



**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 27 stycznia 2005r.

znak: RBG-5002-00001/02/DK

Decyzja nr RBG-5/2005

- 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.: Dz.U.2003.60.535, Dz.U.2003.170.1652, Dz.U.2004.93.891., Dz. U.2004.96.959.) 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. z 2003r. Nr 18, poz. 172, ze zm.: Dz. U. 2003.6.68) 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 **praktyki ograniczającej konkurencję**, o której mowa w art. 8 ust. 1 i 2 pkt 5 wyżej przywołanej ustawy, polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku zaopatrzenia w ciepło, obejmującym swoim zasięgiem obszar miasta Torunia, poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na skutek odmowy zawarcia z Wnioskodawcą umowy na dostawę ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej w okresie od 1 stycznia 2002 do 31 grudnia 2002r.
- 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,
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 1.164,17 zł. (słownie: *jedentysiącsto sześćdziesiąt cztery złote i siedemnaście groszy*).

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* (zwaną 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.

Dnia 11 marca 2002r. Prezes UOKiK wszczął na wniosek wyżej wspomnianego przedsiębiorcy postępowanie antymonopolowe przeciwko PEC w związku z podejrzeniem nadużywania pozycji dominującej na rynku zaopatrzenia w ciepło poprzez odmowę zawarcia z Wnioskodawcą umowy na dostawę ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej w okresie od 1 stycznia 2002r. do 31 grudnia 2002r., co może stanowić naruszenie art. 8 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (K.29).

Natomiast kwestia zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję została wyłączona do odrębnego postępowania (K.101).

We wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego (K. 1-3) Wnioskodawca uzasadniał trafność przedstawionego zarzutu, wskazując na następujące zachowania PEC:

W dniu 31 grudnia 2001 Elana została poinformowana o odrzuceniu jej oferty na dostawę ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej. Zarząd PEC bez przeprowadzenia jakichkolwiek negocjacji cenowych z Elaną, postanowił, iż dostawcami ciepła do miejskiej sieci w 2002r. będą wyłącznie: EC Toruń S.A.(256,6 MWt) i EC Energotor S.A. (55 MWt). Natomiast przed rozstrzygnięciem niniejszego przetargu, na podstawie uchwały nr 937/2001 z dnia 9 grudnia 2001r., Zarząd Miasta zbył 70% udziałów w kapitale zakładowym PEC na rzecz trzech podmiotów: EC Toruń S.A., Zakładu Energetycznego Toruń S.A. oraz Energetycznego Towarzystwa Finansowo – Leasingowego „Energ – Utech” S.A., tworzących Toruńskie

Konsorcjum Energetyczne. W rezultacie powyższych zdarzeń EC Toruń S.A., będąca znaczącym udziałowcem przedsiębiorstwa przesyłowego jakim jest PEC, stała się jednocześnie głównym (a w przypadku zakończenia prywatyzacji jedynym) dostawcą ciepła do sieci miejskiej.

W odpowiedzi na wniosek o wszczęcie postępowania antymonopolowego (K. 53-60) PEC przyznało, iż posiada pozycję dominującą w zakresie dystrybucji i przesyłania ciepła w Toruniu, jednakże nie wykorzystuje tej pozycji w swojej działalności, wobec powyższego zarzut naruszenia zakazu określonego w treści art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest nieuzasadniony.

Ponadto pełnomocnik wspomnianego przedsiębiorcy złożył następujące wyjaśnienia, dotyczące procedury wyboru dostawcy ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej w 2002r.:

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 S.A., 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 S.A. 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 S.A. 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 S.A. Z tych technicznych względów Wnioskodawca nie jest w stanie ogrzać zachodniej części miasta. Stąd ocenie podlegały w zasadzie oferty Wnioskodawcy i EC Toruń S.A. W wyniku analizy przedstawionych propozycji stwierdzono, że przyjęcie któregokolwiek 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 S.A. 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 S.A. koszty zakupu wyniosłyby 61.200.000-zł. Z tych względów oferta EC Toruń S.A. była najkorzystniejsza. Wprawdzie Wnioskodawca w piśmie z dnia 28 grudnia 2001roku, skierowanym do Rady Nadzorczej PEC, zaferował ceny o 3% niższe od propozycji

pozostałych oferentów, jednak propozycja ta wpłynęła w dniu rozstrzygnięcia przetargu, a jednocześnie - w ocenie Zarządu PEC - propozycja ta miała 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.

Ponadto PEC w odpowiedzi na wniosek o wszczęcie postępowania antymonopolowego przyznało, iż w wyniku przeprowadzonego postępowania w 2001r. w sprawie wyboru dostawców ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej, oferta Wnioskodawcy nie została przyjęta i nie została z nim zawarta umowa sprzedaży ciepła.

PEC wyjaśniło również, iż oprócz warunków kosztowych, przy wyborze oferty rozpatrywane były kwestie zachowania bezpieczeństwa energetycznego. Uwzględniono przede wszystkim brak możliwości zapewnienia przez Wnioskodawcę mocy, która w połączeniu z maksymalną mocą EC Energotor pokryłaby zapotrzebowanie odbiorców ciepła. Akceptując natomiast wariant maksymalny Wnioskodawcy (100MWt), w którym proponuje on najniższe ceny i który oznaczałby praktycznie podzielenie dostaw prawie równomiernie pomiędzy trzy źródła, PEC doprowadziłoby do utraty bezpieczeństwa energetycznego oraz wzrostu kosztów zakupu ciepła. Zmniejszenie zamówienia mocy cieplnej w EC Toruń S.A. o ponad 50% oznaczałoby bowiem 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 ciepła z tego źródła jeszcze w 2002 roku i w konsekwencji do wzrostu cen ciepła dla odbiorców. Ponadto, odnosząc się do kwestii bezpieczeństwa energetycznego, pełnomocnik PEC podniósł, iż 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 S.A. i Elektrociepłowni Energotor S. A.

