

# **DELEGATURA**

## **UOKiK W KATOWICACH**

Katowice, dnia 19.07.2010r.

RKT-411-02/10/AW

### **DECYZJA Nr RKT – 17/2010**

Stosownie do art. 33 ust. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331, ze zm.: Dz.U. z 2007r. Nr 99, poz. 660; Nr 171, poz. 1206; Dz.U. z 2008r. Nr 157, poz. 976, Nr 223, poz. 1458, Nr 227, poz. 1505; Dz.U. z 2009r. Nr 18, poz. 97; Nr 157, poz. 1241) oraz § 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 107, poz. 887) po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu,

– w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

- I. na podstawie art. 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów **uznaje się za ograniczającą konkurencję** i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów, praktykę polegającą na nadużywaniu przez EnergiaPro S.A. z siedzibą we Wrocławiu pozycji dominującej na lokalnym rynku usług oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych na terenie Gminy Opole, poprzez narzucanie uciążliwych warunków umów w sprawie wykonywania eksploatacji i konserwacji opraw oświetlenia ulicznego, przynoszących EnergiaPro S.A. nieuzasadnione korzyści, w efekcie nakładania na Gminę obowiązku ponoszenia kosztów usuwania niesprawności instalacji oświetlenia ulicznego niezwiązanych z awariami punktów świetlnych i **nakazuje się zaniechanie jej stosowania**,
- II. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów **nakłada się** na EnergiaPro S.A. z siedzibą we Wrocławiu karę pieniężną płatną do budżetu państwa w wysokości 84 591 PLN (słownie złotych: osiemdziesiąt cztery tysiące pięćset dziewięćdziesiąt jeden) z tytułu naruszenia zakazu, o jakim mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w zakresie opisanym w punkcie I sentencji niniejszej decyzji,
- III. na podstawie art. 77 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 80 tej ustawy oraz na podstawie art. 264 §1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst. jedn. Dz.U. z 2000r. Nr 98, poz. 1071 ze zm.) w zw. z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, postanawia się obciążyć EnergiaPro S.A. z siedzibą we Wrocławiu kosztami przeprowadzonego postępowania antymonopolowego i zobowiązać ww. przedsiębiorcę do zwrotu na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwoty 23 PLN (słownie złotych: dwadzieścia trzy) w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

## Uzasadnienie

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

W toku postępowania wyjaśniającego ustalono, że do końca 2008r. Gmina Opole i EnergiaPro S.A. były związane umową, w której Gmina zleciła EnergiaPro S.A. wykonywanie czynności eksploatacyjnych i konserwacyjnych urządzeń oświetlenia ulic na terenie Miasta Opola w celu utrzymania ich w pełnej sprawności technicznej. W grudniu 2008r. EnergiaPro S.A. przedstawiła Gminie swoją ofertę na wykonanie *usługi oświetleniowej* w okresie od 01.01.2009r. do 31.12.2009r. opiewającą na (...) zł brutto. Jednostkowy koszt konserwacji 1 oprawy świetlnej wyniósłby (...) zł brutto/rok. Proponowane wynagrodzenie nie zawierało kosztów związanych z wymianą wyeksploatowanych elementów sieci (słupów, opraw, wysięgników) stanowiących własność EnergiaPro S.A.

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

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

Na podstawie dokonanych w toku postępowania wyjaśniającego ustaleń Prezes Urzędu uznał, iż istnieją podstawy do wszczęcia przeciwko EnergiaPro S.A. z siedzibą we Wrocławiu postępowania antymonopolowego, w związku z podejrzeniem nadużywania pozycji dominującej na lokalnym rynku usług oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych na terenie Gminy Opole, polegającego na narzucaniu uciążliwych warunków umowy w sprawie wykonywania eksploatacji i konserwacji opraw oświetlenia ulicznego, przynoszących

EnergiaPro S.A. nieuzasadnione korzyści, poprzez nakładanie na Gminę obowiązku ponoszenia kosztów usuwania niesprawności instalacji oświetlenia ulicznego niezwiązanych z awariami punktów świetlnych, co może stanowić naruszenie art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

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

W ocenie Spółki przedstawione dotychczas dokumenty i uzasadnienie nie wskazują na wystąpienie okoliczności pozwalających na stwierdzenie możliwości nadużywania przez nią pozycji dominującej na lokalnym rynku usług oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych na terenie Gminy Opole. Spółka nie zgodziła się z zarzutem ponieważ jej zdaniem stoi on w sprzeczności z przekazanymi w trakcie postępowania dowodami. Ponadto przedstawione przez Prezesa Urzędu uzasadnienie stoi w sprzeczności z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (tekst jedn.: Dz.U. z 2006r., Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.) oraz ustawy z dnia 10 kwietnia 1997r. Prawo energetyczne (tekst jedn. Dz.U. z 2006r. Nr 89, poz. 625 z późn. zm.).

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

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

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

Dalej Spółka stwierdziła, że zgodnie z zatwierdzoną przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki taryfą dla energii elektrycznej na rok 2008 punkt 3.1.7 „Ceny i stawki opłat zawarte w Taryfie nie zawierają kosztów eksploatacji instalacji oświetleniowej (w

szczegółności konserwacji, wymiany źródeł światła). Odbiorca ponosi opłaty związane z eksploatacją w wysokości i na zasadach określonych w odrębnej umowie”, a złożona przez nią oferta jest zgodna z przytoczonym postanowieniem Taryfy. Poza tym ostatecznie w wyniku negocjacji odstąpiono od rozliczania w formie ryczałtu i w dniu 23.02.2009r. została zawarta umowa, w której przyjęto zasadę jednostkowych zleceń rozliczanych w oparciu o ustalone KNR-y, cenniki i stawki.

Oczekiwania Spółki przedstawione w ofercie złożonej Gminie Opole i podczas negocjacji są zgodne, co podkreślono, z wyrokiem z dnia 17.09.2007r. Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów sygn. akt XVII AmA 3/07, którego uzasadnienie brzmi: *„(...) brak jest podstaw do twierdzenia, że umowa o świadczenie usługi oświetleniowej powinna mieć charakter nieodpłatny lub częściowo odpłatny. Skoro tak, to powód ma prawo do żądania od zainteresowanego ekwiwalentnego wynagrodzenia (art. 735 §1 k.c. w zw. z art. 750 k.c.). Wbrew wywodom pozwanego taryfa dla energii elektrycznej nie zawiera kosztów eksploatacji oświetlenia ulicznego, gdyż nie należy to do działalności koncesjonowanej przedsiębiorstw energetycznych, co wprost wynika z art. 32 i 45 ustawy Prawo energetyczne. Oznacza to, że stawki taryfowe obejmują wyłącznie sprzedaż energii elektrycznej i jej przesył. Wynagrodzenie za świadczenie usług oświetleniowych musi pokrywać uzasadnione nakłady poniesione na wykonywanie zobowiązania oraz godziwy zysk. Oznacza to, że w wynagrodzeniu muszą być uwzględnione zarówno koszty zużytej energii elektrycznej, jak i koszty niezbędnej konserwacji, usuwania awarii, napraw, wymian wynikających z normalnego zużycia. (...) Godziwy zysk powinien uwzględnić ekonomiczne uzasadnienie dla prowadzonej działalności, a także umożliwić kumulowanie środków na inwestycje modernizacyjne. Kwestią otwartą pozostaje sam sposób obliczania tego wynagrodzenia oraz rozliczania go z zainteresowaną. Możliwe jest bowiem umówienie się na stawki ryczałtowe lub wynikające z prac wykonywanych w danym okresie. (...) Bezzasadne jest również, w świetle powyższego twierdzenie pozwanego, o chęci uzyskania przez powoda, w wyniku żądania zapłaty kosztów eksploatacyjnych, nieuzasadnionych korzyści. Skoro bowiem powód domaga się od zainteresowanej kompensaty faktycznie ponoszonych nakładów na wykonanie usługi to nie można mówić o nieuzasadnionej korzyści”*.

