



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA UOKiK W KRAKOWIE**

Pl. Szczepański 5
31-011 Kraków
Tel./fax (0-12) 421-75-79, 421-74-98
E-mail: krakow@uokik.gov.pl

RKR-411-4/06/WJ-101/09

Kraków, dnia 31 grudnia 2009 r.

DECYZJA NR RKR - 32/2009

I. Na podstawie art. 105 § 1 *ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego* (Dz. U. z 2000 r., Nr 98, poz. 1071, z późn. zm.) w związku z art. 80 *ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080, z późn. zm.) oraz stosownie do treści art. 28 ust. 6 tej ustawy i § 6 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej Delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów* (Dz. U. Nr 18, poz. 172, z późn. zm.) w związku z art. 131 ust. 1 *ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, wszczętego na wniosek Electrabel Polska Sp. z o.o. w Katowicach przy ul. Uniwersyteckiej 13 przeciwko Enion S. A. z siedzibą w Krakowie przy ul. Zawilej 65 L

- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

umarza się postępowanie antymonopolowe w sprawie podejrzenia stosowania przez Enion S. A. w Krakowie praktyk ograniczających konkurencję, określonych w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 5 *ww. ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów*, polegających na nadużywaniu pozycji dominującej na krajowym rynku obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA (dostępu stron trzecich do sieci), poprzez narzucanie w odpowiedziach na zapytania ofertowe oraz zawartych w ich efekcie umowach sprzedaży energii elektrycznej odbiorcom końcowym - uprawnionym do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA nieuczciwych, rażąco niskich cen sprzedaży energii elektrycznej, tj. cen znacząco niższych od wynikających z taryfy dla energii elektrycznej Enion S. A.,

co może stanowić narzucanie nieuczciwych, rażąco niskich cen sprzedaży energii elektrycznej oraz jednocześnie przeciwdziałać ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na krajowym rynku obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA.

II. Na podstawie art. 10 ust. 1 i 2 ww. *ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz stosownie do treści art. 28 ust. 6 tej ustawy i § 6 ww. *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej Delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów* w związku z art. 131 ust. 1 ww. *ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów*, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, wszczętego na wniosek Electrabel Polska Sp. z o.o. w Katowicach przy ul. Uniwersyteckiej 13 przeciwko Enion S. A. z siedzibą w Krakowie przy ul. Zawilej 65 L

- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

uznaje się za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 5 ww. *ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów*, **praktykę** polegającą na nadużywaniu przez Enion S. A. w Krakowie pozycji dominującej na lokalnym rynku dystrybucji energii elektrycznej na terenie jego sieci elektroenergetycznej, obejmującej obszar województw: małopolskiego, podkarpackiego, łódzkiego i świętokrzyskiego (dawne województwa: krakowskie, nowosądeckie i tarnowskie) oraz śląskiego i opolskiego (dawne województwa: bielskie, częstochowskie i katowickie), poprzez narzucanie w umowach o świadczenie usług dystrybucji energii elektrycznej oraz Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Rozdzielczej Enion S. A.:

- warunków uniemożliwiających - poprzez wprowadzenie obowiązku stworzenia, przez przedsiębiorstwa obrotu energią elektryczną, oddzielnych jednostek graficznych dla każdego z odbiorców końcowych - wspólne rozliczanie odchyleń od pozycji kontraktowej tych odbiorców, którzy kupują energię elektryczną od jednego sprzedawcy, przy jednoczesnym korzystaniu z takiego prawa przez Enion S. A. w relacjach z operatorem systemu przesyłowego,
- warunków nakładających wyłącznie na przedsiębiorstwa obrotu energią elektryczną obowiązek ustanowienia zabezpieczeń finansowych z tytułu uczestnictwa w rynku bilansującym na rzecz Enion S. A., niezależnie od ryzyka występującego po obu stronach kontraktu,

co stanowi narzucanie nieuczciwych warunków dystrybucji energii elektrycznej oraz jednocześnie przeciwdziała ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na krajowym rynku obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA;

i jednocześnie stwierdza się zaniechanie stosowania tej praktyki z dniem 1 lipca 2007 r.

III. Na podstawie art. 11 ust. 1 ww. *ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz stosownie do treści art. 28 ust. 6 tej ustawy i § 6 ww. *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej Delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów* w związku z art. 131 ust. 1 ww. *ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów*, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, wszczętego na wniosek Electrabel Polska Sp. z o.o. w Katowicach przy ul. Uniwersyteckiej 13 przeciwko Enion S. A. z siedzibą w Krakowie przy ul. Zawilej 65 L

- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

nie stwierdza się stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 5 ww. *ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów*, polegającej na nadużywaniu przez Enion S. A. w Krakowie pozycji dominującej na lokalnym rynku dystrybucji energii elektrycznej na terenie jego sieci elektroenergetycznej, obejmującej obszar województw: małopolskiego, podkarpackiego, łódzkiego i świętokrzyskiego (dawne województwa: krakowskie, nowosądeckie i tarnowskie) oraz śląskiego i opolskiego (dawne województwa: bielskie, częstochowskie i katowickie), poprzez narzucanie obowiązku modernizacji przez odbiorcę końcowego układów pomiarowo – rozliczeniowych w przypadku rezygnacji przez niego z usług sprzedaży energii elektrycznej przez Enion S. A. i jej zakupu za pośrednictwem innej spółki obrotu,

co może stanowić narzucanie nieuczciwych warunków dystrybucji energii elektrycznej oraz jednocześnie przeciwdziałać ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na krajowym rynku obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA.

IV. Na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 5 ww. *ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz stosownie do treści art. 28 ust. 6 tej ustawy i § 6 ww. *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej Delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów* w związku z art. 131 ust. 1 ww. *ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów*

- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

nakłada się na Enion S. A. w Krakowie **karę pieniężną** w wysokości 7.301.865 zł (słownie: siedem milionów trzysta jeden tysięcy osiemset sześćdziesiąt pięć złotych) - płatną do budżetu Państwa - w związku ze stwierdzeniem stosowania praktyk ograniczających konkurencję, o których mowa powyżej w pkt II sentencji decyzji.

UZASADNIENIE

W dniu 3 listopada 2005 r. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura w Krakowie otrzymał - zgodnie z właściwością miejscową, przekazane przez Departament Ochrony Konkurencji UOKiK – pismo Electrabel Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (zwanego dalej „Electrabel”) z dnia 12 października 2005 r. dotyczące nadużywania pozycji dominującej przez Enion S. A. z siedzibą w Krakowie (zwany dalej „Enion”). Electrabel zarzucił Enion, iż ten stosując niedozwolone upusty cenowe dla energii elektrycznej wobec wybranych klientów, polegające na sprzedaży energii poniżej cen zatwierdzonych w taryfie: stosuje niejednolite warunki umów stwarzając zróżnicowane warunki konkurencji, ogranicza dostęp do rynku energii spółkom obrotu energią elektryczną, w tym Electrabel oraz przeciwdziała ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania i rozwoju konkurencji na rynku energii elektrycznej. W ocenia Electrabel praktyki stosowane przez Enion naruszają jego interes prawny.

Na skutek udzielonych przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegaturę w Krakowie wyjaśnień, Electrabel złożył następnie w dniu 18 listopada 2005 r. spełniający wymogi formalne wniosek o wszczęcie postępowania antymonopolowego w opisanej powyżej sprawie.

W tym stanie rzeczy, w dniu 25 listopada 2005 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwany dalej „organem antymonopolowym”) wszczął postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnego ustalenia, czy stosowanie przez Enion S. A. w Krakowie upustów cenowych w obrocie energią elektryczną wobec wybranych odbiorców tej energii, uprawnionych do korzystania z TPA (zasady dostępu stron trzecich do sieci), stanowi naruszenie przepisów *ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080, z późn. zm. – zwanej dalej „*ustawą antymonopolową*”), uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego. W ramach postępowania skierowano do Electrabel oraz Enion wezwania mające na celu ustalenie specyfiki rodzaju działalności gospodarczej objętej wnioskiem Electrabel, określenie rynku właściwego w sprawie oraz doprecyzowanie praktyk ograniczających konkurencję, zarzucanych Enion.

W trakcie tego postępowania Electrabel, po raz pierwszy, doprecyzował zarzut antymonopolowy, stwierdzając w piśmie z dnia 19 grudnia 2005 r., że Enion stosuje niedozwolone upusty cenowe wobec wybranych klientów, polegające na sprzedaży energii poniżej cen zatwierdzonych w taryfie dla energii elektrycznej Enion S. A. w Krakowie (zwanej dalej „Taryfą”), przez co narzuca nieuczciwe ceny oraz przeciwdziała ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania i rozwoju konkurencji na rynku energii elektrycznej, naruszając art. 8 ust. 2 pkt 1 i 5 *ustawy antymonopolowej*. Zdaniem Electrabel, Enion - wykorzystując posiadaną dominującą pozycję rynkową - stosuje rabaty cenowe w stosunku do wybranych odbiorców zlokalizowanych na obszarze jego działania, selektywnie uprzywilejowując jednych odbiorców energii elektrycznej kosztem innych odbiorców.

Odnosząc się do wniosku i zarzutów Electrabel w przedmiocie wszczęcia postępowania antymonopolowego, wraz z ich późniejszymi uzupełnieniami, Enion oświadczył w piśmie z dnia 11 stycznia 2006 r., iż:

- nie stosuje niedozwolonych upustów cenowych dla energii elektrycznej wobec wybranych klientów, a wszystkie ceny i upusty są zgodne z zatwierdzoną Taryfą,
- nie ogranicza dostępu do rynku energii elektrycznej spółkom obrotu, gdyż wszystkie zasady i procedury sprzedaży energii odbiorcom chcącym skorzystać z prawa wyboru sprzedawcy, są jednakowe i zawarte w ogólnodostępnej Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Rozdzielczej Enion S. A. (zwanej dalej „Instrukcją Sieci Rozdzielczej”),
- nie przeciwdziała kształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania i rozwoju konkurencji na ww. rynku.

W ramach ww. postępowania wyjaśniającego skierowano również wezwanie do Grupy Kęty S. A. z siedzibą w Kętach (zwanej dalej „Grupą Kęty”), która jako odbiorca energii elektrycznej uprawniony do wyboru sprzedawcy na zasadach TPA, zamawiała dostawę energii elektrycznej zarówno od Electrabel, jak również od Enion. Electrabel argumentowała natomiast, że właśnie w trakcie prowadzonego przez Grupę Kęty postępowania ofertowego w sprawie dostawy dla niej energii elektrycznej, zaobserwował fakt sprzedaży energii poniżej taryfowych cen i stawek opłat Enion, tj. z zastosowaniem niedozwolonych upustów cenowych.

W piśmie z dnia 6 lutego 2006 r. Grupa Kęty poinformowała, iż rzeczywiście w okresie od 1 lipca 2005 r. do 30 czerwca 2006 r. dokonuje zakupu energii elektrycznej od Enion, ponieważ ten zaoferował cenę niższą od wszystkich pozostałych 9. przedsiębiorstw energetycznych, które przystąpiły do postępowania ofertowego, w tym niższą od Electrabel.

W kolejnych pismach Electrabel podtrzymał dotychczasowy zarzut w zakresie stosowania przez Enion niedozwolonych upustów cenowych od ceny taryfowej energii elektrycznej. Na poparcie swojego stanowiska, w piśmie z dnia 21 lutego 2006 r. Electrabel przedstawił szczegółowe wyliczenie ceny taryfowej dla Grupy Kęty według Taryfy Enion z dnia 17 grudnia 2004 r. (obowiązującej w roku 2005). Natomiast w poprzedzającym go piśmie z dnia 8 lutego 2006 r., Electrabel wyjaśnił, że potwierdzeniem nadużywania pozycji dominującej na rynku dystrybucji energii elektrycznej jest stosowanie przez Enion następujących barier, uniemożliwiających zmianę sprzedawcy energii:

- uniemożliwienie wspólnego rozliczania odchyleń od pozycji kontraktowej odbiorców, którzy kupują energię elektryczną od jednego sprzedawcy (brak możliwości stworzenia wspólnej jednostki grafikowej dla grupy odbiorców), z czego korzysta Enion w relacjach z operatorem systemu przesyłowego – Polskimi Sieciami Elektroenergetycznymi PSE – Operator S. A. (zwanymi dalej „PSE – Operator”),
- żądanie ustanowienia zabezpieczeń finansowych z tytułu uczestnictwa w rynku bilansującym wyłącznie na rzecz Enion, niezależnie od obustronnego ryzyka,
- zobowiązanie do modernizacji układów pomiarowo - rozliczeniowych odbiorcy w przypadku wyrażenia woli zmiany sprzedawcy energii elektrycznej,
- wymóg, nie znajdujący uzasadnienia w praktyce zawierania umów, polegający na obowiązku pisemnego uzasadnienia każdej zaproponowanej przez Electrabel zmiany umowy dystrybucji energii elektrycznej.

Mając na uwadze wyżej opisane uwarunkowania faktyczne, organ antymonopolowy wszczął, na wniosek Electrabel - postanowieniem Nr RKR-40/2006 z dnia 6 marca 2006 r. – postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem nadużywania przez Enion S. A. w Krakowie, pozycji dominującej na lokalnym rynku dystrybucji energii elektrycznej na terenie jego sieci elektroenergetycznej, polegającego na narzucaniu:

1. w odpowiedziach na zapytania ofertowe oraz zawartych w ich efekcie umowach sprzedaży energii elektrycznej odbiorcom końcowym - uprawnionym do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA (dostępu stron trzecich do sieci) nieuczciwych, rażąco niskich cen sprzedaży energii elektrycznej, tj. cen znacząco niższych od wynikających z taryfy dla energii elektrycznej Enion S. A.,
2. w umowach o świadczenie usług dystrybucji energii elektrycznej oraz Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Rozdzielczej Enion S. A.:
 - warunków uniemożliwiających - poprzez wprowadzenie obowiązku stworzenia, przez przedsiębiorstwa obrotu energią elektryczną, oddzielnych jednostek grafikowych dla każdego z odbiorców końcowych - wspólne rozliczanie odchyleń od pozycji kontraktowej tych odbiorców, którzy kupują energię elektryczną od jednego sprzedawcy, przy jednoczesnym korzystaniu z takiego prawa przez Enion S. A. w relacjach z operatorem systemu przesyłowego,

- warunków nakładających wyłącznie na przedsiębiorstwa obrotu energią elektryczną obowiązek ustanowienia zabezpieczeń finansowych z tytułu uczestnictwa w rynku bilansującym na rzecz Enion S. A., niezależnie od ryzyka występującego po obu stronach kontraktu,

3. obowiązku modernizacji przez odbiorcę końcowego układów pomiarowo – rozliczeniowych w przypadku rezygnacji przez niego z usług sprzedaży energii elektrycznej przez Enion S. A. i jej zakupu za pośrednictwem innej spółki obrotu,

co może przeciwdziałać ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na rynku obrotu energią elektryczną, stanowiąc tym samym naruszenie art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 5 powołanej *ustawy antymonopolowej*.

Jednocześnie - postanowieniem nr RKR - 41/2006 z dnia 6 marca 2006 r. - organ antymonopolowy zaliczył w poczet dowodów ww. postępowania antymonopolowego dokumenty i informacje uzyskane w trakcie postępowania wyjaśniającego o sygnaturze RKR-400-29/05/WJ, przeprowadzonego w celu wstępnego ustalenia, czy Enion naruszył przepisy *ustawy antymonopolowej*, uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego - w postaci pism: organu antymonopolowego, Electrabela, Enion i Grupy Kęty, zarejestrowanych do dnia 23 lutego 2006 r., w ramach numeracji ciągłej tego postępowania od nr RKR-400-29/05/WJ-3/05 do nr RKR-400-29/05/WJ-14/06. Ponadto organ antymonopolowy zaliczył również w poczet dowodów postępowania antymonopolowego informacje uzyskane od Electrabel przed wszczęciem postępowania wyjaśniającego, na podstawie pism Electrabel z dnia 12 października i 16 listopada 2005 r. oraz organu antymonopolowego z dnia 7 listopada 2005 r. (znak: RKR-400-29/05/WJ-1/05).

Zarówno o wszczęciu postępowania antymonopolowego, jak i o ww. zaliczeniu w poczet dowodów tego postępowania, organ antymonopolowy zawiadomił strony tego postępowania, tj. Electrabel oraz Enion pismami z dnia 6 marca 2006 r.

Odpowiadając na tak postawione zarzuty antymonopolowe, w piśmie z dnia 31 marca 2006 r. Enion uznał, iż żaden z nich nie znajduje podstaw prawnych w świetle *ustawy antymonopolowej*. W tym stanie rzeczy Enion wniósł o wydanie przez organ antymonopolowy decyzji, zgodnie z którą nie stwierdza się nadużywania przez niego pozycji dominującej na lokalnym rynku usług dystrybucji energii elektrycznej, polegającego na stosowaniu przez Enion praktyk ograniczających konkurencję, określonych w treści powołanego wyżej postanowienia Nr RKR-40/2006. Zdaniem Enion, za przyjęciem takiego sposobu rozwiązania sprawy przemawiają następujące argumenty:

Przed wszystkim zarzut nadużywania przez Enion pozycji dominującej, polegający na stosowaniu nieuczciwych, rażąco niskich cen sprzedaży energii elektrycznej, został oparty na błędnych założeniach przyjętych przez Electrabel, w myśl których:

1) rynek właściwy dla obrotu energią elektryczną jest tożsamy z lokalnym rynkiem dystrybucji energii, którego operatorem jest Enion,

2) Enion posiada pozycję dominującą - w rozumieniu art. 4 pkt 9 *ustawy antymonopolowej* - na rynku właściwym dla obrotu energią elektryczną,

3) stosowanie przez Enion w umowach sprzedaży energii elektrycznej, zawieranych z odbiorcami uprawnionymi do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadzie TPA, cen niższych w stosunku do cen określonych w Taryfie Enion oznacza, iż ceny te są w każdym przypadku nieuczciwe i rażąco niskie oraz że działania takie są niezgodne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa.

Co do zarzutu narzucania przez Enion innym przedsiębiorstwom obrotu warunków uniemożliwiających wspólne rozliczanie odchyleń od pozycji kontraktowej obsługiwanych przez nich odbiorców energii, korzystających z zasady TPA, Enion ocenił, iż jest on nieuzasadniony. Postawienie takiego zarzutu byłoby dopuszczalne dopiero wówczas, gdyby Enion mógł samodzielnie decydować o treści postanowień własnej Instrukcji Sieci Rozdzielczej. Tymczasem rozwiązanie przyjęte w kwestionowanym zakresie w tej Instrukcji zostało wymuszone przez konstrukcję jednostki graficznej odbiorczej, ustaloną na gruncie obowiązującej Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Przesyłowej PSE – Operatora (zwanej dalej „Instrukcją Sieci Przesyłowej”), do której Enion był obowiązany się dostosować.

Ustosunkowując się do trzeciego zarzutu, dotyczącego stosowania przez Enion niejednorodnych zasad ustanawiania zabezpieczeń finansowych z tytułu uczestnictwa w rynku bilansującym, Enion podkreślił, iż jako operator systemu dystrybucyjnego występuje w zasadniczo odmiennej roli niż przedsiębiorstwa obrotu. Przede wszystkim z tego tytułu został nałożony na niego szereg obowiązków związanych z administrowaniem siecią dystrybucyjną oraz współuczestniczeniem w procesach bilansowania i rozliczania energii elektrycznej z operatorem systemu przesyłowego – PSE - Operatorem. Okoliczności te determinują nierówne rozłożenie pomiędzy kontrahentami ciężaru obowiązków w zakresie uczestnictwa w rynku bilansującym, prowadząc do ustanawiania zabezpieczeń pieniężnych wyłącznie na rzecz Enion „w celu zapewnienia płynności finansowej rozliczeń z operatorem systemu dystrybucyjnego”.

Odnosząc się do czwartego zarzutu antymonopolowego, Enion wyjaśnił, że udział w rynku bilansującym (zarówno pośredni, jak i bezpośredni) nakłada na odbiorców dodatkowe wymagania w zakresie eksploataowania układów pomiarowo – rozliczeniowych, które nie mają zastosowania wobec odbiorców nie korzystających z prawa wyboru sprzedawcy na zasadzie TPA. Enion podkreślił jednak, iż zróżnicowanie takie oparte jest na obiektywnych kryteriach, a dodatkowo uwarunkowane jest przepisami prawa oraz wymaganiami określonymi w Instrukcji Sieci Przesyłowej PSE - Operatora.

Postanowieniem Nr RKR-127/2009 z dnia 12 sierpnia 2009 r. organ antymonopolowy zmienił treść postanowienia Nr RKR-40/2006 z dnia 6 marca 2006 r., prowadząc od tej daty niniejsze postępowanie antymonopolowe pod zarzutami podejrzenia stosowania przez Enion praktyk ograniczających konkurencję, określonych w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 5 *ustawy antymonopolowej*, polegających na:

1. nadużywaniu przez Enion S. A. pozycji dominującej na krajowym rynku obrotu energią elektryczną, poprzez narzucanie w odpowiedziach na zapytania ofertowe oraz zawartych w ich efekcie umowach sprzedaży energii elektrycznej odbiorcom końcowym - uprawnionym do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA (dostępu stron trzecich do sieci) nieuczciwych, rażąco niskich cen sprzedaży energii elektrycznej, tj. cen znacząco niższych od wynikających z taryfy dla energii elektrycznej Enion S. A.,

co może stanowić narzucanie nieuczciwych, rażąco niskich cen sprzedaży energii elektrycznej oraz jednocześnie przeciwdziałać ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na rynku obrotu energią elektryczną;

2. nadużywaniu przez Enion S. A. pozycji dominującej na lokalnym rynku dystrybucji energii elektrycznej na terenie jego sieci elektroenergetycznej, obejmującej obszar województw: małopolskiego, podkarpackiego, łódzkiego i świętokrzyskiego

(dawne województwa: krakowskie, nowosądeckie i tarnowskie) oraz śląskiego i opolskiego (dawne województwa: bielskie, częstochowskie i katowickie), poprzez narzucanie w umowach o świadczenie usług dystrybucji energii elektrycznej oraz Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Rozdzielczej Enion S. A.:

- warunków uniemożliwiających - poprzez wprowadzenie obowiązku stworzenia, przez przedsiębiorstwa obrotu energią elektryczną, oddzielnych jednostek graficznych dla każdego z odbiorców końcowych - wspólne rozliczanie odchyleń od pozycji kontraktowej tych odbiorców, którzy kupują energię elektryczną od jednego sprzedawcy, przy jednoczesnym korzystaniu z takiego prawa przez Enion S. A. w relacjach z operatorem systemu przesyłowego,
- warunków nakładających wyłącznie na przedsiębiorstwa obrotu energią elektryczną obowiązek ustanowienia zabezpieczeń finansowych z tytułu uczestnictwa w rynku bilansującym na rzecz Enion S. A., niezależnie od ryzyka występującego po obu stronach kontraktu,

co może stanowić narzucanie nieuczciwych warunków dystrybucji energii elektrycznej oraz jednocześnie przeciwdziałać ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na rynku obrotu energią elektryczną;

3. nadużywaniu przez Enion S. A. pozycji dominującej na lokalnym rynku dystrybucji energii elektrycznej na terenie jego sieci elektroenergetycznej, obejmującej obszar województw: małopolskiego, podkarpackiego, łódzkiego i świętokrzyskiego (dawne województwa: krakowskie, nowosądeckie i tarnowskie) oraz śląskiego i opolskiego (dawne województwa: bielskie, częstochowskie i katowickie), poprzez narzucanie obowiązku modernizacji przez odbiorcę końcowego układów pomiarowo – rozliczeniowych w przypadku rezygnacji przez niego z usług sprzedaży energii elektrycznej przez Enion S. A. i jej zakupu za pośrednictwem innej spółki obrotu,

co może stanowić narzucanie nieuczciwych warunków dystrybucji energii elektrycznej oraz jednocześnie przeciwdziałać ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na rynku obrotu energią elektryczną.

Z kolei postanowieniem Nr RKR-127/2009 z dnia 26 listopada 2009 r., organ antymonopolowy doprecyzował definicję rynku właściwego w odniesieniu do zarzutu objętego punktem I sentencji niniejszej decyzji, który w tym zakresie winien być określony, jako krajowy rynek obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA (dostępu stron trzecich do sieci). W tym stanie rzeczy, od dnia 26 listopada 2009 r. przedmiotowe postępowanie antymonopolowe wciąż prowadzone było pod dotychczasowymi zarzutami podejrzenia stosowania przez Enion praktyk ograniczających konkurencję, określonych w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 5 *ustawy antymonopolowej*, polegających na:

1. nadużywaniu przez Enion S. A. pozycji dominującej na krajowym rynku obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA (dostępu stron trzecich do sieci), poprzez narzucanie w odpowiedziach na zapytania ofertowe oraz zawartych w ich efekcie umowach sprzedaży energii elektrycznej odbiorcom końcowym - uprawnionym do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA nieuczciwych, rażąco niskich cen sprzedaży energii elektrycznej, tj. cen znacząco niższych od wynikających z taryfy dla energii elektrycznej Enion S. A.,

co może stanowić narzucanie nieuczciwych, rażąco niskich cen sprzedaży energii elektrycznej oraz jednocześnie przeciwdziałać ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na krajowym rynku obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA;

2. nadużywaniu przez Enion S. A. pozycji dominującej na lokalnym rynku dystrybucji energii elektrycznej na terenie jego sieci elektroenergetycznej, obejmującej obszar województw: małopolskiego, podkarpackiego, łódzkiego i świętokrzyskiego (dawne województwa: krakowskie, nowosądeckie i tarnowskie) oraz śląskiego i opolskiego (dawne województwa: bielskie, częstochowskie i katowickie), poprzez narzucanie w umowach o świadczenie usług dystrybucji energii elektrycznej oraz Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Rozdzielczej Enion S. A.:

- warunków uniemożliwiających - poprzez wprowadzenie obowiązku stworzenia, przez przedsiębiorstwa obrotu energią elektryczną, oddzielnych jednostek graficznych dla każdego z odbiorców końcowych - wspólne rozliczanie odchyleń od pozycji kontraktowej tych odbiorców, którzy kupują energię elektryczną od jednego sprzedawcy, przy jednoczesnym korzystaniu z takiego prawa przez Enion S. A. w relacjach z operatorem systemu przesyłowego,

- warunków nakładających wyłącznie na przedsiębiorstwa obrotu energią elektryczną obowiązek ustanowienia zabezpieczeń finansowych z tytułu uczestnictwa w rynku bilansującym na rzecz Enion S. A., niezależnie od ryzyka występującego po obu stronach kontraktu,

co może stanowić narzucanie nieuczciwych warunków dystrybucji energii elektrycznej oraz jednocześnie przeciwdziałać ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na krajowym rynku obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA;

3. nadużywaniu przez Enion S. A. pozycji dominującej na lokalnym rynku dystrybucji energii elektrycznej na terenie jego sieci elektroenergetycznej, obejmującej obszar województw: małopolskiego, podkarpackiego, łódzkiego i świętokrzyskiego (dawne województwa: krakowskie, nowosądeckie i tarnowskie) oraz śląskiego i opolskiego (dawne województwa: bielskie, częstochowskie i katowickie), poprzez narzucanie obowiązku modernizacji przez odbiorcę końcowego układów pomiarowo – rozliczeniowych w przypadku rezygnacji przez niego z usług sprzedaży energii elektrycznej przez Enion S. A. i jej zakupu za pośrednictwem innej spółki obrotu,

co może stanowić narzucanie nieuczciwych warunków dystrybucji energii elektrycznej oraz jednocześnie przeciwdziałać ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na krajowym rynku obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA.

Wyżej przywołane, ostateczne ukształtowanie rynki właściwe oraz zarzuty antymonopolowe znalazły odzwierciedlenie w sentencji niniejszej decyzji.

