Torunia (rynek właściwy) już ze swej istoty nie jest rynkiem w pełni konkurencyjnym.

Zdaniem organu antymonopolowego ograniczenie konkurencji na tym rynku po stronie podaży jest następstwem:

1. konieczności dostaw ciepła z EC Energotor (tzw. minimum techniczne), co wynika z lokalizacji źródeł, albowiem układ geograficzny i technologiczny sieci nie pozwala na pełną dowolność wyboru dostawcy ciepła w zachodniej części miasta,
2. obowiązkowych dostaw ciepła z EC Toruń, albowiem jak wynika z materiału dowodowego zgromadzonego w toku niniejszego postępowania, dostawy ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej w 2002r. nie mogły odbywać się z pominięciem EC Toruń, ponieważ zapotrzebowanie odbiorców wynosiło około 300MW, natomiast EC Energotor oraz Elana były w stanie zaoferować w tym czasie łącznie 220MW.

Okoliczności, o których mowa w pkt 1 i 2 zostały również uwzględnione w *Planie Zaopatrzenia Gminy Miasta Toruń w ciepło w latach 2002-2020*, przyjętym uchwałą Rady Miasta Torunia z dnia 9 grudnia 2001r. nr 936/200. Zgodnie z § 6 Planu utrzymanie warunków bezpieczeństwa zaopatrzenia Gminy Miasta Toruń w ciepło wymaga korzystania z co najmniej 2 źródeł, tj.: EC Toruń i EC Energotor (K.58-62).

Natomiast ograniczenie konkurencji na rynku właściwym po stronie popytu wynika z monopolu PEC w zakresie dystrybucji ciepła. PEC może bowiem oddziaływać na stan konkurencji na rynku zaopatrzenia w ciepło w układzie scentralizowanym w związku z tym, iż dysponuje określoną infrastrukturą, tj. miejską siecią ciepłowniczą (monopol naturalny). PEC ma zatem możliwość wpływania na strukturę podmiotową tego rynku. Możliwość ta jest jednak ograniczona przepisami, na mocy których przedsiębiorca ten jest zobowiązany do optymalizacji obciążeń źródeł ciepła zasilających sieć ciepłowniczą pod względem minimalizacji kosztów dostarczania ciepła do odbiorców (por. przepis § 13 pkt 1 lit a ówczesnie obowiązującego rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 11 sierpnia 2000r. w sprawie szczegółowych warunków przyłączenia podmiotów do sieci ciepłowniczej, obrotu ciepłem, świadczenia usług przesyłowych, ruchu sieciowego i eksploatacji sieci oraz standardów jakościowych, Dz. U. z 2000r. Nr 72, poz. 845 oraz § 14 aktualnie

obowiązującego rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 30 czerwca 2004r. *w sprawie szczególnych warunków przyłączenia podmiotów do sieci ciepłowniczych oraz eksploatacji tych sieci* (Dz. U. Nr 167, poz. 1751).

Dla uznania rynku za konkurencyjny nie bez znaczenia pozostają również przepisy ustawy z dnia 10 kwietnia 1997r. Prawo energetyczne. W świetle przepisu art. 49 tej ustawy Prezes URE może zwolnić przedsiębiorstwo energetyczne z obowiązku przedkładania taryf do zatwierdzenia, jeżeli stwierdzi, że działa ono w warunkach konkurencji.

Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem Sądu Antymonopolowego (zob. wyrok z dnia 10 maja 2000r., XVII Ame 59/99, wyrok z dnia 23 lutego 2000r., XVII Ame 50/99, wyrok z dnia 24 listopada 1999r., XVII Ame 42/99), na potrzeby stosowania art. 49 ustawy Prawo energetyczne, rynek konkurencyjny, analizowany od strony podażowej lub popytowej, powinien łącznie spełniać co najmniej dwa istotne warunki. Po pierwsze rynek ten powinien być od strony podmiotowej dostatecznie pojemny. Istnienie na rynku jednego, czy też dwóch konkurencyjnych przedsiębiorstw energetycznych jest zdaniem sądu niewystarczające dla konstruowania rynku konkurencyjnego. Po drugie, aby można było mówić o rynku konkurencyjnym, powinny być spełnione warunki powszechnej dostępności energii cieplnej wytwarzanej przez każde z przedsiębiorstw energetycznych. Innymi słowy, odbiorca ciepła powinien mieć realną możliwość wyboru jednej z ofert spośród kilku aktualnie istniejących na rynku.