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

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

#### **W toku postępowania ustalono następujący stan faktyczny.**

EnergiaPro S.A. z siedzibą we Wrocławiu prowadzi działalność gospodarczą na podstawie wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem 0000073321 (karty nr 42-48). Spółka działa w oparciu o koncesję na przesyłanie i dystrybucję energii elektrycznej uzyskaną w wyniku decyzji Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki (dalej „Prezes URE”) nr PEE/19/2698/U/1/98/JK z dnia 16 listopada 1998r. z późn. zm. Przedmiot działalności objętej niniejszą koncesją stanowi wykonywana zawodowo, we własnym imieniu, w sposób

zorganizowany i ciągły zarobkowa działalność gospodarcza polegająca na przesyłaniu i dystrybucji energii elektrycznej, za pomocą sieci rozdzielczej o napięciach: 110 kV, 30 kV, 20 kV, 15 kV, 10 kV, 6 kV oraz sieci niskich napięć na terenie województwa dolnośląskiego oraz opolskiego. Szczegółowy wykaz miast i gmin objętych zakresem działania Spółki określony został w decyzji Prezesa URE nr PEE/19B/2698/W/2/2004/MS z dnia 16 kwietnia 2004r. (karty nr 597-607, 608-615).

Termin ważności koncesji na ww. działalność decyzją Prezesa URE nr PEE/19-ZTO/2698/W/2/2007/MB z dnia 14 sierpnia 2007r. został przedłużony do 31 grudnia 2025r. (karty nr 616-624). Jednocześnie na podstawie decyzji Prezesa URE nr DPE-47-22(4)/2698/2006/MW z dnia 20 grudnia 2006r. EnergiaPro S.A. została ustanowiona Operatorem Systemu Dystrybucyjnego Elektroenergetycznego (OSD) na okres od dnia 1 stycznia 2007r. do 30 czerwca 2007r. Decyzja o nadaniu statusu OSD była przez Prezesa URE przedłużana na kolejne okresy (karty nr 625-631).

Ostatecznie na podstawie decyzji Prezesa URE nr DPE-47-93(9)/2698/2008/PJ z dnia 31 grudnia 2008r. EnergiaPro S.A. została ustanowiona Operatorem Systemu Dystrybucyjnego Elektroenergetycznego (OSD) na okres od 1 stycznia 2009r. do dnia 31 grudnia 2025r. na obszarze określonym w koncesjach na dystrybucję energii elektrycznej z wyłączeniem zlokalizowanych na tym obszarze sieci dystrybucyjnych, za których ruch jest odpowiedzialny inny operator systemu dystrybucyjnego (karty nr 632-641).

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

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

Na terenie Gminy Opole EnergiaPro S.A. Oddział w Opolu posiada i eksploatuje (...) punktów świetlnych, w tym:

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

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

- podstawowy – obejmujący swoim zakresem zabiegi okresowe ujęte w odpowiednich przepisach Prawa budowlanego (art. 61 i kolejne), tj. oględziny, przeglądy, pomiary eksploatacyjne oraz utrzymanie urządzeń w stanie pełnej sprawności poprzez wymianę eksploatacyjną źródeł światła, naprawy narażonych na awarie opraw, instalacji oświetleniowej itp.,

– rozszerzony – obejmujący swoim zakresem standard podstawowy zaprezentowany powyżej oraz wszelkie dodatkowe prace zlecone przez daną gminę m.in.: przebudowę istniejących urządzeń oświetleniowych, budowę nowych urządzeń, jak również inne dodatkowe zlecenia, np. z doświetlaniem przejść drogowych, czy iluminowaniem wskazanych obiektów.

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

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

Taryfa Operatora Systemu Dystrybucyjnego EnergiaPro Grupa Turon S.A.<sup>1</sup> na 2008r. w punkcie 3.1.7 stanowiła: „*Stawki opłat zawarte w taryfie nie zawierają kosztów eksploatacji instalacji oświetleniowych (w szczególności konserwacji, wymiany źródeł światła). Odbiorca ponosi opłaty związane z eksploatacją w wysokości i na zasadach określonych w odrębnej umowie.*” (karta nr 163). Takie samo postanowienie znalazło się w punkcie 3.1.7 Taryfy Operatora Systemu Dystrybucyjnego EnergiaPro S.A. na 2009 rok (karta nr 181). Również taryfy obowiązujące w latach 2006-2007 zawierały analogiczne postanowienia (karty nr 104, 144).

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

Na podstawie tej umowy Gmina Opole ponosiła koszty eksploatacji i konserwacji oświetlenia ulicznego wchodzącego w skład jej majątku oraz w skład majątku EnergiaPro S.A. Koszty tej konserwacji określone były w formie ryczałtu i wynosiły w pierwszym roku obowiązywania umowy (...) zł brutto przy (...) szt. punktów świetlnych. Faktury były wystawiane ostatniego dnia każdego miesiąca i płatne w terminie 14 dni od dnia ich doręczenia za okresy miesięczne

---

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

(karta nr 81-82). W Aneksie nr 2 wysokość wynagrodzenia dla EnergiaPro S.A. za okres od 01.11.2007r. do 31.12.2008r. ustalono na kwotę (...) zł brutto (karta nr 93).

Jak wskazała Gmina był to ryczałt od 1 punktu świetlnego, a koszty konserwacji stanowiły ok. 25% kosztów energii elektrycznej zużywanej na cele oświetlenia ulicznego (karta nr 401).

Do obowiązków EnergiaPro S.A. należało m.in.:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Dokonywanie co najmniej raz na dwa miesiące (do 5-go marca i do 5-go maja) przy udziale pracowników Urzędu Miasta oględzin oświetleniowych stanowiących majątek wykonawcy oraz przekazywanie Miastu raportów o stanie świecenia oświetlenia ulicznego w terminie do 3 dni roboczych od daty dokonanych oględzin.
2. Wymiana niesprawnych źródeł światła.
3. Wymiana niesprawnych układów zapłonowych w oprawach oświetleniowych.
4. Wymiana uszkodzonych kloszy opraw oświetleniowych.
5. Wymiana uszkodzonych opraw oświetleniowych.



6. Warsztatowa naprawa uszkodzonych opraw oświetleniowych.
  7. Naprawa niesprawnych opraw oświetleniowych w miejscu ich zainstalowania.
  8. Wykonywanie przycinki gałęzi drzew zasłaniających oprawy oświetleniowe.
- W *Załączniku nr 1* ustalono również, że wymiana lub naprawa opraw oświetleniowych uszkodzonych wskutek zdarzeń losowych (kolizje drogowe, wichury, dewastacje itp.) zostanie wykonana kosztem i staraniem Wykonawcy, będącego właścicielem tych opraw.

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

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

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

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

EnergiaPro wskazała także, że obciążanie Gminy kosztami napraw instalacji oświetleniowej wynika z faktu, że jedynym źródłem finansowania napraw ww. instalacji, którym dysponuje, są przychody z tytułu świadczenia usług na podstawie podpisanej umowy w sprawie wykonywania eksploatacji opraw oświetlenia ulicznego (karta nr 202). Stawki opłat zawarte w taryfach EnergiaPro S.A. nie zawierają bowiem kosztów eksploatacji instalacji oświetleniowych, w szczególności ww. kosztów eksploatacyjnych i konserwacyjnych, Ten stan rzeczy potwierdził Urząd Regulacji Energetyki (karta nr 545).

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

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

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

Gmina i EnergiaPro S.A. nie zawarły kompleksowej umowy na eksploatację i konserwację oprav oświetleniowych. Eksploatacja prowadzona jest w oparciu o indywidualne zlecenia Gminy dotyczące wybranych, niesprawnych elementów sieci oświetleniowej (karta nr 577).

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

Dla uznania, że niniejsza sprawa ma charakter antymonopolowy, niezbędne jest w pierwszej kolejności ustalenie, czy w jej okolicznościach mogło dojść do naruszenia interesu publicznoprawnego. Zgodnie bowiem z art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ustawa ta określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów należy więc do sfery prawa publicznego, a instrumenty w niej przewidziane mogą być stosowane jedynie wówczas, gdy na skutek działań przedsiębiorców naruszony jest interes publicznoprawny.

Zgodnie z orzecznictwem antymonopolowym naruszenie interesu publicznego ma miejsce przede wszystkim wówczas, gdy skutkami działań sprzecznych z przepisami prawa konkurencji dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku, względnie, gdy działania te wywołują na rynku niekorzystne zjawiska<sup>2</sup>. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów w odniesieniu do konkurencji chroni zatem interes publiczny polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego<sup>3</sup>.