W oparciu o zebrany w sprawie materiał dowodowy, organ antymonopolowy ustalił następujący stan faktyczny:

I. Argumentacja stron postępowania dotycząca rynków, na których prowadzą one działalność oraz zarzutów antymonopolowych.

W trakcie postępowania prowadzonego przez organ antymonopolowy, Electrabel argumentował, że Enion nadużywa pozycję dominującą na rynku właściwym, tj. rynku dystrybucji energii elektrycznej, ograniczonym do należącej do niego sieci rozdzielczej. Przy czym zdaniem Electrabel, działanie takie jest możliwe dzięki wykorzystywaniu przez Enion procedur i instrumentów, jakimi on dysponuje, a mianowicie istniejącego obowiązku zawierania umów o świadczenie usług dystrybucji energii i bezwzględnego stosowania Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion, ze wszystkimi wynikającymi z nich konsekwencjami, a także dodatkowo możliwością uczestniczenia odbiorcy w rynku bilansującym wyłącznie pośrednio, tzn. za pośrednictwem Enion. Electrabel doprecyzował następnie, że nadużywanie pozycji dominującej przez Enion polega na stosowaniu wobec spółek obrotu energią elektryczną oraz niektórych odbiorców energii, uprawnionych do wyboru sprzedawcy na zasadach TPA:

1. nieuczciwych, rażąco niskich cen sprzedaży energii elektrycznej oraz
2. uciążliwych warunków Instrukcji Sieci Rozdzielczej i wzorca umowy o świadczenie usług dystrybucji energii. W ten sposób Electrabel zakwestionowała następujące zapisy Instrukcji:
 - punkt IV.16.2, o treści: *„W skład jednostki grafikowej odbiorcy może wejść więcej niż jedno miejsce dostarczania tylko w przypadku, gdy są miejscami dostarczania energii elektrycznej dla jednego podmiotu gospodarczego”*,
 - punkt D. załącznika nr 4 do Instrukcji – w zakresie obowiązkowych zabezpieczeń finansowych z tytułu uczestnictwa w rynku bilansującym.
 - wybiórcze stosowanie punktu V.6., dotyczącego wymagań technicznych dla układów i systemów pomiarowo - rozliczeniowych, w przypadku woli zmiany sprzedawcy energii.

Electrabel stawiając tego rodzaju zarzuty uznał bowiem, że Enion narzuca odbiorcom nieuczciwe ceny energii elektrycznej oraz narzuca kontrahentom niekorzystne warunki umów związanych z dystrybucją energii, przez co ostatecznie przeciwdziała ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na rynku obrotu energią elektryczną. Electrabel ocenił, że w ten sposób naruszone zostały przez Enion przepisy art. 8 ust. 2 pkt 1 i 5 ustawy antymonopolowej.

Z kolei Enion argumentował, że fakt nałożenia na przedsiębiorstwa obrotu energią obowiązku zawarcia umowy dystrybucyjnej, stosowania instrukcji ruchu i eksploatacji sieci rozdzielczej danego operatora systemu dystrybucyjnego oraz pośredniego uczestniczenia w rynku bilansującym nie przesądza, iż pozycja sprzedawcy - będącego równocześnie operatorem systemu dystrybucyjnego danej sieci dystrybucyjnej - jest w jakimkolwiek stopniu bardziej uprzywilejowana w stosunku do pozostałych sprzedawców działających w obrębie tej sieci. Fakt, o którym tu mowa – w cenie Enion - nie wpływa również na warunki konkurencji w obrębie danej sieci dystrybucyjnej w taki sposób, iż determinuje to granice relewantnego rynku geograficznego. Albowiem – jak utrzymywał Enion

- wszystkie wyżej wymienione obowiązki są tożsame w obrębie każdej sieci dystrybucyjnej i sieci przesyłowej. Pozwala to przyjąć, iż geograficzny i asortymentowy rynek właściwy dla obrotu energią elektryczną obejmuje obszar sieci przesyłowej oraz wszystkich sieci dystrybucyjnych, które łącznie zajmują powierzchnię całego kraju. Enion podkreślił, iż na tak określonym rynku właściwym nie może posiadać pozycji dominującej.

Idąc dalej i oceniając zasadność założenia postanowienia antymonopolowego o transferze nadużycia pozycji dominującej z rynku dystrybucji na rynek obrotu, Enion stwierdził, iż żadne z przypisywanych mu praktyk, tj. obowiązek zawarcia umowy dystrybucyjnej, obowiązek stosowania Instrukcji Sieci Rozdzielczej oraz pośrednie uczestniczenie odbiorców uprawnionych do wyboru sprzedawcy energii elektrycznej w rynku bilansującym, nie wpływają negatywnie na ukształtowanie warunków konkurencji na rynku właściwym dla obrotu energią elektryczną. W ocenie Enion, odmienne twierdzenie Electrabel nie zostało poparte żadnymi dowodami.

Odnosząc się do pierwszego z zarzutów antymonopolowych, tj. kwestii rażąco niskich cen, Electrabel zarzucił Enion, iż ten stosując niedozwolone upusty cenowe wobec wybranych odbiorców - polegające na sprzedaży energii poniżej cen zatwierdzonych w Taryfie Enion - narzuca nieuczciwe ceny oraz przeciwdziała ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na rynku obrotu energią elektryczną, przez co narusza art. 8 ust. 2 pkt 1 i 5 *ustawy antymonopolowej*. Na poparcie swojego stanowiska, Electrabel wskazał na zapis punktu 4.1.1 Taryfy, zgodnie z którym: „*opłatę za pobraną energię elektryczną w okresie rozliczeniowym stanowi iloczyn ilości sprzedanej energii elektrycznej w poszczególnych strefach czasowych, ustalonej na podstawie wskazań urządzeń pomiarowych zainstalowanych w układzie pomiarowo - rozliczeniowym i ceny energii elektrycznej w danej grupie taryfowej*”. Przy czym, odstępstw od tego punktu Taryfa nie przewiduje. Wyjątkiem od tej zasady nie jest również – zdaniem Electrabel – punkt 1.7.b Taryfy, na który powołuje się Enion, gdyż dotyczy on „*stosowania odmiennych zasad rozliczeń*”, a nie upustów cenowych. W ocenie Electrabel, zapis ten pozwala jedynie na odstępstwa od punktów 3.3. tytułu „*Ogólne zasady rozliczania odbiorców*” Taryfy Enion, w których ustalono okresy rozliczeniowe dla różnych grup odbiorców oraz zasady uwzględniania strat przesyłowych.

Na poparcie swoich argumentów, Electrabel przedstawił – za pismem z dnia 21 lutego 2006 r. - szczegółowe wyliczenie ceny taryfowej dla Grupy Kęty według Taryfy Enion z dnia 17 grudnia 2004 r. (obowiązującej w roku 2005). Z wyliczenia opartego na tej taryfie wynika, że średnia cena netto zakupu energii elektrycznej dla odbiorców grupy taryfowej A23, do której zaliczana jest również Grupa Kęty, wynosi: 126,52 [PLN/MWh]. Electrabel doprecyzował jednocześnie, że jest to cena, która obejmuje wszystkie koszty sprzedaży energii elektrycznej, wynikające z przepisów prawa energetycznego, w tym m.in. koszty: obowiązkowych zakupów energii pochodzącej z odnawialnych źródeł energii, energii wyprodukowanej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła oraz koszty zakupu energii na rynku bilansującym. Ponadto Electrabel zwrócił uwagę, że cena ofertowa sprzedaży energii elektrycznej Grupie Kęty w okresie od 1 lipca 2005 r. do 30 czerwca 2006 r., wyliczona została przez Enion na zdecydowanie niższym poziomie niż cena taryfowa tego przedsiębiorstwa. Wniosek taki Electrabel wyprowadził z faktu, że pomimo, iż sam zaproponował niższą od taryfowej cenę dostaw energii dla Grupie Kęty w tym okresie, to jednak za korzystniejszą Grupa uznała ofertę Enionu.

Niezależnie od powyższego, Electrabel posłużył się również przykładem ofert sprzedaży energii elektrycznej w roku 2006 do kopalń Katowickiego Holdingu Węglowego S. A. w Katowicach (zwanego dalej „Holdingiem”), które - jego zdaniem - obnażają nieuczciwość praktyk rynkowych Enion. A mianowicie w przypadku kopalń Holdingu przyłączonych do sieci Enion – jego oferta nie przewidywała kosztów z tytułu uczestnictwa w rynku bilansującym. Natomiast dla kopalń Holdingu zlokalizowanych poza siecią elektroenergetyczną Enion – w ofercie Enion skalkulowano również koszt zakupu energii rezerwowej na rynku bilansującym, obciążając nim odbiorcę (Holding). Zdaniem Electrabel, stan taki spowodowany jest faktem, że w tym drugim przypadku Enion nie miał możliwości wspólnego rozliczania odchyleń swoich odbiorców i kopalń przyłączonych do sieci innej spółki dystrybucyjnej (tu: Vattenfall Distribution Poland Górnośląskiego Zakładu Elektroenergetycznego S. A. z siedzibą w Gliwicach – zwanego dalej „Vattenfall”). Dlatego też, oferta Enion przewidywała przeniesienie kosztów związanych z uczestnictwem w rynku bilansującym na odbiorcę energii elektrycznej.

Jednocześnie Electrabel wyraził podejrzenie, że stosowanie niezgodnych z Taryfą Enion upustów cenowych ma miejsce także przy sprzedaży przez Enion energii elektrycznej następującym odbiorcom, uprawnionym do wyboru sprzedawcy na zasadzie TPA:

- „Mittal Steel Poland” S. A. w Katowicach,
- „Saint – Gobain Isover Polska” Sp. z o.o. w Gliwicach,
- „Kimberly - Clark” S. A. w Kluczach,
- Przędzalni Zawiercie w Zawierciu.

Odnosząc się do wyżej dokonanych ustaleń i zarzutów Electrabel – mieszczących się w zakresie materii punktu I. sentencji decyzji - Enion stwierdził, że stosowanie upustów cenowych zostało przewidziane w jego Taryfie. I tak, zgodnie z pkt 1.7. Taryfy Enion na 2005 r., w przypadku zawarcia między sprzedawcą i odbiorcą umowy specjalnej związanej ze szczególnymi warunkami dostarczania lub odbioru energii elektrycznej, dopuszcza się stosowanie odmiennych zasad rozliczeń, niż zawarte w tej Taryfie. Przez warunki, o których tu mowa, rozumie się m.in. indywidualny rozkład poboru mocy w godzinach doby, dniach tygodnia i porach roku (tak.: pkt 1.7. lit. b Taryfy). W związku z tak sformułowanymi zapisami taryfowymi, Enion z całą stanowczością zaprzeczył ich interpretacji dokonywanej przez Electrabel, zdaniem którego odsyłają one do pkt. 4.1. Taryfy, nakazującego ustalać opłatę za pobraną energię elektryczną w okresie rozliczeniowym jako iloczyn ilości sprzedanej energii elektrycznej w poszczególnych strefach czasowych i jej ceny w danej grupie taryfowej. Przeciwno takiej interpretacji – w przekonaniu Enion - przemawiają następujące argumenty:

- 1) po pierwsze, w pkt. 1.7. Taryfy mowa jest o „odmiennych zasadach rozliczeń”, natomiast w pkt. 4.1. - o „szczegółowych zasadach rozliczeń”,
- 2) po drugie, te „odmienne zasady rozliczeń” zostały odniesione do końcowego fragmentu punktu 1.7. Taryfy, w którym mowa jest o zasadach rozliczeń odmiennych niż te, które zostały „zawarte w niniejszej taryfie”. Skoro „szczególne zasady rozliczeń” zostały zawarte w Taryfie nie można uznać, iż znajdują one zastosowanie do odbiorców będących stroną tzw. umów specjalnych.

Niemniej jednak, niezależnie od powyższego Enion zastrzegł, iż fakt dopuszczalności lub braku dopuszczalności upustów cenowych według jego Taryfy nie może być na gruncie *ustawy antymonopolowej* argumentem wpływającym na ocenę jego postępowania.

Podkreślił bowiem, iż relewantny z punktu widzenia nadmienionej ustawy będzie tylko taki upust cenowy, który wyczerpuje znamiona praktyk ograniczających konkurencję, w rozumieniu art. 8 ust. 1 i 2 *ustawy antymonopolowej*. Przy czym jego zdaniem, w każdym przypadku ceny oferowane przez Enion nie są cenami dumpingowymi oraz nie prowadzą do subsydiowania skrośnego, a wyłącznie takie praktyki mogą być oceniane pod kątem naruszenia wskazanych tu przepisów.

Uszczegóławiając powyższe wywodził dalej, że istotne z jego punktu widzenia jest organizowanie warunków w jakich Enion prowadzi obrót energią elektryczną w taki sposób, aby jak najbardziej zminimalizować ryzyko związane z funkcjonowaniem na rynku bilansującym, tj. ryzyko powstawania odchyłeń w ramach obsługi sieci Enion pomiędzy deklarowaną a rzeczywiście pobraną energią elektryczną. Analiza najczęściej pojawiających się przyczyn powstawania odchyłeń na rynku bilansującym potwierdza, iż tkwią one w braku zdyscyplinowania większych odbiorców przyłączonych do lokalnej sieci Enion w zakresie rzetelności zgłaszania danych w tzw. godzinowych grafikach obciążeń. Skłania to Enion do stosowania wobec niektórych odbiorców upustów cenowych, jako formy premii za rzetelne sporządzanie godzinowych grafików obciążeń. Dotyczy to w szczególności tej grupy większych odbiorców, co do których opracowywanie prognoz zużycia energii na potrzeby sporządzenia grafików handlowych okazywało się mało skuteczne (np. z uwagi na uzależnienie ilości pobieranej energii przez odbiorcę od otrzymania zlecenia).

Zdaniem Enion, szczególne okoliczności mogą usprawiedliwiać stosowanie upustów cenowych. W jego opinii, potwierdza to m.in. wyrok SN z dnia 25 maja 2004 r. (sygn. akt: III SK 50/04, opubl.: OSNP 2005/11/166), zgodnie z którym *„ujednoczenie cen odbiorcom ciepła, bez ich zróżnicowania w stosunku do odbiorców ponoszących we własnym zakresie koszty eksploatacji węzłów cieplnych, może być oceniane jako narzucanie przez przedsiębiorcę cen nieuczciwych (art. 8 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów)”*.

W związku z powyższym, Enion zaprzeczył, aby cena energii elektrycznej ustalona w umowie z Grupą Kęty lub z jakimkolwiek innym odbiorcą korzystającym z wyboru sprzedawcy na zasadzie TPA była znacząco niższa od cen taryfowych, a przy tym, aby była nieuczciwa i rażąco niska. W odniesieniu do ceny energii, zawartej w umowie z Grupą Kęty, Enion wyjaśnił, że została ona ustalona z uwzględnieniem redukcji kosztów, ponoszonych przez niego na rynku bilansującym w związku z nieplanowanymi odchyleniami pomiędzy zadeklarowaną a rzeczywiście odebraną ilością energii elektrycznej.

Uszczegóławiając zacytowany powyżej zapis punktu IV.16.2 Instrukcji Sieci Rozdzielczej, Electrabel wyjaśnił, iż Enion - będąc bezpośrednim uczestnikiem rynku bilansującego - zgłasza operatorowi systemu przesyłowego (PSE - Operatorowi) sumaryczną planowaną ilość energii elektrycznej, a następnie rozliczanie odchyłeń od pozycji kontraktowej odbiorców odbywa się także wspólnie dla wszystkich podmiotów przyłączonych do sieci Enion (niezależnie od tego, czy są odbiorcami uprawnionymi do korzystania ze swobodnego wyboru sprzedawcy, czy nie i czy w ogóle korzystają z zasady TPA). Przedsiębiorstwo obrotu - sprzedające na zasadzie TPA energię elektryczną odbiorcom przyłączonym do sieci Enion - nie ma takiej możliwości i musi tworzyć odrębne jednostki graficzne dla każdego odbiorcy energii oraz osobno zgłaszać zapotrzebowanie i rozliczać odchylenia od pozycji kontraktowej tych odbiorców (tak: wzmiankowany pkt IV.16.2 Instrukcji Sieci Rozdzielczej).

Na dowód powyższego, Electrabel posłużył się korespondencją e-mail z dnia 6 grudnia 2005r. (prośba Electrabel o umożliwienie wspólnego rozliczania dwóch jego odbiorców) i 12 grudnia 2005 r. (odpowiedź Enion w sprawie tej prośby), w której pracownik Enion odmawia utworzenia jednej wspólnej jednostki grafikowej dla dwóch odbiorców Electrabel, powołując się na obowiązujący w tym zakresie zapis punktu IV.16.2 Instrukcji Sieci Rozdzielczej.

Electrabel zaznaczył również, iż na podstawie poprzednio obowiązującej umowy o świadczenie przez Enion usług przesyłowych (dystrybucyjnych) miał możliwość wspólnego zgłaszania zapotrzebowania i rozliczania odchyleń od pozycji kontraktowej (a więc utworzenia wspólnej jednostki grafikowej) dla dwóch odbiorców, zlokalizowanych na terenie sieci Enion.

W celu szczegółowego wyjaśnienia konsekwencji postanowienia punktu IV.16.2 Instrukcji Sieci Rozdzielczej, Electrabel posłużył się następującym przykładem, wynikającym z jego doświadczeń w prowadzeniu działalności obrotu energią elektryczną:

Spółka obrotu sprzedaje energię elektryczną do dwóch odbiorców A i B, korzystających z prawa wyboru sprzedawcy na zasadzie TPA. Electrabel przyporządkował do tych odbiorców godzinowe prognozy odnośnie zużycia energii, jej rzeczywistego wykorzystania oraz kosztów z tytułu zakupu lub odsprzedaży energii na rynku bilansującym. Jednocześnie, w doniesieniu do tak zaproponowanych odbiorców, Electrabel przyjął rzeczywiste wartości cen rozliczania odchyleń odbiorców energii elektrycznej na rynku bilansującym, które zostały przez niego ustalone na dzień 12 stycznia 2006 r. W podanym przez Electrabel przykładzie rozliczania odchyleń od pozycji kontraktowej odbiorcy A saldo rozliczeń dla doby 12 stycznia 2006 r. wyniosło: 180,84 PLN (zatem kwota, jaką sprzedawca, czyli spółka obrotu otrzyma za odsprzedaną energię na rynku bilansującym jest wyższa od kwoty zapłaconej za zakupioną energię, w związku z tym sprzedawca otrzyma powyższą kwotę od operatora systemu dystrybucyjnego, czyli Enion). Natomiast w odniesieniu do rozliczania odchyleń od pozycji kontraktowej odbiorcy B saldo rozliczeń dla doby 12 stycznia 2006 r. wyniosło: -544,70 PLN (a zatem kwota, jaką sprzedawca otrzyma za odsprzedaną energię na rynku bilansującym jest niższa od kwoty zapłaconej za zakupioną energię, w związku z tym sprzedawca musi zapłacić Enion kwotę w tej wysokości). Z kolei - jak argumentował Electrabel w zaprezentowanym przez siebie przykładzie - jeżeli dojdzie do wspólnego rozliczania odchyleń od pozycji kontraktowej odbiorców A i B, saldo rozliczeń dla doby 12 stycznia 2006 r. wyniesie: -200,80 PLN (zatem kwota, jaką sprzedawca otrzyma za odsprzedaną energię na rynku bilansującym jest niższa od kwoty zapłaconej za zakupioną energię, w związku z tym sprzedawca musi zapłacić Enion kwotę w tej wysokości).

Odnosząc się do przedmiotowego zarzutu antymonopolowego - objętego zakresem punktu II. sentencji niniejszej decyzji - Enion wyjaśnił, iż możliwość wspólnego zgłaszania zapotrzebowania i rozliczania odchyleń od pozycji kontraktowej dla dwóch lub większej liczby odbiorców zlokalizowanych na terenie operatora systemu przesyłowego lub dystrybucyjnego określana jest mianem tzw. grupowania użytkowników systemu elektroenergetycznego. Grupowanie użytkowników systemu odbywa się poprzez włączenie miejsc dostarczania im energii elektrycznej do jednostek grafikowych innych uczestników rynku bilansującego. Z chwilą włączenia podmiotem odpowiedzialnym za bilansowanie odbiorów energii wobec operatora systemu dystrybucyjnego staje się przedsiębiorca dysponujący daną jednostką grafikową. Enion wyjaśnił jednocześnie, że nie miał żadnych możliwości stworzenia warunków grupowania użytkowników systemu, gdyż – jego zdaniem

- możliwość taka nie została przewidziana w obowiązującej Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Przesyłowej PSE – Operatora (zwanej dalej „Instrukcją Sieci Przesyłowej”). Enion zwrócił przy tym uwagę i podkreślił, że zgodnie z regulacjami *ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne* (Dz. U. z 2006 r. Nr 89, poz. 625, z późn. zm. – zwanej dalej „*Prawem energetycznym*”) - Instrukcja Sieci Rozdzielczej, opracowywana przez operatora systemu dystrybucyjnego (w tym Enion), powinna być zgodna z Instrukcją Sieci Przesyłowej PSE – Operatora. Na potwierdzenie czego, Enion wskazał jako podstawę prawną przepis art. 9g ust 5 *Prawa energetycznego*.

Mając powyższe na uwadze Enion reasumując wywodził, iż rozwiązanie przyjęte przez niego w Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion – uniemożliwiające grupowanie różnych odbiorców energii elektrycznej w ramach jednej jednostki graficznej - wymuszone zostało przez konstrukcję jednostki graficznej odbiorczej, przyjętą w treści obowiązującej Instrukcji Sieci Przesyłowej PSE – Operatora.

Odpowiadając na zarzuty podniesione przez Electrabel, Enion doprecyzował jednocześnie – w piśmie z dnia 2 sierpnia 2006 r. - że jego własna Instrukcja Sieci Rozdzielczej nigdy nie przewidywała możliwości grupowania użytkowników systemu elektroenergetycznego w ramach wspólnej dla nich jednostki graficznej. Pomimo tego, na terenie Oddziału Enion w Bielsku – Białej, w okresie pomiędzy 1 sierpnia 2004 r. a 30 czerwca 2005 r. dopuszczono – niezgodnie z Instrukcją Enion – możliwość wspólnego rozliczania dwóch odbiorców w ramach wspólnej dla nich jednostki graficznej. Odbiorcami tymi były przedsiębiorstwa, którym energię elektryczną sprzedawał w tym czasie Electrabel, czyli Grupa Kęty oraz Nadwiślańska Spółka Węglowa S. A.

W zakresie obowiązkowego zabezpieczenia finansowego z tytułu uczestnictwa w rynku bilansującym, Electrabel odwołał się do zapisów punktu D. załącznika nr 4 do Instrukcji Sieci Rozdzielczej, zgodnie z którymi spółka obrotu - sprzedając energię elektryczną odbiorcom w ramach zasady TPA - jest zobowiązana wnieść na rzecz Enion zabezpieczenie finansowe. W opinii Electrabel, skoro na rynku bilansującym dochodzi zarówno do sprzedaży, jak i zakupu energii rezerwowej (różnica pomiędzy energią zamówioną przez odbiorcę, a faktycznie przez niego zużytą) – za dyskryminujące musi być uznane wymaganie wniesienia zabezpieczenia finansowego tylko przez jedną stronę kontraktu, niezależnie od ryzyka występującego po obu stronach. Jak podkreślił Electrabel, obowiązkowe zabezpieczenia finansowe z tytułu uczestnictwa w rynku bilansującym nie jest stosowane przez wszystkie spółki dystrybucyjne. Nie przewidział go np. Vattenfall.

Electrabel zaznaczył, że obecnie obsługuje dwóch odbiorców energii elektrycznej, korzystających z wyboru sprzedawcy energii na zasadzie TPA i przyłączonych do sieci rozdzielczej Enion. Aby możliwe było świadczenie usług sprzedaży energii dla tych odbiorców, Electrabel wyjaśnił, iż ma obowiązek wniesienia na rzecz Enion dwóch odrębnych zabezpieczeń finansowych, w postaci weksli *in blanco*. Na Enion taki obowiązek nie ciąży.

Na dowód powyższego, Electrabel przedstawił: wystawione przez siebie na zabezpieczenie przyszłych wierzytelności Enion weksle *in blanco* i deklaracje wekslowe do nich oraz pisma, w których Enion jednostronnie określa wysokości i sposób wyliczenia zabezpieczenia finansowego dla umowy o świadczenie usług dystrybucji energii, zawartej z Electrabel.

Ustosunkowując się do tego zarzutu i odnoszącej się do niego argumentacji Electrabel, Enion wyjaśnił, że zabezpieczenia finansowe z tytułu uczestnictwa w rynku bilansującym

ustanawiane są wyłącznie na jego rzecz „w celu zapewnienia płynności finansowej rozliczeń z operatorem systemu dystrybucyjnego”. Enion podkreślił że na mocy *Prawa energetycznego*, jako operator obciążony jest szeregiem obowiązków, które wiążą się ze znacznymi nakładami finansowymi po jego stronie. Zdaniem Enion, obowiązki te podejmowane są w interesie ogółu, a ich realizacja jest warunkiem koniecznym prawidłowego funkcjonowania krajowego systemu elektroenergetycznego, co uzasadnia ustanowienie przedmiotowych zabezpieczeń finansowych. Równocześnie brak zabezpieczeń na rzecz kontrahentów Enion wynika – w jego ocenie - z tego, iż jego sytuacja finansowa nie wywołuje u większości kontrahentów obaw, że ich należności nie zostaną przez Enion zaspokojone, w razie zaistnienia takiej potrzeby.

Wybiórcze stosowanie punktu V.6. Instrukcji Sieci Rozdzielczej (dotyczącego wymagań technicznych dla układów i systemów pomiarowo – rozliczeniowych), w przypadku wyrażenia przez odbiorcę energii elektrycznej uprawnionego do TPA woli zmiany sprzedawcy energii, polega – zdaniem Electrabel - na dopuszczalności wykorzystywania istniejących układów pomiarowo – rozliczeniowych, pod warunkiem dokonywania zakupów energii w Enion i konieczności ich modernizacji w razie zamiaru zmiany sprzedawcy.

Na dowód opisywanych w tym miejscu działań, Electrabel przedstawił pismo z 23 czerwca 2004 r., skierowane do Grupy Kęty, w którym Enion informuje o dokonanych sprawdzeniach technicznych układu pomiarowo – rozliczeniowego w Grupie, wykazujących konieczność zrealizowania w krótkim czasie transmisji pomiarów z kontrolowanego układu do systemu Windex. Jednocześnie Electrabel zwrócił uwagę na fakt, że kontrola ta miała miejsce w drugiej połowie czerwca 2004 r., po wygranej przez Electrabel przetargu na sprzedaż dla Grupy Kęty energii elektrycznej w okresie od 1 lipca 2004 r. do 30 czerwca 2005 r.

Nawiązując do powyższego Electrabel stwierdził, że dzięki dotychczasowym kontaktom handlowym posiada wiedzę o pewnych przedsiębiorcach, przyłączonych do sieci rozdzielczej Enion, którzy byli zainteresowani skorzystaniem z zasady TPA i do dnia dzisiejszego nie dokonali wyboru innego, niż Enion sprzedawcy energii elektrycznej. Electrabel wyjaśnił, iż należą do nich następujące podmioty:

- „Timken Polska” Sp. z o.o. w Sosnowcu,
- Walcownia Metali „Dziedzice” S. A. w Czechowicach - Dziedzicach,
- „Stalprodukt” S. A. w Bochni,
- Browar „Okocim” S. A., „Carlsberg Okocim” S. A. w Brzesku,
- „Kraft Foods Polska” Sp. z o.o. w Cieszynie.

Odnosząc się do powyższego zarzutu antymonopolowego - objętego zakresem punktu III. sentencji niniejszej decyzji - Enion doprecyzował, iż z udziałem w rynku bilansującym wiążą się dodatkowe obowiązki odbiorców korzystających z prawa wyboru sprzedawcy energii elektrycznej w zakresie układów pomiarowo - rozliczeniowych, które nie mają zastosowania wobec odbiorców taryfowych. Jak bowiem szczegółowo wyjaśnił Enion, udział w rynku bilansującym oparty jest na następujących zasadach:

- 1) w dobie $n - I$ (od godziny 8:00 do 12:00) operatorzy systemów dystrybucyjnych (jakim jest także Enion) zobowiązani są zgłaszać operatorowi systemu przesyłowego - PSE - Operatorowi zapotrzebowanie na energię elektryczną w każdej godzinie doby n (jest to tzw. energia deklarowana). Z powyższych względów, analogiczny wymóg

został nałożony na odbiorców uprawnionych do wyboru sprzedawcy na zasadzie TPA wobec Enion, jako operatora systemu dystrybucyjnego,

- 2) w dobie n następuje fizyczna realizacja dostaw zamówionej (zadeklarowanej) wcześniej energii elektrycznej,
- 3) w dobie $n + 1$ (od godziny 8:00 do 10:00) następuje przekazanie danych PSE – Operatorowi w zakresie rzeczywistej ilości energii dostarczonej odbiorcom przez operatorów systemów dystrybucyjnych (w tym Enion). Równocześnie w tym samym czasie następuje pobranie przez Enion danych w zakresie ilości energii dostarczonej do odbiorców uprawnionych do TPA (z wykorzystaniem systemów informatycznych typu Windex lub Espim),
- 4) różnica pomiędzy deklarowaną a rzeczywiście pobraną ilością energii elektrycznej stanowi podstawę do sporządzenia raportów, w oparciu o które następuje rozliczenie odchyleń na rynku bilansującym.