Taka sytuacja nie zachodzi – zdaniem Prezesa UOKiK – w okolicznościach niniejszej sprawy, albowiem toruński rynek zaopatrzenia w ciepło jest zdominowany po stronie podaży przez EC (w chwili wyboru dostawców do miejskiej sieci ciepłowniczej na 2002r. ca 80% udziału w rynku), a po stronie popytu przez PEC (monopol naturalny).

Mając na uwadze powyższe rozważania można zatem postawić tezę, iż rynek zaopatrzenia w ciepło na który składa się jego produkcja i dystrybucja w układzie scentralizowanym, obejmujący swoim zasięgiem obszar miasta Torunia jest rynkiem „ułomnym” (por. Jurczyk Z., *Wybrane zagadnienia polityki konkurencji*, Warszawa 2004, s. 61)

Gdyby bowiem toruński rynek zaopatrzenia w ciepła traktować jako rynek konkurencyjny to przedsiębiorcy na nim działający mogliby na podstawie wyżej przywołanego przepisu Prawa energetycznego wystąpić do Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki o zwolnienie z obowiązku przedkładania do zatwierdzania taryfy, czego żadne z nich nie uczyniło.

Ponadto zarówno w orzecznictwie (por. wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 13 października 1999r., XVII Ame 35/99) jak i w doktrynie wyraża się pogląd, iż dla potrzeb stosowania zwolnienia wynikającego z komentowanego przepisu konieczne jest istnienie realnej, a nie wyłącznie potencjalnej konkurencji (zob. Baehner J., Stawicki E., Antczak J., *Prawo energetyczne. Komentarz* s. 273).

Wyżej prezentowane stanowisko, które podziela również Prezes UOKiK, potwierdza tylko tezę o ułomności analizowanego rynku, albowiem Elana od roku 2000 pozostaje jedynie potencjalnym konkurentem.

Należy ponadto zważyć, iż w toku postępowania antymonopolowego nie sposób dokonać oceny w przedmiocie, czy PEC naruszyło przepis § 13 pkt 1 lit a ówczesnego obowiązującego rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 11 sierpnia 2000r. *w sprawie szczególnych*

warunków przyłączenia podmiotów do sieci ciepłowniczej, obrotu ciepłem, świadczenia usług przesyłowych, ruchu sieciowego i eksploatacji sieci oraz standardów jakościowych (Dz. U. z 2000r. Nr 72, poz. 845). W świetle tego przepisu przedsiębiorstwo ciepłownicze (zajmujące się przesyłaniem i dystrybucją ciepła) jest obowiązane do zakupu ciepła od przedsiębiorców wytwórczych lub innych dostawców ciepła, oferujących najkorzystniejsze warunki sprzedaży. Niezastosowanie się przez przedsiębiorstwo ciepłownicze do dyspozycji wyżej przywołanego przepisu, może – w ocenie Prezesa UOKiK – stanowić podstawę do wszczęcia postępowania administracyjnego przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki i wymierzenia kary pieniężnej na podstawie art. 56 ust. 1 pkt 12 Prawa energetycznego, albowiem jednym z obowiązków przedsiębiorstw energetycznych określonych w koncesji jest obowiązek przestrzegania przepisów ustawy Prawo energetyczne oraz wydanych na jej podstawie przepisów wykonawczych. W tym miejscu należy przywołać ogólne warunki koncesji na przesyłanie i dystrybucję ciepła udzielonej PEC na podstawie decyzji Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z dnia 18 września 1998r. (K. 593-613), zgodnie z którymi koncesjonariusz jest zobowiązany do prowadzenia działalności objętej koncesją na zasadach określonych w ustawie – Prawo energetyczne oraz wydanych na jej podstawie przepisach wykonawczych, w szczególności do zapewnienia wysokiej jakości świadczonych usług, niezawodności zaopatrzenia w ciepło i ograniczenia szkodliwego oddziaływania na środowisko przy zachowaniu zasady najniższych możliwych kosztów (pkt. 2.1.1 Koncesji).