Zdaniem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, wyrażonym w wyroku z dnia 12 czerwca 2002r. (sygn. akt XVII Ama 47/2001), pojęcie interesu publicznego nie jest pojęciem o charakterze jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien on być ustalony i konkretyzowany, a Prezes Urzędu w toku postępowania i przy wydawaniu decyzji winien być rzecznikiem tego interesu. Publiczny znaczy dotyczący ogółu, odnoszący się do ogółu, a nie do jednostki, czy też określonej grupy. Podstawą do zastosowania przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów winno być uprzednie udowodnienie przez Prezesa Urzędu, czy nastąpiło rzeczywiste naruszenie wskazanego przepisami ustawy interesu publicznego. W ten sam sposób Sąd wypowiedział się w wyrokach z dnia: 25.06.2001r. sygn. XVII Ama 84/00, 28.05.2001r. sygn. XVII Ama 82/00, 27.06.2001r. sygn. XVII Ama 92/00, 12.11.2001r. sygn. XVII Ama 105/00 oraz 04.07.2001r. sygn. XVII Ama 108/00.

Podobne stanowisko zajął również Sąd Najwyższy, który w uzasadnieniu wyroku z dnia 29.05.2001r. sygn. I CKN 1217/98 stwierdził, że ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów ma charakter publicznoprawny i służy ochronie interesu ogólnospołecznego, ingeruje, gdy w wyniku pewnych ogólnych zjawisk zagrożona jest sama instytucja konkurencji i nie odnosi się do ochrony roszczeń indywidualnych. Z kolei, w uzasadnieniu wyroku z dnia 26.02.2004r. sygn. III SK 2/04 Sąd Najwyższy stwierdził, że naruszenie

<sup>2</sup> Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 24.01.1991r. sygn. akt XV Amr 8/90.

<sup>3</sup> Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 23.10.2002r. sygn. akt XVII Ama 133/01.

indywidualnego interesu nie wyklucza dopuszczalności równoczesnego uznania, że dochodzi do naruszenia interesu zbiorowego „jeżeli indywidualne pogwałcenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów mogłoby w jakikolwiek sposób prowadzić do ustanowienia lub utrwalenia monopolistycznych praktyk rynkowych, które wywołują lub mogą wywoływać zakazane skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”.

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

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

W przypadku praktyk eksploatacyjnych bezpośrednim celem lub skutkiem działań przedsiębiorców jest wykorzystanie przez przedsiębiorców wcześniej istniejącej przewagi nad kontrahentami. Czynnikiem umożliwiającym skuteczne podejmowanie przez EnergiaPro S.A. działań będących przedmiotem zarzutu stawianego w niniejszym postępowaniu jest niewątpliwie jej siła rynkowa. Dla stwierdzenia naruszenia interesu publicznego wystarczające jest dowolne nadużycie siły rynkowej w relacjach ze słabszymi uczestnikami rynku, bowiem już sam fakt nadużycia posiadanej pozycji dominującej na rynku narusza interes publiczny. Dla oceny kwestii naruszenia interesu publicznego istotne jest także, iż praktyki eksploatacyjne urzeczywistniają się głównie poprzez stosunki umowne, co ma miejsce w okolicznościach niniejszej sprawy. Rozważając kwestię naruszenia interesu publicznego w okolicznościach sprawy należy stwierdzić, iż prowadzone postępowanie miało na celu rozstrzygnięcie, czy EnergiaPro S.A. próbowała obciążyć Gminę Opole kosztami finansowania oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych, do których ponoszenia Gmina nie jest zobowiązana. Kwestionowane zachowanie Spółki mogło również godzić w interesy konsumentów jako nabywców dóbr i usług w zakresie korzystania przez nich z dobra jakim jest oświetlenie ulic.

Wobec powyższego należy stwierdzić, iż przedmiotowe postępowanie zostało podjęte w interesie publicznym.

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

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na rynku właściwym. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów w art. 4 pkt 9 definiuje rynek właściwy jako rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Przez towary, zgodnie z art. 4 pkt 7 ww. ustawy, należy rozumieć zarówno rzeczy, jak i energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane.

Pojęcie rynku właściwego odnosi się przedmiotowo do wszystkich wyrobów (usług) jednego rodzaju, które ze względu na swoje szczególne właściwości odróżniają się od innych wyrobów (usług) w taki sposób, że nie istnieje możliwość dowolnej ich zamiany. Rynek właściwy produktowo obejmuje wszystkie towary, które służą zaspokajaniu tych samych potrzeb nabywców, mają zbliżone właściwości, podobne ceny i reprezentują podobny poziom jakości. Niezbędnym elementem rynku właściwego jest także jego wymiar geograficzny, oznaczający konieczność wskazania obszaru, na którym warunki konkurencji, mające zastosowanie do określonych towarów, są jednakowe dla wszystkich konkurentów. Zatem, aby wyznaczyć rynek właściwy, określoną działalność poddaje się analizie z punktu widzenia produktowego (asortymentowego) a także geograficznego.

W przedmiotowej sprawie rynkiem w ujęciu produktowym jest rynek usług oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych. Przez świadczenie tych usług rozumie się, zgodnie z umowami, jakie EnergiaPro S.A. zawiera z gminami, czynności związane z budową, utrzymaniem i konserwacją urządzeń oświetleniowych, które konieczne są do świadczenia innej usługi, jaką jest dostarczanie energii elektrycznej. Zatem są to odrębne umowy od umów o dostarczanie energii elektrycznej. Zaznaczyć trzeba, że usługi oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych nie mają substytutów. Jednocześnie sieć oświetleniowa służąca realizacji zadania własnego Gminy, jakim jest finansowanie oświetlenia ulicznego, stanowi własność EnergiaPro S.A. Na terenie Gminy nie ma alternatywy w postaci innej sieci, zatem realizacja zadania finansowania kosztów oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych musi odbywać się na podstawie umów zawartych z właścicielem sieci oświetleniowej, których treść jest przedmiotem sporu między EnergiaPro S.A. a Gminą.

Rynkiem w ujęciu geograficznym w przedmiotowej sprawie jest teren Gminy Opole. Ustalenie obszaru geograficznego determinuje bowiem infrastruktura oświetleniowa, stanowiąca własność EnergiaPro S.A., która znajduje się na terenie Gminy i służy do świadczenia jej usługi oświetlenia ulicznego. Na tak zakreślonym rynku, Gmina spotyka się z – objętym zarzutem postępowania – działaniem utrudniającym jej wykonywanie zadań własnych, polegających na zaspokajaniu zbiorowych potrzeb wspólnoty w zakresie oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych.

Reasumując rynkiem właściwym w sprawie jest lokalny rynek usług oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych na terenie Gminy Opole.

Przez pozycję dominującą zgodnie z art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów rozumie się pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów; domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku przekracza 40%.

EnergiaPro S.A. prowadzi działalność w obrębie niekonkurencyjnego rynku świadczenia usług związanych z oświetleniem ulic, placów i dróg publicznych, a jej odbiorcy nie mają możliwości korzystania z usług innych przedsiębiorców. Na tym rynku posiada ona pozycję dominującą w jej kwalifikowanej postaci. Jest właścicielem sieci oświetleniowej służącej realizacji zadania własnego Gminy, jakim jest finansowanie oświetlenia ulicznego. Jak to już podnoszono powyżej na terenie Gminy nie ma alternatywy w postaci innej sieci, w konsekwencji realizacja zadania finansowania kosztów oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych musi odbywać się na podstawie umów zawartych z właścicielem sieci oświetleniowej. W tym stanie rzeczy EnergiaPro S.A. dysponuje przewagą kontraktową nad swoimi kontrahentami w zakresie negocjowania warunków umów o świadczenie usług związanych z oświetleniem ulicznym i ma wystarczającą siłę, aby narzucić im treść umowy, jakiej nie byłaby w stanie wynegocjować w warunkach istnienia konkurencji.

Dodać należy, że sankcjonowaniu w trybie przewidzianym w art. 9 ustawy podlega nie samo posiadanie na rynku pozycji dominującej, ale jej nadużywanie. Nie ulega wątpliwości, że przedsiębiorca posiadający silną pozycję dominującą dysponuje siłą rynkową pozwalającą mu jednostronnie dyktować warunki umowy swym kontrahentom.

Zgodnie z art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. Nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności na narzucaniu przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści. Aby móc stwierdzić, że EnergiaPro S.A. stosuje tę praktykę konieczne jest zatem w świetle przytoczonego powyżej przepisu udowodnienie kumulatywnego spełnienia w okolicznościach sprawy następujących przesłanek:

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

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

Drugą przesłanką niezbędną do wykazania stosowania przez EnergiaPro S.A. praktyki ograniczającej konkurencję w rozumieniu art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest, aby określone warunki umowy zostały narzucone kontrahentowi. Narzucanie warunków umów ma miejsce wówczas, gdy dominant wykorzystując posiadaną siłę rynkową i sytuację przymusową kontrahentów, wynikającą z braku rzeczywistych alternatyw na rynku, wymusza na nich określone zachowania.