Enion podkreślił, że problematyka ta regulowana jest szczegółowo przez Instrukcję Sieci Przesyłowej, a w ślad za przyjętymi w niej rozwiązaniami następnie przez poszczególne Instrukcje Sieci Rozdzielczych właściwych operatorów systemów dystrybucyjnych.

Niezależnie od powyższego Enion podkreślił również, iż problem układów pomiarowo - rozliczeniowych dla odbiorców taryfowych i odbiorców korzystających z zasady TPA wynika z odmiennych zasad rozliczeń za zużytą przez tych odbiorców energię elektryczną. Jak wyjaśnił Enion, układ pomiarowy do wyznaczenia w danym okresie rozliczeniowym (jeden miesiąc, dwa miesiące, sześć miesięcy - w zależności od grupy taryfowej) zużycia energii elektrycznej dla odbiorcy taryfowego nie jest wystarczający do określenia godzinowego zużycia odbiorcy korzystającego z zasady TPA. Enion dookreślił, że układ taki składa się zazwyczaj z licznika, który nie posiada godzinowej rejestracji zużycia i jest zasilany z przekładnika jednordzeniowego oraz nie posiada możliwości zdalnego przesyłania danych godzinowych do systemów rozliczeniowych operatora systemu dystrybucyjnego (przesyłowego). W związku z tym odbiorca chcący skorzystać z zasady TPA ma – w opinii Enion - obowiązek dostosować te elementy układu, które nie spełniają warunków rynku bilansującego. Zdaniem Enion, dopiero tak dostosowany układ daje możliwość dokładnego określania ilości energii elektrycznej, którą odbiorca zużywał w każdej godzinie doby, na podstawie zawartej przez siebie umowy z nowym sprzedawcą oraz ilości energii dostarczonej mu przez operatora systemu dystrybucyjnego w ramach bilansowania jego odchyleń na tym rynku. Enion podkreślił, że wyliczone w ten sposób zużycie jest podstawą do nie dyskryminującego obciążenia stron umowy sprzedaży energii elektrycznej wygenerowanymi przez nie kosztami rynku bilansującego.

Mając powyższe na uwadze Enion zapewnił, że nigdy nie stosował, z innych przyczyn niż prawnie uzasadnione, zróżnicowanych zasad pośredniego udziału w rynku bilansującym odbiorców TPA w zakresie wymogów jakie muszą spełniać urządzenia pomiarowo - rozliczeniowe tych odbiorców.

Podsumowując wszystkie powyższe argumenty i wyjaśnienia Electrabel poinformował dodatkowo, że Instrukcja Sieci Rozdzielczej i wzorzec umowy o świadczenie usług dystrybucji energii elektrycznej, o których mowa powyżej są zatwierdzane przez zarząd Enion i nie podlegają żadnym zewnętrznym procedurom weryfikacyjnym, czy dopuszczeniowym.

Z kolei Enion stanął na stanowisku, że część wyżej przedstawionej problematyki mieści się w zakresie kompetencji Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki (zwanego dalej „Prezesem URE”), gdyż była przedmiotem jego zainteresowania. Tak bowiem Enion wyjaśnił, że na etapie składania wniosku o zatwierdzenie taryfy na rok 2006, przedstawił Prezesowi URE szczegółowe informacje o odbiorcach, z którymi zostały zawarte umowy specjalne, tzn. wyszczególnił wszystkich takich odbiorców i określił stosowany wobec każdego z nich sposób rozliczeń wraz ze wskazaniem poziomu cen i stawek opłat, uiszczanych przez takich odbiorców, ich rocznych ilości mocy oraz ilości zakupywanej przez nich energii elektrycznej. Ponadto Enion poinformował, że wskazał Prezesowi URE wszystkich odbiorców energii przyłączonych do jego sieci, w stosunku do których stosowane są niższe od taryfowych ceny lub stawki opłat wraz z podaniem poziomu tych cen i rocznych ilości mocy oraz ilości sprzedanej energii dla takich odbiorców. Enion doprecyzował, że również w lutym 2006 r. przedłożył informacje o odbiorcach przyłączonych do jego sieci, którzy korzystali w 2005 r. z warunków sprzedaży i dystrybucji energii elektrycznej innych niż określone w taryfie Enion. Jak podkreślił Enion, informacje w powyższym zakresie przekazane Prezesowi URE dotyczyły również Grupy Kęty.

II. Ustalenia dokonane w wyniku analizy informacji i wyjaśnień udzielonych przez Prezesa URE.

W toku zbierania materiału dowodowego, organ antymonopolowy – kierując się także powyższymi wyjaśnieniami stron postępowania - uznał za konieczne uzyskanie uzupełniających informacji również ze strony Urzędu Regulacji Energetyki, jako organu wyspecjalizowanego w sprawach zagadnień energetycznych.

W piśmie z dnia 27 czerwca 2006 r. Prezes URE wyjaśnił, że ceny i stawki opłat zawarte w taryfie Enion zostały ustalone dla parametrów technicznych energii i standardów jakościowych obsługi odbiorców określonych w rozporządzeniu *Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 20 grudnia 2004 r. w sprawie szczegółowych warunków przyłączenia podmiotów do sieci elektroenergetycznych, ruchu i eksploatacji tych sieci* (Dz. U. z 2005 r. Nr 2, poz. 6), jak również dla warunków stosowania cen i stawek opłat określonych w samej taryfie. Dlatego też występowanie – za zgodą odbiorców energii elektrycznej – innych standardów jakościowych obsługi odbiorców lub innych parametrów technicznych energii oraz innych warunków stosowania taryfowych cen i stawek opłat, może uzasadniać obniżenie opłat za energię. Na wypadek występowania takich właśnie szczególnych okoliczności kolejne taryfy Enion przewidywały możliwość zawierania umów specjalnych sprzedaży energii elektrycznej. Przy czym - jak zastrzegł Prezes URE - nie zostały one zdefiniowane i dookreślone w przepisach *Prawa energetycznego*, a przypadki ich stosowania regulują wyłącznie zapisy, zatwierdzonej przez Prezesa URE taryfy.

Prezes URE potwierdził jednocześnie, że na jego żądanie Enion przedstawił wykaz odbiorów, z którymi zawarte zostały umowy specjalne. Ponadto Enion zapewnił Prezesa URE, że odbiorcy ci zostali uwzględnieni w kalkulacji taryfowych cen i stawek opłat. W ocenie Prezesa URE jest to działanie zabezpieczające, mające na celu zapobieżenie zjawisku subsydiowania skrośnego między grupami odbiorców, w ramach którego przedsiębiorstwo energetyczne obciąża kosztami obrotu energią elektryczną jedną grupę odbiorców, z uwagi na fakt stosowania obniżonych cen sprzedaży energii wobec innej grupy odbiorców.

Niezależnie od powyższego Prezes URE zaznaczył, że w postępowaniu o zatwierdzenie taryfy weryfikuje koszty przyjęte przez przedsiębiorstwo energetyczne przy jej opracowywaniu. Dlatego też sprzedaż energii po cenach niższych niż określone

w zatwierdzonej taryfie może sugerować, że Prezes URE został przez przedsiębiorstwo energetyczne wprowadzony w błąd co do wysokości kosztów uzasadnionych. Do podobnych wniosków Prezes URE doszedł również w piśmie z dnia 15 lipca 2005 r., skierowanym do Electrabel, a następnie - w trakcie postępowania antymonopolowego - załączonym przez niego do akt niniejszej sprawy.

Prezes URE poinformował dodatkowo, że przepisy *Prawa energetycznego* oraz rozporządzeń wykonawczych do tej ustawy nie uniemożliwiają operatorom systemów dystrybucyjnych wprowadzania do ich własnych instrukcji ruchu i eksploatacji sieci rozdzielczych regulacji zezwalających na tworzenie – zarówno przez spółki obrotu, jak i samych odbiorców - jednej jednostki grafikowej dla kilku odbiorców energii elektrycznej. Wprawdzie ww. przepisy nie regulują szczegółowo kwestii rozliczania odchyleń od pozycji kontraktowej odbiorców (niezbilansowania), w tym możliwości prowadzenia wspólnych rozliczeń dla grupy odbiorców, niemniej jednak nigdy takich ograniczeń nie wprowadzały. W opinii Prezesa URE, również rozwiązania przyjęte w zatwierdzonej Instrukcji Sieci Przesyłowej PSE – Operatora nie ograniczają liczby odbiorców rozlicznych w ramach jednej jednostki grafikowej.

Jak ocenił Prezes URE, możliwość tworzenia grup bilansujących - czyli łączenia kilku odbiorców w ramach jednej jednostki grafikowej – jest z pewnością dopuszczalna na gruncie obowiązującej w polskim porządku prawnym zasady swobody zawierania umów. Zgodnie bowiem z art. 353¹ *kodeksu cywilnego*, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) tego stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Prezes URE argumentował dalej, że zawarcie umowy, w której zainteresowane podmioty określają zasady współpracy w ramach grupy bilansującej odbiorców (tj. umowy tworzącej taką grupę) nie jest zakazane przez żadne przepisy prawa. Zatem zawarcie umowy agregującej grupę odbiorców mieści się w zakresie ich swobody kontraktowania. Zdaniem Prezesa URE, tego ustawowego uprawnienia nie może ograniczać Instrukcja Sieci Rozdzielczej (Dystrybucyjnej), jako dokument wewnętrzny każdej spółki dystrybucyjnej, mimo że stanowi ona ogólne warunki umów w rozumieniu przepisów *kodeksu cywilnego* i jest załącznikiem do umów o świadczenie usług dystrybucyjnych. Prezes URE doprecyzował dodatkowo, że z punktu widzenia przedsiębiorstwa dystrybucyjnego, grupa bilansująca powinna w zasadzie być traktowana jako tzw. odbiorca rozproszony, czyli jeden odbiorca dysponujący wieloma punktami odbioru. W imieniu takiej grupy rozliczenia z przedsiębiorstwem dystrybucyjnym prowadziłby jeden podmiot – np. spółka obrotu (sprzedawca) lub podmiot (odbiorca) zarządzający grupą – który zgłaszałby sumaryczne grafiki poboru energii przez wszystkich przedsiębiorców (odbiorców) objętych wspólnym rozliczaniem.

Ponadto Prezes URE stwierdził, że uniemożliwienie wspólnego rozliczania odchyleń od pozycji kontraktowej kilku odbiorców energii w ramach jednej jednostki grafikowej, poprzez obowiązek tworzenia oddzielnych jednostek grafikowych dla poszczególnych odbiorców – jak ma to miejsce w niniejszej sprawie – prowadzi do pośredniego włączenia tych odbiorców do centralnego mechanizmu bilansowania (przeznaczonego dla wytwórców energii elektrycznej i dużych podmiotów działających na rynku hurtowym). Praktyka taka – w ocenie Prezesa URE – wiąże się z nałożeniem na odbiorców dodatkowych obowiązków (np. prognozowania zużycia energii, zgłaszania grafików, przebudowy układów pomiarowych i transmisji danych), które powodują dodatkowe koszty. Ponadto spółka dystrybucyjna czerpie w takich przypadkach nieuzasadnione korzyści finansowe wynikające z odrębnego rozliczania każdego odbiorcy, podczas, gdy w istocie sumaryczne odchylenia często wzajemnie znoszą się, redukując znacząco koszty wynikające z niezbilansowania samej spółki dystrybucyjnej. Oznacza to, że spółka dystrybucyjna otrzymuje w niektórych

godzinach większe należności z tytułu odchyłeń poszczególnych odbiorców korzystających z zasady TPA, niż wynoszą jej zobowiązania wobec PSE – Operatora z tytułu jej sumarycznych odchyłeń.

Reasumując Prezes URE podkreślił, że – w jego ocenie - rozwiązania stosowane przez spółkę dystrybucyjną, wynikające z Instrukcja Sieci Rozdzielczej Enion nie zatwierdzanej przez organ regulacji energetyki, w tym brak możliwości grupowania odbiorców, w znacznym stopniu opóźniają faktyczne otwarcie rynku energii elektrycznej dla małych odbiorców.

Niezależnie od powyższego – na podstawie wyjaśnień Prezesa URE z dnia 6 sierpnia 2009 r. – organ antymonopolowy ustalił następujące dane w zakresie sprzedaży energii elektrycznej na terenie Polski w latach 2005 i 2006, czyli w okresie objętym analizą i oceną niniejszej decyzji:

W roku 2005 całkowity wolumen sprzedaży energii elektrycznej przez wszystkie przedsiębiorstwa energetyczne działające na terenie Polski wyniósł 107.400 GWh, natomiast w roku następnym – 2006, wielkość ta w skali całego kraju osiągnęła poziom 113.025 GWh energii elektrycznej.

Z kolei wolumen energii elektrycznej zakupionej przez przedsiębiorców uprawnionych do wyboru sprzedawcy na zasadach TPA wyniósł w roku 2005 ok. 78.000 GWh (por: Biuletyn URE z dnia 2 maja 2006, nr 3/2006, zawierający sprawozdanie z działalności Prezesa URE w 2005 r., tabela A 10, s. 14), natomiast w 2006 roku 82.000 GWh (por: Biuletyn URE z dnia 2 maja 2008, nr 3/2008, zawierający sprawozdanie z działalności Prezesa URE w 2007 r., tabela 11, s. 37). Z danych URE, zamieszczonych w ww. biuletynach wynika również, że w roku 2005 najwięksi odbiorcy - zużywający powyżej 2.000 MWh rocznie - zakupili 51.823.358 MWh, czyli blisko 51.823,4 GWh (por: Biuletyn URE z dnia 2 maja 2006, nr 3/2006, zawierający sprawozdanie z działalności Prezesa URE w 2005 r., tabela A 10, s. 14).

W tym samym okresie – jak ustalono na podstawie ww. wyjaśnień Prezesa URE z dnia 6 sierpnia 2009 r. - Enion sprzedał odbiorcom końcowym:

- 14.135,726 GWh energii elektrycznej w roku 2005, co stanowi 13,16 % całkowitego wolumenu energii elektrycznej sprzedanej przez wszystkie przedsiębiorstwa energetyczne w Polsce oraz ok. 18,1% energii zakupionej przez przedsiębiorców uprawnionych do wyboru sprzedawcy na zasadach TPA;

- 16.540,232 GWh energii elektrycznej w roku 2006, co daje 14,63 % całkowitego wolumenu energii elektrycznej sprzedanej w Polsce oraz ok. 20,2% energii zakupionej przez przedsiębiorców uprawnionych do wyboru sprzedawcy na zasadach TPA.

Zbliżone ilości energii elektrycznej – jak wynika z danych przekazanych przez Prezesa URE – sprzedawali na przestrzeni lat 2005 i 2006 najwięksi konkurenci Enion, tj. inne przedsiębiorstwa dystrybucyjne, takie jak Enea S. A. w Poznaniu, Energia – Operator S. A. w Gdańsku, czy EnergiaPro S. A. we Wrocławiu. Niemniej jednak, w tym samym latach udział w rynku krajowym – mierzony wielkością sprzedaży energii elektrycznej - także każdego z pozostałych 12 największych dystrybutorów energii kształtował się w granicach 2 % lub nawet na wyższym poziomie.

Jak wynika z dalszych wyjaśnień, udzielonych przez Prezesa URE w ww. piśmie z dnia 6 sierpnia 2009 r., przedstawione wyżej dane pochodzą z informacji statystycznych Agencji Rynku Energii S. A. i uwzględniają wolumen sprzedaży energii elektrycznej przez 15 największych spółek energetycznych oraz sprzedaży wszystkich pozostałych przedsiębiorstw o małym udziale w rynku (m.in. małych lokalnych przedsiębiorstw dystrybucyjnych).

III. Ustalenia dokonane w wyniku analizy dokumentów i wyjaśnień zebranych od uczestników rynków energetycznych: PSE – Operator i Vattenfall.

W ramach postępowania antymonopolowego przeprowadzono również badania wśród niektórych przedsiębiorców działających na rynku energii elektrycznej, w tym uczestniczących w rynku bilansującym, mające na celu ustalenie dalszych okoliczności związanych z zarzutami, objętymi przedmiotem tego postępowania. Adresatem tych badań był m.in. operator systemu przesyłowego elektroenergetycznego – Polskie Sieci Elektroenergetyczne PSE – Operator S. A. (zwany dalej „PSE – Operator”).

Na skutek wezwania organu antymonopolowego, pismem z dnia 5 lipca 2007 r., PSE – Operator wyjaśnił, że na podstawie art. 9g *Prawa energetycznego* opracował nową Instrukcję Sieci Przesyłowej, obowiązującą od 1 czerwca 2006 r. Data ta wyznacza granice obowiązywania różnych zasad bilansowania użytkowników systemu elektroenergetycznego na rynku bilansującym, odmiennych w dotychczas obowiązujących (przed tą datą) Instrukcjach w stosunku do Instrukcji aktualnej.

W pewnym uproszczeniu model bilansowania zawarty w dotychczasowych Instrukcjach opierał się na założeniu, że bilansowanie użytkowników systemu odbywa się poprzez ich udział w rynku bilansującym za pośrednictwem właściwego operatora systemu dystrybucyjnego (spółki dystrybucyjnej), do sieci którego użytkownik jest przyłączony i z którym ma zawartą umowę przesyłową. W modelu tym użytkownicy dokonywali zgłoszeń danych handlowych i technicznych oraz rozliczali się ze swoich odchyłeń z właściwym operatorem systemu dystrybucyjnego. Jak dalej wyjaśniał PSE – Operator - dotychczasowe Instrukcje przewidywały grupowanie na rynku bilansującym użytkowników systemu w ramach jednej lub większej liczby jednostek grafikowych spółki dystrybucyjnej. Przekazane w tym zakresie wyjaśnienia PSE – Operator w pełni pokrywają się z dokonaną przez organ antymonopolowy analizą zapisów Instrukcji Sieci Przesyłowej, obowiązującej od 1 maja 2004 r., które zawarte zostały głównie w następujących jej punktach: 1.4.3 - 1.4.10., 1.6.6. – 1.6.12. oraz 1.7.1. – 17.3. Organ antymonopolowy ustalił również, że takie same rozwiązania w analizowanym tu zakresie istniały we wcześniej obowiązujących Instrukcjach z roku: 2001, 2002 oraz w czterech następujących po sobie Instrukcjach wprowadzonych w życie w roku 2003, jak również w trzech następujących po sobie Instrukcjach obowiązujących w ostatnich miesiącach roku 2004 oraz w całym roku 2005. Dokonane przez organ antymonopolowy ustalenia co do zasad bilansowania i rozliczania odbiorców energii elektrycznej zostały szerzej przedstawione poniżej w punkcie V opisu stanu faktycznego niniejszej decyzji.

Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia i ustalenia - w opinii PSE - Operator - istniały podstawy do wprowadzenia do Instrukcji Sieci Rozdzielczych regulacji zezwalających na tworzenie przez przedsiębiorstwa obrotu energią elektryczną jednej jednostki grafikowej dla kilku odbiorców energii, w celu wspólnego rozliczania odchyłeń od pozycji kontraktowej tych odbiorców. Jednocześnie PSE – Operator podkreślił,

że w modelu bilansowania obowiązującym w dotychczasowych Instrukcjach grupowanie użytkowników systemu było również możliwe poza rynkiem bilansującym, tj. w ramach lokalnego rynku funkcjonującego na obszarze danego operatora systemu dystrybucyjnego.

Podsumowując i systematyzując powyższy problem, PSE – Operator wywodził, co następuje:

Wprawdzie „dotychczasowe Instrukcje nie przewidywały grupowania, w ramach jednostek graficznych na rynku bilansującym, użytkowników systemu z obszarów różnych operatorów systemów dystrybucyjnych”. Zgodnie jednak z obowiązującym modelem bilansowania, „dotychczasowe Instrukcje przewidywały grupowanie użytkowników systemu z terenu jednego operatora systemu dystrybucyjnego, umożliwiając jednocześnie implementację tego rozwiązania z wykorzystaniem jednego z dwóch mechanizmów:

- 1) w ramach obiektów rynku bilansującego, poprzez utworzenie odrębnej jednostki graficznej spółki dystrybucyjnej, reprezentującej zgrupowanych użytkowników systemu oraz
- 2) poza rynkiem bilansującym, w ramach wewnętrznych (autonomicznych i samodzielnych – przyp. organu antymonopolowego) zasad lokalnego rynku”.

Z kolei – również w pewnym uproszczeniu - w aktualnej Instrukcji, tj. obowiązującej po 1 czerwca 2006 r. przedsiębiorstwo obrotu energią elektryczną, będące uczestnikiem rynku bilansującego może posiadać jednostkę graficzną odbiorczą grupującą użytkowników systemu (czyli wytwórców energii lub odbiorców energii, mających prawo wyboru sprzedawcy). W powyższym zakresie przedsiębiorstwo obrotu energią jest odpowiedzialne za bilansowanie handlowe, na rynku bilansującym, użytkowników systemu skupionych w ramach swojej jednostki graficznej. Takie reguły tworzenia jednostek rozliczeniowych i bilansowania handlowego uczestników rynku elektroenergetycznego, w tym odbiorców energii przez przedsiębiorstwa obrotu energią potwierdził organ antymonopolowy, w wyniku analizy zapisów punktów 2.1.3.1. – 2.1.3.6. oraz punktów 2.1.5.11. – 2.1.5.13. aktualnej Instrukcji Sieci Przesyłowej PSE – Operator.

PSE – Operator przedstawił również wyjaśnienia i informacje w zakresie systemu zabezpieczeń należytego wykonania umowy dotyczących rozliczeń za energię elektryczną, dokonując ponownie podziału na okres przed 1 czerwca 2006 r. (obowiązywania dotychczasowych Instrukcji) oraz po tej dacie (wejście w życie aktualnej Instrukcji).

Jak wyjaśnił PSE - Operator, zgodnie z zasadami systemu zabezpieczeń finansowych, uczestnicy rynku bilansującego ustanawiają zabezpieczenie w określonej w Instrukcji Sieci Przesyłowej formie, na poczet zobowiązań z tytułu zakupu energii na rynku bilansującym. Taki stan rzeczy potwierdza dokonana przez organ antymonopolowy analiza zapisów punktów 2.2.1.2.1.1. - 2.2.1.2.1.10. aktualnej Instrukcji Sieci Przesyłowej oraz zapisów punktu 2.2.1.1. i 2.2.2.1. dotychczasowej Instrukcji Sieci Przesyłowej, obowiązującej od 1 kwietnia 2005 r., jak również odpowiednich zapisów wszystkich pozostałych dotychczasowych Instrukcji z roku: 2001, 2002, 2003, 2004 oraz 2005.

Z tym jednak wyjątkiem, że w dotychczasowych Instrukcjach zabezpieczenie było kalkulowane na podstawie zobowiązań z okresów poprzednich, które PSE – Operator monitorował, sygnalizując uczestnikowi rynku przekroczenie poziomu zabezpieczenia ustalonego na dany moment. Takie wnioski organ antymonopolowy wyprowadził z zapisów punktów 2.2.1.4. – 2.2.1.17. dotychczasowej Instrukcji Sieci Przesyłowej, obowiązującej od 1 kwietnia 2005 r., jak również właściwych w tej materii zapisów wszystkich pozostałych dotychczasowych Instrukcji wymienionych powyżej. Takie reguły kalkulowania zabezpieczeń finansowych z tytułu uczestnictwa na rynku bilansującym zostały również

potwierdzone przez PSE – Operatora w jego wyjaśnieniach skierowanych do organu antymonopolowego w dniu 5 lipca 2007 r.

Natomiast w aktualnej Instrukcji każdy uczestnik rynku bilansującego ma możliwość przedłożenia zabezpieczenia finansowego w wysokości odpowiedniej do planowanej aktywności na tym rynku i związanego z tym ryzyka. Taki stan faktyczny wynika – w cenie organu antymonopolowego - z licznych postanowień rozdziału 2.2.1.2.1. aktualnej Instrukcji Sieci Przesyłowej, zatytułowanego „Zasady ustanawiania i przedkładania zabezpieczeń”. Zasady te zostały również w sposób wyraźny i jednoznaczny potwierdzone przez PSE – Operatora w ww. piśmie z dnia 5 lipca 2007 r., złożonym do akt postępowania antymonopolowego.

Na koniec, odnosząc się do kwestii związania operatora systemu dystrybucyjnego zapisami Instrukcji Sieci Przesyłowej dotyczącymi zabezpieczeń finansowych, tj. obowiązku uwzględnienia w Instrukcji Sieci Rozdzielczej identycznych, jak w Instrukcji Sieci Przesyłowej, wymagań w tym zakresie – PSE - Operator S A wyraził przekonanie, że zobowiązanie takie nie istniało w dotychczasowych Instrukcjach oraz nie istnieje w aktualnej Instrukcji.

Zdaniem organu antymonopolowego, istotne znaczenie dla potrzeb analizy całości zebranego w niniejszej sprawie materiału dowodowego oraz oceny zarzutów antymonopolowych przedmiotowej decyzji, mają również ustalenia uzyskane od innego uczestnika rynku energii elektrycznej - Vattenfall Distribution Poland Górnośląskiego Zakładu Elektroenergetycznego S. A. w Gliwicach. Znaczenie danych i informacji zebranych od tego przedsiębiorcy jest o tyle wymierne dla analizy niniejszej sprawy, że Vattenfall jeszcze znacznie przed rokiem 2007 – w którym zaktualizował się ustawy obowiązek wydzielania z operatorów systemów dystrybucyjnych (działających jako przedsiębiorstwa zintegrowane pionowo) spółek obrotu energią elektryczną - był jedynym przedsiębiorcom energetycznym, który takiego podziału dokonał. A mianowicie na obszarze dawnego Górnośląskiego Zakładu Elektroenergetycznego S. A. w Gliwicach działały dwa niezależne od siebie przedsiębiorstwa energetyczne: w zakresie dystrybucji energii - wspomniany już Vattenfall Distribution Poland oraz w zakresie sprzedaży energii (w tym również sprzedaży z urzędu, tj. dla podmiotów nieuprawnionych do wyboru sprzedawcy na zasadzie TPA oraz uprawnionych, którzy jednak takiego wyboru sprzedawcy nie dokonali) - Vattenfall Sales Poland.

Odpowiadając na wątpliwości organu antymonopolowego w zakresie stosowania taryf, Vattenfall wyjaśnił pismem z dnia 8 sierpnia 2006 r., że jego taryfa nie przewidywała i nie przewiduje kategorii tzw. umów specjalnych, tzn. takich umów, które stwarzają możliwość przyznania upustów cenowych od taryfowych cen i stawek opłat. Z kolei odpowiadając na pytanie, czy stosowanie upustów cenowych – w określonych sytuacjach, uzasadnionych korzystniejszymi warunkami sprzedaży energii elektrycznej - zostało w ogóle przewidziane w obowiązującej taryfie, Vattenfall poinformował, że takie upusty nie są stosowane. Organ antymonopolowy dokonał w tym zakresie szczegółowej analizy taryfy Vattenfalla obowiązującej w roku 2006 r., zatwierdzonej decyzją Prezesa URE z dnia z 16 grudnia 2005 r., ustalając jednoznacznie, że taryfa ta nie posługuje się pojęciem umowy specjalnej lub jakąkolwiek inną tożsamą takiej umowie konstrukcją prawną. Jednocześnie organ antymonopolowy nie doszukał się w całej taryfie Vattenfall za rok 2006 żadnych innych zapisów, które by dopuszczały lub umożliwiały stosowanie upustów od taryfowych cen i stawek opłat.