Odnosząc się natomiast do związków kapitałowych pomiędzy PEC a EC Toruń S.A., PEC wyjaśniło, iż w procesie prywatyzacji jego rola sprowadza się jedynie do faktu, że to udziały w kapitale zakładowym PEC były przedmiotem sprzedaży przez ówczesnego jedynego 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.

PEC podkreślało również, iż zapotrzebowanie na ciepło jest znacznie mniejsze niż możliwości wszystkich źródeł, co wiąże się z koniecznością dokonywania wyboru jak najbardziej optymalnego rozwiązania ze względu na koszty, do czego zobowiązują przedsiębiorstwo ciepłownicze przepisy ustawy Prawo energetyczne oraz ze względu na bezpieczeństwo zaopatrzenia miasta w ciepło. Wbrew zatem odmiennym twierdzeniom Wnioskodawcy, o wyborze innych dostawców – zdaniem PEC – zdecydowały przyczyny ekonomiczne i techniczne, a nie wykorzystanie pozycji dominującej na rynku ciepła w celu ograniczenia konkurencji.

W piśmie z dnia 28 maja 2002r. (K.127-132) Elana uznała wyżej prezentowane stanowisko PEC w kwestii wyliczenia kosztów ciepła oraz bezpieczeństwa energetycznego za całkowicie bezpodstawne.

Zdaniem Wnioskodawcy wliczenie kosztów zakupu ciepła na 2002r., przyjęte następnie jako podstawa ustaleń komisji powołanej w PEC w celu wyłonienia dostawcy ciepła, jest obarczone istotną wadą dyskwalifikującą rezultaty analizy w kontekście celu jej sporządzenia, tj. oceny strony finansowej poszczególnych ofert. PEC, bowiem w wariantcie zakupu ciepła bez udziału Elany założyło cenę ciepła z EC Toruń S.A. na poziomie 15,40 zł. nie dla nadwyżki ponad 2.5000.000 GJ, lecz dla całej ilości zakupionego ciepła. W ten sposób wariant uwzględniający maksymalny zakup z EC Toruń S.A. okazał się najkorzystniejszy. Gdyby natomiast w wariantcie powyższym przyjęto ceny zgodnie z ofertą EC Toruń S.A., koszt zakupu ciepła byłby o 6,4 miliona zł. wyższy i wyniósłby 67,4 miliona zł., czyli byłby droższy od jakiegokolwiek z pozostałych rozważanych wariantów, zakładających udział Elany. W świetle powyższego – zdaniem Elany - w pełni uzasadnione jest twierdzenie, iż wariant I, wybrany przez PEC, jest najmniej korzystny pod względem ekonomicznym. O wyborze innych dostawców nie zdecydowały zatem względy ekonomiczne.

Odnosząc się natomiast do kwestii bezpieczeństwa energetycznego, Elana podniosła, iż największe bezpieczeństwo energetyczne miasta jest zapewnione w przypadku pracy na wspólną sieć wszystkich źródeł ciepła. Potwierdzeniem słuszności tego stanowiska jest Plan zaopatrzenia Gminy Miasta Toruń w ciepło w latach 2002-2020. Przewiduje on bowiem w § 1, iż produkcja ciepła dla celów grzewczych winna opierać się na wszystkich źródłach wytwarzających ciepło i przyłączonych do miejskiej sieci ciepłowniczej, a udział poszczególnych źródeł należy ustalić z uwzględnieniem warunków technicznych, ekonomicznych oraz bezpieczeństwa energetycznego. W tej sytuacji – w ocenie Elany - nie sposób przyjąć, iż postanowienie § 6 tegoż Planu potwierdza trafność dokonanego przez PEC wyboru, tym bardziej, iż w treści tegoż zapisu posłużono się sformułowaniem „co najmniej”.

W świetle powyższego za sprzeczne z prawem uznać należy - w ocenie Wnioskodawcy – działanie PEC oparte na wykorzystaniu pozycji dominującej na rynku i mające na celu finansowe wspieranie wybranych uczestników miejskiego rynku dostaw ciepła, eliminujące natomiast w praktyce wpływ mechanizmów rynkowych na poziom cen ponoszonych przez odbiorców.

Odnosząc się do wyżej przywołanych zarzutów Wnioskodawcy, PEC w piśmie z dnia 11 czerwca 2002r. (K. 137-142) podtrzymało swoje stanowisko zawarte w odpowiedzi na wniosek.

W ocenie PEC, Komisja prawidłowo oceniła oferty, w tym również ofertę EC Toruń S.A. i prawidłowo przyjęła dla wyliczenia ogólnych kosztów zakupu ciepła cenę od tego dostawcy na poziomie 15,40 zł. za 1 GJ dla całej ilości dostarczonego ciepła w 2002r., o ile dostawa będzie wyższa niż 2.500.000 GJ w całym roku. Faktycznie bowiem takie warunki zostały ostatecznie zaoferowane (w uzupełnieniu oferty EC Toruń S.A. zaoferowano „dla dostaw ciepła powyżej 2.500.000 GJ w skali roku proponujemy jednakową cenę za 1GJ w wysokości 15,40 zł.”) i takie ustalenia przyjęto w umowie sprzedaży ciepła z EC Toruń S.A. W tej sytuacji – zdaniem PEC – nie jest prawdą, iż wybrano najmniej korzystny wariant pod

względem ekonomicznym i najbardziej kosztowny. Na poparcie swych twierdzeń pełnomocnicy PEC przedłożyli pismo EC Toruń S.A. z dnia 16 listopada 2001r. w przedmiocie uzupełnienia oferty oraz załącznik nr 3 do umowy rocznej sprzedaży ciepła NR 2/TW/2002 z dnia 7 stycznia 2002r.