Do narzucania warunków umów dochodzi zatem wówczas, gdy przedsiębiorca wykorzystując swoją przewagę ekonomiczną w warunkach niedostatecznej konkurencji na rynku, ogranicza swobodę kształtowania treści umów ze strony kontrahentów działających pod przymusem. Dzięki posiadanej sile rynkowej dominant może bowiem nie liczyć się z wolą innych uczestników rynku, którzy zmuszeni są zaakceptować ustalone przez niego warunki umowne, nawet jeśli nie gwarantują one ekwiwalentności świadczeń. Tym samym narzuca on kontrahentom takie warunki umów, które nie miałyby racji bytu w przypadku, gdyby na rynku istniała konkurencja i możliwość wyboru oferty spośród ofert konkurujących ze sobą podmiotów gospodarczych.

Narzucanie warunków umowy musi mieć charakter przymusowy, tj. wymuszony przez przedsiębiorcę dominującego. Często rodzą się wątpliwości, czy dany uciążliwy warunek umowy jest narzucony kontrahentowi, czy też został wynegocjonowany w ramach zasady swobody umów określonej w art. 353<sup>1</sup> k.c. W świetle dotychczasowego orzecznictwa antymonopolowego o tym, czy w konkretnych warunkach dominacji rynkowej treść umowy została kontrahentowi narzucona decyduje treść umowy i okoliczności jej zawarcia. Orzecznictwo ukształtowało zasadę racjonalnego postępowania kontrahenta przedsiębiorcy dominującego, przy hipotetycznym założeniu istnienia konkurencji na rynku. Zgodnie bowiem z doświadczeniem życiowym, przedsiębiorca lub konsument zawierający umowę działają racjonalnie.

Należy przy tym wskazać, że zawarcie umowy zawierającej uciążliwe warunki, przynoszące dominantowi nieuzasadnione korzyści, nie pozbawia takiego zachowania cech praktyki ograniczającej konkurencję ponieważ dla jej zaistnienia istotny jest brak wewnętrznej zgody na zaakceptowanie treści umowy, a nie fakt, że w sferze cywilnoprawnej dochodzi do zgodnego oświadczenia woli stron, prowadzącego do zawarcia umowy<sup>4</sup>. Ponadto narzucenia warunków umowy nie można utożsamiać ze stosowaniem przymusu psychicznego w znaczeniu bezprawnej groźby. „Narzucenie” w rozumieniu art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów może bowiem wynikać z braku możliwości wyboru, a dla oceny, czy doszło do narzucenia uciążliwych warunków umów konieczne jest rozważenie, czy rozsądny odbiorca zawarłby umowę obejmującą niekorzystne dla niego warunki w sytuacji, gdyby jego kontrahent działał w warunkach konkurencji, a on sam miał możliwość wyboru bądź możliwość negocjacji warunków umowy z dominantem<sup>5</sup>.

W przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z sytuacją, gdy podmiot dominujący na rynku usług oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych narzuca Gminie Opole warunki umów, które powodują obciążenie jej kosztami, które – w ocenie Gminy – nie znajdują uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawnych.

Analizując przesłankę narzucania w pierwszej kolejności należy odnieść się do okoliczności związanych z zawarciem przez strony umowy w lutym 2009r. Na spełnienie tej przesłanki w szczególności wskazuje fakt poinformowania Gminy przez EnergiaPro S.A. w toku negocjacji umowy na wykonywanie czynności eksploatacyjnych i konserwacyjnych oprav oświetlenia ulicznego w Opolu, w dniu 06.02.2009r., o wstrzymaniu wszelkich prac związanych z instalacją oświetleniową ze względu na niezawarcie przez nią tej umowy. W tej sytuacji, chociaż Gmina nie akceptowała warunków proponowanych przez Spółkę, działając pod presją podpisała w dniu 23.02.2009r. umowy w sprawie wykonywania eksploatacji i konserwacji oprav oświetlenia ulicznego w Opolu obejmującej okres od 01.01.2009r. do 30.06.2009r. W umowie tej Spółka zobowiązała się do usuwania niesprawności w instalacji oświetleniowej zalicznikowej tylko wówczas, jeżeli praca ta zostanie dodatkowo zlecona przez Gminę i rozliczona w oparciu o sporządzoną przez Spółkę kalkulację.

Ocena stanu faktycznego, jaki miał miejsce po upływie terminu obowiązywania umowy zawartej w dniu 23.02.2009r., również prowadzi do wniosku o narzucaniu Gminie przez EnergiaPro S.A. warunków umowy. W związku z upływem ww. terminu strony rozpoczęły negocjacje w sprawie warunków kontynuowania eksploatacji i konserwacji oświetlenia ulicznego stanowiącego własność Spółki. W toku tych negocjacji Spółka w dalszym ciągu prezentowała stanowisko, że będzie usuwać niesprawności w instalacji oświetleniowej zalicznikowej tylko pod warunkiem wystawienia przez Gminę dodatkowego zlecenia w tym

<sup>4</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 06.09.2006r., sygn. akt VI ACa 196/06.

<sup>5</sup> Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 19.05.2004r., sygn. akt XVII Ama 63/03.

zakresie i rozliczenia go w oparciu o sporządzoną przez Spółkę kalkulację. Ponieważ Gmina odmawiała akceptacji tego warunku umowy uznając go za uciążliwy strony nie zawarły umowy. Oceniając okoliczności dążenia przez EnergiaPro S.A. do zawarcia kolejnej umowy na wykonywanie czynności eksploatacyjnych i konserwacyjnych oprav oświetlenia ulicznego należy stwierdzić, iż Gmina odmawiając zawarcia tej umowy na warunkach proponowanych przez Spółkę podjęła próbę obrony swoich racji przed narzuceniem jej obowiązku finansowania instalacji oświetleniowej w szerszym zakresie od zakresu przez nią akceptowanego i wynikającego z obowiązujących przepisów.

W tym miejscu należy zauważyć, że dla bytu omawianej przesłanki (a tym samym praktyki w przypadku wystąpienia wszystkich wymaganych przesłanek) nie jest konieczne zawarcie nierównoprawnej umowy, wystarczy sama próba narzucania zawarcia umowy zawierającej warunki uciążliwe dla jednej ze stron i przynoszące drugiej stronie nieuzasadnione korzyści. Tym samym nie jest konieczne wystąpienie skutku praktyk, wystarczającą przesłanką jest samo zagrożenie wystąpienia skutku w postaci dowolnej formy eksploatacji pozycji rynkowej<sup>6</sup>.

Okoliczności sprawy wskazują, że EnergiaPro S.A. prezentuje nieugięte stanowisko, że Gmina powinna ponosić nie tylko koszty budowy i utrzymania punktów świetlnych, lecz również winna zobowiązać się do ponoszenia kosztów eksploatacji i usuwania uszkodzeń w całej instalacji oświetleniowej zalicznikowej. Powyższe świadczy o narzucaniu warunków umowy. EnergiaPro S.A., jako dominant wykorzystuje sytuację przymusową Gminy, wynikającą z braku rzeczywistych alternatyw na rynku i wymusza na niej określone zachowanie. Bezsporne jest, że w sytuacji wystąpienia jakiegokolwiek awarii, Gmina musi wystąpić o jej usunięcie do EnergiaPro S.A. – właściciela przedmiotowych urządzeń. Nie może tej awarii usunąć sama, ani też zlecić innemu wykonawcy. Zatem nie ulega wątpliwości, że warunki proponowanej umowy na wykonywanie czynności eksploatacyjnych i konserwacyjnych oprav oświetlenia ulicznego miały charakter narzucony (przymusowy). EnergiaPro S.A. działa bowiem w warunkach silnie dominującej pozycji na rynku usług oświetlenia ulicznego i Gmina Opole może albo przyjąć narzucone jej warunki umowy, co nastąpiło poprzez podpisanie umowy z dnia 23.02.2009r., albo odmówić zawarcia umowy, co miało miejsce po upływie terminu obowiązywania ww. umowy, i tym samym pozbawić mieszkańców Gminy prawidłowego funkcjonowania urządzeń oświetleniowych.

Okoliczności sprawy wskazują zarazem, że EnergiaPro S.A. narzuciła Gminie w umowie obowiązującej w pierwszej połowie 2009r. omawiany warunek umowy i nadal go narzuca. Tym samym spełniona została druga przesłanka z art. 9 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, tj. narzucanie warunków umowy.