Vattenfall wyjaśnił również, że Instrukcja Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej Vattenfall nie reguluje problemu grupowania użytkowników systemu elektroenergetycznego, czyli spraw związanych z tworzeniem jednej jednostki grafikowej dla kilku odbiorców energii elektrycznej w celu wspólnego rozliczania odchyleń od pozycji kontraktowej tych odbiorców. Potwierdza to analiza ww. Instrukcji Sieci Dystrybucyjnej Vattenfall – załączonej do jego pisma z dnia 8 sierpnia 2006 r. - dokonana przez organ antymonopolowy. Organ stwierdził przede wszystkim, że postanowienia poszczególne części Instrukcji Vattenfall związane z tą problematyką, tj. jej postanowienia części: A, B, D i E w ogóle nie wspominają o agregowaniu odbiorców w ramach jednej, wspólnej dla nich grupy rozliczeniowej. Organ antymonopolowy ustalił natomiast, że najbardziej miarodajny w tym zakresie zapis punktu A.3.2.2. daje odbiorcy energii elektrycznej prawo wskazania innego podmiotu, który w ramach swojej jednostki grafikowej będzie odpowiedzialny za jego bilansowanie handlowe.

Jednocześnie również Vattenfall potwierdził, że wychodząc naprzeciw potrzebom sprzedawców (spółek obrotu energią) dopuszcza tworzenie takich zagregowanych jednostek odbiorczych. Vattenfall doprecyzował, że wymagania stawiane grupie odbiorców (rozliczającej się w ramach jednej jednostki grafikowej) są takie same jak dla pojedynczego odbiorcy, chcącego korzystać z zasady TPA. Organ antymonopolowy wywiódł, że taki stan rzeczy zdaje się także potwierdzać treść Instrukcji Sieci Dystrybucyjnej Vattenfall, skoro nie wprowadzono w niej żadnych szczególnych regulacji, różnicujących odbiorców zgrupowanych w ramach jednej jednostki odbiorczej oraz pojedynczego odbiorcę. Taki wniosek organ wyprowadził również w ww. postanowieniach części: A, B, D i E Instrukcji Vattenfall.

Kończąc wyjaśnienia dotyczące problematyki grupowania użytkowników systemu elektroenergetycznego, Vattenfall poinformował, że z jego dotychczasowych doświadczeń wynika, że grupy odbiorców tworzą sprzedawcy energii elektrycznej, będący przedsiębiorstwami obrotu energią.

W kwestii zabezpieczeń finansowych z tytułu uczestnictwa odbiorców lub spółek obrotu w rynku bilansującym, Vattenfall wyjaśnił, co następuje:

Zabezpieczenia finansowe z tego tytułu reguluje Instrukcja Sieci Dystrybucyjnej Vattenfall z 18 lipca 2005 r. w załączniku Nr 5 pn. „Regulamin bilansowania i rozliczeń w sieci dystrybucyjnej”, rozdziale D pt. „Zabezpieczenia finansowe procesu rozliczeń”. Zabezpieczenia dotyczą podmiotów rozliczających energię elektryczną bilansującą, tj. odbiorców korzystających z zasady TPA lub spółek obrotu - jeżeli odbiorca wskazał takiego sprzedawcę jako odpowiedzialnego za bilansowanie handlowe. Informacje te zostały potwierdzone przez organ antymonopolowy, na skutek analizy i interpretacji postanowień rozdziału D załącznika Nr 5 do Instrukcji Sieci Dystrybucyjnej Vattenfall. Z analizy licznych postanowień tego załącznika wynika również, że w przypadkach kiedy zobowiązania Vattenfall z tytułu realizacji bilansowania handlowego oraz umów sprzedaży energii przez spółki obrotu są większe, niż tych spółek w stosunku do niego, to wówczas zabezpieczenia finansowe nie są naliczane i pobierane. Dotyczy to w szczególności następujących przypadków:

- 1) stosowania przez spółki obrotu praktyki utrzymywania „pozycji długiej” na rynku bilansującym, tzn. kupowania energii elektrycznej w ilości nieco większej niż jej zużycie, w wyniku czego dochodzi do odsprzedaży nadmiaru energii na rynek bilansujący,
- 2) realizacji przez Vattenfall umów zakupu energii elektrycznej ze spółkami obrotu, które jednocześnie są podmiotami odpowiedzialnymi za bilansowanie handlowe wyznaczonymi przez odbiorców.

Vattenfall w swoich wyjaśnieniach - zawartych w piśmie z dnia 8 sierpnia 2006 r. – również jednoznacznie potwierdził, że takie zabezpieczenia finansowe nie są przez niego stosowane, ponieważ wprost określił je jako nieuzasadnione.

Wreszcie odnośnie ostatniego z problemów, będących przedmiotem zarzutów antymonopolowych, czyli nakładania na odbiorcę uprawnionego do wyboru sprzedawcy na zasadach TPA, który zadeklaruje chęć skorzystania z tego prawa, dodatkowych obowiązków w zakresie modernizacji układów pomiarowo – rozliczeniowych, Vattenfall argumentował:

W przypadku realizacji przez klienta jego prawa do zmiany sprzedawcy na zasadach TPA, obowiązek lub jego brak w zakresie modernizacji układu pomiarowego energii elektrycznej wynika z obecnego stanu tego układu. Vattenfall wyjaśnił bowiem, że dokonuje każdorazowo indywidualnej analizy konieczności modernizacji całego układu pomiarowego bądź jego poszczególnych elementów. W celu zobrazowania tego procesu, Vattenfall posłużył się następującym przykładem: klient posiada zainstalowane w układzie pomiarowym liczniki indukcyjne, które ze względu na konieczność rejestracji krzywych dobowo - godzinowego zużycia energii, ich zdalnej transmisji i zgłaszania umów sprzedaży zgodnie z zasadami Instrukcji Sieci Przesyłowej PSE – Operator, a co za tym idzie Instrukcji Sieci Dystrybucyjnej Vattenfall nie mogą służyć do rozliczania na rynku bilansującym energii elektrycznej. Wymiana liczników indukcyjnych na elektroniczne - zgodnie z wymaganiami tych Instrukcji - spowoduje obniżenie obciążenia przekładników pomiarowych poniżej wartości 25 % mocy znamionowej tych przekładników i doprowadzi do konieczności dociążenia przekładników odpowiednimi rezystorami, tak aby wartość obciążenia przekładników mieściła się w wymaganym przedziale 25 % - 100 %. Zdarza się jednak także – jak doprecyzował Vattenfall – że stan układu pomiarowego klienta, rozliczanego dotąd jako odbiorca taryfowy pozwala na jego wykorzystanie zgodnie z zasadami TPA, bez dodatkowych kosztów. Czasami jednak poniesienie kosztów modernizacji jest koniecznością, przede wszystkim w celu zagwarantowania możliwości wypełnienia obowiązków odbiorcy w zgodzie z zasadami zgłaszania umów sprzedaży energii elektrycznej.

Niezależnie od powyższego organ antymonopolowy dokonał również analizy postanowień części C Instrukcji Sieci Dystrybucyjnej Vattenfall, zatytułowanej: „Zasady wyznaczania, przekazywania i udostępniania danych pomiarowych”. W części tej szczegółowo uregulowano wszelkie kwestie techniczne i organizacyjne związane z problematyką: wyznaczania i przekazywania danych pomiarowych do operatora systemu przesyłowego – PSE – Operatora, wzajemnego udostępniania tych danych przez uczestników procesu sprzedaży energii elektrycznej oraz wymagań technicznych dla układów i systemów pomiarowo – rozliczeniowych. Przy czym organ antymonopolowy nie doszukał się w żadnym z postanowień części C Instrukcji Vattenfall dodatkowych obowiązków w zakresie modernizacji układów pomiarowo – rozliczeniowych, ewentualnie nakładanych na odbiorców korzystających z wyboru sprzedawcy na zasadach TPA. Obowiązków lub ograniczeń takich nie nakładały w szczególności miarodajne w tym zakresie postanowienia punktów C.3.1.1. – C.3.6.5. Instrukcji Sieci Dystrybucyjnej Vattenfall dotyczące wymagań technicznych dla układów i systemów pomiarowo – rozliczeniowych. Organ antymonopolowy ustalił, że każdy z tych zapisów w sposób jednakowy i równoprawny traktuje wszystkich uczestników lokalnego rynku dystrybucji energii elektrycznej.

IV. Ustalenia organu antymonopolowego dotyczące stron postępowania oraz rynków, na których prowadzą one działalność.

Mając na uwadze wyżej opisane informacje i wyjaśnienia stron postępowania, Prezesa URE oraz uczestników rynków energetycznych, tj. PSE – Operator i Vattenfall, a także uwzględniając fakty powszechnie znane i fakty znane organowi antymonopolowemu z urzędu – związane z doświadczeniami organu w prowadzeniu innych spraw, których przedmiotem były rynki energetyczne oraz towary na nich oferowane – organ antymonopolowy poczynił następujące ustalenia dotyczące stron postępowania oraz rynków, na których prowadzą one działalność:

Wnioskodawca - Electrabel jest przedsiębiorstwem energetycznym, prowadzącym koncesjonowaną działalność gospodarczą w zakresie obrotu energią elektryczną, obejmującą w szczególności: sprzedaż hurtową i detaliczną energii elektrycznej oraz usług energetycznych dla przedsiębiorców. W ramach swojej działalności Electrabel zakupuje energię od jej wytwórców w celu dalszej odsprzedaży, uczestnicząc w ten sposób w konkurencyjnym rynku obrotu energią elektryczną na terenie całej Polski. Od 1 stycznia 2007 r. Electrabel wszedł w skład grupy energetycznej działającej pod firmą Electrabel Grupa Suez, prowadzącej w Polsce zarówno działalność w zakresie obrotu energią elektryczną, jak również zajmującą się wytwarzaniem energii.

Enion – przeciwko któremu Electrabel skierował wniosek o wszczęcie postępowania antymonopolowego – był w dacie wszczęcia tego postępowania przedsiębiorstwem energetycznym zintegrowanym pionowo. Oznacza to, że Enion posiadał koncesje na obrót energią elektryczną obowiązującą na terenie całej Polski, na przesył i dystrybucję energii na obszarze sieci przez niego zarządzanej oraz na wytwarzanie energii elektrycznej i ciepła. Na podstawie koncesji na obrót energią Enion - podobnie jak Electrabel – prowadził działalność związaną z zakupem i odsprzedażą energii elektrycznej i w tym zakresie jego kontrahentami byli wytwórcy, odbiorcy uprawnieni do TPA oraz przedsiębiorstwa obrotu. W ramach tej działalności Enion posiadał m.in. zawartą z Electrabel w dniu 4 stycznia 2005 r. umowę ramową sprzedaży energii elektrycznej. Z kolei w związku z posiadaniem koncesji na przesył i dystrybucję energii, Enion pełnił i nadal pełni funkcję operatora systemu dystrybucyjnego na terenie jego sieci elektroenergetycznej, obejmującej obszar działania dawnych zakładów energetycznych w: Będzinie, Bielsku – Białej, Częstochowie, Krakowie oraz Tarnowie. A zatem wyłącznie Enion mógł dotychczas i może nadal świadczyć usługę dystrybucji energii elektrycznej na terenie zarządzanej przez niego rozdzielczej sieci elektroenergetycznej.

Na skutek zmian stanu prawnego – wynikających z treści przepisów art. 9d *Prawa energetycznego* - które weszły w życie z dnia 1 lipca 2007 r., Enion (jak każdy operator systemu dystrybucyjnego) dokonał rozdzielania działalności w zakresie dystrybucji energii elektrycznej od działalności związanej z obrotem energią. Podział taki polegał na wydzieleniu z jego struktur spółki obrotu energią elektryczną, która od tego dnia prowadziła działalność pod firmą Enion Energia Sp. z o.o. (zwana dalej „Enion Energia”). Na skutek dokonanego podziału Enion Energia wstąpiła w prawa i obowiązki wynikające z wszelkich umów sprzedaży energii elektrycznej, zawartych uprzednio przez Enion. W tym stanie rzeczy podmiotem prowadzącym działalność w zakresie obrotu energią elektryczną jest po 1 lipca 2007 r. wyłącznie spółka Enion Energia. Natomiast Enion pozostał operatorem systemu dystrybucyjnego, wyłącznie odpowiedzialnym za świadczenie usług dystrybucji energii na terenie jego sieci elektroenergetycznej.

Niezależnie od powyższego, w wyniku kolejnych przekształceń dotyczących struktury organizacyjnej, Enion wszedł w skład holdingu energetycznego pod nazwą Tauron Polska

Energia, który rozpoczął działalność 9 maja 2007 r. Zgodnie z rządowym „Programem dla elektroenergetyki” w skład holdingu weszły również, poza Enion S. A., EnergiaPro S. A. we Wrocławiu, Południowy Koncern Energetyczny S. A. w Katowicach i Elektrownia Stalowa Wola S. A. w Stalowej Woli. Z kolei w dniu 30 kwietnia 2008 r. Enion S. A. zmienił swoją dotychczasową siedzibę, która obecnie mieści się przy ul. Zawilej 65 L. Z uwagi na powyższe, Enion S. A. w Krakowie konsekwentnie nazywany będzie w dalszej części niniejszej decyzji jak dotychczas – tj. „Enion”.

Porządkując i uściślając powyższe informacje o stronach postępowania antymonopolowego można wyprowadzić wniosek, że polski sektor energii elektrycznej dzieli się na cztery podsektory: wytwarzania, przesyłu, dystrybucji i obrotu energią elektryczną. Głównymi podmiotami występującymi na rynku energii elektrycznej, zarówno po jego stronie podażowej, jak i popytowej są zatem:

- wytwórcy energii elektrycznej,
- operator systemu przesyłowego,
- spółki dystrybucyjne,
- przedsiębiorstwa obrotu,
- odbiorcy, tj. otrzymujący lub pobierający energię elektryczną na podstawie umowy z ww. przedsiębiorstwami energetycznymi (por.: art. 3 pkt 13 *Prawa energetycznego*), w tym odbiorcy końcowi zakupujący energię wyłącznie na własny użytek (por.: art. 3 pkt 13a *Prawa energetycznego*).

Podsektor wytwarzania energii elektrycznej obejmuje przede wszystkim kilkadziesiąt elektrowni i elektrociepłowni, które wprowadzają energię do krajowego systemu elektroenergetycznego. Wytwórcy energii elektrycznej - podobnie jak inne wymienione wyżej przedsiębiorstwa energetyczne - mogą sprzedawać wyprodukowaną przez siebie energię bezpośrednio odbiorcom.

Następny podsektor - przesyłu energii elektrycznej obejmuje sieć elektroenergetyczną najwyższych lub wysokich napięć (por.: art. 3 pkt 11a *Prawa energetycznego*), tj. napięć wielkości od 220 do 400 kV, a nawet 750 kV. Przesyłanie energii elektrycznej oznacza jej transport sieciami przesyłowymi do sieci dystrybucyjnych bądź do odbiorców, przyłączonych do sieci przesyłowej. Przesył energii elektrycznej odbywa się na podstawie umowy o świadczenie usług przesyłowych. Za prawidłowe funkcjonowanie sieci przesyłowej odpowiada operator systemu przesyłowego (por.: art. 3 pkt 24 *Prawa energetycznego*), aktualnie jest nim wyłącznie jeden podmiot, działający pod firmą Polskie Sieci Elektroenergetyczne PSE – Operator S. A.

Z kolei podsektor dystrybucji energii elektrycznej obejmuje sieć elektroenergetyczną wysokich, średnich i niskich napięć (por.: art. 3 pkt 11b *Prawa energetycznego*), tj. napięć na poziomie 110 kV i poniżej tej wielkości. Dystrybucja energii elektrycznej oznacza jej transport siecią dystrybucyjną do odbiorców, przyłączonych do sieci dystrybucyjnej. Podobnie, jak w przypadku przesyłu energii elektrycznej, świadczenie usług dystrybucyjnych wymaga zawarcia takiej umowy między przedsiębiorstwem dystrybucyjnym a odbiorcą. Dystrybucją energii elektrycznej w Polsce zajmuje się 14 spółek dystrybucyjnych, które - występując w roli operatorów systemów dystrybucyjnych (por.: art. 3 pkt 25 *Prawa energetycznego*) – są wyłącznie odpowiedzialne na terenie, na którym prowadzą działalność za prawidłowe funkcjonowanie sieci dystrybucyjnych. Jednym z takich właśnie przedsiębiorstw dystrybucyjnych jest – jak już wyżej sygnalizowano – Enion.

Wreszcie ostatni podsektor - obrót energią elektryczną, obejmuje handel hurtowy lub detaliczny, czyli sprzedaż energii przez podmiot zajmujący się jej wytwarzaniem lub odsprzedaż energii przez podmiot zajmujący się jej obrotem (por.: art. 3 pkt 6 i 6a *Prawa energetycznego*). W Polsce działa kilkadziesiąt spółek obrotu, w tym Electrabel - wnioskodawca niniejszego postępowania. Przedsiębiorstwa energetyczne zajmujące się obrotem - podobnie zresztą, jak odbiorcy i wytwórcy – handlują energią elektryczną głównie na trzy sposoby, tj. w drodze:

- kontraktów dwustronnych, poprzez nabywanie energii bezpośrednio od wytwórców i sprzedaż bezpośrednio odbiorcom, co powoduje, że stają się stroną umów zarówno z pierwszymi, jak i z drugimi,
- transakcji giełdowych, czyli zakupów i sprzedaży energii elektrycznej na specjalnie w tym celu zorganizowanej Towarowej Giełdzie Energii, prowadzonej w formie spółki akcyjnej,
- transakcji na rynku bilansującym (którym - ze względu na przedmiot niniejszej decyzji - należy poświęcić w tym miejscu nieco więcej uwagi).

Działalność podmiotów gospodarczych na rynku bilansującym polega na zgłaszaniu umów sprzedaży energii elektrycznej (ilości zakontraktowanej w nich energii w postaci grafików handlowych), przez wszystkich uczestników rynku operatorowi systemu przesyłowego - PSE – Operatorowi. Istotą rynku bilansującego jest bowiem to, iż w ramach tego rynku następować musi bilansowanie produkcji z rzeczywistym zapotrzebowaniem na energię elektryczną oraz niwelowanie nieplanowanych odchyleń po stronie podaży lub popytu. Każdy uczestnik rynku bilansującego zobowiązany jest zatem zgłaszać do realizacji umowy sprzedaży energii elektrycznej w postaci tzw. grafików handlowych. Z uwagi na godzinowy model rynku bilansującego, jego uczestnicy zobowiązani są do zgłaszania w ramach tych grafików zapotrzebowanie na energię elektryczną w każdej godzinie doby, siedem dni w tygodniu. W przypadku rozbieżności pomiędzy energią zadeklarowaną a faktycznie odebraną przez uczestnika rynku zachodzi konieczność rozliczenia różnicy energii z PSE – Operatorem (czyli dokupienia lub odsprzedaży energii). Uczestnikiem rynku bilansującego może być przy tym każdy z ww. podmiotów działających na rynku energii elektrycznej, jeżeli zawrze z operatorem systemu przesyłowego umowę przesyłową w zakresie uczestnictwa w rynku bilansującym i będzie spełniał warunki techniczne, w szczególności dotyczące posiadania odpowiedniego systemu pomiarowo – rozliczeniowego i infrastruktury teleinformatycznej. Najbardziej aktywnymi uczestnikami rynku bilansującego są niewątpliwie przedsiębiorstwa obrotu energią oraz spółki dystrybucyjne – ze względu na przedmiot prowadzonej przez nie działalności, tj. kupno lub sprzedaż energii elektrycznej albo jej przesył, a następnie rozdział w celu dostarczenia energii poszczególnym odbiorcom. Podmioty te - z uwagi na istotę swojej działalności – będą najczęściej wykazywać na rynku bilansującym otwartą pozycję kontraktową, to znaczy ilości energii faktycznie przez nie nabytej i sprzedanej nie będą się równoważyć. Jeżeli zatem ilość energii nabytej okaże się mniejsza od całkowitej energii sprzedanej przez uczestnika rynku, będzie on zmuszony do dokupienia energii na rynku bilansującym. W odwrotnym przypadku będzie zmuszony do odsprzedania nadmiaru energii operatorowi systemu przesyłowego PSE – Operatorowi. Energia dokupowana lub odsprzedawana w takich okolicznościach na rynku bilansującym określana jest jako tzw. „energia rezerwowa”, a każda transakcja dotycząca takiej energii jest bardzo niekorzystna finansowo dla uczestnika rynku.

Dodatkowo, rynek obrotu energią elektryczną w Polsce – jak już sygnalizowano powyżej - działa na dwóch zasadniczych poziomach: hurtowym i detalicznym. Uczestnikami rynku hurtowego energii są jej wytwórcy i nabywcy hurtowi, tj. głównie przedsiębiorstwa

obrotu energią oraz spółki dystrybucyjne, ale również najwięksi odbiorcy energii elektrycznej. Przykładem rynku hurtowego energii jest właśnie wyżej scharakteryzowany rynek bilansujący. Natomiast na rynku detalicznym spotykają się wszyscy wymienieni powyżej uczestnicy rynku energii elektrycznej. Zarówno poziom hurtowy, jak i detaliczny rynku energii elektrycznej funkcjonują na dwóch obszarach: konkurencyjnym i regulowanym.

W obszarze regulowanym rynku energii elektrycznej – przynajmniej do momentu dokonania podziału dotychczasowych przedsiębiorstw energetycznych zintegrowanych pionowo osobno na spółki zajmujące się dystrybucją i osobno na takie, które zajmują się jej sprzedażą - dostawy energii dla odbiorców zapewniały jedynie spółki dystrybucyjne, a obrót energią odbywał się według taryf, zatwierdzanych przez Prezesa URE. Oznacza to, że odbiorcy kupowali energię elektryczną wraz z usługą jej dostawy od spółki dystrybucyjnej, do której sieci byli przyłączeni. Tego rodzaju odbiorcy nie korzystali z prawa dostępu do sieci i wyboru sprzedawcy na zasadzie TPA (która zostanie wyjaśniona poniżej). Natomiast w obszarze konkurencyjnym, odbiorcy energii elektrycznej korzystali i nadal korzystają z prawa dostępu do sieci i wyboru dostawcy zgodnie z zasadą TPA. Odbiorcy, którzy dysponują prawem wyboru dostawcy energii, mogą kupować ją u dowolnego sprzedawcy energii, tj. zarówno od spółek dystrybucyjnych i pośredników w handlu energią (przedsiębiorstwa obrotu, giełda energii), jak i bezpośrednio u wytwórców energii. Natomiast z usługi przesyłu energii rozliczają się według obowiązujących taryf przedsiębiorstwa dystrybucyjnego, do którego sieci są przyłączeni.

Aby rynek energii elektrycznej mógł być konkurencyjny, każdy z jego uczestników musi mieć zagwarantowaną możliwość korzystania na równych prawach z sieci elektroenergetycznej oraz możliwość w pełni swobodnego wyboru sprzedawcy energii. Realizacji tego celu służy zasada TPA (Third Party Access), czyli zasada dostępu stron trzecich do sieci elektroenergetycznej. Oznacza ona możliwość korzystania z sieci danego przedsiębiorstwa energetycznego, bez obowiązku kupowania od niego energii. Zgodnie z nią bowiem odbiorcy mają prawo zakupu energii elektrycznej od wybranego przez siebie sprzedawcy. Możliwość wyboru sprzedawcy energii uzyskiwali na początku odbiorcy o największym rocznym zużyciu energii, następnie każdego roku grupa uprawnionych powiększała się o kolejnych, coraz mniejszych odbiorców. Od 1 lipca 2004 r. prawo to przysługuje wszystkim odbiorcom energii poza gospodarstwami domowymi, a od 1 lipca 2007 r. również tym ostatnim. W celu zapewnienia odbiorcom energii aktywnej możliwości korzystania z zasady TPA, przedsiębiorstwa przesyłowe i dystrybucyjne zobowiązane zostały do świadczenia usług związanych z dostępem stron trzecich do ich sieci na zasadzie równoprawnego traktowania wszystkich dostawców i odbiorców.

Z danych zamieszczonych na oficjalnej stronie internetowej Urzędu Regulacji Energetyki wynika, że liczba odbiorców energii elektrycznej uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA osiągnęła w dacie 1 lipca 2004 r. - a więc w momencie, gdy prawo to uzyskali wszyscy odbiorcy energii, za wyjątkiem gospodarstw domowych – około 1.500.000. Natomiast, jak wynika z danych Enion, zawartych w jego piśmie z dnia 11 stycznia 2006 r., z końcem roku 2005 liczba odbiorców uprawnionych do TPA osiągnęła poziom 1.700.000 odbiorców. W tym samym piśmie z 11 stycznia 2006 r. Enion poinformował, że na koniec 2005 r. na terenie samej tylko jego dystrybucyjnej sieci elektroenergetycznej liczba odbiorców energii uprawnionych do wyboru sprzedawcy na zasadach TPA osiągnęła poziom 220.500.

Organ antymonopolowy wykorzystał również informacje przedstawione przez Enion w celu dokonania ustaleń dotyczących rynku obrotu energią elektryczną, w szczególności zaś

całkowitej ilości sprzedaży tej energii na obszarze Polski oraz wielkości jej sprzedaży na tym obszarze przez Enion. Z przedstawionych danych wynika, że Enion sprzedał w roku 2005 - 14.136 GWh energii elektrycznej, natomiast w roku 2006 – 16.540 GWh tej energii (tak: pismo Enion z dnia 11 sierpnia 2009 r.) Co się zaś tyczy sprzedaży energii elektrycznej w omawianych latach na terenie Polski, Enion wyjaśnił, że dysponuje w tym zakresie wyłącznie danymi pochodzącymi ze Statystyk Elektroenergetyki Polskiej. Wynika z nich, iż w roku 2005 całkowity wolumen sprzedaży energii elektrycznej w Polsce wynosiła 107.737 GWh (na tę okoliczność Enion powołał się na Statystykę Elektroenergetyki Polskiej 2005, Agencji Rynku Energii S. A., Warszawa 2006, tabela 8.26 (110), Sprzedaż energii elektrycznej odbiorcom końcowym, str. 162). Z kolei w roku 2006 ostateczna wielkość sprzedaży tej energii w skali całego kraju osiągnęła poziom 113.144 GWh (tak: Statystyka Elektroenergetyki Polskiej z 2007, Agencji Rynku Energii S. A., Warszawa 2008, tabela 8.25 (106), Sprzedaż energii elektrycznej odbiorcom końcowym, str. 169).

Z powyższych danych wynika, że udział sprzedaży Enion w całkowitym wolumenie energii elektrycznej, sprzedanej przez wszystkie przedsiębiorstwa energetyczne w Polsce, wynosi 13,12 % w roku 2005, zaś w roku 2006 – 14,62 %.

Jak z powyższego wynika, w warunkach faktycznych niniejszej sprawy Electrabel i Enion prowadzą działalność gospodarczą na kilku – wyżej scharakteryzowanych – rynkach, o specyfice właściwej dla towarów jakimi są energia elektryczna oraz wszelkie usługi związane z możliwością jej wykorzystywania, występując na każdym z nich w różnych rolach, bądź po ich stronie podażowej, bądź popytowej. Przy czym podstawowe znaczenia dla potrzeb oceny przedmiotowej sprawy z wniosku Electrabel przeciwko Enion mają dwa z tych rynków: konkurencyjny - obrotu energią elektryczną oraz zdominowany (z uwagi na monopol sieciowy Enion) – dystrybucji tej energii. Rynki te cechuje ich wzajemna zależność, tzn. realizacja zobowiązań wynikających ze sprzedaży energii elektrycznej do odbiorcy końcowego bezwzględnie musi odbywać się z wykorzystaniem sieci elektroenergetycznej (rozdzielczej, dystrybucyjnej) - do której ten odbiorca jest przyłączony - na podstawie umowy o świadczenie usług dystrybucji, zawartej z Enion. Tak więc, aby w ogóle możliwa była sprzedaż energii elektrycznej na terenie sieci Enion, konieczne jest uprzednie zawarcie umowy o świadczenie usług dystrybucji - na warunkach określonych przez Enion, m.in. zobowiązujących wprost i bezwarunkowo do stosowania Instrukcji Sieci Rozdzielczej. Na tej samej zasadzie każda inna spółka dystrybucyjna na terenie Polski opracowuje własne instrukcje ruchu i eksploatacji sieci rozdzielczej oraz stosuje własne wzorce umowy o świadczenie usług dystrybucji energii elektrycznej – zapewniając prawidłowe funkcjonowanie ruchu w zarządzanej przez nią sieci rozdzielczej. W konsekwencji, spółki obrotu energią elektryczną muszą zawierać odrębne umowy dystrybucji energii z poszczególnymi (wszystkimi) przedsiębiorstwami dystrybucyjnymi, na terenie których świadczą usługi sprzedaży energii odbiorcom uprawnionym do korzystania z zasady TPA oraz stosować różne instrukcje ruchu i eksploatacji sieci rozdzielczej przedsiębiorstw dystrybucyjnych. Ponadto, ponieważ odbiorca energii prowadzący działalność na terenie sieci elektroenergetycznej Enion - aby mógł korzystać z energii elektrycznej - musi być przyłączony do tej sieci, tym samym jest on wyłącznie pośrednim uczestnikiem krajowego rynku bilansującego (którego prawidłowość funkcjonowania zabezpiecza PSE - Operator). Oznacza to, iż rozliczania za niezakontraktowaną z przedsiębiorstwem obrotu energią elektryczną – czyli energią rezerwową, stanowiącą różnicę pomiędzy energią zamówioną a faktycznie zużytą - odbywają się w każdym przypadku z udziałem Enion, który określa w Instrukcji Sieci Rozdzielczej i umowie dystrybucji energii zasady rozliczania takich odchyleń.