W kwestii bezpieczeństwa energetycznego pełnomocnicy PEC podtrzymali wyżej prezentowane stanowisko, podkreślając, iż zmniejszenie zakupów od EC Toruń S.A. spowodowałoby ograniczenie jego działalności, niewykorzystanie urządzeń (wytwórca ten posiada dwa kotły o mocy 140 MWt każdy i zmniejszenie zakupu spowodowałoby konieczność wyłączenia jednego z nich) i w konsekwencji doprowadziłoby do sytuacji, iż źródło to nie byłoby w stanie w przypadku nie tylko awarii w którymś z pozostałych źródeł, ale również przy zwiększonym zapotrzebowaniu z uwagi na warunki atmosferyczne zapewnić dostaw ciepła. W ocenie PEC, nie można, właśnie z uwagi na bezpieczeństwo energetyczne, doprowadzić do takiej sytuacji. Pełnomocnicy PEC podkreślili, iż kwestia ta również ma znaczenie w aspekcie ekonomicznym, bowiem przy konieczności ograniczenia działalności z EC Toruń S.A. ceny z tego źródła musiałyby znacznie wzrosnąć, ponieważ jego koszty stałe rozkładałyby się na zmniejszoną sprzedaż ciepła. Okoliczność ta nabiera szczególnego znaczenia z uwagi, iż zakupy w tym źródle są konieczne. Spowodować by to musiało wzrost cen zakupów przez PEC w tym źródle, a w konsekwencji także wzrost kosztów dla odbiorców.

Elana nie zgodziła się z prezentowanym wyżej przez PEC stanowiskiem i w piśmie z dnia 24 czerwca 2002r. (K. 156-159) wyraziła pogląd, iż podstawowe znaczenia dla niniejszej sprawy mają dwa zagadnienia:

Po pierwsze – zdaniem pełnomocnika Elany - po rozstrzygnięciu przetargu żadna ze stron umowy sprzedaży ciepła nie poinformowała odbiorców o przyjętych zasadach rozliczeń i co ważniejsze, nie dokonano przeniesienia formuły opustu do umów zawartych pomiędzy PEC i odbiorcami ciepła. W tej sytuacji wszyscy odbiorcy poniosą maksymalne, w świetle zakładanych wariantów, koszty zakupu ciepła, wynoszące w skali roku około 67.500.000,00zł., nie dysponując żadnym instrumentem prawnym, który pozwalałby na skuteczne wystąpienie do PEC o udzielenie opustu, odpowiadającego warunkom wynikającym z umowy pomiędzy PEC a EC Toruń S.A. W tym stanie rzeczy należy stwierdzić, iż w wyniku działań PEC, opartych o wykorzystanie dominującej pozycji tego podmiotu na rynku, naruszone zostały nie tylko interesy prawne Wnioskodawcy, ale także interesy wszystkich konsumentów.

Druga kwestia wiąże się natomiast – w ocenie Wnioskodawcy z koniecznością uwzględnienia rzeczywistych możliwości uzyskania przez PEC opustu od stosowanych przez EC Toruń cen taryfowych (zakup ponad 2.500.000 GJ) w kontekście określonych w umowie pomiędzy tymi stronami warunków umownych, a także w kontekście zakupów ciepła od drugiego źródła, tj. EC Energotor S.A. oraz rocznego zapotrzebowana wszystkich odbiorców zasilanych z miejskiej sieci ciepłowniczej.

Odnosząc się natomiast do wyjaśnień PEC w kwestii bezpieczeństwa energetycznego, Elana podniosła, iż dysponuje jako wytwórca ciepła możliwościami technicznymi, zapewniającymi – w połączeniu z zakupem ciepła z EC Energotor – pełne zaspokojenie

potrzeb odbiorców ciepła w Toruniu, a tym samym nieuprawnione jest stanowisko, iż z punktu widzenia bezpieczeństwa energetycznego, w każdym przypadku konieczny jest zakup ciepła z EC Toruń S.A. Zdaniem Elany, nie można również zgodzić się z poglądem reprezentowanym przez PEC, iż zmniejszenie zakupu ciepła od EC spowoduje konieczność wyłączenia jednego z kotłów w taki sposób, aby nie był on źródłem rezerwowym. W takiej sytuacji - zdaniem Wnioskodawcy - normalną praktyką jest utrzymanie niewykorzystanej jednostki w rezerwie na wypadek awarii pierwszego kotła. W konsekwencji zatem EC Toruń S.A. byłoby w stanie zapewnić dostawy ciepła na poziomie wynikającym z wymogów bezpieczeństwa energetycznego.

W piśmie z dnia 25 lipca 2002r. (K. 187-194) PEC nie podzielił wyżej prezentowanego stanowiska Elany. Zdaniem pełnomocników PEC fakt, że udzielenie przez EC Toruń S.A. upustu zależy od ziszczenia się warunku nie oznacza, że wybrany przez PEC wariant zaopatrzenia w ciepło na potrzeby miejskiej sieci ciepłowniczej nie był najkorzystniejszy. *Zapis Załącznika nr 3* do umowy nr 2/TW/2002, dotyczący upustu, ma bowiem, z prawnego punktu widzenia charakter warunku zawieszającego. Jednakże nie sposób nie zauważyć, że ta konstrukcja prawna obrona została dla opisaną transakcji zawartej w ramach normalnego ryzyka handlowego. W ocenie pełnomocników, PEC zawarł tę umowę z przyjęciem takiego ryzyka, a to z tego względu, że doświadczenia z lat poprzednich wskazują, że zakup z EC Toruń S.A. na poziomie 2.500.000 GJ w skali roku jest realny. Z powoływanych danych wynika ponadto, że do poziomu sprzedaży rzędu 2.500.000 GJ brakuje średnio 49 500 GJ. (dwu- trzydniowe zapotrzebowanie sieci).