Kolejną przesłanką niezbędną do wykazania naruszenia przez EnergiaPro S.A. art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jest dowiedzenie, że zakwestionowane w ramach analizowanego zarzutu postanowienie umowy ma uciążliwy charakter. Za uciążliwy uznaje się każdy warunek oznaczający dla jednej ze stron ciężar większy od powszechnie przyjętych w stosunkach danego rodzaju. Definicja ta odwołuje się do kryteriów obiektywnych – typowych relacji umownych występujących na rynku. Dokonując analizy uciążliwości warunków umownych należy rozważyć, czy w hipotetycznej sytuacji istnienia konkurencji na danym rynku właściwym, a więc istnienia rzeczywistej swobody zawierania umów i kształtowania ich treści, dominant byłby w stanie określić postanowienia umowne wynegocjować.

---

<sup>6</sup> wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 23.06.1999r., sygn. akt XVII Ama 26/99.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997r. Prawo energetyczne (Dz.U. z 2006r. Nr 89, poz. 625 ze zm.) do zadań własnych gminy w zakresie zaopatrzenia w energię elektryczną należy:

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

W myśl art. 3 pkt 22 ww. ustawy użyte w ustawie określenie *finansowanie oświetlenia* oznacza - finansowanie kosztów energii elektrycznej pobranej przez *punkty świetlne* oraz koszty ich budowy i utrzymania. Ustawa nie zawiera jednakże definicji *punktu świetlnego*.

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

Kluczowe znaczenie w sprawie ma zdefiniowanie pojęcia *punktu świetlnego*. Według EnergiaPro S.A punkt świetlny to jedna oprawa oświetleniowa ze źródłem światła oraz z konstrukcją wsporczą (nośną)<sup>7</sup>. W sieci wydzielonej konstrukcją wsporczą jest latarnia, a w sieci podwieszanej (wspólnej dla zasilania odbiorców i dla celów oświetlenia ulic), słup niskiego napięcia wraz z wysięgnikiem, do którego montowana jest oprawa oświetleniowa. Dla punktów świetlnych zamontowanych nad ulicą konstrukcją wsporczą jest linka nośna wraz z uchwytemi zakotwionymi w ścianach budynku lub na konstrukcjach wsporczych wspólnych z innymi sieciami, a dla opraw zainstalowanych na elewacjach budynków konstrukcją wsporczą jest wysięgnik i ściana, do której jest on przymocowany (karta nr 201). Punkt świetlny jest elementem instalacji oświetleniowej bez której funkcjonowanie tego punktu jest niemożliwe (karta nr 38). W ocenie Gminy należy posługiwać się definicją punktu świetlnego zaaprobowaną przez Polski Komitet Oświetleniowy Stowarzyszenia Elektryków Polskich (karty nr 23, 545).

W celu interpretacji pojęcia *punkt świetlny* Prezes Urzędu zwrócił się do Urzędu Regulacji Energetyki, który wskazał, że przy braku legalnej definicji *punktu świetlnego* należy kierować się istniejącą definicją techniczną, która została określona przez Polski Komitet Oświetleniowy Stowarzyszenia Elektryków Polskich w stanowisku z dnia 03.01.2001r. Definicja ta uzyskała pozytywną opinię Departamentu Energetyki w Ministerstwie Gospodarki. W ocenie ww. Komitetu, opartej o opinie ekspertów, *punkt świetlny* należy rozumieć jako kompletną oprawę oświetleniową, a oprawą oświetleniową jest urządzenie służące do rozsyłania, filtrowania lub przekształcania światła wysyłanego przez źródło światła, zawierające elementy niezbędne do mocowania i ochrony źródła światła oraz do przyłączenia go do obwodu zasilającego. Definicja punktu świetlnego nie obejmuje zatem m.in. słupów oświetleniowych, czy kabli sterowniczych. Również zdaniem Sądu Apelacyjnego w Warszawie wyrażonym w wyroku z dnia 30.10.2009r, sygn. akt VI ACa 464/09 punktu świetlnego w rozumieniu ustawy Prawo energetyczne nie można utożsamiać ani z urządzeniami oświetleniowymi, ani z instalacjami oświetleniowymi.

W świetle powyższego nie budzi żadnych wątpliwości fakt, iż na gminie spoczywa obowiązek finansowania oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych, który powinien być realizowany poprzez finansowanie kosztów energii elektrycznej pobranej przez *punkty*

<sup>7</sup> Taka definicja punktu świetlnego znajdowała się w Instrukcji eksploatacji urządzeń oświetlenia zewnętrznego stanowiącej załącznik nr 1 do Zarządzenia nr 20/2007 Dyrektora Generalnego EnergiaPro Koncern Energetyczny S.A. z dnia 21.12.2007r. (karta nr 206).



światłne oraz koszty ich budowy i utrzymania. Stanowisko takie zajęły również Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 17.12.2008r. sygn. akt XVII AmA 137/07 oraz Sąd Apelacyjny w ww. wyroku z dnia 30.10.2009r. stwierdzając, że z treści art. 18 ust. 1 oraz art. 3 pkt 22 ustawy Prawo energetyczne wynika, że gmina w ramach zadań własnych jest zobowiązana do budowy i utrzymania punktów świetlnych służących do oświetlenia ulic, placów i dróg znajdujących się na jej terenie, nie jest zaś zobowiązana do finansowania ani współfinansowania inwestycji energetycznych ani utrzymywania tych inwestycji w zakresie wykraczającym poza te granice.

Z dokonanych w toku postępowania ustaleń wynika jasno, iż ceny i stawki opłat zawarte w taryfach spółek dystrybucyjnych, w tym w taryfie EnergiaPro S.A., nie zawierają kosztów związanych z eksploatacją oświetlenia ulicznego. Zgodnie z art. 47 ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo energetyczne, przedsiębiorstwa energetyczne posiadające koncesje (a z takim mamy do czynienia w niniejszym przypadku) ustalają taryfy dla energii elektrycznej oraz proponują okres ich obowiązywania. Przedłożona przez EnergiaPro S.A. taryfa została zatwierdzona przez Prezesa URE decyzją z dnia 15.01.2009r., jako zgodna z zasadami i przepisami, o których mowa w art. 44-46 ustawy Prawo energetyczne. Taryfa to zbiór cen i stawek opłat oraz warunków ich stosowania, opracowany przez przedsiębiorstwo energetyczne i wprowadzany jako obowiązujący dla określonych w nim odbiorców w trybie określonym ustawą (art. 3 pkt 17 ustawy Prawo energetyczne). Taryfa dla energii elektrycznej obowiązująca EnergiaPro S.A. w 2009r., podobnie jak taryfy z lat 2006-2008, nie zawiera kosztów eksploatacji oświetlenia ulicznego. Znalazło to wyraz w punkcie 3.1.7 Taryfy, który stanowi: „*Stawki opłat zawarte w taryfie nie zawierają kosztów eksploatacji instalacji oświetleniowych (w szczególności konserwacji, wymiany źródeł światła). Odbiorca ponosi opłaty związane z eksploatacją w wysokości i na zasadach określonych w odrębnej umowie.*”

Rozwiązanie przyjęte w taryfie dopuszcza zatem zasadność ponoszenia przez odbiorcę opłat związanych z eksploatacją instalacji oświetlenia ulicznego (w szczególności konserwacji, wymiany źródeł światła). Przy czym ponoszenie tych opłat powinno odbywać się na zasadach wynikających z odrębnie zawartej umowy z odbiorcą energii elektrycznej.

Szczególną uwagę należy zwrócić na treść zaproponowanej Gminie i podpisanej przez nią w dniu 23.02.2009r. umowy w sprawie wykonywania eksploatacji i konserwacji opraw oświetlenia ulicznego w Opolu będących własnością EnergiaPro S.A. Oddział w Opolu oraz na treść projektów umów proponowanych Gminie przez EnergiaPro S.A. po upływie terminu obowiązywania umowy z dnia 23.02.2009r. §3 ust. 4 ww. umowy z dnia 23.02.2009r. stanowił, że „*W przypadku otrzymania od Miasta zgłoszenia o awarii instalacji oświetlenia ulicznego Wykonawca podejmie bezzwłocznie działania mające na celu usunięcie przyczyny takiej awarii wyłącznie w przypadku, gdy przyczyna awarii powstała po stronie sieci dystrybucyjnej. Jeżeli przyczyna niesprawności zostanie stwierdzona w instalacji oświetleniowej zalicznikowej to usunięcie tej niesprawności zostanie dodatkowo zlecone przez Miasto i rozliczone w oparciu o kalkulację sporządzoną wg obowiązujących KNR-ów i na bazie wskaźników cenotwórczych stanowiących załącznik nr 2 do umowy*”. W projektach umów proponowanych Gminie przez EnergiaPro S.A. po upływie terminu wiązania umowy z dnia 23.02.2009r. znajdowały się analogiczne postanowienia mówiące, że EnergiaPro S.A. będzie usuwać niesprawności w instalacji oświetleniowej, jeżeli zostaną one dodatkowo zlecone przez Gminę i rozliczone na podstawie kosztorysu sporządzonego przez Spółkę.