V. Ustalenia organu antymonopolowego w zakresie przedstawionej przez strony argumentacji co do zarzutów antymonopolowych.

Mając na uwadze wyżej opisane informacje i wyjaśnienia stron postępowania oraz uwzględniając materiał dowodowy przedstawiony przez Prezesa URE i uczestników rynków energetycznych, tj. PSE – Operatora i Vattenfall, organ antymonopolowy dokonał następujących ustaleń w zakresie poszczególnych zarzutów antymonopolowych:

Jak już zostało wskazane powyżej, w ramach pierwszego zarzutu antymonopolowego Electrabel podniósł, że Enion stosując niedozwolone upusty cenowe wobec wybranych odbiorców - polegające na sprzedaży energii poniżej cen zatwierdzonych w Taryfie Enion - narzuca nieuczciwe ceny oraz przeciwdziała ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na rynku obrotu energią elektryczną, przez co narusza art. 8 ust. 2 pkt 1 i 5 ustawy antymonopolowej. W celu uprawdopodobnienia swojego stanowiska w tej materii, Electrabel przedstawił szczegółowe wyliczenie ceny taryfowej dla Grupy Kęty według Taryfy Enion z dnia 17 grudnia 2004 r. (obowiązującej w roku 2005).

Organ antymonopolowy dokonał porównania przedmiotowych wyliczeń Electrabel z zebraniem w sprawie materiałem dowodowym, przyjmując za podstawę takiej weryfikacji tzw. „tabelę profilów zużycia dla okresów lato i zima za 2004 r.”, zamieszczoną w zapytaniach ofertowych Grupy Kęty opracowanych dla potrzeb zakupu przez Grupę energii elektrycznej oraz dane wynikające wprost z Taryfy Enion. Efekt dokonanego w ten sposób porównania przedstawiony został w poniższej tabeli:

Strefy czasowe stosowane w rozliczeniach z odbiorcami taryfowymi – wg pkt 3.2.1. Taryfy Enion	Łączna ilość energii [w MWh] zużywanej przez Grupę Kęty w poszczególnych strefach – wg profilu zużycia Grupy	Cena netto energii [w PLN/MWh] dla grupy taryfowej A23, do której należy Grupa Kęty - wg pkt 10.1.1. Taryfy Enion	Łączna wartość [w PLN] dostarczanej Grupie Kęty energii – iloczyn wielkości z kolumny 2 i 3
Szczyt przedpołudniowy	17.646,011	152,57	2.692.251,90
Szczyt popołudniowy	11.553,554	217,76	2.515.901,92
Pozostałe godziny doby	58.436,432	100,61	5.879.289,42
Razem	87.635,997		11.087.443,24

Na podstawie tak sporządzonej tabeli, organ antymonopolowy wyciągnął wniosek, że średnia cena netto zakupu energii elektrycznej przez Grupę Kęty, na podstawie Taryfy Enion na rok 2005 wynosi: $11.087.443,24 / 87.635,997 = 126,52$ [PLN/MWh netto]. Przy czym organ antymonopolowy ustalił - na podstawie wyjaśnień Electrabel, z którymi Enion nie polemizował na żadnym etapie prowadzonego postępowania – że jest to cena, która obejmuje również następujące koszty: obowiązkowe zakupy energii pochodzącej z odnawialnych źródeł energii, energii wyprodukowanej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła oraz koszty zakupu energii na rynku bilansującym.

Po porównaniu wyżej wyliczonej średniej ceny taryfowej z ceną ofertową, zaproponowaną przez Enion w odpowiedziach na zapytanie ofertowe dotyczące zakupu energii elektrycznej przez Grupę Kęty w okresie od 1 lipca 2005 r. do 30 czerwca 2006 r., organ antymonopolowy

wywiódł, że cena taryfowa jest o 3 % wyższa. Jak wynika bowiem z zestawienia porównującego ceny energii różnych przedsiębiorstw energetycznych, którzy odpowiedzieli na ww. zapytanie ofertowe Grupy Kęty – sporządzonego przez tę Grupę na wezwanie organu antymonopolowego i dołączonego do jej odpowiedzi z dnia 6 stycznia 2006 r. – cena ofertowa Enion wyniosła: 123,00 [PLN/MWh netto]. Jednocześnie organ antymonopolowy ustalił – na podstawie zestawienia Grupy Kęty, o którym mowa w zadaniu poprzednim – że cena ta jest o 0,5 % niższa w stosunku do ostatecznej ceny ofertowej Electrabel.

Organ antymonopolowy dokonał również kolejnych ustaleń. Mianowicie w tej samej ofercie przetargowej, Enion zaproponował również możliwość znacznie większych (o 21 % w stosunku do oferty Electrabel) dopuszczalnych odchyłeń energii rezerwowej, stanowiących różnicę pomiędzy energią zamówioną a faktycznie przez Grupę Kęty zużytą. Z powoływanego wyżej zestawienia Grupy Kęty wynika wprawdzie, że zarówno Enion, jak i Electrabel dopuścili w swoich odpowiedziach na zapytanie ofertowe Grupy możliwość znacznych odchyłeń energii – odpowiednio na poziomie +/- 30 % oraz +/- 9 % - niemniej jednak odchylenia rzędu kilkudziesięciu % zaoferował jedynie Enion. Organ antymonopolowy ustalił, że z pozostałych 8 przedsiębiorstw energetycznych, którzy odpowiedzieli na zapytanie Grupy Kęty możliwość odchylenia od wielkości energii zamówionej zaproponowało 4 oferentów, wyłącznie jednak do następujących poziomów: 1 – 10 %, 2 (w tym Electrabel) – 9 %, 1 – 5 %. 4 pozostali nie dopuścili w swoich ofertach możliwości jakichkolwiek odchyłeń. Ponadto organ antymonopolowy wywiódł – na podstawie wyjaśnień Electrabel, załączonych do jego pisma z 21 lutego 2007 r. – że poziom odchyłeń energii zamawianej w stosunku do wykorzystywanej przez Grupę Kęty wahał się w okresie od lipca 2004 do czerwca 2005, kiedy Grupa była w zakresie zaopatrzenia w energię obsługiwana właśnie przez Electrabel, w przedziale pomiędzy 7,207 % – 9,155 %.

Mając na uwadze powyższe wyliczenia, należy przy tym podkreślić, że poziom odchyłeń ma również wpływ na ostateczną cenę energii elektrycznej sprzedawanej odbiorcy, gdyż w ten sposób sprzedawca energii bierze na siebie część (lub całość) kosztów odbiorcy związanych z udziałem w rynku bilansującym. W tym przypadku, Enion oferując Grupie Kęty dopuszczalną możliwość odchyłeń do poziomu +/- 30 % - kilkakrotnie wyższą od proponowanych przez wszystkich pozostałych oferentów – nie tylko wziął na siebie całość kosztów związanych z bilansowaniem odbiorcy (którego odchylenia mogą sięgać wielkości 9,155 %), ale również pośrednio stworzył mu warunki większej swobody w wykorzystaniu zakontraktowanej energii. Tym samym bowiem, Grupa Kęty nie ponosi żadnej odpowiedzialności za trzykrotnie wyższe od dotychczasowych odchylenia od wielkości energii zamówionej w Enion.

Jak ogromne znaczenia dla odbiorcy energii elektrycznej ma zaproponowany przez sprzedawcę poziom dopuszczalnych odchyłeń od energii zakontraktowanej świadczy dobitnie przykład tego samego przetargu, służącego jako reprezentatywny przykład i charakterystyka mechanizmu stosowanej przez Enion praktyki działania. Z ofert cenowych przedsiębiorstw energetycznych, zgromadzonych przez Grupę Kęty wynika – co ustalono na podstawie ww., przygotowanego przez nią zestawienia – że najniższą cenę sprzedaży energii dla tej Grupy zaoferował nie Enion, a Polenergia S. A. w Warszawie. Ta ostatnia wyceniała bowiem dostarczaną przez nią energię na kwotę 122,76 [PLN/MWh netto], czyli o 0,2 % niższą od ceny ofertowej Enion. Pomimo tego, to Enion wygrało konkurs ofert i uzyskało zamówienie Grupy Kęty, najprawdopodobniej z uwagi na poziom dopuszczalnych odchyłeń od zamówionej energii, których Polenergia S. A. nie przewidziała,

a Enion umożliwił aż do +/- 30 %. Jest to przykład potwierdzający, że przejęcie przez sprzedawcę energii ryzyka i kosztów związanych z odchyleniami odbiorcy na rynku bilansującym może skutecznie zrekompensować temu odbiorcy różnice w cenie zakupu nawet bardzo dużej ilości energii.

Również Enion potwierdził, iż w przypadku rozbieżności pomiędzy energią zadeklarowaną a faktycznie odebraną przez odbiorcę zachodzi potrzeba rozliczenia różnicy energii z operatorem systemu przesyłowego – PSE – Operatorem (czyli dokupienia lub odsprzedaży tej energii). Każda z tych transakcji jest wyjątkowo niekorzystna finansowo dla uczestnika rynku, bowiem o ile średnia cena energii elektrycznej w obrocie hurtowym na rynku konkurencyjnym wynosi 120 [PLN/MWh netto], to w przypadku zakupu tej energii na rynku bilansującym cena ta waha się w granicach od 200 do 1.500 [PLN/MWh netto], zaś w przypadku odsprzedaży - w przedziale od 70 do 100 [PLN/MWh netto] (tak: pismo Enion z dnia 31 marca 2006 r.).

Ponieważ w swoich wyjaśnieniach Electrabel wyraził przekonanie, że stosowanie niezgodnych z Taryfą Enion upustów cenowych - opartych na podobnym schemacie działania, jak opisany powyżej w odniesieniu do Grupy Kęty - ma miejsce także przy sprzedaży przez Enion energii elektrycznej innym jej odbiorcom, uprawnionym do wyboru sprzedawcy na zasadzie TPA, organ antymonopolowy dokonała w tym zakresie niezbędnych ustaleń. W tym celu organ wezwał Enion do przedstawienia szczegółowych wyjaśnień dotyczących sprzedaży energii elektrycznej następującym odbiorcom:

- „Mittal Steel Poland” S. A. w Katowicach (zwanego dalej „Mittal”),
- „Saint – Gobain Isover Polska” Sp. z o.o. w Gliwicach (zwanego dalej „Isover”),
- „Kimberly - Clark” S. A. w Kluczach (zwanego dalej „Kimberly - Clark”),
- Przędzalni Zawiercie w Zawierciu (zwanego dalej „Przędzalnią”) oraz
- Katowickiemu Holdingowi Węglowemu S. A. w Katowicach (zwanemu dalej „Holdingiem”).

W zakresie ocenianego w tym miejscu problemu, organ antymonopolowy ustalił – na podstawie dokumentacji dostarczanej przez Enion w trakcie postępowania antymonopolowego – następujący stan faktyczny:

Negocjacje dotyczące dostaw energii elektrycznej dla Mittal w roku 2006 trwały w okresie od 12 września (zapytanie ofertowe Mittal) do 30 grudnia 2005 r. (akceptacja oferty Enion). Zgodnie z pierwszą propozycją Enion z dnia 29 września 2005 r., cena energii dla jednego z rozważanych wariantów jej dostawy została skalkulowana na poziomie 128,90 [PLN/MWh netto]. Jednocześnie Enion wyraził nadzieję, że jego oferta będzie najkorzystniejsza i zastrzegł, że jest w stanie podjąć negocjacje w przypadku ofert o podobnej atrakcyjności. Wobec odrzucenia pierwszej propozycji przez Mittal, Enion istotnie w następnej ofercie z dnia 13 grudnia 2005 r. zaproponował cenę na niższym o 0,6 % poziomie - 128,15 [PLN/MWh netto], z możliwością odchylenia poboru energii do +/- 20 %. Na uwagę zasługuje również fakt niez zaakceptowania przez Mittal zabezpieczenia płatności za dostarczoną energię w formie weksla *in blanco* (tak: pismo z dnia 14 grudnia 2005 r.) oraz odstąpienia przez Enion od konieczności ustanowienia tego zabezpieczenia (pismem z dnia 15 grudnia 2005 r.).

Jeśli chodzi o drugiego z ww. odbiorców - Isover, Enion zaoferował mu - pismem z dnia 16 grudnia 2005 r. - sprzedaż energii elektrycznej w roku 2006, po następujących cenach:

- I strefa (w szczycie przedpołudniowym): 153,62 [PLN/MWh netto],
- II strefa (w szczycie popołudniowym): 218,79 [PLN/MWh netto],
- III strefa (w pozostałych godzinach doby): 101,63 [PLN/MWh netto].

Organ antymonopolowy dokonał porównania wysokości tych cen ofertowych z poziomem cen wynikającym z Taryfy Enion na rok 2006, który wynosi:

- w szczycie przedpołudniowym: 154,39 [PLN/MWh netto], a więc o 0,5 % więcej w stosunku do ceny zaproponowanej Isover,
- w szczycie popołudniowym: 219,84 [PLN/MWh netto], również o 0,5 % więcej,
- w pozostałych godzinach doby: 101,91 [PLN/MWh netto], a więc o 0,3 % więcej.

Również w przypadku tego odbiorcy ww. ceny były wcześniej negocjowane z Enion. Niezależnie od powyższego, Enion zaoferował Isover bogaty system upustów: za terminowe zgłaszanie grafików poboru energii - 0,40 [PLN/MWh netto] oraz za utrzymywanie odchyłeń zużycia na poziomie do +/- 5 % zamówionej energii, w całym okresie rozliczeniowym - 0,10 [PLN/MWh netto]. Z kolei dla tej części zakładów odbiorcy, które nie posiadały jeszcze zainstalowanych układów pomiarowo - rozliczeniowych umożliwiających pomiar wielkości poboru energii i przekazywanie tych danych Enion w każdej godzinie doby, Enion wyraził gotowość obniżenia ceny - w drodze negocjacji - po ich zainstalowaniu. Dodatkowo Enion zobowiązał się, iż przejmie na siebie w całości koszty niezbilansowania Isover.

Oferta skierowana w dniu 19 października 2005 r. do kolejnego odbiorcy - Kimberly - Clark, przedstawiała się następująco. Enion zaproponował Kimberly - Clark, aby w roku 2006 r. rozliczenia za energię elektryczną odbywały się według cen dla odpowiednich stref czasowych w grupie taryfowej A23 jego Taryfy, z zastrzeżeniem, że średnia cena nie będzie wyższa niż 124,50 [PLN/MWh netto]. W przypadku jej przekroczenia, Enion zobowiązał się do dokonania zwrotu różnicy.

W przypadku Przędzalni Zawiercie Enion przedstawił pierwszą ofertę dostaw energii na rok 2006 w dniu 14 listopada 2005 r. Zakładała ona sprzedaż energii po cenach taryfowych Enion, z zastrzeżeniem, że średnia cena nie będzie wyższa niż 127,50 [PLN/MWh netto]. Dodatkowo Enion zobowiązał się, iż przejmie na siebie w całości koszty niezbilansowania Przędzalni. Po przeprowadzonych z Przędzalnią negocjacjach, Enion zaproponował jej jednak – w ofercie z dnia 2 grudnia 2005 r. - korzystniejsze warunki sprzedaży energii. Cena jej dostaw do Przędzalni przedstawiała się identycznie, jak w przypadku wyżej opisanej oferty dla Isover, z tą jednak różnicą, że średnia cena sprzedaży miała być nie wyższa niż 126,50 [PLN/MWh netto]. I tym razem Enion zaproponował przejścia na siebie całości kosztów niezbilansowania Przędzalni.

Organ antymonopolowy przeanalizował również oferty Enion sprzedaży energii elektrycznej w roku 2006, kierowane do Katowickiego Holdingu Węglowego w trakcie negocjacji pomiędzy tymi przedsiębiorcami, które miały miejsce w okresie od 24 października do 7 grudnia 2005 r. W przypadku tych ofert rzeczywiście potwierdziła się argumentacja Electrabel, że Enion stosuje zupełnie różne zasady rozliczeń dostaw energii w przypadku kopalń Holdingu przyłączonych do sieci dystrybucyjnej Enion oraz kopalń znajdujących się poza tą siecią. I tak, w pierwszej ofercie z dnia 2 listopada 2005 r., Enion zaproponował sprzedaż energii elektrycznej na następujących warunkach:

- 1) do kopalń: Murcki, Staszic, Wujek – Śląsk, Wieczorek, przyłączonych do sieci dystrybucyjnej Vattenfall – jednoskładnikowa oferta ceny sprzedaży wyniosła 129,00 [PLN/MWh netto], przy czym odbiorca (Holding) pokrywał całości kosztów niezbilansowania,
- 2) do kopalń: Mysłowice i Wesola, zlokalizowanych na terenie jego sieci elektroenergetycznej – Enion zakładał sprzedaż energii po jego cenach taryfowych, z zastrzeżeniem, że średnia cena nie będzie wyższa niż 127,50 [PLN/MWh netto]. Enion przejmował również na siebie koszty niezbilansowania tych kopalń Holdingu w przedziale do +/- 10 % odchyleń.

Jednocześnie Enion wyraził nadzieję, że jego oferta będzie najkorzystniejsza i zastrzegł, że jest w stanie podjąć dalsze negocjacje w przypadku ofert o podobnej atrakcyjności. Wobec odrzucenia pierwszej propozycji przez Holding, w dniu 22 listopada 2005 r. doszło do spotkania oferentów, w trakcie którego Enion przedstawił następujące warunki sprzedaży energii:

- 1) do kopalń zlokalizowanych na terenie sieci Vattenfall – cenę obniżono z poziomu 129,00 [PLN/MWh netto] do zaledwie 128,95 [PLN/MWh netto], przy pozostawieniu kosztów niezbilansowania w całości po stronie Holdingu,
- 2) do kopalń położonych na terenie sieci dystrybucyjnej Enion - cena dostaw do Holdingu była korzystniejsza i przedstawiała się identycznie, jak w przypadku wyżej opisanych ofert dla Isovera i Przędzalni, z tą jednak różnicą, że średnia cena gwarantowana sprzedaży miała być nie wyższa niż 127,50 [PLN/MWh netto]. I tym razem Enion zaproponował przejście przez siebie kosztów niezbilansowania w przedziale do +/- 10 % odchyleń.

Ostatecznie również druga z propozycji Enion nie została zaakceptowana przez Holding, który w wyniku przeprowadzonego konkursu ofert wybrał propozycję korzystniejszą.

Jak wynika z dokonanych powyżej ustaleń organu antymonopolowego, Enion oferował, a następnie sprzedawał odbiorcom energii elektrycznej uprawnionym do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadzie TPA, energię po cenach niższych niż wynikające z Taryfy Enion. Przy czym - w ocenie organu antymonopolowego – kalkulując ostateczną wysokość takiej ceny odbiorcy energii musieli brać również pod uwagę poziom dopuszczalnych odchyleń pomiędzy energią zakontraktowaną a faktycznie dostarczoną, ponieważ w ten sposób sprzedawca przejmował na siebie część (lub całość) kosztów odbiorcy związanych z jego udziałem w rynku bilansującym, albo też obciążał tymi kosztami odbiorcę. Zaprezentowana w tym miejscu praktyka postępowania Enion wobec jego klientów miała miejsce – jak ustalono w trakcie postępowania antymonopolowego – przynajmniej w stosunku do odbiorców zaliczanych do grupy taryfowej A23.

W zakresie drugiego zarzutu niniejszej decyzji - objętego zakresem punktu II. sentencji – dotyczącego braku możliwości tworzenia na terenie dystrybucyjnej sieci elektroenergetycznej Enion wspólnych jednostek rozliczeniowych dla potrzeb rozliczania i bilansowania więcej niż jednego odbiorcy energii, organ antymonopolowy w pierwszej kolejności dokonał analizy postanowienia punktu IV.16.2 Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion.

Zgodnie z treścią tego zapisu „*W skład jednostki grafikowej odbiorcy może wejść więcej niż jedno miejsce dostarczania tylko w przypadku, gdy są miejscami dostarczania energii elektrycznej dla jednego podmiotu gospodarczego*”. A zatem – jak jednoznacznie wynika z jego brzmienia – w ramach jednej jednostki grafikowej można uwzględnić dwa lub więcej punktów dostaw/odbioru energii wyłącznie wówczas, gdy wszystkie one należą do jednego odbiorcy energii. Jeżeli natomiast energia elektryczna jest dostarczana

więcej niż jednemu jej odbiorcy przez ten sam podmiot (np. przedsiębiorstwo obrotu lub innego odbiorcę energii), konieczne jest tworzenia odrębnych jednostek rozliczeniowych dla każdego z tych odbiorców z osobna.

Następnie organ antymonopolowy dokonał analizy postanowień Instrukcji Sieci Przesyłowej PSE – Operatora w zakresie dopuszczalności tworzenia jednostek rozliczeniowych oraz zasad bilansowania poszczególnych uczestników rynku bilansującego, które zawarte zostały w Regulaminie Rynku Bilansującego Energii Elektrycznej, stanowiącym część szczegółową nr 1 do tej Instrukcji. W Instrukcji Sieci Przesyłowej PSE – Operatora, obowiązującej od 1 maja 2004 r., zasady grupowania i bilansowania użytkowników systemu na rynku bilansującym oparte były na następujących założeniach:

- użytkownik systemu, którego urządzenia i instalacje są fizycznie przyłączone do sieci objętej obszarem rynku bilansującego mógł uczestniczyć bezpośrednio w tym rynku (por zwłaszcza: pkt 1.4.3. Instrukcji), natomiast
- użytkownik systemu, którego urządzenia lub instalacje nie są przyłączone do sieci objętej rynkiem bilansującym mógł uczestniczyć w tym rynku wyłącznie pośrednio, tzn. poprzez właściwego operatora systemu dystrybucyjnego, do sieci którego był przyłączony i z którym miał zawartą umowę dystrybucji energii elektrycznej. Tacy użytkownicy dokonywali zgłoszeń danych handlowych i technicznych oraz rozliczali się ze swoich odchyleń z właściwym operatorem systemu dystrybucyjnego (tak: pkt 1.4.5. Instrukcji). Przy czym dystrybutor energii elektrycznej mógł posiadać na rynku bilansującym, obsługiwanym przez PSE – Operatora jedną lub więcej jednostek graficznych odbiorczych, w ramach których mogli być grupowani odbiorcy energii przyłączeni do jego sieci (wynika to przede wszystkim z: pkt pkt 1.6.6. – 1.6.8. i 1.7.3. Instrukcji).

Podkreślenia wymaga jednak w tym miejscu, że ostatecznie rozwiązania opisywane powyżej, dotyczące grupowania i bilansowania użytkowników krajowego systemu elektroenergetycznego, wynikały z kilkunastu zapisów Instrukcji Sieci Przesyłowej, obowiązującej od 1 maja 2004 r., zawartych głównie w następujących jej punktach: 1.4.3 - 1.4.10., 1.6.6. – 1.6.12. oraz 1.7. Niemniej jednak takie same rozwiązania w analizowanym tu zakresie istniały we wcześniej obowiązujących Instrukcjach z roku: 2001, 2002 oraz w czterech następujących po sobie Instrukcjach wprowadzonych w życie w roku 2003, jak również w trzech następujących po sobie Instrukcjach obowiązujących w ostatnich miesiącach roku 2004 oraz w całym roku 2005.

Jak z powyższego wynika, Enion - będąc operatorem systemu dystrybucyjnego, a więc bezpośrednim uczestnikiem rynku bilansującego – miał możliwość zgłaszania operatorowi systemu przesyłowego (PSE - Operatorowi) sumarycznej planowanej ilości energii elektrycznej, a następnie mógł rozliczać odchylenia od pozycji kontraktowej jego własnych odbiorców również wspólnie dla wszystkich podmiotów przyłączonych do sieci Enion. Natomiast przedsiębiorstwo obrotu - sprzedające na zasadzie TPA energię elektryczną odbiorcom przyłączonym do sieci Enion - nie miało takiej możliwości i musiało tworzyć odrębne jednostki graficzne dla każdego odbiorcy energii oraz osobno zgłaszać zapotrzebowanie i rozliczać odchylenia od pozycji kontraktowej swoich odbiorców.

Organ antymonopolowy wywiódł, że konsekwencje wyżej opisanego stanu faktyczno - prawnego, wynikającego z obu Instrukcji Rozdzielczej i Przesyłowej mogły być wyłącznie jednostronne korzystne dla operatora systemu dystrybucyjnego – Enion. W razie bowiem jakichkolwiek różnic pomiędzy energią zakontraktowaną w umowach sprzedaży energii

przez Electrabel poszczególnym jego odbiorcom a energią przez nich faktycznie zużytą, Electrabel nie miał możliwości bilansowania tych różnic we własnym zakresie, tj. jednej wspólnej dla takich odbiorców jednostki rozliczeniowej. Z każdej jednostki grafikowej - odrębnej dla każdego swojego odbiorcy musiał się zatem rozliczać z Enion osobno, dokupując energię po cenach wyższych od cen kontraktowych lub odsprzedając ją po cenach niższych. Taki stan rzeczy wynikał nie tylko z wyjaśnień Electrabel, ale również został wprost potwierdzony przez Enion. Z kolei Enion, w rozliczeniach z PSE – Operatorem na rynku bilansującym, korzystał z możliwości grupowania własnych odbiorców i wzajemnego ich bilansowania w ramach takiej zgrupowanej jednostki grafikowej. Tym samym dysponował możliwością znacznego ograniczania ilości energii zakupywanej lub odsprzedawanej na rynku bilansującym na mniej korzystnych warunkach, niż wynikające z wcześniej zakontraktowanych umów. Mówiąc inaczej, w rozliczeniach z PSE – Operatorem Enion – na gruncie wyżej przywołanych postanowień Instrukcji Sieci Przesyłowej - ponosił mniejsze koszty droższej energii rezerwowej (dodatkowej). Natomiast w rozliczeniach z kontrahentami (głównie spółkami obrotu), obsługującymi odbiorców przyłączonych do jego sieci dystrybucyjnej – na podstawie cytowanego zapisu punktu IV.16.2 Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion - maksymalizował koszty energii rezerwowej, ponoszone przez tych kontrahentów. W ramach dokonywanych w tym zakresie ustaleń faktycznych organ antymonopolowy ocenił, że przyjęty przez Enion mechanizm działania w stosunku do sprzedawców energii, w sposób możliwie prosty i przejrzysty obrazuje przykład Electrabel dotyczący sprzedaży energii elektrycznej dla dwóch odbiorców A i B, korzystających z prawa wyboru sprzedawcy na zasadzie TPA. Ponieważ przytoczony za Electrabel opis tego przykładu znajduje się powyżej, w punkcie I uzasadnienia faktycznego niniejszej decyzji, zatem jego powtarzanie w tym miejscu jest zbędne. Niemniej jednak organ antymonopolowy odwołując się do jego treści wyprowadził następujące wnioski:

W przypadku gdy odbiorcy A i B z ww. przykładu są rozliczani w ramach osobnych jednostek grafikowych (czyli każdy indywidualnie), wówczas dokonanie zsumowania sald rozliczeń tych odbiorców prowadzi do wniosku, że obsługujący ich sprzedawca energii elektrycznej (z reguły przedsiębiorstwo obrotu) obciążony zostanie przez Enion kwotą 363,86 PLN ($180,84$ saldo dla odbiorcy A + $-544,70$ dla odbiorcy B = $-363,86$). Natomiast w przypadku wspólnego rozliczania obu tych odbiorców, w ramach jednej (wspólnej dla nich) jednostki grafikowej, sprzedawca obciążony zostanie kwotą 200,80 PLN. A zatem jest to obciążenie o 163,06 PLN ($-363,86 - -200,80 = -163,06$) niższe niż w przypadku zastosowania modelu osobnego rozliczania odbiorców. Co więcej różnica ta stanowi ponad 80% kwoty $-200,80$ PLN, wynikającej z zastosowania modelu wspólnego rozliczania odbiorców. Oczywiście jest również – w ocenie organu antymonopolowego - iż w przypadku wspólnego rozliczania większej grupy odbiorców, w ramach jednej (wspólnej dla nich) jednostki grafikowej, różnica ta mogłaby być znacznie większa.