Wyżej prezentowane przez Prezesa UOKiK stanowisko znajduje potwierdzenie w piśmie Urzędu Regulacji Energetyki z dnia 14 stycznia 2003r. (K. 366-367).

Reasumując, w ocenie Prezesa UOKiK, postępowanie dowodowe przeprowadzone przez organ antymonopolowy nie potwierdza zarzutu zawarcia porozumienia. Prezes UOKiK nie znalazł zatem postaw do stwierdzenia po stronie PEC i EC Toruń stosowania praktyki ograniczających konkurencję, o której mowa w art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy antymonopolowej

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w pkt I sentencji.

Pismem z dnia 19 października 2004r. pełnomocnicy PEC złożyli spis poniesionych kosztów, przedstawiając wyliczenie na ogólną kwotę 2.501,30 zł, na którą składają się:

- 1) wynagrodzenie radcy prawnego: 2.160,00zł.,
- 2) koszty dojazdu na rozprawy oraz w celu przeglądania akt sprawy: 281,30zł.
- 3) opłaty od pełnomocnictw: 60,00zł.,

a ponadto wnieśli o obciążenie Elany kosztami przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego.

Natomiast pełnomocnicy EC Toruń pismem z dnia 12 sierpnia 2004r. wnieśli o obciążenie wnioskodawcy kosztami postępowania według norm przepisanych, z uwzględnieniem kosztów zastępstwa procesowego.

Stosownie do art. 75 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu rozstrzyga o kosztach, w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji. W postępowaniu wszczętym na wniosek, w świetle przepisu art. 69 ust. 1 przywołanej ustawy, strona przegrywająca sprawę jest obowiązana zwrócić drugiej stronie, na jej żądanie, koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony, w tym także koszty opinii biegłych i instytutów naukowych.

W przytoczony przepisie wyrażone zostały dwie podstawowe zasady: zasada odpowiedzialności za wynik sprawy oraz zasada kosztów niezbędnych i celowych.

Istotne znaczenie dla oceny niektórych kosztów jako niezbędnych i celowych mają wskazania zawarte w art. 69 ust. 2 i 3 przywołanej wyżej ustawy. Na podstawie art. 69 ust. 3 ustawy antymonopolowej do niezbędnych kosztów postępowania strony reprezentowanej przez adwokata lub radcę prawnego zalicza się jego wynagrodzenie, jednak nie wyższe niż wynikające ze stawek opłat określonych w odrębnych przepisach, tj. w niniejszej sprawie w przepisach rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r. *w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu* (Dz. U. Nr 163, poz. 1349 z późn. zm.) oraz koszty osobistego stawiennictwa strony na wezwanie Prezesa Urzędu.

Mając na uwadze wyżej przywołane przepisy, a w szczególności zasady określone w § 2 ust. 2 w związku z § 14 ust. 3 pkt 1 oraz § 5 tego rozporządzenia Prezes UOKiK uznał, iż kwota 1.080,00zł. (tj. trzykrotność stawki minimalnej) będzie odpowiadała stopniowi zawiłości sprawy i niezbędnemu nakładowi pracy pełnomocników PEC, natomiast kwota 720,00zł. (dwukrotność stawki minimalnej) odpowiadała stopniowi zawiłości sprawy i niezbędnemu nakładowi pracy pełnomocników EC Toruń.