EnergiaPro wyjaśniła, że §3 ust. 4 ww. umowy związany jest ze stanami awaryjnymi, których treść załącznika do umowy nie zawiera, np. awaria kabli sterowniczych, kabli zasilających poszczególne latarnie, układów sterowania, czy konstrukcji wsporczych. Brak tego zapisu spowodowałby, że w przypadku awarii ww. elementów mogłoby nie świecić wiele punktów

światlnych na terenie Gminy Opole. Usuwanie tych awarii jest wykonywane po otrzymaniu zlecenia z odpowiednich komórek Urzędu Miasta (karta nr 282). Gmina, w wykonaniu §3 ust. 4 ww. umowy, wystawiała zlecenia dotyczące usuwania niesprawności w instalacjach oświetleniowych zalicznikowych, zlecając m.in. naprawę uszkodzonych kabli (karty nr 657, 852-925).

W tym miejscu należy podnieść, że w art. 4 ustawy Prawo energetyczne ustanowiono zakres obowiązków publicznoprawnych przedsiębiorstw energetycznych zajmujących się przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej i do tych obowiązków należy utrzymywanie zdolności urządzeń, instalacji i sieci do realizacji zaopatrzenia w energię w sposób ciągły i niezawodny. Z powyższego wynika, że obowiązek utrzymania zdolności urządzeń, instalacji i sieci do realizacji zaopatrzenia w energię w sposób ciągły i niezawodny co do oświetlenia ulicznego w zakresie nieobciążającym gminy stanowi obowiązek własny przedsiębiorstw energetycznych zajmujących się przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej. W konsekwencji czynności związane z realizacją tego obowiązku nie wymagają zlecenia ze strony gminy i nie stanowią czynności wchodzących w skład usługi oświetlenia ulicznego. Stanowisko takie znajduje potwierdzenie w powoływanym już powyżej wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 30.10.2009r, sygn. akt VI ACa 464/09.

W przytoczonym powyżej postanowieniu umowy istotne jest ustalenie, że w razie gdy przyczyna niesprawności zostanie stwierdzona w instalacji oświetleniowej zalicznikowej, to usunięcie tej niesprawności przez EnergiaPro S.A. nastąpi, jeśli zostanie przez Gminę dodatkowo zlecone i następnie rozliczone w oparciu o kalkulację sporządzoną przez Spółkę. Gmina zgodnie z obowiązującymi przepisami ma obowiązek finansować koszty budowy i utrzymania punktów świetlnych. Relacja pomiędzy pojęciem punktu świetlnego a pojęciem instalacji oświetleniowej jest taka, że punkt świetlny jest istotnym elementem instalacji oświetleniowej. Nie są to jednak pojęcia tożsame, co przyznała w toku postępowania również EnergiaPro S.A. Na Gminę w umowie został nałożony obowiązek finansowania usuwania awarii w całej instalacji oświetleniowej zalicznikowej podczas gdy zgodnie z przepisami jest ona zobowiązana do finansowania wyłącznie usuwania awarii punktów świetlnych. EnergiaPro S.A. nie powinna zatem uzależniać usuwania niesprawności sieci oświetleniowej od dodatkowych zleceń Gminy.

W konsekwencji uzasadniony jest wniosek, że w umowie z dnia 23.02.2009r. EnergiaPro S.A. nałożyła na Gminę obowiązek finansowania urządzeń oświetleniowych w zakresie wykraczającym poza granice określone w ustawie Prawo energetyczne, a w późniejszych projektach umów próbowała Gminie ten obowiązek narzucić. EnergiaPro S.A. obarczając Gminę w ww. umowie kosztami utrzymania instalacji oświetleniowej, w takim zakresie, w jakim nie obejmuje ona punktów świetlnych, naruszyła postanowienia art. 18 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 3 pkt 22 ustawy Prawo energetyczne. Podobnie należy ocenić propozycję EnergiaPro S.A. co do finansowania usuwania awarii w instalacji oświetleniowej zalicznikowej sformułowane w projektach umów przedłożonych Gminie po upływie terminu obowiązywania umowy z dnia 23.02.2009r.

Prezes Urzędu zważył, że EnergiaPro S.A. ponosi koszty eksploatacji elementów oświetlenia ulicznego innych niż punkty świetlne i nie uzyskuje zwrotu tych kosztów w opłatach za dystrybucję i sprzedaż energii elektrycznej. Jednakże ten stan rzeczy w ocenie Prezesa Urzędu nie jest wystarczający do tego, aby zaakceptować przerwianie na Gminę niezgodnie z art. 3 pkt 22 i art. 18 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo energetyczne części obowiązków przedsiębiorstwa energetycznego. Ten punkt widzenia jest zgodny z poglądem Sądu Apelacyjnego zawartym w wyroku z dnia 30.10.2009r. sygn. akt VI ACa 464/09.

Mając powyższe na uwadze, Prezes Urzędu uznał, iż nakładanie na Gminę w umowie dotyczącej wykonywania eksploatacji i konserwacji opraw oświetlenia obowiązku ponoszenia kosztów usuwania niesprawności instalacji oświetlenia ulicznego niezwiązanych z awariami punktów świetlnych stanowi dla niej uciążliwy warunek umowy.

Dla stwierdzenia naruszenia przez EnergiaPro S.A. zakazu określonego w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów konieczne jest w dalszej kolejności wykazanie, że warunki te przynoszą Spółce nieuzasadnione korzyści.

Jak wykazano powyżej Umowa z 23.02.2009r. w sprawie wykonywania eksploatacji i konserwacji opraw oświetlenia ulicznego w Opolu oraz projekty umów przedstawiane Gminie po upływie obowiązywania tej umowy zawierały uciążliwy dla Gminy warunek. Przedmiotowy warunek umowy można również wiązać z nieuzasadnionymi korzyściami po stronie EnergiaPro S.A. wynikającymi z obciążenia Gminy kosztami utrzymania instalacji oświetleniowej nie związanymi z budową i utrzymaniem punktów świetlnych.

Osiągnane przez podmiot gospodarczy stosujący praktykę ograniczającą konkurencję określoną w ww. przepisie nieuzasadnione korzyści są odpowiednikiem uciążliwych warunków umów w warunkach ekwiwalentności wzajemnych świadczeń stron umowy i oznaczają sytuację korzystniejszą od powszechnie przyjętych w stosunkach danego rodzaju. Nieuzasadnione korzyści powinny pozostawać w normalnym związku przyczynowym z narzuconymi kontrahentowi uciążliwymi warunkami umowy.

Nieuzasadnione korzyści mogą pojawić się po stronie przedsiębiorcy narzucającego uciążliwe warunki umów już w chwili zawarcia umowy lub też w okresie późniejszym, gdy zaistnieją okoliczności przewidziane w umowie pozwalające na wykorzystanie uciążliwego zapisu. Należy podkreślić, iż sama możliwość wystąpienia skutków praktyki ograniczającej konkurencję (w tym przypadku faktycznego osiągnięcia przez EnergiaPro S.A. nieuzasadnionych korzyści z tytułu realizacji uciążliwych warunków umownych) nie stanowi przeszkody dla stwierdzenia naruszenia art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Dla bytu praktyki ograniczającej konkurencję określonej w tym przepisie nie jest bowiem konieczne wystąpienie negatywnego skutku w postaci eksploatacji pozycji rynkowej w warunkach ograniczonej konkurencji. Wystarczy, że zaistniało zagrożenie wystąpienia takiego skutku. Praktyką ograniczającą konkurencję jest już bowiem sama próba osiągnięcia przez przedsiębiorcę zajmującego pozycję dominującą na rynku określonego skutku<sup>8</sup>.