Opisany wyżej przykład ma rzecz jasna wymiar wyłącznie teoretyczny – zakłada bowiem odchylenia odbiorców A i B od ich pozycji kontraktowej w przeciwnych kierunkach (tj. A ma nadmiar energii, zaś B ma jej za mało), możliwe jest natomiast, iż odbiorcy ci będą się odchylić w tych samych kierunkach (obaj będą chcieli energię odsprzedać albo obaj dokupić). W tym ostatnim przypadku – odchylen odbiorców w tych samych kierunkach – obsługująca ich spółka obrotu nic nie zyska, ale też nic nie straci, tzn. i tak będzie musiała dokupić albo odsprzedać na rynku bilansującym zsumowaną ilość energii obu odbiorców. Inaczej mówiąc poniesie takie same koszty zarówno w przypadku rozliczania tych odbiorców osobno (w ramach oddzielnych jednostek grafikowych), jak i rozliczając ich razem (w ramach wspólnej jednostki). Pewne jest jednak, że nierzadkie będą przypadki, w których odbiorcy

odchyłać się będą w kierunkach przeciwnych, jeżeli nie w ciągu doby 12 stycznia 2006 r., to w dobie następnej, poprzedniej, albo kolejnych. W takich zaś sytuacjach spółka obrotu wyłącznie traci, ponosząc wyższe koszty bilansowania swoich odbiorców.

Abstrahując od powyższego przykładu, możliwy jest również taki stan faktyczny, w którym spółka obrotu sprzedaje energię elektryczną kilku, więcej niż 2 odbiorcom TPA. Wówczas prawdopodobieństwo ich wzajemnego zbilansowania się w ramach jednej (wspólnej dla nich) jednostki grafikowej – przy założeniu zastosowania modelu dopuszczającego zagregowane jednostki - jest znacznie większe, tzn. nawet jeżeli kilku odbiorców odchyli się w kierunku niedoboru energii, inni zamówią jej za dużo w stosunku do swoich potrzeb. Takie wzajemne bilansowanie się odbiorców, obsługiwanych przez jednego sprzedawcę energii nigdy nie będzie miało miejsca w modelu grafikowania, jaki został przyjęty w Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion.

Należy jeszcze raz w tym miejscu podkreślić, że Enion - na podstawie Instrukcji Sieci Przesyłowej PSE – Operator – miał możliwość tworzenia takich zagregowanych (wspólnych dla wielu odbiorców energii) jednostek rozliczeniowych i rozliczania się z PSE – Operator z odchyleń w poborze energii poszczególnych odbiorców wspólnie dla wszystkich z nich.

W odniesieniu do trzeciego zarzutu niniejszej decyzji - objętego zakresem punktu II. sentencji – dotyczącego obowiązkowych zabezpieczeń finansowych z tytułu uczestnictwa w ryku bilansującym, do ustanawiania których zobowiązani są wyłącznie kontrahenci Enion, organ antymonopolowy dokonał następujących ustaleń:

Istotnie załącznik nr 4 do Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion przewiduje konieczność złożenia przez podmioty uczestniczące w procesie bilansowania i rozliczeń w sieci dystrybucyjnej Enion zabezpieczenia finansowego, w formie i wysokości w nim określonej (tak: pkt D.1.1. tego załącznika). Jednocześnie Enion doprecyzował, że obowiązek taki nakłada na wytwórców, odbiorców lub inne podmioty zobowiązane na podstawie umów (tak: pkt D.1.3. załącznika do Instrukcji). W swojej Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion wprost dopuścił następujące formy zabezpieczeń finansowych rozliczania odchyleń energii zamówionej i wykorzystanej:

- nieodwołalną i bezwarunkową gwarancję bankową,
- depozyt na koncie bankowym wskazanym przez Enion,
- inne formy zabezpieczeń uznane przez Enion (por.: pkt D.3.1. załącznika do Instrukcji).

Jednocześnie z Instrukcji wynika, że w przypadku wystąpienia nieterminowej płatności w okresie trwania „obowiązkowego” zabezpieczenia, Enion wykorzystuje zabezpieczenie i zawiadamia o tym podmiot, który go ustanowił. Zawiadomienie podmiotu o wykorzystaniu zabezpieczenia finansowego stanowi jednocześnie wezwanie do jego wznowienia lub uzupełnienia (por. odpowiednio: pkt D.3.7. i pkt D.3.9. załącznika do Instrukcji). Jeżeli natomiast ustanowione zabezpieczenie finansowe nie pozwoli na uregulowania całości należności z tytułu rozliczeń odchyleń podmiotu, Enion przewidywał możliwość wstrzymania dostarczania energii elektrycznej co najmniej miesiąc po upływie terminu płatności, pomimo uprzedniego powiadomienia na piśmie o zamiarze wypowiedzenia umowy i wyznaczenia dodatkowego, dwutygodniowego terminu do zapłaty zaległych i bieżących należności (tak: pkt D.3.10. załącznika do Instrukcji). Podobną sankcją Enion stosował w przypadku, gdy jego kontrahent nie przedłożył w terminie zabezpieczenia finansowego, bądź nie dokonał jego wznowienia albo uzupełnienia (por.: pkt D.4.6. załącznika

do Instrukcji). Zwolnienie tak ustanowionego zabezpieczenia następowało, po uregulowaniu wszelkich zobowiązań wobec Enion (por.: pkt D.4.7. załącznika do Instrukcji).

Na koniec należy jednak jednoznacznie podkreślić, że całość regulacji dotyczących obowiązkowych zabezpieczeń finansowych z tytułu rozliczeń i bilansowania w sieci dystrybucyjnej Enion wynika z kilkudziesięciu zapisów Instrukcji Sieci Przesyłowej, zawartych w całym rozdziale D załącznika nr 4 do Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion, zatytułowanym: „Zabezpieczenia finansowe procesu rozliczeń”.

W zakresie czwartego zarzutu antymopolowego, objętego przedmiotem punktu III. sentencji niniejszej decyzji - tj. wybiórczego stosowania wymagań technicznych Instrukcji Sieci Rozdzielczej dotyczących układów i systemów pomiarowo – rozliczeniowych, w taki sposób, że w przypadku dokonywania zakupów energii elektrycznej w Enion odbiorca mógł korzystać z istniejących układów pomiarowo – rozliczeniowych, zaś w razie zmiany sprzedawcy energii obowiązany był do ich modernizacji - organ antymonopolowy ustalił następujący stan faktyczny:

W pierwszej kolejności organ antymonopolowy dokonał analizy postanowień punktów V.6. Instrukcji Sieci Rozdzielczej, które wyodrębnione zostały przez Enion w osobny jej rozdział, zatytułowany: „Wymagania techniczne dla układów i systemów pomiarowo – rozliczeniowych”. W rozdziale tym szczegółowo uregulowano wszelkie kwestie techniczne i organizacyjne związane z problematyką: instalowania układów pomiarowo – rozliczeniowych u odbiorcy, wszystkich elementów koniecznych tych układów, ich legalizacji, homologacji i wzorcowania, umiejscowienia takich układów, pobierania i przetwarzania, a następnie transmisji danych z tych układów, różnych rodzajów i kategorii układów pomiarowo – rozliczeniowych. W sumie regulacja ta obejmuje kilkadziesiąt skomplikowanych od strony technicznej zapisów, których powoływanie – choćby nawet w części zapisów najważniejszych z punktu widzenia przedmiotu oceny niniejszej decyzji – nie wydaje się celowe. Najistotniejsze jednak, że organ antymonopolowy nie doszukał się w żadnym z tych postanowieniach punktów V.6. Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion jakichkolwiek form lub przypadków odmiennego (zróżnicowanego) traktowania odbiorców dokonujących zakupów energii elektrycznej wprost od Enion, w stosunku do tych, którzy wyrazili zamiar zakupu energii od innego jej sprzedawcy (np. spółki obrotu energią). Wręcz przeciwnie każdy z tych zapisów jest w pełni uniwersalizowany i bezosobowo dotyczy w takim samym stopniu, w zakresie przyznanych praw i obowiązków, wszystkich uczestników lokalnego rynku dystrybucji energii elektrycznej.

Organ antymonopolowy – kierując się zarzutami przedstawionymi przez Electrabel, które zostały przywołane powyżej w punkcie I okoliczności faktycznych niniejszej decyzji - dokonał natomiast ustaleń w zakresie realizacji ww. zapisów punktów V.6. Instrukcji Sieci Rozdzielczej w praktyce działania Enion. Jak wynika bowiem z informacji przekazanych przez Electrabel, niektórzy ze znanych mu przedsiębiorców, przyłączonych do sieci dystrybucyjnej Enion, pomimo zamiaru zmiany sprzedawcy nie skorzystali z zasady TPA i nie dokonali wyboru nowego sprzedawcy energii elektrycznej. Electrabel powziął podejrzenie, że przyczyną takiego stanu rzeczy mogły być właśnie zbyt rygorystycznie postawione wymagania dotyczące układów i systemów pomiarowo – rozliczeniowych.

W analizowanym w tym miejscu zakresie organ antymonopolowy ustalił jednak, iż żaden z przedsiębiorców wskazanych przez Electrabel nie zwrócił się do Enion z wnioskiem o zmianę sprzedawcy na zasadach TPA. Natomiast organ antymonopolowy

wywiódł, że następujący przedsiębiorcy wystąpili do Enion z wnioskiem o rozdzielenie umowy sprzedaży energii elektrycznej i świadczenia usług dystrybucyjnych:

- „Timken Polska” Sp. z o.o. w Sosnowcu – pismem z dnia 10 września 2003 r.,
- Walcownia Metali „Dziedzice” S. A. w Czechowicach – Dziedzicach - pismem z dnia 24 października 2005 r.

Z kolei – jak ustalił organ antymonopolowy - zapytania o określenie warunków technicznych dla układów pomiarowo - rozliczeniowych, niezbędnych do spełnienia wymagań umożliwiających skorzystanie z zasady TPA, przedłożyli Enion niżej wymienieni przedsiębiorcy:

- „Stalprodukt” S. A. w Bochni - pismem z dnia 17 lipca 2001 r. (również zapytania o możliwości podpisania umowy o świadczenie usług dystrybucyjnych),
- Browar „Okocim” S. A., „Carlsberg Okocim” S. A. w Brzesku - pismem z dnia 24 września 2001 r. (również zapytania o możliwości podpisania umowy o świadczenie usług dystrybucyjnych), a następnie ponownie w dniu 15 maja 2006 r.,
- „Kraft Foods Polska” Sp. z o.o. w Cieszynie – pismo z dnia 22 września 2003 r. i następująca po nim korespondencja.

Organ antymonopolowy zebrał również materiał dowodowy dotyczący Grupa Kęty, z którego wynika, że Grupa – pismami z dnia 4 sierpnia 2003 r. i 23 marca 2004 r. - wystąpiła z zapytaniem o określenie warunków technicznych, niezbędnych do spełnienia wymagań umożliwiających skorzystanie z zasady TPA oraz z wnioskiem o rozdzielenie umowy sprzedaży energii elektrycznej i świadczenia usług dystrybucyjnych.

Ostatecznie organ antymonopolowy wywiódł, że w każdym z ww. przypadków Enion przeprowadził stosowne kontrole w zakładach tych przedsiębiorców, umożliwiające mu udzielenie odpowiedzi w zakresie objętym skierowanym do niego zapytaniem lub wnioskiem. Niemniej jednak - jak wynika z ustaleń organu antymonopolowego – właściwie każda z tych kontroli (z bardzo drobnymi wyjątkami) wykazała prawidłowość działających na miejscu urządzeń pomiarowo – rozliczeniowych. Co ważniejsze jednak, nie spowodowała nałożenia na skontrolowanych przedsiębiorców obowiązków innych (bardziej rygorystycznych), niż wynikające z opisywanych powyżej postanowień punktów V.6. Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion.

Niezależnie od powyższego, organ antymonopolowy wywiódł również, że opisany wielokrotnie w niniejszej decyzji (w tym również w ramach ustaleń faktycznych jej punktów I - IV) przebieg procedury bilansowania handlowego wymaga od odbiorców korzystających z prawa wyboru sprzedawcy przede wszystkim dokładnego pomiaru ilości dostarczonej im energii elektrycznej, a dodatkowo szybkiego transferu danych z ich urządzeń pomiarowo - rozliczeniowych do operatora systemu dystrybucyjnego lub operatora systemu przesyłowego. W tym celu każdy odbiorca korzystający z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA zobowiązany jest przed przystąpieniem do udziału w rynku bilansującym (także, jeżeli w tym rynku zamierza uczestniczyć tylko pośrednio) poddać własne układy pomiarowo - rozliczeniowe modernizacji w zakresie:

- 1) zdolności do rejestracji ilości dostaw energii elektrycznej w każdej godzinie doby oraz
- 2) zdolności do elektronicznego transferu danych pomiarowo - rozliczeniowych do operatora systemu dystrybucyjnego lub operatora systemu przesyłowego.

Jak ustalił organ antymonopolowy, na podstawie dokonanej w trakcie prowadzonego przez siebie postępowania analizy zapisów Instrukcji Sieci Przesyłowej PSE – Operator, taki sam sposób pomiaru ilości odebranej przez odbiorców energii elektrycznej oraz przekazywania tych danych operatorom systemów energetycznych wprowadzony został przez PSE – Operator. Organ antymonopolowy ustalił, że problematyka ta została szczegółowo uregulowana przede wszystkim postanowieniami punktów II.B.3.5. oraz II.B.3.6. Instrukcji Sieci Przesyłowej. Natomiast w ślad za przyjętymi w niej rozwiązaniami, następnie przez postanowienia punktów V.6. Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion, głównie zaś jej zapisy punktów V.6.1.1. – V.6.1.16.

VI. Argumentacja stron postępowania i ustalenia organu na okoliczność zaprzestania opisywanych w decyzji działań Enion.

W trakcie kompletowania przedstawionego powyżej materiału dowodowego, Enion wniósł - za pośrednictwem swoich pełnomocników, pismem z dnia 28 grudnia 2006 r. - o zawieszenie postępowania antymonopolowego, na podstawie art. 97 § 1 *k.p.a.* Pełnomocnicy Enion wywodzili, iż wniosek taki jest uzasadniony z uwagi na następujące okoliczności:

W ramach trwających postępowań dotyczących zatwierdzenia przez Prezesa URE instrukcji sieci dystrybucyjnych, dwanaście spółek dystrybucyjnych, w tym Enion złożyło wnioski o stwierdzenie nieważności decyzji, na podstawie której Prezes URE zatwierdził uprzednio Instrukcję Sieci Przesyłowej PSE – Operator. Powodem złożenia tych wniosków były zastrzeżenia w zakresie zgodności niektórych postanowień przedmiotowej instrukcji z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa energetycznego. Decyzją z dnia 22 maja 2006 r. Prezes URE odmówił wszczęcia postępowania w sprawie stwierdzenia nieważności decyzji zatwierdzającej Instrukcję Sieci Przesyłowej. Decyzja ta została zaskarżona przez wspomniane spółki dystrybucyjne do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, co z kolei spowodowało konieczność zawieszenia toczących się przed Prezesem URE postępowań w przedmiocie zatwierdzenia nowo opracowanych instrukcji sieci dystrybucyjnych. Taki stan rzeczy dotyczył również Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej Enion (zwanej dalej „Instrukcją Sieci Dystrybucyjnej”), która miała zastąpić dotychczas obowiązującą Instrukcję Sieci Rozdzielczej.

Następnie jednak Enion odstąpił od wyżej zaprezentowanego stanowiska i pismem z dnia 30 stycznia 2007 r. wycofał wniosek o zawieszenie postępowania antymonopolowego. W piśmie tym Enion wyjaśnił, iż wobec braku możliwości zatwierdzenia Instrukcji Sieci Dystrybucyjnej dokonał aktualizacji obecnie obowiązującej Instrukcji Sieci Rozdzielczej, wprowadzając jednocześnie szereg zmian wymuszonych przez Prezesa URE. Pełnomocnicy Enion dodali, że aktualizacja Instrukcji Sieci Rozdzielczej weszła w życie z dniem 1 stycznia 2007 r., a jej tekst jest dostępny w wersji elektronicznej na stronie internetowej Enion.

Ponadto w piśmie z dnia 30 stycznia 2007 r. pełnomocnicy Enion szczegółowo opisali zmiany dokonane w uaktualnionej Instrukcji Sieci Rozdzielczej w zakresie objętym zarzutami antymonopolowymi.

Wyjaśnili oni, iż w ślad za nowymi rozwiązaniami przyjętymi w Instrukcji Sieci Przesyłowej PSE - Operatora, Enion wprowadził do Instrukcji Sieci Rozdzielczej możliwość tworzenia grup bilansujących. Przy czym rozwiązania dotyczące grup bilansujących są zbieżne z przyjętym w instrukcjach innych spółek dystrybucyjnych. Jako dowód na powołaną tu okoliczność, pełnomocnicy Enion wskazali na postanowienia

punktów A.3.3. i Rozdziału D własnej Instrukcji Sieci Rozdzielczej – Bilansowanie oraz zapisy punktów A.3.3. i Rozdziału D Instrukcji Sieci Dystrybucyjnej GZE S. A. Vattenfall. Organ antymonopolowy po dokonaniu analizy tych dokumentów – załączonych przez Enion do jego pisma z dnia 30 stycznia 2007 r. – stwierdził że taka zbieżność wskazanych zapisów obu Instrukcji rzeczywiście występuje. Co więcej, organ antymonopolowy ustalił, że rozwiązania przyjęte w tej materii przez Enion – zwłaszcza zaś zapisy punktów A.3.3.4. oraz D.2. Instrukcji Sieci Rozdzielczej – mieszczą się w zakresie stosownych uregulowań aktualnej Instrukcji Sieci Przesyłowej PSE – Operatora, omówionych powyżej w punkcie III opisu stanu faktycznego niniejszej decyzji. Na ich podstawie bowiem inny - niż operator systemu dystrybucyjnego – podmiot, np. przedsiębiorstwo obrotu energią elektryczną może posiadać jednostkę grafikową grupującą więcej niż jednego odbiorcę energii. Przy czym jednocześnie przedsiębiorstwo obrotu energią jest odpowiedzialne za bilansowanie handlowe takich odbiorców, w ramach swojej jednostki grafikowej.

W zaktualizowanej Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion nie zostały przewidziane jakiegokolwiek formy zabezpieczenia jego należności wobec użytkowników systemu elektroenergetycznego z tytułu odchyleń na rynku bilansującym. Zdaniem Enion, jest to efektem obowiązujących rozwiązań prawnych, zgodnie z którymi podmioty korzystające z dostępu stron trzecich do sieci na zasadzie TPA mogą wskazywać innych uczestników rynku, jako odpowiedzialnych za ich bilansowanie handlowe. Przy czym z chwilą przejścia tej odpowiedzialności, wyłączona jest odpowiedzialność Enion za bilansowanie handlowe podmiotów korzystających z TPA, tj. za odchylenia pomiędzy ilością zgłoszonej a rzeczywiście pobranej energii elektrycznej. A zatem nie jest konieczne zabezpieczenie płynności płatniczych Enion na rynku bilansującym. Na poparcie swojego stanowiska w tym zakresie Enion powołał się na pkt D.1. i następną aktualnej Instrukcji Sieci Rozdzielczej - Bilansowanie. Prawdziwość powoływanych w tym miejscu twierdzeń Enion istotnie wynika z postanowień ww. Instrukcji, co organ antymonopolowy ustalił we własnym zakresie. Organ zbadał bowiem wszystkie zapisy zawarte w części D Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion - czyli w jej punktach D.1. – D.10. - stwierdzając, iż nie przewidują one żadnych form, ani przypadków zabezpieczeń finansowych z tytułu odchyleń odbiorców na rynku bilansującym.

Enion zapewnił również, że przy okazji aktualizacji Instrukcji Sieci Rozdzielczej, zostały na nowo unormowane kwestie związane z wymaganiami technicznymi stawianymi układom i systemom pomiarowo – rozliczeniowym. Rozwiązania przyjęte w tej mierze są – zdaniem Enion - zgodne z rozwiązaniami zastosowanymi w instrukcjach innych spółek dystrybucyjnych. Na poparcie swojego stanowiska, Enion posłużył się przykładami postanowień punktów C.3. Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion oraz zapisów punktów C.3. Instrukcji Sieci Dystrybucyjnej GZE S. A. Vattenfall. Przedstawione w tej mierze twierdzenia i argumenty Enion zostały również skontrolowane przez organ antymonopolowy, który na skutek analizy zapisów punktów C.3.1.1. – C.3.5.5. ww. Instrukcji potwierdził ich słusność.

Niezależnie od powyższego przedstawiciele Enion doprecyzowali, iż z uwagi na trudności związane z zatwierdzeniem Instrukcji Sieci Dystrybucyjnej, która przewidywała m.in. tzw. standardowe profile zużycia energii elektrycznej, profilów tych ostatecznie nie wprowadzono - co potwierdzone zostało również w wyniku analizy Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion, dokonanej przez organ antymonopolowy. Niemniej jednak Enion wyjaśnił dodatkowo, że wychodząc naprzeciw potrzebom liberalizacji rynku energetycznego, będzie montował - na własny koszt – układy pomiarowo – rozliczeniowe, spełniające wymogi w zakresie pomiaru energii elektrycznej w przyjętych okresach rozliczeniowych.

Ponadto Enion powołał się także na przepis art. 9d ust. 1 *Prawa energetycznego*, informując że z dniem 1 lipca 2007 r. jest zobowiązany do takiego zorganizowania swojej działalności, aby pozostawać pod względem formy prawnej i organizacyjnej oraz podejmowania decyzji niezależnym od innych działalności, niezwiązanych z przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej. Jak wyjaśnił Enion, niezależność powyższa powinna zostać osiągnięta poprzez wydzielenie z Enion, działającego dotąd jako przedsiębiorstwo energetyczne zintegrowane pionowo, operatora systemu dystrybucyjnego.

Odnosząc się do wyżej przedstawionego - za treścią pism Enion - nowego stanu faktyczno – prawnego w zakresie objętym zarzutami antymonopolowymi, Electrabel poinformował w piśmie z dnia 5 marca 2007 r., że Enion w istocie zmienił swoje dotychczasowe praktyki działania w stosunku do przedsiębiorstw obrotu energią elektryczną, niemniej jednak zmiana ta ma wymiar jedynie częściowy.

Przede wszystkim Electrabel podkreślił, że twierdzenia Enion, jakoby dopuszczał tworzenie grup bilansujących są zgodne z prawdą, niemniej jednak możliwość tworzenia takich grup ograniczona jest wyłącznie do obszaru sieci dystrybucyjnej Enion, a nie całego kraju. Mając natomiast na uwadze fakt, że Instrukcja Sieci Przesyłowej PSE – Operatora przewiduje tworzenie grup bilansowych obejmujących klientów zlokalizowanych w całym kraju, a nie jedynie na obszarze poszczególnych spółek dystrybucyjnych, obecna praktyka Enion wciąż budzi zastrzeżenia Electrabel, jako niezgodna z prawem.

W odniesieniu do zarzutu żądania ustanowienia zabezpieczeń finansowych z tytułu uczestnictwa w rynku bilansującym – w ocenie Electrabel – Enion dopuszcza się naruszenia własnych, powoływanych przez niego regulacji pkt D.1. i następnych Instrukcji Sieci Rozdzielczej, które nie przewidują możliwości obciążania kontrahentów Enion takimi zabezpieczeniami. Jak wywodził bowiem Electrabel, Enion nadal, tj. po 1 stycznia 2007 r., domagał się od niego ustanowienia zabezpieczeń związanych z uczestnictwem w rynku bilansującym. W celu potwierdzenia tej okoliczności, Electrabel przedłożył dowody w postaci: pisma Enion z dnia 31 stycznia 2007 r. w sprawie ustanowienia przezeń zabezpieczenia finansowego oraz deklaracji wekslowej wystawionej przez Electrabel na rzecz Enion. Oceniając treść tych dokumentów, organ antymonopolowy stwierdził, że zarówno przedmiotowe pismo, jak i deklaracja wekslowa dotyczą weksła in blanco, który został wystawiony przez Electrabel jeszcze w dniu 21 grudnia 2006 r., a zatem przed wejściem w życie zmienionej Instrukcji Sieci Rozdzielczej (obowiązującej od 1 stycznia 2007 r.). Ponadto w treści ww. pisma z 31 stycznia 2007 r. Enion informował wprawdzie Electrabel, iż ten powinien do dnia 2 lutego 2007 r. dostarczyć oryginał wypełnionej deklaracji wekslowej, nie określając jednak sankcji za niedopełnienie tego obowiązku oraz nie powołując się na postanowienia umowy, z których wynikałby ewentualnie taki obowiązek lub sankcje.

Przechodząc do kolejnego zarzutu, Electrabel podniósł, że Enion nadal stosuje niedozwolone rabaty cenowe w stosunku do ceny energii elektrycznej zatwierdzonej w jego taryfie. W ocenie Electrabel świadczy o tym fakt, iż jego oferta na rok 2007 nie została przyjęta przez Grupę Kęty z powodu zbyt wysokiej ceny energii, pomimo że zaproponowana w tej ofercie cena była korzystniejsza, niż cena taryfowa, wyliczona zgodnie taryfą Enion. Jako uzupełnienie Electrabel dodał, że w trakcie spotkań handlowych z przedstawicielami Grupy Kęty uzyskał wiedzę, iż cena sprzedawanej jej przez Enion energii elektrycznej jest niższa o około 10,00 zł/MWh od ceny oferowanej przez Electrabel.

Na koniec Electrabel zastrzegł, że - z uwagi na zbyt krótki upływ czasu – trudno jest odnieść się do zmian wprowadzonych w Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion w zakresie

wymagań technicznych stawianych układom i systemom pomiarowo rozliczeniowym. Niemniej jednak doświadczenia Electrabel - uzyskane w trakcie procedury pozyskiwania nowego klienta, tj. zakładu Valeo w Chrzanowie - dowodzą, iż „z końcem roku 2006 Enion w dalszym ciągu stosował bezprawne wymogi, zobowiązujące odbiorców uprawnionych do dostosowania swoich układów pomiarowych w przypadku zmiany dostawcy, w ten sposób utrudniając zmianę dostawcy”.

Reasumując Electrabel wywodził, iż poprzez dokonanie wyżej opisanych zmian w Instrukcji Sieci Rozdzielczej, Enion sam potwierdził bezprawność swoich praktyk. W opinii Electrabel, praktyki będące przedmiotem postępowania antymonopolowego były bezprawne zarówno w stanie faktycznym i prawnym ukształtowanym Instrukcją Sieci Rozdzielczej obowiązującą do 1 stycznia 2007 r., jak również po dokonaniu zmian w Instrukcji, które wchodziły w życie od tej daty.

W odpowiedzi na powyższe pełnomocnicy Enion wyjaśnili, że wszystkie zmiany w stosowanych przez niego - po 1 stycznia 2007 r. – procedurach, wynikających głównie z Instrukcji Sieci Rozdzielczej, podyktowane są wyłącznie koniecznością dostosowania prowadzonej przez Enion działalności gospodarczej do zmieniającego się stanu prawnego. Tym samym Enion kategorycznie zaprzeczył, aby jakakolwiek z nowowprowadzonych, po 1 stycznia 2007 r., zmian była następstwem uznania przez Enion, że przed tą datą dopuszczał się stosowania praktyk ograniczających konkurencję (tak: w treści pisma pełnomocników Enion z dnia 2 lipca 2007 r.).