Chybiony jest również - w ocenie PEC - zarzut Wnioskodawcy, stosownie do którego brak jest mechanizmu prawnego przenoszącego upust na odbiorców. Obowiązujące bowiem przepisy energetyczne i taryfa jaką posiada PEC zapewniają przeniesienie upustu na odbiorców ciepła. Dlatego – zdaniem PEC - nie było żadnej potrzeby zawierania dodatkowych postanowień w tej kwestii z odbiorcami. PEC wyjaśniło, iż w taryfie dla ciepła, jaką posiada PEC zapisane są algorytmy określające sposób przenoszenia cen źródeł na odbiorców ciepła - określony jest sposób wyliczenia ceny średnioważonej. Podstawą zapisu tego algorytmu są przepisy § 7 ust. 4 i § 8 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 12 października 2000r. w *sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryf oraz zasad rozliczeń w obrocie ciepłem* (Dz. U. Nr 96, poz. 1053). Przepis § 7 ust. 4 stanowi jednak, że w przypadku zakupu ciepła od innych przedsiębiorstw energetycznych taryfa, o której mowa w ust. 2 i 3, określa warunki stosowania cen i stawek opłat. Z przepisu tego jednoznacznie zatem wynika, że w rozliczeniach z odbiorcami przyłączonymi do sieci ciepłowniczej stosowane mają być ceny i opłaty wytwórców ciepła.

PEC wskazało również na obowiązek sprzedawcy co do eliminowania tzw. subsydiowania skrośnego, co miałyby miejsce w przypadku braku zastosowania uzyskanego upustu wobec odbiorców (§ 1 pkt 25 i § 3 pkt 3 rozporządzenia). Ponadto podniesiono, iż sprzedawcę obowiązują także przepisy art. 45a ustawy - Prawo energetyczne, gdzie w ust.2 jasno wskazuje się, że kosztem zakupu są opłaty uwzględniające udzielone opusty i bonifikaty. Wobec powyższego PEC jako sprzedawca jest zobowiązany do wprowadzenia do algorytmów ustalających ceny średnioważone (zapisanych w Taryfie) cen rozliczeniowych

podanych przez źródła ciepła.

Zdaniem pełnomocników PEC - Wnioskodawca konsekwentnie usiłuje abstrahować od faktu, że udzielenie upustu zależy od ziszczenia się warunku zawieszającego w postaci zakupu od EC Toruń S.A. co najmniej 2.500.000 GJ. Do momentu, do którego warunek ten się nie ziści w rozliczeniach pomiędzy EC Toruń S.A. a PEC obowiązują ceny bez upustu

Ponadto PEC nie zgodził się z twierdzeniem Wnioskodawcy, iż Elana łącznie z EC Energotor S.A. są w stanie zapewnić bezpieczeństwo energetyczne Torunia, zaspakajając w pełni potrzeby odbiorców zaopatrujących się w ciepło za pośrednictwem miejskiej sieci ciepłowniczej. W swoich ofertach Elana deklarowała bowiem dla potrzeb miejskiej sieci ciepłowniczej maksymalnie 100 MW mocy cieplnej, co łącznie z oferowanymi przez EC Energotor S.A. maksymalnie 120 MW nie wystarcza na pokrycie potrzeb odbiorców.

Odnosząc się do kwestii wzrostu cen stosowanych przez EC Toruń S.A. w przypadku konieczności ograniczenia działalności tego źródła, PEC wyjaśniło, iż dokonując wyboru ofert konieczne było przyjęcie założenia, że ograniczenie zamówienia mocy cieplnej i zakupów z EC Toruń S.A., zwłaszcza znaczne ograniczenie rzędu 70-100 MW, musi doprowadzić do zachwiania ekonomicznej sytuacji tego wytwórcy, a w dłuższym czasie do zagrożenia dla bezpieczeństwa energetycznego miasta w zakresie dostaw ciepła. Było i jest też niewątpliwe, że ograniczenie zakupów ok. 30% (lub większe) musi doprowadzić do zwiększenia cen, choć nie należało zakładać wzrostu cen proporcjonalnego do stopnia ograniczenia zakupów.

W pismach z dnia 12 sierpnia 2002r. oraz z dnia 14 sierpnia 2002r. (K. 258-263). Wnioskodawca podtrzymał wcześniej prezentowane stanowisko w sprawie. Podkreślił ponadto – iż w jego ocenie - ilość ciepła zakupionego od EC Toruń S.A. w roku 2002, jaka została przyjęta w procedurze przetargowej na wybór dostawców ciepła, wynosząca 2.500.000 GJ i umożliwiająca dokonanie kalkulacji cenowej dla celów porównania poszczególnych ofert z uwzględnieniem rabatu zaproponowanego przez EC Toruń S.A., została przyjęta na zbyt wysokim poziomie. Dowodem na to – w ocenie Elany – jest fakt, iż w żadnym z poprzednich lat, tj. 2000-2001, łączna ilość ciepła zakupionego przez PEC od EC Toruń S.A. nie przekroczyła poziomu 2.500.000,00zł. Zdaniem Wnioskodawcy, przyjęcie założenia dotyczącego ilości ciepła zakupionego przez PEC w EC Toruń S.A. powyżej 2.500.000 GJ dla oceny złożonej oferty jest wyraźną manipulacją zmierzającą do wyłonienia rzekomo korzystniejszej oferty i tym samym wyeliminowania Elany z rynku ciepła.