Stanowisko takie znajduje potwierdzenie w orzecznictwie antymonopolowym, zgodnie z którym dla zaistnienia praktyki ograniczającej konkurencję istotne jest, aby skutki praktyki ograniczającej konkurencję mogły wystąpić na rynku<sup>9</sup>. W wyroku z dnia 07.07.2004r. sygn. akt XVII Ama 65/03 Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów orzekł, iż nie jest konieczne udowodnienie faktycznego stosowania przez przedsiębiorcę praktyki monopolistycznej, ani też osiągnięcia z tego tytułu nieuzasadnionych korzyści. Z treści art. 1 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wynika bowiem, że jej reżimowi podlegają nie tylko praktyki ograniczające konkurencję, które wywołały bądź aktualnie wywołują skutki na terenie Polski, ale również praktyki, które choćby tylko hipotetycznie mogą wywoływać takie skutki. Podobne stanowisko wyraził wcześniej Sąd Najwyższy, który w wyroku z dnia 12.05.1997r. sygn. akt I CKN 114/97 wskazał, że istota rozpoznawanej sprawy nie sprowadza się do tego, czy przedsiębiorca, któremu postawiono

<sup>8</sup> E. Modzelewska – Wąchał, *Ustawa o ochronie ...* - op.cit., s. 97.

<sup>9</sup> por. np. wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 23.06.1999r. sygn. akt XVII Ama 26/99.

zarzut naruszenia ustawy antymonopolowej odnosi korzyści z całości prowadzonej działalności gospodarczej, lecz do tego, czy w zawieranych umowach zastrzega sobie nieuzasadnione korzyści. Prezes Urzędu ma zatem obowiązek oceniać zachowania przedsiębiorcy od strony skutków, jakie zachowania te mogą nawet hipotetycznie wywołać na rynku. Tak wypowiedział się również Sąd Apelacyjny w wyroku z dnia 05.11.2008r. sygn. VI ACa 525/08 wskazując, iż już samo zastrzeżenie możliwości uzyskania przez jedną ze stron umowy nieuzasadnionych korzyści jest wystarczające w kontekście przypisania dominatowi praktyki, o jakiej mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zdaniem Sądu bez znaczenia dla stwierdzenia, że doszło do naruszenia ww. przepisu pozostaje okoliczność, czy zastrzeżone w kwestionowanych zapisach wypadki rzeczywiście się ziszczyły, stąd też dla wykazania zasadności zarzutu zbędne jest przytoczenie konkretnych przykładów negatywnych skutków faktycznego zastosowania tych postanowień. Istota rzeczy sprowadza się bowiem do nierównoważnego ukształtowania stosunku umownego przez silniejszego z kontrahentów kosztem słabszego na poziomie formalnym w postaci potencjalnie możliwych do wyegzekwowania zapisów, które oznaczają automatycznie nadmierne obciążenie drugiej strony umowy.

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

W ten sposób spełniona została ostatnia z przesłanek wynikających z art. 9 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Ponieważ EnergiaPro S.A. w toku postępowania zawnioskowała o powołanie biegłego w uzasadnieniu niniejszej decyzji należy ustosunkować się do tego wniosku. Zadaniem biegłego miałyby być stwierdzenie „jaka część instalacji oświetleniowej musi być eksploatowana w ramach umowy, aby było można zapewnić sprawne funkcjonowanie oświetlenia drogowego”. W ocenie Spółki przeprowadzenie tego dowodu jest potrzebne do jednoznacznego ustalenia zakresu jej odpowiedzialności w ramach świadczonych usług.

Odnosząc się do wniosku Spółki przywołać trzeba art. 54 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zgodnie z którym dowód z opinii biegłego przeprowadza się w sprawach wymagających wiadomości specjalnych. Tymczasem z dokonanych w toku postępowania ustaleń wynika jasno, że EnergiaPro S.A. oczekuje, aby Gmina finansowała naprawy całej instalacji oświetlenia ulicznego, chociaż z art. 18 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 3 pkt 22 ustawy Prawo energetyczne wynika, że jej obowiązki w tym zakresie winny ograniczać się do finansowania budowy i utrzymania punktów świetlnych służących do

oświetlenia ulic, placów i dróg znajdujących się na jej terenie. Istota zarzucanej EnergiaPro S.A. praktyki ograniczającej konkurencję dotyczy nakładania na Gminę obowiązku ponoszenia kosztów usuwania awarii instalacji oświetlenia ulicznego, do których ponoszenia, w świetle obowiązującego prawa, Gmina nie jest zobowiązana. Dla ustalenia zakresu odpowiedzialności Spółki w ramach świadczenia usługi oświetleniowej na rzecz Gminy, wbrew jej twierdzeniom, nie jest potrzebna opinia biegłego. Zakres tej odpowiedzialności wynika bowiem wprost z przepisów ustawy Prawo energetyczne. Ponadto można założyć, że oświetlenie drogowe funkcjonuje sprawnie, gdy sprawna jest tworząca je instalacja oświetleniowa. Wobec powyższego przeprowadzenie wnioskowanego dowodu nie było zasadne.

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

W okolicznościach niniejszej sprawy, w odniesieniu do omawianego zarzutu nadużywania przez EnergiaPro S.A. pozycji dominującej na rynku właściwym zostały spełnione wszystkie przesłanki niezbędne do stwierdzenia stosowania przez Spółkę praktyki ograniczającej konkurencję określonej w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Stąd też orzeczono jak w punkcie I sentencji niniejszej decyzji.

**II.** Zgodnie z treścią art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6 ww. ustawy, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i 8.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie nałożenia administracyjnej kary pieniężnej posiada fakultatywny charakter. Skuteczna polityka karania wymaga jednak, by w przypadku stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorcę praktyki ograniczającej konkurencję zasadą było nakładanie kary pieniężnej<sup>10</sup>.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie zawiera zamkniętego katalogu przesłanek, od których uzależniana jest wysokość nakładanych na przedsiębiorców kar. Norma prawna wynikająca z art. 111 ww. ustawy stanowi jedynie, iż przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa między innymi w art. 106 należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy, przy czym – stosownie do art. 130 ustawy o ochronie konkurencji i

---

<sup>10</sup> Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 8.11.2004r., sygn. akt XVII Ama 81/03.

konsumentów – przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej, o którym mowa w art. 111 tej ustawy, uwzględnia się również okoliczność naruszenia przepisów ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz.U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 z późn. zm.). Jest rzeczą oczywistą, iż na wysokość kary musi mieć także wpływ stopień zagrożenia lub naruszenia interesu publicznoprawnego stosowanymi praktykami ograniczającymi konkurencję. Ponadto w judykaturze wskazuje się, że w przypadku kar za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję przesłankami, które należy brać pod uwagę są: potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy, skutki praktyki dla konkurencji lub kontrahentów, dopuszczalny poziom kary wynikający z przepisów ustawy oraz cele, jakie kara ma osiągnąć<sup>11</sup>. Nałożona przez Prezesa Urzędu kara pieniężna powinna pełnić funkcję represyjną (tj. stanowić dolegliwość za naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów), a także prewencyjną, dyscyplinującą (tj. zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości). W zależności od stopnia naruszenia przepisów ustawy, ustala się funkcję prewencyjną lub represyjną za wiodącą.

W punkcie I niniejszej decyzji Prezes Urzędu stwierdził praktykę polegającą na nadużywaniu przez EnergiaPro S.A. pozycji dominującej na lokalnym rynku usług oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych na terenie Gminy Opole, poprzez narzucanie uciążliwych warunków umów w sprawie wykonywania eksploatacji i konserwacji opraw oświetlenia ulicznego, przynoszących EnergiaPro S.A. nieuzasadnione korzyści, w efekcie nakładania na Gminę obowiązku ponoszenia kosztów usuwania niesprawności instalacji oświetlenia ulicznego niezwiązanych z awariami punktów świetlnych. Daje to podstawy do nałożenia na EnergiaPro S.A. kary pieniężnej w oparciu o art. 106 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy. Ponieważ w 2009 roku EnergiaPro S.A. osiągnęła przychód w wysokości 1 922 533 542,55 PLN (karta nr 662), maksymalna kara, jaka może zostać nałożona na Spółkę w oparciu o powołany przepis wynosi 192 253 354,26 PLN.