Ponadto przyznane PEC i EC Toruń od Wnioskodawcy koszty obejmują również wydatek poniesiony tytułem uiszczenia opłaty skarbowej od dokumentu stwierdzającego ustanowienie pełnomocnika. Nie budzi bowiem wątpliwości, że ciężący na stronie reprezentowanej przez radcę prawnego obowiązek zapłaty opłaty skarbowej od dokumentu pełnomocnictwa należy do kosztów niezbędnych do celowego dochodzenia praw lub celowej obrony (por. Uchwała Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 12 marca 2003r., III CZP 2/2002, OSNC 2003/12, poz. 161).

Prezes UOKiK do kosztów niezbędnych do celowego dochodzenia praw lub celowej obrony zaliczył jedynie opłatę skarbową uiszczoną od dokumentu stwierdzającego ustanowienie jednego - a nie jak wnosili pełnomocnicy PEC - czterech pełnomocników. Zdaniem organu antymonopolowego, skoro ustawodawca w art. 69 ust. 3 ustawy antymonopolowej zaliczył do kosztów niezbędnych wynagrodzenie jednego adwokata/radcy prawnego, to nie inaczej - aczkolwiek na podstawie art. 69 ust. 1 wspomnianej ustawy – należy zakwalifikować wydatek poniesionej przez stronę tytułem opłaty skarbowej ściśle związanej z udzieleniem temu adwokatowi/radcy prawnemu pełnomocnictwa.

Orzekając o zwrocie kosztów na rzecz PEC, Prezes UOKiK pominął wydatki poniesione tytułem kosztów dojazdu na rozprawy oraz w celu przeglądania akt sprawy w kwocie 281,30zł., albowiem stosownie do art. 69 ust. 3 ustawy antymonopolowej jeżeli strona udzieliła pełnomocnictwa adwokatowi lub radcy prawnemu do niezbędnych kosztów postępowania nie zalicza się jej kosztów przejazdów do siedziby Urzędu, chyba, że została ona w sposób jednoznacznie wezwana do stawiennictwa. Nie stanowi takiego wezwania przekazanie stronie zawiadomienia o zakończeniu postępowania dowodowego i możliwość zapoznania się z materiałem dowodowym w sprawie. (za Modzelewska – Wąchal E., *Ustawa...*, s. 259). Prezes UOKiK wziął pod uwagę, iż na rozprawach administracyjnych przeprowadzonych w dniu 23 czerwca 2003r. oraz w dniu 31 maja 2004r. nie było wymagane

osobiste stawiennictwo strony, a strona była reprezentowana przez pełnomocników - radców prawnych.

Mając zatem na względzie wynik przeprowadzonego postępowania, które nie potwierdziło zasadności podniesionych przez Wnioskodawcę zarzutów, organ antymonopolowy orzekł o kosztach postępowania, jak w pkt II sentencji niniejszej decyzji.

Stosownie do treści art. 78 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c. – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Bydgoszczy.

Zgodnie z art. 78 ust. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i art. 264 § 2 k.p.a. w związku z art. 80 ww. ustawy oraz art. 479³² § 1 i 2 k.p.c., na postanowienie o kosztach przysługuje zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie tygodnia od dnia jego doręczenia, za pośrednictwem Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Bydgoszczy.

*Z up. Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji
i Konsumentów
Andrzej Chajęcki
Dyrektor Delegatury w Bydgoszczy*

Otrzymują:

1. Adwokat Marek Tadeusiak
Kancelaria Adwokacka
Prawa Konkurencji
ul. Żurawia 7/9
91-455 Łódź

2. Radca prawny Wiesława Kowalczyk
Radca prawny Ireneusz Malerowicz
Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej
„Toruń” Sp. z o.o.
ul. Marii Skłodowskiej – Curie 41
87-100 Toruń

3. Radca prawny Roman Wiśniewski
Radca prawny Karol Sienkiewicz
Elektrociepłownia „Toruń”
Spółka Akcyjna
ul. Ceramiczna 6

87-100 Toruń

4. a /a