Odnosząc się natomiast do argumentacji dotyczącej istnienia mechanizmu „przeniesienia rabatu” uzyskanego przez PEC od EC Toruń na odbiorców, Wnioskodawca stwierdził, iż argumenty, na które powołuje się PEC nie są zasadne. Cytowane bowiem przez PEC przepisy, które w jego ocenie miałyby z mocy prawa powodować przeniesienie upustu cenowego na odbiorców, dotyczą zupełnie innych kwestii.

W piśmie z dnia 17 września 2002r. PEC nie podzieliła wyżej prezentowanego stanowiska Wnioskodawcy i podtrzymał w całości dotychczas zgłoszone wnioski i żądania (K. 273-278). Ponadto pełnomocnicy PEC podnieśli po raz kolejny, iż wbrew twierdzeniom Wnioskodawcy, przedłożone dane dotyczące ilości zakupionego w latach ubiegłych ciepła

wskazują, iż ilości te wzrastały. Fakt, że w latach poprzednich PEC nie zakupił z EC Toruń S.A. ciepła na poziomie 2.500.000 GJ nie przesądza natomiast, iż w 2002 roku zakupy w takiej ilości jest niemożliwy, tym bardziej, że ilość zakupionego z tego źródła ciepła w latach 2000 i 2001 nieznacznie tylko jest mniejsza od założonego poziomu na 2002r. Odnośnie natomiast kwestii mechanizmu „przenoszenia„ opustu na odbiorców, PEC podtrzymało w całej rozciągłości stanowisko wyrażone w piśmie z dnia 25 lipca 2002r.

Odnosząc się do wyżej przywołanych twierdzeń pełnomocników PEC, Elana w piśmie z dnia 11 października 2002r. (K. 319-323) podniosła, iż dla oceny stosowania przez PEC praktyki monopolistycznej istotna jest racjonalność działania PEC bądź jego brak, co oznacza, iż przedmiotem analizy nie powinno być, czy dana okoliczność była czy nie była możliwa, lecz to, czy racjonalnie działający przedsiębiorca mógł przy założeniu przeciętnych warunków i przy uwzględnieniu doświadczenia życiowego uznać zakup takiej ilości ciepła za prawdopodobny.

W piśmie z dnia 12 listopada 2002r. (K. 418-420) pełnomocnik Elany podtrzymał swoje dotychczasowe twierdzenia i argumentację potwierdzającą – w jego ocenie – iż wybór grona dostawców z uwzględnieniem Elany był korzystniejszy niż wybór eliminujący ją z rynku. Z literalnej bowiem wykładni zarówno oferty EC Toruń S.A. jak i z umowy zawartej pomiędzy PEC i EC Toruń S.A. wynika, iż niższa cena przewidziana jest dla dostaw powyżej 2 500 000 GJ w skali roku. EC zaproponował zatem – zdaniem Wnioskodawcy - 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. Ponadto Elana podniosła, iż PEC dokonało 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. Wobec powyższego – w ocenie pełnomocnika Elany - o nadużyciu pozycji dominującej celem przeciwdziałania konkurencji świadczy całkowite odsunięcie od rynku ciepła przedsiębiorcy nie powiązanego kapitałowo, oferującego korzystniejszą cenę ciepła. Eliminacja Elany z rynku ciepła nastąpiła na skutek arbitralnej decyzji PEC, a nie na skutek działania mechanizmów rynkowych.

Pismem z dnia 19 grudnia 2002r. (K.444-451) pełnomocnicy PEC, odnosząc się do sprawy bezpieczeństwa energetycznego dostaw ciepła z miejskiej sieci ciepłowniczej, potwierdzili, iż bezpieczeństwo to jest większe w sytuacji poboru ciepła z trzech źródeł (EC Toruń S.A., EC Energotor S.A. i Elana) zamiast dwóch (tylko EC Toruń S.A. i EC Energotor S.A.). Niemniej jednak podnieśli, 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 – zdaniem PEC - 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 bowiem praca EC Toruń S.A. 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 ocenie PEC, 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.

Elana w kolejnych pismach w toku niniejszego postępowania (K. 554- 557, K. 580-581) wskazał na okoliczność, iż ilość ciepła zakupionego od EC Toruń w 2002r. nie przekroczyła 2.500.000 GJ i jest to kolejny dowód pośredni, który w powiązaniu z pozostałymi dowodami tego typu, prowadzi do stwierdzenia pozorności upustu zaproponowanego przez EC Toruń S.A. i uwzględnionego przez PEC przy rozstrzygnięciu przetargu. Założenie zakupów od EC Toruń na poziomie powyżej 2.500.000,00GJ było – zdaniem Elany - zachowaniem nieracjonalnym, albowiem stałą tendencją na odnośnym rynku lokalnym jest systematyczne zmniejszanie się zapotrzebowania odbiorców na ciepło.

Ponadto pełnomocnik Elany uzasadniał zarzut „pozorność” rabatu w sposób następujący: 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. Zdaniem pełnomocnika Wnioskodawcy, 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.

Ponadto - w ocenie Wnioskodawcy, PEC pomimo istnienia odpowiednich możliwości faktycznie nie podjął działań zapewniających minimalizację kosztów. Gdyby bowiem 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 S.A. w wysokości umożliwiającej uzyskanie rabatu. Przeszkodą w tym względzie nie stały się - zdaniem Elany - 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,

zdaniem Elany, 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 ocenie Wnioskodawcy - 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.