Ustalając wymiar kary pieniężnej Prezes Urzędu w pierwszej kolejności dokonał oceny natury stwierdzonego w niniejszej decyzji naruszenia, która determinuje wysokość kwoty bazowej kary będącej odsetkiem uzyskanego przez EnergiaPro S.A. w 2009 roku przychodu. Wskazać przy tym należy, iż w kwestii natury naruszenia Prezes Urzędu wyróżnia naruszenia bardzo poważne (do których należy zaliczyć przede wszystkim szczególnie szkodliwe horyzontalne ograniczenia konkurencji, w tym porozumienia cenowe, zmowy przetargowe, podział rynku, kolektywne bojkoty, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do eliminacji konkurencji na rynku), naruszenia poważne (do których należy zaliczyć przede wszystkim porozumienia horyzontalne niezaliczane do najpoważniejszych naruszeń, porozumienia pionowe wpływające na cenę lub warunki oferowania produktu, przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do istotnego ograniczenia konkurencji lub dotkliwej eksploatacji kontrahentów lub konsumentów), naruszenia mniej poważne niż wyżej wymienione (naruszenia pozostałe, do których należą m.in. porozumienia wertykalne niedotyczące ceny lub możliwości odsprzedaży towaru, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej o mniejszej wadze).

Prezes Urzędu zaliczył przedmiotową praktykę EnergiaPro S.A. do mniej poważnych (tzw. pozostałych naruszeń) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Kierując się naturą przedmiotowego naruszenia Prezes Urzędu ustalił kwotę wyjściową kary w wysokości 0,02% przychodu Spółki uzyskanego przez nią w 2009r. Oceniając wagę praktyki będącej przedmiotem niniejszej decyzji, Prezes Urzędu uwzględnił, że ma ona charakter eksploatacyjny i polega na wykorzystywaniu posiadanej siły rynkowej kosztem słabszego uczestnika rynku, co prowadzi do naruszenia interesu publicznego. Spółka nakłada na Gminę

---

<sup>11</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27.06.2000r., sygn. akt I CKN 793/98.

obowiązek ponoszenia kosztów utrzymania instalacji oświetlenia ulicznego niezwiązanych z budową, utrzymaniem lub usuwaniem awarii punktów świetlnych, mimo, iż obowiązek ponoszenia tych kosztów przez Gminę zgodnie z obowiązującym prawem jest ograniczony wyłącznie do punktów świetlnych.

Ustalając wymiar kary Prezes Urzędu wziął w dalszej kolejności pod uwagę specyfikę rynku, na jakim doszło do naruszenia konkurencji oraz specyfikę działalności EnergiaPro S.A. Oceniając powyższą przesłankę uwzględniono fakt, iż Spółka posiada pozycję dominującą na rynku świadczenia usług związanych z oświetleniem ulic, placów i dróg publicznych, a jej odbiorcy nie mają możliwości korzystania z usług innych przedsiębiorców. Jest to pozycja dominująca w jej kwalifikowanej postaci, gdyż EnergiaPro S.A. jest jedynym przedsiębiorcą dysponującym siecią służącą do dostarczania energii elektrycznej na potrzeby oświetlenia ulic na terenie Opola. Prezes Urzędu wziął również pod uwagę, że zapewnienie oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych to jedna z podstawowych zbiorowych potrzeb wspólnoty mieszkańców, której zaspokajanie należy do zadań własnych Gminy, a Spółka swoim zachowaniem utrudnia Gminie wykonywanie tych zadań. Praktyka stosowana przez Spółkę mogła zatem dotknąć pośrednio każdego mieszkańca Gminy. Zarazem jednak trwanie przez Spółkę przy sformułowanych przez siebie warunkach świadczenia usług oświetlenia ulic nie wywołało nieodwracalnych skutków na rynku, w szczególności na trwałą i niekorzystną zmianę struktury rynkowej. Analizując specyfikę rynku, na którym stwierdzono praktykę trzeba stwierdzić, że sprawa ma wymiar lokalny. Praktyka EnergiaPro S.A. dotyczy rynku lokalnego obejmującego Gminę Opole. Ponadto przychody z rynku właściwego w sprawie stanowią ułamek przychodów całkowitych Spółki.

Powyższe ustalenia w ocenie Prezesa Urzędu dają podstawy do zmniejszenia kwoty bazowej kary o 80%.

Zarazem miarkując wymiar kary Prezes Urzędu miał na uwadze to, że działanie EnergiaPro S.A. nie może być, w świetle ustalonych faktów, uznane za nieumyślne. Z okoliczności sprawy jednoznacznie wynika bowiem zamiar obciążania Gminy kosztami usuwania niesprawności instalacji oświetleniowej, w sytuacji gdy z obowiązujących przepisów wynika, że jest ona zobowiązana wyłącznie do ponoszenia kosztów budowy i utrzymania punktów świetlnych. EnergiaPro S.A. musiała mieć świadomość, iż poprzez swoje działania nadużywa pozycji dominującej na rynku. Stąd można przypisać jej winę umyślną.

Przy wymierzaniu kary Prezes Urzędu zbadał również przesłankę „uprzedniego naruszenia przepisów ustawy” wynikającą z art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stwierdzając, iż EnergiaPro S.A. dopuściła się wcześniej takiego naruszenia (vide: Decyzja nr RWR-10/2005 z dnia 14.02.2005r.). Fakt wcześniejszego naruszenia przez przedsiębiorcę przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi okoliczność obciążającą dającą podstawę do podwyższenia kary.

Powyższe okoliczności obciążające uzasadniają podwyższenie wysokości kary ustalonej na poprzednich etapach jej miarkowania o 10%.

W związku z powyższym Prezes Urzędu postanowił nałożyć na EnergiaPro S.A. karę pieniężną w wysokości 84 591 PLN. W ocenie Prezesa Urzędu wymierzona kara w wysokości stanowiącej około 0,004 % przychodu osiągniętego przez EnergiaPro S.A. w 2009 roku i około 0,044 % maksymalnego wymiaru kary przewidzianego w art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest adekwatna do stopnia naruszenia przepisów ww. ustawy i współmierna do możliwości finansowych Spółki. W ocenie Prezesa Urzędu ww. kara pieniężna w pełni odpowiada stopniowi zawinienia EnergiaPro S.A. Nakładając karę w ustalonej wyżej wysokości, Prezes Urzędu wyszedł z założenia, iż powinna ona mieć charakter zarówno represyjny, jak i prewencyjny, przyczyniając się do

zapobieżenia stosowaniu podobnych naruszeń w przyszłości. Niniejsza kara powinna pełnić również funkcję edukacyjną i wychowawczą, a także podkreślać naganność zakwestionowanych w niniejszym postępowaniu zachowań.

Wobec powyższego orzeczono jak w punkcie II sentencji decyzji.

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji. Karę należy wpłacić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w NBP o/o Warszawa Nr 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000.

**III.** Stosownie do art. 77 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jeżeli w wyniku postępowania Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przepisów ww. ustawy, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, jest obowiązany ponieść koszty postępowania. Zgodnie z art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu rozstrzyga o kosztach, w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie.

W punkcie I niniejszej decyzji Prezes Urzędu w wyniku przeprowadzonego przeciwko EnergiaPro S.A. postępowania antymonopolowego stwierdził naruszenie przez tego przedsiębiorcę art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Spełniona została zatem przesłanka wynikająca z art. 77 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów pozwalająca na obciążenie Spółki kosztami przeprowadzonego postępowania, którymi są dla Prezesa Urzędu wydatki w kwocie 23 PLN związane z doręczaniem Spółce pism urzędowych. Ponieważ przepisy ww. ustawy nie określają, co należy rozumieć pod pojęciem „kosztów postępowania” odwołano się w tym względzie – zgodnie z art. 83 tej ustawy – do art. 263 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego, który do kosztów postępowania zalicza między innymi koszty doręczania stronom pism urzędowych.

W związku z tym postanowiono obciążyć EnergiaPro S.A. kosztami postępowania antymonopolowego w wysokości 23 PLN (słownie złotych: dwadzieścia trzy).

Wobec powyższego orzeczono jak w punkcie III sentencji decyzji.

Koszty niniejszego postępowania, na podstawie art. 264 §1 Kodeksu postępowania administracyjnego w zw. z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przedsiębiorca obowiązany jest wpłacić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie w NBP o/o Warszawa Nr 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000 w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479<sup>28</sup> § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.) – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od daty jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Katowicach.

W przypadku jednak kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach zawartego w punkcie III niniejszej decyzji, stosownie do treści art. 81 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479<sup>32</sup> § 1 pkt 2 Kodeksu postępowania cywilnego, przysługuje zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów –



Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Katowicach w terminie tygodnia od dnia doręczenia niniejszej decyzji.

Dyrektor Delegatury  
Urzędu Ochrony Konkurencji  
i Konsumentów w Katowicach  
*Maciej Fragsztajn*