W piśmie tym Enion podtrzymał swoje twierdzenia zgłoszone w wyjaśnieniach z dnia 30 stycznia 2007 r., iż dostosowując z wyprzedzeniem własną Instrukcję Sieci Rozdzielczej do wymagań stawianych przez Instrukcję Sieci Przesyłowej PSE – Operatora – obowiązującą od 1 czerwca 2006 r. - wprowadził wszystkie wymagane zmiany, które umożliwiają tworzenie grup bilansowych obejmujących odbiorców nie tylko z obszaru sieci Enion, ale również z terenu całego kraju. Enion doprecyzował, że po dniu zmiany stanu prawnego, spowodowanej m.in. wejściem w życie ww. Instrukcji Sieci Przesyłowej, podjął wszelkie starania, które miały na celu jak najszersze umożliwienie tworzenia grup bilansowych. Jakikolwiek opóźnienie w tej kwestii było spowodowane tym, że wdrożenie w życie nowych rozwiązań nie było uzależnione wyłącznie od woli Enion, lecz wymagało współdziałania z innymi podmiotami. W tym bowiem celu Enion musiał zawrzeć z PSE – Operatorem nową umowę o przesył energii elektrycznej, regulującą m.in. zasady przechodzenia odbiorców z jednej grupy bilansowej do innej. Na skutek wynikłego pomiędzy stronami sporu, do zawarcia takiej umowy doszło dopiero w dniu 30 maja 2007 r. - na podstawie aneksu nr 4(19)/SD16/Z10-1/2007, regulującego zasady bilansowania handlowego, w tym zasady zmiany przez odbiorców grup bilansujących. Co więcej, w spór ten zaangażowany został również Prezes URE, w wyniku czego Enion zmuszony był oczekiwać na jego rozstrzygnięcie (w tym zakresie wydane zostało - na podstawie art. 8 ust. 2 *Prawa energetycznego* - postanowienie tymczasowe Prezesa URE), a następnie do niego się dostosować. Wszystkie powyższe okoliczności spowodowały – jak dodatkowo dookreślił Enion - że proces zmierzający do ostatecznego ukształtowania zasad funkcjonowania grup bilansowych nie uległ zakończeniu, a przyjęte aktualnie rozwiązania mają charakter wyłącznie przejściowy. W ocenie Enion proces, o którym tu mowa zostanie zakończony dopiero z chwilą:

- ostatecznego rozstrzygnięcia przez Prezesa URE ww. sporu pomiędzy Enion a PSE – Operator dotyczącego określenia warunków umowy przesyłowej, prowadzonego w trybie art. 8 ust. 1 *Prawa energetycznego*,

- opracowania przez Enion, a następnie zatwierdzenia przez Prezesa URE Instrukcji Sieci Dystrybucyjnej, co dopiero będzie stanem zgodnym z aktualnie obowiązującymi rozwiązaniami prawnymi. Jak utrzymywał Enion, aktualnie obowiązująca Instrukcja Sieci Rozdzielczej - wbrew obowiązującym regulacjom prawnym - nie została zatwierdzona przez Prezesa URE, albowiem postępowanie w tej sprawie uległo zawieszeniu.

Co do zarzutu dotyczącego żądania Enion ustanawiania przez przedsiębiorstwa obrotu energią elektryczną zabezpieczeń finansowych z tytułu uczestnictwa w rynku bilansującym, Enion wyjaśnił, że po 1 stycznia 2007 r. fakty w tym zakresie przedstawiają się następująco:

- 1) po pierwsze, kontynuowanie współpracy pomiędzy Enion i Electrabel na warunkach odpowiadających stanowi prawnemu obowiązującemu przed 1 stycznia 2007 r. nastąpiło z inicjatywy i na wyraźną prośbę Electrabel,
- 2) po drugie, z inicjatywy i na prośbę Electrabel zostały ustanowione przez niego zabezpieczenia finansowe, w postaci nowo podpisanej deklaracji wekslowej,
- 3) po trzecie, Enion ze swojej strony uczynił wszystko, aby od początku 2007 r. współpraca między ww. stronami kontynuowana była na warunkach zgodnych z obowiązującym stanem prawnym, tj. Instrukcją Sieci Dystrybucyjnej Enion, a następnie zmienioną Instrukcją Sieci Rozdzielczej, zbieżnymi w przyjętych rozwiązaniach z Instrukcją Sieci Przesyłowej PSE - Operatora,
- 4) po czwarte, propozycja Enion w zakresie nowych warunków współpracy między ww. stronami w całości podlegała pod zaktualizowaną Instrukcją Sieci Rozdzielczej, wobec czego Electrabel zostałby zwolniony z obowiązku ustanawiania zabezpieczeń finansowych na rzecz Enion.

Odpowiadając na zarzut dotyczący udzielania odbiorcom energii elektrycznej niedopuszczalnych upustów cenowych, Enion wyjaśnił, że koronny przykład dotyczący sprzedaży energii Grupie Kęty, jakim posługuje się w tym zakresie Electrabel, nie ma w stosunku do niego zastosowania. Wbrew bowiem wyliczeniom Electrabel, sprzedaż energii elektrycznej do Grupy Kęty odbywa się w całości na podstawie taryfy Enion, co jest mimo wszystko rozwiązaniem bardziej korzystnym od propozycji cenowej zaoferowanej w ofercie Electrabel. W celu wykazania tego faktu, Enion powołał się na umowę sprzedaży energii elektrycznej nr WO/16/69001001/2007, zawartą w dniu 21 grudnia 2006 r. pomiędzy nim a Grupą Kęty, którą – jako dowód - załączył do akt sprawy. Dokonana przez organ antymonopolowy analiza wspomnianej umowy sprzedaży wykazała, że dostarczanie energii elektrycznej przez Enion Grupie Kęty odbywa się na podstawie: „*obowiązującej na obszarze działania Enion taryfy dla energii elektrycznej*” (tak: zapisy preambuły do ww. umowy), zaś „*Odbiorca* (tj. Grupa Kęty S. A. - przyp. własny) *kwalifikuje się do grupy taryfowej A23 (...)*” (tak: § 5 ww. umowy).

Odnosząc się do ostatniego z zastrzeżeń Electrabel – wyrażonych przez niego w piśmie z dnia 5 marca 2007 r. – dotyczącego zarzutu wymuszania na odbiorcach zgłaszających chęć korzystania z zasady TPA nieuzasadnionych modernizacji układów pomiarowo - rozliczeniowych, Enion wyjaśnił, że ustalanie warunków, jakim powinny odpowiadać takie układy odbywa się z uwzględnieniem Instrukcji Sieci Rozdzielczej, obowiązującej w dacie określania tych wymogów. Wbrew natomiast sugestiom Electrabel, określenie warunków dla układów pomiarowo – rozliczeniowych, zainstalowanych w zakładzie Valeo w Chrzanowie miało miejsce w I – półroczu 2006 r., a zatem Enion zobowiązany był zastosować obowiązujące wówczas – a nie zmienione dopiero po 1 stycznia 2007 r. – rozwiązania techniczne. Na poparcie swoich wywodów w opisywanym zakresie,

Enion przedstawił dowody w postaci korespondencji prowadzonej pomiędzy nim a Valeo Austosytemy Sp. z o.o., tj. pismo Valeo z dnia 29 marca 2006 r. oraz pismo Enion z dnia 3 kwietnia 2006 r.

Mając na uwadze wszystkie zebrane powyżej okoliczności, fakty i dowody, pismem z dnia 2 lipca 2007 r. Enion wniósł o:

- 1) wydanie decyzji niestwierdzającej stosowanie przez Enion praktyk ograniczających konkurencję oraz
- 2) nałożenie na Electrabel kary pieniężnej - na podstawie art. 106 ust. 2 pkt 2 *ustawy antymonopolowej* - w związku ze składaniem przez niego wprowadzających w błąd informacji w toku postępowania przed organem antymonopolowym.

W wyniku analizy wyżej zaprezentowanej argumentacji Enion, Electrabel z kolei zażądał - w piśmie z dnia 10 września 2007 r. - wydania przez organ antymonopolowy decyzji stwierdzającej stosowanie przez Enion wszystkich praktyk ograniczających konkurencję, objętych zarzutami prowadzonego postępowania antymonopolowego.

Przed wszystkim Electrabel zarzucił, że do dnia ekspedycji swojego pisma z dnia 10 września 2007 r. nie udało mu się podpisać z Enion umowy o dystrybucję energii elektrycznej, która stwarzałaby mu możliwość bilansowania odbiorców energii elektrycznej zlokalizowanych na terenie całego kraju, tj. również odbiorców spoza obszaru sieci dystrybucyjnej Enion. Electrabel podkreślił, że „*na chwilę obecną możliwość tworzenia grup bilansowych jest ograniczona do obszaru właściwego dla działania Enion, a nie całego kraju*”.

W ocenie Electrabel, twierdzenia Enion, z których wynika, że po 1 stycznia 2007 r. kontynuowanie współpracy na warunkach obowiązujących przed tą datą, a co za tym idzie ustanowienie zabezpieczeń finansowych z tytułu uczestnictwa w rynku bilansujących na rzecz Enion, nastąpiły z inicjatywy i na prośbę Electrabel są całkowicie nieprawdziwe. Na tę okoliczność Electrabel przedstawił dowód w postaci wiadomości z dnia 25 stycznia 2007 r., przesłanej drogą elektroniczną przez Pana Marcina Adamczyka (pracownika Enion) do Pana Przemysława Chryca (pracownika Electrabel). Z dowodu tego jasno wynika, że obie strony nie miały możliwości współpracowania na nowych zasadach, gdyż proces ich ustalania był w fazie negocjacji, które dopiero zmierzały do zawarcia umowy dystrybucyjnej, m.in. regulującej kwestie ich wzajemnych rozliczeń. Wyłącznie z tego powodu, Electrabel był niejako zmuszony do kontynuowania współpracy z Enion na podstawie dotychczasowych rozwiązań prawnych, obowiązujących przed datą 1 stycznia 2007 r.

Odnosząc się do kolejnej kwestii dotyczącej udzielania odbiorcom energii elektrycznej niedopuszczalnych upustów cenowych, Electrabel przyznał, że w roku 2007 Enion sprzedawał energię zgodnie z własną taryfą, co – jego zdaniem - nie zmienia jednak faktu, iż w latach poprzednich sprzedaż taka odbywała się poniżej cen i stawek opłat zatwierdzonych przez Prezesa URE w taryfie Enion. Electrabel zastrzegł jednocześnie, że jego wniosek w zakresie sprzedaży energii w roku 2007 w zgodzie z taryfą Enion dotyczy jej sprzedaży Grupie Kęty i oparty został na informacjach i danych liczbowych przedstawionych przez Enion i Grupę Kęty dla określonego profilu poboru energii przez Grupę.

W piśmie z dnia 10 września 2007 r. Electrabel w dalszym ciągu podtrzymywał, iż Enion w sposób nieuprawniony żąda modernizacji układów pomiarowo – rozliczeniowych w przypadku zmiany sprzedawcy energii elektrycznej przez odbiorców korzystających z zasady TPA. Jednocześnie jednak przyznał, iż brak jest dowodów na okoliczność

wymuszania, po 31 grudnia 2006 r., modernizacji układów pomiarowo - rozliczeniowych wobec odbiorców korzystających z zasady TPA, a przynajmniej Electrabel takimi dowodami nie dysponuje.

Ostatecznie, w piśmie z dnia 17 grudnia 2007 r., Enion zaprzeczył powyższym twierdzeniom Electrabel, żądając alternatywnie albo umorzenia postępowania antymonopolowego w całości, albo wydania decyzji o niestwierdzeniu nadużywania przez Enion pozycji dominującej w zakresie wszystkich zarzutów antymonopolowych.

W piśmie tym Enion wskazał okoliczności, które – jak twierdził - z przyczyn od niego niezależnych wpłynęły na wydłużenie procesu zawierania umów dystrybucji energii, umożliwiających funkcjonowanie przedsiębiorstw obrotu energią elektryczną na terenie sieci dystrybucyjnej Enion. Wyjaśnił on, iż kluczową datą w tym procesie był 1 lipca 2007 r., gdyż z tym dniem wszyscy odbiorcy energii elektrycznej (w tym również gospodarstwa domowe) uzyskali prawo wyboru sprzedawcy energii na zasadach TPA, a ponadto nastąpił również ustawowy rozdział działalności operatorów systemów dystrybucyjnych na działalność związaną z dystrybucją oraz obrotem energią elektryczną. W tej samej dacie - aby dostosować funkcjonowanie rynku energii elektrycznej do nowych okoliczności prawnych - weszły także w życie znaczące zmiany Instrukcji Sieci Przesyłowej PSE – Operator, pociągające za sobą z kolei konieczność wprowadzenia dodatkowych modyfikacji wzorów umów o świadczenie usług dystrybucji energii elektrycznej, stosowanych przez Enion. Jednocześnie Enion wyjaśnił, że 20 lipca 2007 r. przedstawił Electrabel nowe wzorce umów dystrybucji energii elektrycznej, co do których strony podjęły negocjacje. Następnie, 28 sierpnia 2007 r. Enion otrzymała od PSE – Operator informacje, że z dniem 1 września 2007 r. nastąpi uaktywnienie miejsca dostarczania energii elektrycznej rynku bilansującego, przyporządkowane Electrabel na terenie sieci dystrybucyjnej Enion. W tym miejscu należy podkreślić, że zgodnie z postanowieniami Instrukcji Sieci Przesyłowej PSE – Operator, dopiero z tą datą, czyli 1 września 2007 r. Electrabel uzyskał prawo do bilansowania handlowego na terenie sieci Enion odbiorców energii z całego kraju. Ostatecznie strony dopiero we wrześniu 2007 r. ustaliły treść przedmiotowych umów, natomiast w dniu 15 października 2007 r. Electrabel i Enion zawarły:

- 1) umowę nr GUD/SnRBH/007/2007 o świadczenie usług dystrybucji energii elektrycznej ze sprzedawcą niebędącym podmiotem odpowiedzialnym za bilansowanie handlowe,
- 2) umowę nr QUD/SRBH/007/2007 o świadczenie usług dystrybucji energii elektrycznej ze sprzedawcą będącym podmiotem odpowiedzialnym za bilansowanie handlowe, oraz
- 3) umowę nr GUD/URB/007/2007 o świadczenie usług dystrybucji energii elektrycznej z uczestnikiem rynku bilansującego będącym podmiotem odpowiedzialnym za bilansowanie handlowe.

Powyższe fakty i okoliczności przedstawione przez Enion potwierdzone zostały przez organ antymonopolowy, w wyniku przeprowadzonej analizy dokumentów załączonych do ww. pisma Enion z dnia 17 grudnia 2007 r. Wśród tych dokumentów znalazły się m.in. wszystkie wspomniane wyżej umowy oraz ich kolejne projekty negocjowane przez Electrabel i Enion, wraz z korespondencją prowadzoną między nimi w tych sprawach.

Nawiązując do powyższego Enion wyjaśnił, że dopiero w wyniku zawarcia przedmiotowych umów o świadczenie usług dystrybucji energii elektrycznej Electrabel uzyskał możliwość bilansowania handlowego na terenie całego kraju. Jak jednak podkreślał Enion, aby w ogóle mogło dojść do ich podpisania konieczne było wcześniejsze zawarcie pomiędzy Electrabel a PSE - Operator umowy o świadczenie usług przesyłu energii elektrycznej. Informację w zakresie obowiązywania tej ostatniej z dniem 1 września 2007 r.

Enion otrzymał dopiero 28 sierpnia 2007 r., pomimo że do zawarcia z Electrabel odpowiednich umów dystrybucji energii był gotowy już od dnia 27 czerwca 2007 r. (data podpisania umowy przesyłowej pomiędzy Enion a PSE – Operator).

W celu potwierdzenia prawdziwości wyżej opisanych wyjaśnień i informacji Enion – które jednocześnie wykazane zostały przed organem antymonopolowym za pomocą dowodów z dokumentów, tj. korespondencji prowadzonej z Electrabel – pełnomocnicy Enion wnieśli o przeprowadzenie dowodów z przesłuchania świadków, będących jego pracownikami, tj.: Tomasza Lendera oraz Macieja Mroza.

Na kanwie opisanego powyżej nowego stanu faktycznego, Enion zakwestionował w całości twierdzenia Electrabel, iż ponosi odpowiedzialność za brak możliwości tworzenia grup bilansujących, w skład których wchodzić mogliby różni odbiorcy energii elektrycznej. Enion zapewnił, że tworzenie grup bilansujących ograniczonych do odbiorców przyłączonych do jego sieci dystrybucyjnej było możliwe już do 1 stycznia 2007 r., natomiast począwszy od lipca 2007 r. w ramach takich grup można było bilansować wszystkich odbiorców energii, zlokalizowanych na terenie całej Polski. W celu wykazania tego ostatniego faktu, Enion wskazał przedsiębiorstwa obrotu energią elektryczną, które już 11 lipca 2007 r. zagwarantowały sobie – poprzez wypełnienie obowiązków wobec PSE – Operatora, w tym zawarcie z nim umowy w sprawie przesyłu energii - możliwość bilansowania odbiorców z terenu całego kraju, przyłączonych do sieci różnych spółek dystrybucyjnych. Wśród tych przedsiębiorstw Enion wyliczył następujące: Vattenfall Sales Poland Sp z o.o., Enion Energia Sp. z o.o. w Krakowie (zwana dalej Enion Energia), RWE Stoen S. A. oraz Energa - Obrót S. A. Skoro Electrabel wypełnił wszystkie obowiązki wobec PSE – Operatora, które warunkowały zawarcie umowy o świadczenie usług przesyłowych dopiero w dniu 1 września 2007 r., zatem – jak wnioskował Enion – stan przedłużającego się procesu uzyskania prawa bilansowania odbiorców spowodowany był wyłącznie okolicznościami leżącymi po stronie Electrabel.

Niezależnie od powyższego Enion wyjaśnił, że w okresie od 1 lipca do 11 października 2007 r. zawarł umowy o świadczenie usług dystrybucji energii elektrycznej z 11. innymi podmiotami, wykonującymi usługi sprzedaży energii elektrycznej, a w ich zakresie bilansowania handlowego na terenie sieci dystrybucyjnej Enion. Uzupełniając poinformował dodatkowo, że wszystkie te umowy zawierały jednakowe warunki, a Electrabel nie został postawiony w gorszej, niż inne spółki obrotu, pozycji kontraktowej.

Odnosząc się do problemu związanego ze sprzedażą energii elektrycznej Grupie Kęty, Enion zagwarantował, że w okresie od 1 stycznia do 31 czerwca 2007 r. sprzedawał energię tej Grupie na podstawie cen i stawek opłat przyjętych w taryfie Enion, zatwierdzonej przez Prezesa URE. Na dowód powyższego, Enion załączył do akt sprawy odpis umowy nr WO/16/69001001/2007 sprzedaży energii elektrycznej Grupie Kęty. Enion doprecyzował jednocześnie, że powodem zawarcia takiej umowy na warunkach wynikających z taryfy - tj. bez upustów, bonifikat lub premii – były zmiany stanu prawnego, które miały wejść w życie od dnia 1 lipca 2007 r.

Jak bowiem organ antymonopolowy wywiódł powyżej, od tej daty Enion (jak każdy operator systemu dystrybucyjnego) zobowiązany był – zgodnie z treścią przepisu art. 9d *Prawa energetycznego* – do ostatecznego rozdzielenia działalności w zakresie dystrybucji energii elektrycznej od działalności związanej z jej sprzedażą. Organ antymonopolowy ustalił jednocześnie, że w przypadku Enion rozdział taki polegał na wydzieleniu z jego struktur spółki obrotu energią elektryczną, działającej pod firmą - Enion Energia. Natomiast na mocy odrębnych porozumień, prawa i obowiązki wynikające z wszystkich uprzednio zawartych przez Enion umów sprzedaży energii elektrycznej (w tym również podpisanej z Grupą Kęty),

z dniem 1 lipca 2007 r. zostały scedowane na Enion Energię. W tym stanie rzeczy, poczynając od dnia 1 lipca 2007 r. sprzedawcą energii elektrycznej, a jednocześnie podmiotem wyłącznie odpowiedzialnym za bilansowanie handlowe dotychczasowych odbiorców Enion, jest Enion Energia.

Enion kategorycznie zaprzeczył jednocześnie, aby stosował wobec któregokolwiek z odbiorców energii elektrycznej upusty, bonifikaty lub premie w zakresie stawek opłat związanych ze świadczeniem usług dystrybucji energii elektrycznej, chyba że obowiązek ich naliczenia lub przyznania wynikał wprost z powszechnie obowiązujących przepisów prawa energetycznego.

Ponadto - w piśmie z dnia 17 grudnia 2007 r. - Enion wniósł o umorzenie w całości postępowania antymonopolowego, argumentując, iż w zakresie wszystkich postawionych mu zarzutów właściwy jest Prezes URE. W ocenie Enion, wniosek taki wynika z obowiązujących przepisów *Prawa energetycznego*. I tak – zdaniem Enion – właściwość Prezesa URE podyktowana jest:

- w zakresie zarzutu polegającego na stosowaniu przez Enion nieuczciwych, rażąco niskich cen sprzedaży energii elektrycznej, tj. cen znacząco niższych od wynikających z jego Taryfy - art. 1 ust. 2 w zw. z art. 23 ust. 2 pkt 2 *Prawa energetycznego*,
- w zakresie zarzutu polegającego na uniemożliwianiu przez Enion bilansowania różnych odbiorów energii elektrycznej, poprzez ich grupowanie i rozliczanie w ramach wspólnej dla nich jednostki rozliczeniowej - art. 1 ust. 2 w zw. z art. 8 ust. 1 *Prawa energetycznego*,
- w zakresie zarzutu polegającego na obowiązku ustanawiania wyłącznie na rzecz Enion zabezpieczeń finansowych z tytułu uczestnictwa w runku bilansującym - art. 1 ust. 2 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy *Prawa energetycznego*,
- w zakresie zarzutu nakładania na odbiorców obowiązku modernizacji układów pomiarowo - rozliczeniowych w przypadku zmiany sprzedawcy energii elektrycznej i korzystania z usług innego – niż Enion – przedsiębiorstwa obrotu energią - art. 1 ust. 2 w zw. z art. 8 ust. 1 *Prawa energetycznego*.

Uzasadniając powyższe twierdzenia, Enion wyraził przekonanie, że - wobec trwającego sporu co do warunków umów o świadczenie usług dystrybucji energii elektrycznej - sprawa zainicjowana przez Electrabel przed organem antymonopolowym mogłaby zostać rozstrzygnięta w drodze decyzji Prezesa URE, określającej w trybie administracyjnym warunki tych umów.

VII. Dane finansowe dotyczące działalności Enion w roku 2007 i 2008.

Na skutek wezwania organu antymonopolowego, pełnomocnicy Enion przedstawili w dniu 6 lutego 2009 r. oświadczenie w sprawie przewidywanego wyniku finansowego z działalności Enion za rok 2008. Wynika z niego, że przewidywana wielkość przychodu, osiągniętego z całej prowadzonej przez Enion działalności gospodarczej (w zakresie dystrybucji energii elektrycznej oraz pozostałej działalności), wyniosła w roku 2008: 2.435.258.941 zł. Enion wyliczył jednocześnie, że wszystkie koszty prowadzonej przez niego w tym roku działalności gospodarczej sięgają kwoty 2.421.311.807 zł, co z uwagi na pozostałe przychody i koszty operacyjne i finansowe, wynik zdarzeń nadzwyczajnych oraz obciążenia podatkowe, pozwoliło mu na ustalenie przewidywanej wielkości zysku netto na poziomie około: 15.379.080 zł.

Z kolei w dniu 4 czerwca 2009 r. pełnomocnicy Enion przedstawili informację w sprawie wielkości przychodu osiągniętego przez Enion w roku 2008 oraz uwierzytelnioną kopię zeznania CIT – 8 za ten rok. Z tego ostatniego dokumentu wynika, że Enion osiągnął w roku 2008 łączne przychody w wysokości: 2.514.416.391,31 zł, przy kosztach uzyskania przychodu na poziomie: 2.361.934.979,89 zł, a zatem dochód brutto Enion wyniósł: 152.481.411,42 zł.

W tym miejscu należy jeszcze zwrócić uwagę na - przedstawiony przez pełnomocników Enion - rachunek zysków i strat, stanowiący załącznik do „sprawozdania finansowego Enion S. A. za rok zakończony dnia 31 grudnia 2008 r., z którego wynika, że zysk netto Enion w roku 2008 wyniósł: 15.932.305,73 zł.

Mając na uwadze zebrany materiał dowodowy, organ antymonopolowy zważył co następuje:

Na wstępie uzasadnienia prawnego niniejszej decyzji należy zwrócić uwagę, iż w dniu 21 kwietnia 2007 r. weszła w życie *ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.). Stosownie do treści art. 131 ust.1 tej ustawy – do postępowań wszczętych na podstawie dotychczas obowiązującej *ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080, z późn. zm.) i niezakończonych do dnia wejścia w życie *ustawy z dnia 16 lutego 2007 r.*, stosuje się przepisy dotychczasowe. Biorąc zatem pod uwagę fakt, iż postępowanie antymonopolowe w przedmiotowej sprawie zostało wszczęte w dniu 6 marca 2006 r., a więc na podstawie przepisów *ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r.* i nie zostało zakończone do dnia 21 kwietnia 2007 r. – w niniejszej sprawie zastosowane zostały przepisy ustawy dotychczasowej. W tym stanie rzeczy, w dalszej części decyzji - jeżeli nie zostało to określone inaczej - przez *ustawę antymonopolową* należy rozumieć *ustawę z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów*.

I. Właściwość Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Organ antymonopolowy stoi na stanowisku, że kompetencje Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki w zakresie promowania konkurencji – w myśl z art. 21 *Prawa energetycznego* - nie wyłączają właściwości organu antymonopolowego w dziedzinie ochrony konkurencji na rynkach energetycznych, na podstawie *ustawy antymonopolowej*. Podobny pogląd w tej kwestii jest w sposób jednolity i jednoznaczny prezentowany w orzecznictwie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (w skrócie zwanego dalej „SOKiK”). Zgodnie bowiem z wyrokiem tego sądu z dnia 31 stycznia 2007 r. (sygn. akt: XVII AmA 98/05): „*kompetencje Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki w zakresie zagadnień odnoszących się do promowania na rynku konkurencji, nie wyłączają właściwości Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Jest to stanowisko potwierdzone wielokrotnie w doktrynie i orzecznictwie. Właściwość Prezesa UOKiK obejmuje podejmowanie wszelkich decyzji w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów. Prawo energetyczne nie stanowi bowiem lex specialis wobec ustawy antymonopolowej. Przepisy regulacyjne wyłączają stosowanie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów tylko w takim zakresie w jakim jest ona faktycznie wykonywana przez organ regulacyjny*”.

Podobne stanowisko zajął SOKiK w wyroku z dnia 7 stycznia 2004 r. (sygn. akt: XVII AmA 24/03) - uznając, iż nie jest zasadne twierdzenie, „że ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne stanowi *lex specialis* w stosunku do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Treść obydwu ustaw wskazuje, że taka relacja nie występuje generalnie. (...) Przepisy regulacyjne wyłączają stosowanie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów tylko w takim zakresie w jakim jest ona faktycznie wykonywana przez organ regulacyjny. W przypadku energetyki dotyczy to w szczególności zatwierdzonych przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki taryf, rozstrzygnięć wydanych w trybie art. 8 ust. 1 ustawy Prawo energetyczne. Brak orzeczenia Prezesa URE w zakresie obowiązku świadczenia przez zainteresowanego usługi przesyłu gazu powoduje, że brak jest formalnej przeszkody w prowadzeniu postępowania antymonopolowego, gdyż „regulacja” w tym zakresie nie została dokonana. Jest więc sprawą wyboru zainteresowanego, czy dla ochrony swoich praw chce on wykorzystać środki publicznoprawne czy też środki prywatnoprawne.”