Odpowiadając na zarzuty Wnioskodawcy (K. 596-599) PEC uznał twierdzenie Elany, iż nieracjonalne było założenie, że minimalny zakup w 2002r. wyniesie 3.100.000 GJ, za chybione. W 2001 roku tylko od EC Toruń S.A. i EC Energotor S.A. PEC zakupił bowiem 3.103.000 GJ. Roczne zakupy na potrzeby miejskiej sieci ciepłowniczej, zdaniem PEC, zawsze kształtowały się na poziomie powyżej 3.100.000 GJ, wyjąwszy rok 2000, który był bardzo ciepły. Ponadto pełnomocnicy PEC podnieśli, iż 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. Zdaniem pełnomocników PEC, powyższy plan został wykonany w 94,27%. Niewykonanie planu jedynie w 5,73% świadczy zatem, że nie był on błędny i obliczony jedynie na stworzenie zarzucanej przez Wnioskodawcę fikcji co do upustu. PEC podkreślił ponadto, iż wykonanie planu zakupów od EC Toruń wyraża się wyższym wskaźnikiem procentowym. Plan zakupów od EC Toruń S.A. wykonano bowiem w 95,15%, a plan zakupów od EC Energotor S.A. wykonano w 90,52%. Nieosiągnięcie limitu zakupów w EC Toruń S.A. uprawniającego do uzyskania upustu, nie było więc – w ocenie PEC - przejawem założonej fikcyjności zapisanego w umowie upustu. Nieosiągnięci tego limitu wyniknęło natomiast z czynników niezależnych od PEC. W skali roku 2002 zakupiono bowiem mniej ciepła na potrzeby całej sieci niż planowano bowiem rok 2002 okazał się - zdaniem PEC - rokiem wyjątkowo ciepłym. W ocenie PEC, przeprowadzone postępowanie dowodowe jednoznacznie wskazuje na to, że przyjęte założenia były prawidłowe, a nie nieracjonalne, jak bezpodstawnie podnosi Wnioskodawca.

Zdaniem pełnomocników PEC, chybione są również zarzuty, iż przedsiębiorca ten nie usiłował ograniczyć zakupów z EC Energotor. Pełnomocnicy wyjaśnili, iż PEC podejmował takie działania, co wywołało protesty ze strony EC Energotor, na dowód czego przedłożono pisma EC Energotor w przedmiotowej sprawie. Zdaniem PEC faktyczne ograniczenie zakupu ciepła nastąpiło w obu źródłach przy czym w EC Energotor S.A o 9,5%, natomiast z EC Toruń S.A. tylko o 4,85% .

Ponadto, w ocenie pełnomocników PEC, 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 S.A. w wysokości 2.500.000 GJ. Zdaniem pełnomocników PEC to założenie nie uwzględnia warunków technicznych sieci. O ile bowiem 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 zasięgami poszczególnych źródeł musi być ostrożniejsze i w większym stopniu uwzględniać ograniczenia określone wymaganymi parametrami w węzłach cieplnych oraz uwzględniać hydrauliczne uwarunkowania sieci. Zdaniem PEC nie jest możliwe dowolne wydłużanie zasięgu jednego źródła bez uwzględnienia uwarunkowań technicznych i możliwości dotrzymania standardów jakościowych.

Pełnomocnicy PEC podnosili również, iż o konkurencji czy nieprzestrzeganiu konkurencji i przepisów obowiązujących w tym zakresie możnaby mówić, gdyby wszystkie trzy źródła oferowały taką samą lub zbliżoną wielkość mocy zamówionej i gdyby wszystkie trzy źródła były w stanie dostarczać ciepło do wszystkich punktów miasta. Ale tak nie jest. Z uwagi na specyfikę systemu ciepłowniczego wybór dostawców ciepła odbywa się zatem w drodze zaproszenia do rokowań, a następnie do ustalenia najkorzystniejszego wariantu, zapewniającego najniższy koszt zakupu ciepła (K. 752).

W kolejnym piśmie w niniejszej sprawie (K. 675-676) Elana podniosła, iż 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 – w ocenie Elany – 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.

Ponadto pełnomocnik Elany zarzucił, iż postępowanie PEC jak i EC Toruń zbliżone jest do reguły „ostatniej oferty” (K. 740-747). Zdaniem pełnomocnika 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.

Składając końcowe oświadczenie w sprawie (K. 970-971) pełnomocnik Elany, podtrzymał wnioski o wydanie decyzji stwierdzającej stosowanie przez PEC praktyk ograniczających konkurencję, o których mowa w art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez niewłaściwe rozpatrzenie otrzymanej oferty, a w wyniku tego odmowę zawarcia umowy o dostawę ciepła, co przeciwdziała ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na rynku i nakazanie ich zaniechania.

Ponadto, pełnomocnik Elany podniósł po raz kolejny, iż PEC - jako podmiot powiązany kapitałowo z EC Toruń S.A.- ma możliwość wpływania na jej decyzje, przy czym wpływ taki może być wzajemny.

Zajmując ostateczne stanowisko w sprawie (K. 953-957), pełnomocnicy PEC wnieśli o stwierdzenie niestosowania przez PEC zarzucanej praktyki ograniczającej konkurencję, albowiem przeprowadzone wyczerpująco postępowanie dowodowe nie wykazało, aby PEC naruszyło przepisy art. 8 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zdaniem PEC racjonalność jego zachowania przy dokonywaniu wyboru dostawców do miejskiej sieci ciepłowniczej oceniane musi być przez pryzmat prawidłowości przyjętych założeń, co do możliwości zakupu z EC Toruń 2.500.000 GJ i uzyskania stosownego upustu, a nie przez pryzmat osiągniętych faktycznych efektów. Przeprowadzone postępowanie dowodowe – zdaniem PEC – jednoznacznie wskazuje, że przyjęte założenia były prawidłowe, a nie nieracjonalne, jak bezpodstawnie podnosi Wnioskodawca. Z Opinii technicznej dotyczącej możliwości dostaw ciepła z Elany do sieci ciepłowniczej w Toruniu, wydanej przez Uczelniane Centrum Badawcze Energetyki i Ochrony Środowiska Politechniki Warszawskiej, jednoznacznie bowiem 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.* Ponadto, 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.*

W ocenie PEC, podnoszone przez niego i brane pod uwagę przy wyborze dostawców na rok 2002 argumenty w zakresie długofalowego bezpieczeństwa energetycznego miasta Torunia, co do tego, że znaczne zmniejszenie zakupów z EC Toruń spowoduje wzrost cen tego wytwórcy, 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).

PEC wskazało również na niemożność opierania się na Wnioskodawcy jako strategicznym dostawcy ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej, z uwagi na fakt, iż działalność w tak newralgicznej dziedzinie, jak ciepłownictwo, nie może być oparta o współpracę z przedsiębiorcą, który, jak to czyni Wnioskodawca, podaje nierzetelne, czy wręcz nieprawdziwe dane, co do mocy cieplnej, którą może zadysponować na potrzeby miejskiej sieci ciepłowniczej.

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. 54).

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 (zwanymi dalej: *źródłami ciepła*), tj.:

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

EC Toruń i EC Energotor to tzw. źródła zawodowe zajmujące się przede wszystkim wytwarzaniem ciepła. Elana natomiast wytwarza ciepło na własne potrzeby i jedynie nadwyżki oferuje do sprzedaży przez miejską sieć ciepłowniczą. EC Biogaz jest niekonwencjonalnym źródłem ciepła i zakupy od tego przedsiębiorcy są obowiązkowe, niemniej jednak dostarcza on do sieci miejskiej niewielkie ilości 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.

Mając na uwadze treść ofert na dostawy ciepła (K. 77-79, 106-104), 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 (instytut naukowy: Uczelniane Centrum Badawcze Energetyki i Ochrony Środowiska Politechniki Warszawskiej) w swojej opinii - zaliczonej w poczet dowodów w niniejszym postępowaniu (K. 834) - zawarł wniosek, iż „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” (K. 844).

Ponadto, 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.62-66).

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. 67-70). 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*, K. 123). 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/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. 115).

Swoją ofertę w dniu 15 października 2001r. przedłożyła również EC Energotor. Ofertę przedstawiono w trzech następujących wariantach:

Wariant	Wielkość zamówienia	Cena mocy cieplnej (zł./MW/miesiąc)	Cena ciepła (zł./GJ)
1	Moc zamówiona 95 MW Sprzedaż ciepła ok. 1.000.000GJ	3.790,00	17,90
2	Moc zamówiona 107 MW Sprzedaż ciepła ok. 1.200.000GJ	3.700,00	17,10
3	Moc zamówiona 120 MW Sprzedaż ciepła ok. 1.400.000GJ	3.300,00	16,70

EC Energotor podkreśliła jednocześnie, iż podane ceny nie są ostateczne i istnieje możliwość ich negocjacji (K. 106-114).

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. 71-73). 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., podczas których Komisja przekazała stanowisko co do potrzeby przygotowania (uzupełnienia) ofert cenowych przy założeniu niższych ilości mocy i ciepła, tak by realniej odpowiadały zapotrzebowaniu odbiorców. Ze wszystkimi źródłami ustalono uzupełnienie indywidualnych ofert do dnia 16 listopada 2001 roku, z uwzględnieniem mniejszych ilości ciepła (notatki służbowe ze spotkań, K. 74-76).

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. 77).

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.79).

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.78).

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. 20).

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. 74-76, K.118).

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.62-63).

Ad. 1) Z wypowiedzi stron w toku niniejszego postępowania wynika, iż kryterium, o którym mowa w pkt 1 spełniali wszyscy oferenci (K. 418, K. 753). 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 znacznie zmniejszenie zakupów z EC Toruń spowoduje jednak wzrost kosztów wytwarzania, co odbije się na wzroście cen dla odbiorców końcowych (K. 840, 844).

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. 77, 79, 108) 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. 117-122) 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.79).

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 co do zasady 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.122).

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).

W drodze uchwały nr 14/2001 z dnia 28 grudnia 2001r. Zarząd PEC postanowił, iż dostawcami ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej w roku 2002 będą: EC Toruń, EC Energotor oraz EC Biogaz (K. 124).

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. 21).

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 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.196-217). 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. 666-668).

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. 320). 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.

I.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.

I.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.878). 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 zaliczoną w poczet dowodów w niniejszym postępowaniu opinię 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 (K. 841-844)

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. 601). 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. 392).

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. 41-46).

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 po stronie podażowej (wytwórcy ciepła) występują: EC Toruń, EC Energotor, EC Biogaz oraz Wnioskodawca. Natomiast PEC reprezentuje stronę popytową (dystrybutor ciepła) i działa w warunkach monopolu naturalnego.

Stosownie do przepisu art. 8 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy antymonopolowej za praktykę ograniczającą konkurencję uznaje się nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców polegające na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. Koncepcja nadużycia pozycji dominującej odnosi się zatem do takiego zachowania przedsiębiorców, które ma wpływ na strukturę rynku, w wyniku czego stopień konkurencji jest osłabiony.

Przedsiębiorca narusza zatem swoim zachowaniem wyżej przywołany przepis ustawy antymonopolowej, jeżeli łącznie są spełnione następujące przesłanki:

- I. przedsiębiorca posiada pozycję dominującą na rynku i nadużywa tej pozycji,
- II. zachowanie przedsiębiorcy ma na celu przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Mając na uwadze pierwszą z wyżej przywołanych przesłanek, na wstępie podkreślić trzeba, iż w toku niniejszego postępowania PEC nie kwestionowało swojej pozycji dominującej na wyżej opisanym rynku właściwym.

Natomiast biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, Prezes UOKiK doszedł do przekonania, iż PEC, dokonując wyboru dostawców ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej na okres od 1 stycznia 2002r. do 31 grudnia 2002r., nie podejmowało działań,

które świadczyłyby o nadużywaniu pozycji dominującej w celu przeciwdziałania ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania lub rozwoju konkurencji na toruńskim rynku zaopatrzenia w ciepło.

Wbrew twierdzeniom Wnioskodawcy, nie może świadczyć o nadużywaniu pozycji dominującej 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 wnioski, 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.907-908).

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. 81-89 oraz 117-122) wynika, iż, tzw. wariant I (bez udziału Elany) zapewnił 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 miało ono obowiązku rozpoznania oferty Elany przedłożonej w dniu 28 grudnia 2001 r., w której zaoferowano 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. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, iż oferta ta została złożona w dniu podejmowania przez Zarząd PEC decyzji o wyborze dostawców ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej.

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. Z poczynionych wyżej przez organ antymonopolowy ustaleń wynika, bowiem, 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 dniu 28 grudnia 2001r. (uchwała Zarządu PEC Nr 14/2001). Natomiast Prezes UOKiK wyraził zgodę na dokonanie koncentracji na polegającej na wspólnym przejściu 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.

Nieprawdziwe jest zatem twierdzenie 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).

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. 976-977). 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) 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. zdecydował 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 zdecydować o wielkości zakupów z określonego źródła. Ponadto, za prawdziwe uznać należy twierdzenie PEC, iż 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. Okoliczność tę potwierdził przedstawiciel

instytutu naukowego Pan Krzysztof Wojdyga na rozprawie administracyjnej przeprowadzonej w dniu 31 maja 2004r. (K. 877).

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 dokonywanych od niej zakupów w celu realizacji postanowień rocznej umowy (K. 602-603).

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.

Odnosząc się do drugiej 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.65).

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 szczegółowych 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 „ułamnym” (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. Baehar J., Stawicki E., Antczak J., *Prawo energetyczne. Komentarz* s. 273).

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

Na koniec podkreślić trzeba, iż PEC miało prawo, w ramach tzw. swobody kontraktowej, dokonać wyboru dostawców ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej. Natomiast do organu antymonopolowego nie należy ocena, czy PEC dokonało „słusznego wyboru”. Takiej bowiem oceny dokonuje Prezes Urzędu Regulacji Energetyki w toku postępowania w sprawie nałożenia kary na podstawie art. 56 ust. 1 pkt 12 Prawa energetycznego. Należy mieć bowiem na uwadze, iż w świetle przepisów § 13 pkt 1 lit 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 szczegółowych warunków przyłączenia podmiotów do sieci ciepłowniczych oraz eksploatacji tych sieci* (Dz. U. Nr 167, poz. 1751) 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 przywołanych przepisów, może stanowić zatem 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. 618), 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).

W ocenie Prezesa UOKiK, materiał dowodowy zgromadzony w toku niniejszego postępowania nie potwierdza tezy, iż odmowa zawarcia z Wnioskodawcą umowy na dostawy ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej w 2002r. nastąpiła na skutek nadużywania przez PEC pozycji dominującej.

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, iż PEC nadużyło pozycji dominującej w celu ograniczenia konkurencji na rynku zaopatrzenia w ciepło po stronie podaży, co miało wpływ na układ podmiotowy dostawców ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej.

W ocenie Prezesa UOKiK, Wnioskodawca nie przedstawił wystarczających dowodów na tę okoliczność.

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).

Reasumując, w ocenie Prezesa UOKiK, postępowanie dowodowe przeprowadzone przez organ antymonopolowy nie potwierdza zarzutu nadużywania przez PEC pozycji dominującej. Prezes UOKiK nie znalazł zatem postaw do stwierdzenia stosowania przez PEC praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w art. 8 ust.1 i 2 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 2.535,87 zł, na którą składają się:

- 1) wynagrodzenie radcy prawnego: 2.160,00zł.,
- 2) koszty dojazdu na rozprawy oraz w celu przeglądania akt sprawy: 345,87 zł.
- 3) opłaty od pełnomocnictw: 30,00zł.,

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 przytoczonym 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 1.080,00 zł. (tj. trzykrotność stawki minimalnej) będzie odpowiadała stopniowi zawichości sprawy i необходимemu nakładowi pracy pełnomocników PEC.

Ponadto przyznane PEC od Wnioskodawcy koszty obejmują również wydatek w kwocie 15,00zł. poniesiony tytułem uiszczenia opłaty skarbowej od dokumentu stwierdzającego ustanowienie pełnomocnika. Nie budzi bowiem wątpliwości, że ciążący 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 - dwóch 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 uwzględnił tylko w części wydatki poniesione tytułem kosztów dojazdu na rozprawę oraz w celu przeglądania akt sprawy, tj. kwotę 69,17 zł., 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 osobiste stawiennictwo strony było wymagane jedynie na rozprawie administracyjnej przeprowadzonej w dniu 23 października 2002r. (przeprowadzono dowód z przesłuchania stron), natomiast na rozprawach przeprowadzonych w dniu 17 czerwca 2002r. oraz w dniu 24 września 2002r. strona była reprezentowana przez pełnomocników - radców prawnych.

Mając zatem na względzie wynik przeprowadzonego postępowania, które nie potwierdziło zasadność podniesionych przez Elanę 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 w. w. 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. a /a