Relacja między przepisami ustawy *antymonopolowej*, a przepisami tzw. ustaw regulacyjnych (nie tylko *Prawa energetycznego*, ale także *Prawa telekomunikacyjnego*) była również przedmiotem rozpoznania innych sądów, w tym Sądu Najwyższego. W wyroku z dnia 19 października 2006 r. (sygn. akt: III SK 15/06) Sąd Najwyższy nie podzielił stanowiska, „(...) zgodnie z którym przepisy *Prawa telekomunikacyjnego* stanowią w całości *lex specialis* w stosunku do przepisów *uokik* (...). Prawo telekomunikacyjne jest instrumentem za pomocą którego organy państwa mogą stworzyć odpowiednie warunki, które umożliwiają równoprawną i efektywną konkurencję na rynku. Innymi słowy, Prawo telekomunikacyjne ma kreować konkurencję. Natomiast celem *uokik* jest ochrona konkurencji przed zniekształceniami mającymi swe źródło w zachowaniu przedsiębiorstw działających na rynku. Oznacza to, że przepisy *Prawa telekomunikacyjnego* oraz *uokik*, a tym samym odpowiednie organy odpowiedzialne za ich egzekwowanie, zajmują się konkurencją na rynkach telekomunikacyjnych z innej perspektywy. Mając powyższe na względzie Sąd Najwyższy nie uznaje, by wzajemna relacja między przepisami *uokik*, a przepisami innych ustaw, odpowiadała klasycznej regule *lex specialis derogat legi generali*. (...) W braku przepisu dotyczącego relacji ustawy do przepisów *uokik*, wzajemny stosunek między postanowieniami *Prawa telekomunikacyjnego* a przepisami *uokik* należy ustalić na podstawie art. 3 *uokik*. Zgodnie z art. 3 pkt 1 *uokik* przepisów ustawy nie stosuje się do ograniczeń konkurencji dopuszczonych na podstawie odrębnych ustaw. Z powyższego przepisu wynika ogólna zasada, zgodnie z którą przepisy *uokik* znajdują zastosowanie do wszystkich rynków, w tym do rynku telekomunikacyjnego, chyba że ustawa szczególna wyłącza w sposób generalny zastosowanie przepisów *uokik* lub nakazuje zachowania, które z punktu widzenia przepisów *uokik* należałoby uznać za praktyki ograniczające konkurencję. W braku wyraźnych uregulowań w przepisach ustawowych, stosowanie przepisów *uokik* nie jest wyłączone, jeżeli przepisy innej ustawy normują zachowania przedsiębiorców lub ustanawiają określone procedury dla rozpoznawania sporów. W myśl art. 3 przepisy ustawy nie znajdują zastosowania tylko do ograniczeń konkurencji przewidzianych w innych ustawach, co oznacza, że Prezes UOKiK nie może uznać za praktykę ograniczającą konkurencję zachowania, które jest nakazane przez przepisy *Prawa telekomunikacyjnego*. Sąd Najwyższy podziela w pełni pogląd, zgodnie z którym przepisy *prawa antymonopolowego* znajdują zastosowanie do działalności przedsiębiorstw objętych regulacją we wszystkich tych przypadkach, w których przepisy regulacyjne pozostawiają im margines swobody działania”.

Przyjmując za podstawę do dalszych rozważań powołane wyżej orzecznictwo SOKiK i Sądu Najwyższego, organ antymonopolowy zważył, iż kompetencje Prezesa URE różnią się od kompetencji organu antymonopolowego, m. in. zakresem osądu rozpatrywanych spraw. Prezes URE poza kompetencjami o charakterze publicznoprawnym - związanymi przede wszystkim z procedurami koncesjonowania i taryfikowania przedsiębiorstw energetycznych – określonymi w art. 23 ust. 2 *Prawa energetycznego*, rozstrzyga również sprawy sporne, o których mowa w art. 8 ust. 1 *Prawa energetycznego*. W przypadku tych ostatnich przedmiotem postępowania przed Prezesem URE są jednak wyłącznie sprawy dotyczące odmowy zawarcia różnego rodzaju umów energetycznych oraz sprawy wstrzymania dostarczania energii. Co więcej sprawy te mają charakter indywidualny, a więc ich zakres jest ograniczony do określonych z góry podmiotów – stron sporu przed Prezesem URE. Natomiast w postępowaniu antymonopolowym Prezes UOKiK ma za zadanie zbadać zgodność określonych działań przedsiębiorcy z przepisami prawa konkurencji oraz - mając na uwadze potrzebę ochrony interesu publicznoprawnego - rozstrzygnąć w sposób generalny określony problem rynkowy, eliminując nieprawidłowości jakie się na nim ujawniły. Organ antymonopolowy nigdy nie orzeka w zakresie indywidualnych interesów przedsiębiorcy lub konsumenta. Oznacza to w szczególności możliwość oceny tych aspektów stanu faktycznego sprawy, które pozostają poza kontrolą Prezesa URE.

Tożsamy z powyższym stanowisko prezentowane jest przez doktrynę. W tym zakresie przywołać należy fragment komentarza do *Prawa energetycznego*, w którym autorzy wyprowadzili następujące wnioski: „(...) możliwy jest zbieg stosowania obu ustaw (czyli *Prawa energetycznego* oraz *ustawy antymonopolowej* – przyp. własny) i kompetencji obu organów (tj. Prezesa URE oraz organu antymonopolowego – przyp. własny) w kwestiach, gdy oceniają one określoną działalność przedsiębiorstw energetycznych z odmiennej perspektywy. Prezes URE dokonuje oceny analizując racje i interesy stron konfliktu, a więc rozstrzyga konkretny, indywidualny przypadek. Prezes UOKiK natomiast ocenia sprawę z perspektywy ochrony i rozwoju konkurencji, przykładając w tej ocenie miary interesu publicznego” (tak: J. Baehr, E. Stawicki, J. Antczak (w:) *Prawo energetyczne. Komentarz*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2003 r., s. 21).

Niezależnie od powyższego w doktrynie przyjmuje się również, że „zachowanie przedsiębiorstwa energetycznego, mające oparcie w wydanej w tej sprawie decyzji administracyjnej Prezesa URE, nie podlega ocenie Prezesa UOKiK. Tak jest na przykład w sytuacji stosowania cen i opłat na poziomie cen zawartych w taryfach zatwierdzonych przez Prezesa URE. Jednak już ocena cen i opłat niepodlegających zatwierdzeniu przez Prezesa URE (ceny i opłaty przedsiębiorstw, których działalność nie wymaga uzyskania koncesji, lub zwolnionych przez Prezesa URE, w oparciu o przepis art. 49, z obowiązku przedkładania taryf do zatwierdzenia) należy do właściwości Prezesa UOKiK. W przypadku zbiegu przepisów obu ustaw, orzany je stosujące winny zmierzać do wydawania niesprzecznych decyzji” (tak: J. Baehr, E. Stawicki, J. Antczak, j.w., s. 21). Ze stanowiskiem tym, przywoływanym za autorami cytowanego komentarza do *Prawa energetycznego* - jako pokrywającym się z oceną prawną wyrażoną w ww. orzecznictwie SOKiK – organ antymonopolowy w pełni się zgadza.

Mając zatem na uwadze wszystkie wyżej zaprezentowane poglądy orzecznictwa i doktryny oraz własne ustalenia dotyczące zakresu i rozdzielenia wzajemnych kompetencji obu organów, organ antymonopolowy stanął na stanowisku, że jest właściwy we wszystkich

sprawach ocenianych w niniejszej decyzji - tj. objętych przedmiotem jej punktów I - III sentencji - a więc związanych z oceną zasadności stosowania przez Enion:

- upustów i bonifikat od taryfowych cen i stawek opłat w zakresie sprzedaży energii elektrycznej odbiorcom uprawnionym do TPA (będących przedmiotem punktu I sentencji niniejszej decyzji),
- poszczególnych zapisów Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion w zakresie: możliwości tworzenia wspólnych jednostek rozliczeniowych dla dwóch lub więcej odbiorców energii elektrycznej i wspólnego rozliczania odchyleń od pozycji kontraktowych tych odbiorców oraz obowiązku ustanawiania zabezpieczeń finansowych z tego tytułu (objętych punktem II sentencji niniejszej decyzji),
- obowiązku modernizacji przez odbiorców końcowych układów pomiarowo – rozliczeniowych w przypadku zamiaru zmiany sprzedawcy energii elektrycznej (o którym mowa w punkcie III sentencji niniejszej decyzji).

W odniesieniu do pierwszego z zagadnień przedstawionych powyżej, tj. problematyki dopuszczalności (jej braku) stosowania upustów i bonifikat od taryfowych cen i stawek opłat, organ antymonopolowy stoi na zaprezentowanym wcześniej - w tym punkcie niniejszej decyzji - stanowisku, że ocena praktyk stosowanych przez przedsiębiorców jest zupełnie odmienna z punktu widzenia organu antymonopolowego i organu regulacyjnego – Prezesa URE. W rozważanej w przedmiotowej decyzji sprawie Prezes URE jest organem właściwym do analizowania stosowanych przez przedsiębiorstwa energetyczne cen, zgodnie z zatwierdzoną uprzednio przez siebie taryfą. Przy czym, Prezes URE dysponuje w tym zakresie - na podstawie art. 56 ust. 1 pkt 6 *Prawa energetycznego* - możliwością nałożenia na dane przedsiębiorstwo energetyczne kary pieniężnej, o ile stwierdzi, że stosuje ono ceny lub stawki opłat wyższe od zatwierdzonych lub stosuje taryfę niezgodnie z określonymi w niej warunkami. Natomiast organ antymonopolowy analizując ceny, stosowane przez przedsiębiorstwo o pozycji dominującej na rynku właściwym, bierze pod uwagę nie sam fakt stosowania cen odmiennych niż w taryfie zatwierdzonej przez Prezesa URE, ale to, czy ceny te mogą stanowić zagrożenie dla konkurencji na rynku, będąc w szczególności cenami drapieżnymi tj. cenami mającymi na celu wyeliminowanie konkurentów z rynku lub też ograniczenie możliwości ich działania w inny sposób.

Wobec przedstawionej powyżej argumentacji nieprzekonujące jest wnioskowanie – jakie zdaje się stosować Enion - iż skoro Prezes URE dopuścił stosowanie umów specjalnych, a następnie dokonywał ich kontroli, to tym samym kompetencje organu antymonopolowego w zakresie oceny wspomnianych umów, przewidujących możliwość stosowania upustów od cen taryfowych, zostały wyłączone. W opinii organu antymonopolowego, stosowanie przedmiotowych umów oraz upustów od cen taryfowych może bowiem prowadzić do niekorzystnych dla rynku skutków, którym zapobieganie nie będzie leżeć w kompetencjach Prezesa URE. Zdaniem organu antymonopolowego, wyłączenie jego kompetencji miałoby miejsce dopiero wówczas, gdyby Prezes URE nakazywał przedsiębiorstwu energetycznemu określone zachowanie, zaś to nie dysponowało żadną swobodą działania zapobiegającego antykonkurencyjnym skutkom zachowania nakazanego przez regulatora. Powyższe stanowisko znajduje pełne potwierdzenie w powoływanym wyżej wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 października 2006 r., w którym Sąd wskazał, iż „*zastosowanie reguł konkurencji zostaje wyłączone tylko wówczas,*

gdy wskutek interwencji państwa reprezentowanego przez regulatora rynkowego przedsiębiorstwa działające na określonym rynku nie mają żadnej innej możliwości zachowania się, poza sposobem narzuconym im przez regulatora”.

W ocenie organu antymonopolowego, ta ostatnia sytuacja z pewnością w niniejszej sprawie nie występuje. Jak wynika bowiem z opisu stanu faktycznego przedmiotowej decyzji, Enion stosując upusty i bonifikaty od taryfowych cen i stawek opłat, w zakresie sprzedaży energii elektrycznej dla odbiorców uprawnionych do korzystania z prawa TPA, działał w warunkach swobody w podejmowaniu decyzji rynkowych co do wysokości cen - poniżej ich stawek zatwierdzonych w taryfie. Zarówno bowiem Taryfa Enion na rok 2005, jak również Taryfa na rok 2006 przewidywały, odpowiednio, w zapisach punktu 1.7. oraz punktu 1.8. możliwość stosowania przez Enion umów specjalnych, o których była już mowa w niniejszej decyzji.

W cytowanym wyżej wyroku z dnia 19 października 2006 r. (sygn. akt: III SK 15/06), Sąd Najwyższy analizował relacje między przepisami ustaw regulacyjnych i *ustawy antymonopolowej*. W wyroku tym SN przyjął, że z art. 3 *ustawy antymonopolowej* wynika ogólna zasada, zgodnie z którą przepisy tej *ustawy* znajdują zastosowanie do wszystkich rynków, chyba że ustawa szczególna wyłącza w sposób generalny zastosowanie przepisów *ustawy antymonopolowej* lub nakazuje zachowanie, które z punktu widzenia przepisów tej *ustawy* należałoby uznać za praktyki ograniczające konkurencję. Ponadto, w powoływanym wyroku Sąd Najwyższy stwierdził także, że przepisy *ustawy antymonopolowej* znajdują zastosowanie do działalności przedsiębiorców objętych regulacją we wszystkich tych przypadkach, w których przepisy ustaw regulacyjnych pozostawiają im margines swobody działania. W niniejszej sprawie organ antymonopolowy przeanalizował problematykę stosowania przez Enion cen sprzedaży energii elektrycznej zawierających upusty od cen taryfowych pod kątem oceny, czy takie zachowanie Enion zostało uregulowane (narzucone) przepisami *Prawa energetycznego*, czy też pozostaje ono w granicach swobody dopuszczalnej przez tę ustawę. Dokonana w tym zakresie analiza pozwala przyjąć, że brak jest podstaw do wyłączenia stosowania *ustawy antymonopolowej* i wyłączenia kompetencji organu antymonopolowego w zakresie stosowania przez przedsiębiorstwa energetyczne cen sprzedaży energii elektrycznej niższych niż maksymalne ceny taryfowe, zatwierdzone przez Prezesa URE.

Organ antymonopolowy ocenił również, iż jest właściwy we wszystkich pozostałych sprawach objętych zakresem niniejszej decyzji, związanych ze stosowaniem kwestionowanych w niej zapisów Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion lub też ich niewłaściwym stosowaniem. Kognicja organu antymonopolowego dotyczy zatem spraw ocenianych na podstawie punktów II i III sentencji niniejszej decyzji, a mianowicie: możliwości tworzenia wspólnych jednostek rozliczeniowych dla dwóch lub więcej odbiorców energii elektrycznej i wspólnego rozliczania odchyleń od pozycji kontraktowych tych odbiorców, obowiązku ustanawiania zabezpieczeń finansowych z tego tytułu oraz obowiązku modernizacji układów pomiarowo – rozliczeniowych.

Na wstępie organ antymonopolowy zważył, że wprowadzie - na podstawie art. 23 ust. 2 pkt 8 *Prawa energetycznego* - Prezes URE uzyskał kompetencje do zatwierdzania instrukcji ruchu i eksploatacji sieci przesyłowej i wszystkich sieci dystrybucyjnych w zakresie bilansowania systemu i zarządzania ograniczeniami systemowymi, niemniej jednak oceniane w niniejszej decyzji zarzuty stosowania przez Enion praktyk ograniczających konkurencję

dotyczą zapisów Instrukcji Sieci Rozdzielczych Enion niezatwierdzonych przez Prezesa URE. Jak bowiem uściślono w opisie stanu faktycznego niniejszej decyzji, instrukcje te obowiązywały albo w okresie, w którym *Prawo energetyczne* nie przyznawało Prezesowi URE kompetencji do ich zatwierdzania, albo w czasie sporu sądowego o treść Instrukcji Sieci Przesyłowej PSE – Operator i zawieszenia z tego powodu postępowania dotyczącego zatwierdzenia nowej Instrukcji Sieci Dystrybucyjnej Enion, co wiązało się ze stosowaniem dotychczasowej – wprowadzonej zmodyfikowanej i dostosowanej do zmienionych warunków prawnych, lecz niezatwierdzonej przez Prezesa URE - Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion.

Również zastrzeżenia Enion co do właściwości organu antymonopolowego w odniesieniu do ww. zarzutów wspólnego rozliczania i bilansowania odbiorców, obowiązkowych zabezpieczeń finansowych z tego tytułu oraz obowiązku modernizacji układów pomiarowo – rozliczeniowych, organ uznał za bezzasadne. Uzasadniając swoje zastrzeżenia w tym zakresie Enion stanął bowiem na stanowisku, że sprawa zainicjowana przez Electrabel przed organem antymonopolowym powinna zostać rozstrzygnięta w drodze decyzji Prezesa URE, określającej w trybie administracyjnym warunki umów o świadczenie usług dystrybucji energii elektrycznej. Skoro bowiem istnieje spór między stronami takiej umowy, tj. Enion i Electrabel, winien od zostać rozstrzygnięty na gruncie art. 8 ust. 1 *Prawa energetycznego*.

Organ antymonopolowy uznał takie stanowisko Enion w całości za błędne. Po pierwsze, żadna regulacja Prezesa URE w zakresie sporu pomiędzy Enion a Electrabel co do ukształtowania warunków umów o świadczenie usług dystrybucji energii elektrycznej nie została dokonana. Jak wynika bowiem z ustaleń faktycznych, przeprowadzonych w ramach niniejszego postępowania antymonopolowego, Prezes URE nie wydał decyzji rozstrzygającej taki spór, co więcej sprawa o jego rozpoznanie nigdy przed Prezesem URE nie zawisła. Po drugie, kwestią wątpliwą jest, czy sprawa będąca przedmiotem wniosku Electrabel mogłaby w ogóle zostać rozstrzygnięta przez Prezesa URE. Electrabel skarżył się bowiem na nieuczciwość i uciążliwy charakter postanowień umów o świadczenie usług dystrybucji energii elektrycznej, a właściwie Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion, która stanowiła jej integralną część (a nawet w przypadku jednego z tych zarzutów wniosek dotyczył wybiórczego stosowania jej zapisów). Natomiast - jak już wyjaśniono powyżej, w tym punkcie niniejszej decyzji – Prezesem URE, rozstrzygając sprawy sporne w oparciu o przepis art. 8 ust. 1 *Prawa energetycznego*, zajmuje się wyłącznie pewnymi kategoriami takich spraw, dotyczącymi mianowicie odmowy zawarcia umów energetycznych oraz wstrzymania dostarczania energii. W analizowanej sprawie Enion ani nie odmawiał Electrabel zawarcia umowy dystrybucyjnej, ani nie wstrzymywał dostarczania energii na jej podstawie, lecz jedynie stosował postanowienia umowne niekorzystne dla kontrahenta (kontrahentów). Po trzecie wreszcie - co jest kwestią najistotniejszą - nawet gdyby Prezes URE wydał stosowną decyzję administracyjną rozstrzygającą spór między ww. stronami, to decyzja taka – jak już zostało wywiedzione powyżej – miałaby walor indywidualny, ograniczony do określonych z góry podmiotów, stron sporu (tu: Enion i Electrabel). Nie rozstrzygałaby natomiast zarzutów antymonopolowych o charakterze publiczno - prawnym, związanych z ewentualnymi nieprawidłowościami i utrudnieniami stosowanymi (narzucanymi) przez Enion wobec uczestników rynkowych - w analizowanym przypadku potencjalnie zarówno wszystkich konkurentów, jak i kontrahentów, a nie jedynie w stosunku do Electrabel.

Skoro - zgodnie z wyżej cytowanymi wyrokami SOKiK z dnia 31 stycznia 2007 r. i 7 stycznia 2004 r. oraz Sądu Najwyższego z dnia 19 października 2006 r., a także poglądami doktryny – „regulacja” w zakresie objętym przedmiotem punktu I - III sentencji niniejszej decyzji nie wynika z przepisów *Prawa energetycznego* (poprzez dokonanie w nich wyłączenia *ustawy antymonopolowej* lub uznanie określonych działań przez nią zakazanych za dopuszczalne na gruncie *Prawa energetycznego*), ani też nie została dokonana przez Prezesa URE, lecz pozostawiono przedsiębiorstwom energetycznym pewien margines swobody działania, zatem brak jest formalnej przeszkody do wszczęcia i przeprowadzenia postępowania antymonopolowego oraz rozstrzygnięcia, w tym zakresie, przedmiotowej sprawy przez organ antymonopolowy.

Mając na uwadze wyżej opisane stanowiska judykatury i jurysprudencji oraz własną oceną prawną, organ antymonopolowy uznał się za właściwy do rozpatrzenia wszystkich zarzutów antymonopolowych objętych niniejszą decyzją.

II. Naruszenie interesu publicznego.

Podstawą do zastosowania przepisów *ustawy antymonopolowej* jest uprzednie stwierdzenie przez organ antymonopolowy, że w wyniku sporu pomiędzy stronami postępowania antymonopolowego doszło do naruszenia interesu publicznoprawnego. Zgodnie bowiem z jej art. 1 ust. 1 - „*ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów*”.

W art. 1 ust. 2 *ustawy antymonopolowej*, wśród zjawisk wymagających przeciwdziałania, wymienia się praktyki ograniczające konkurencję. Z obu ww. przepisów art. 1 *ustawy* wynika, że celem interwencji organu antymonopolowego jest przede wszystkim ochrona rynku przed jego dezorganizacją ze strony przedsiębiorców wykorzystujących swą dominującą pozycję. Z kolei art. 8 ust. 2 *ustawy antymonopolowej* wymienia przykładowe zachowania, typowe dla podmiotów dominujących, uznane przez ustawodawcę za zagrażające interesowi publicznemu (o którym mowa w art. 1 ust. 1 *ustawy*). Należą do nich praktyki: narzucania nieuczciwych cen, w tym cen rażąco niskich lub innych warunków zakupu albo sprzedaży towarów z art. 8 ust. 2 pkt 1 *ustawy antymonopolowej* oraz przeciwdziałania ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji z art. 8 ust 2 pkt 5 *ustawy*. Wszystkie praktyki ograniczające konkurencję można podzielić na praktyki antykonkurencyjne, wywierające bezpośredni wpływ na stan lub rozwój konkurencji i interesy konkurencyjne innych przedsiębiorców oraz praktyki eksploatacyjne, których efektem lub celem jest naruszenie innych interesów uczestników rynku. W doktrynie wskazuje się, iż istotą praktyk eksploatacyjnych nie jest wpływanie na strukturę rynku i sytuację konkurencyjną innych przedsiębiorców, lecz uzyskanie przez stosujących te praktyki korzyści kosztem innych podmiotów, w tym nieprowadzących działalności gospodarczej. W przypadku praktyk eksploatacyjnych bezpośrednim celem lub skutkiem działań przedsiębiorców o dominującej pozycji rynkowej jest wykorzystanie przez nich istniejącej przewagi nad kontrahentami.

Dla stwierdzenia zagrożenia interesu publicznego wystarczające jest dowolne nadużycie siły rynkowej w relacjach ze słabszymi uczestnikami rynku, bowiem już sam fakt nadużycia posiadanej pozycji dominującej na rynku narusza interes publiczny. W przedmiotowej sprawie wszczęcie i przeprowadzenie postępowania przez organ antymonopolowy jest zgodne

z interesem publicznoprawnym, ponieważ działanie Enion wiąże się z dezorganizacją rynku obrotu energią elektryczną. Według analizy dokonanej przez organ antymonopolowy, praktyki Enion mogły spowodować zmianę struktury konkurencji na rynku obrotu energią, poprzez utrudnienie podmiotom obecnym na tym rynku sprawnego funkcjonowania, wpływając w konsekwencji na zdolność tych podmiotów do utrzymania się na rynku. Przedmiotem postępowania ze strony organu antymonopolowego nie było zatem rozstrzygnięcie indywidualnego sporu pomiędzy Electrabel a Enionem, ale ocena zachowań lokalnego monopolisty w zakresie świadczenia usług dystrybucji energii elektrycznej na terenie jego sieci dystrybucyjnej, w konfrontacji z jakimkolwiek przedsiębiorcą prowadzącym lub zamierzającym prowadzić działalność w sferze sprzedaży energii odbiorcom TPA przyłączonym do sieci Enion. Electrabel powinien być traktowany jako jeden z przedsiębiorców, którzy napotkali podobne trudności lub których podobne trudności mogłyby potencjalnie spotkać ze strony Enion. Tak rozumiana – zgodnie z dyspozycją art. 1 ustawy antymonopolowej – ochrona konkurujących z Enion przedsiębiorstw obrotu energią elektryczną, a tym samym ochrona konkurencji jako takiej, bezspornie leży w interesie publicznoprawnym.

Dodatkowo, oceniane działania Enion mogły mieć wpływ na funkcjonowanie kontrahentów spółek obrotu energią, naruszając także i ich interesy. W tym kontekście należy wskazać na jedno z orzeczeń wydanych przez Sąd Najwyższy (por.: wyrok z dnia 24 lipca 2003 r., sygn. akt: I CKN 496/01), w którym sąd ten - wyjaśniając stanowisko w kwestii naruszenia interesu publicznoprawnego - stwierdził, iż: *„w rozpoznawanej sprawie, przy dokonywaniu oceny czy doszło do naruszenia lub zagrożenia zasady wolnej konkurencji na rynku relewantnym, nie można poprzestać na zbadaniu sytuacji ewentualnego pokrzywdzenia bezpośrednich kontrahentów przedsiębiorcy dominującego na tym rynku. Potrzebne jest tu spojrzenie szersze, uwzględniające także to, w jaki sposób działania przedsiębiorstwa odbijają się na interesach członków spółdzielni (konsumentach), a nie tylko jej samej, jako bezpośredniego kontrahenta przedsiębiorstwa. Ten szerszy kontekst naruszenia interesów także członków spółdzielni, dotkniętych pośrednio działaniem powoda może uzasadniać wniosek, że (...) działania powoda naruszają interes o charakterze ogólniejszym – publicznoprawnym, a nie jak przyjął Sąd Antymonopolowy, odnoszą się najwyżej do interesu grupy konsumenckiej”*.

Warto przy okazji zwrócić również uwagę na utrwalone w tym zakresie orzecznictwo sądowe, zgodnie z którym do naruszenia interesu publicznego dochodzi także wówczas, gdy skutki utrudniania konkurencji dotyczą jednego przedsiębiorcę. Jak bowiem stwierdził Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 26 lutego 2004 r. (sygn. akt: III SK 2/04): naruszenie indywidualnego interesu nie wyklucza dopuszczalności równoczesnego uznania, że dochodzi do naruszenia interesu zbiorowego *„jeżeli indywidualne pogwałcenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów mogłoby w jakikolwiek sposób prowadzić do ustanowienia lub utrwalenia monopolistycznych praktyk rynkowych, które wywołują lub mogą wywołać zakazane skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”*.

Niezależnie od powyższego dodać należy, że w niniejszej sprawie Enion posługuje się w obrocie prawnym wzorcami umów o świadczenie usług dystrybucji i umów sprzedaży energii elektrycznej oraz Instrukcją Sieci Rozdzielczej, zawierającymi zakwestionowane przez organ antymonopolowy zapisy. Postanowienia te w zasadzie nie mogą być przez drugą stronę umów zmienione i dotyczą wszystkich obecnych oraz przyszłych kontrahentów Enion, zlokalizowanych na terenie jego działania, tj. głównie województw: małopolskiego (191 gmin) i śląskiego (103 gminy), a w mniejszym stopniu również podkarpackiego (14 gmin), łódzkiego (5 gmin), opolskiego (6 gmin) i świętokrzyskiego

(4 gminy). Ostatecznej liczby tych kontrahentów, do których należą w szczególności przedsiębiorcy - w rozumieniu art. 4 pkt 1 *ustawy antymonopolowej*, nie da się określić, co wyłącza możliwość ich identyfikacji z określoną grupą lub jednostką.

Wszystkie powyższe przesłanki przemawiają w ostateczności za tym, iż zachowania Enion - którego usługi, w znacznej mierze, same w sobie należą do zadań o charakterze publicznym - mają bezpośredni wpływ na interes publicznoprawny, a zatem *ustawa antymonopolowa* ma w przedmiotowym przypadku w pełni zastosowanie.

III. Określenie rynków właściwych.

Działalność podmiotów gospodarczych odbywa się w strukturze rynkowej, dlatego istotne znaczenie ma określenie rynku właściwego w sprawie, czyli „*rynku towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji* (art. 4 pkt 8 *ustawy antymonopolowej*). Z cytowanej tu definicji ustawowej wynika, że rynek właściwy w konkretnej sprawie wyznaczają dwa skorelowane ze sobą pojęcia: rynku właściwego produktowo i rynku właściwego geograficznie. Jak bowiem podkreśla się w doktrynie prawa antymonopolowego „*rynek właściwy został ograniczony do pewnych towarów (produktów) i terytorium, które w danej sprawie mają znaczenie z punktu widzenia konkurencji i uczestników rynku*” (por.: E. Modzelewska - Wąchal (w:) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Twigger, Warszawa 2002, str. 49).

Rynek energii elektrycznej jest rynkiem odmiennym od innych, ponieważ oprócz samej energii, koniecznym i związanym z nią towarem (w rozumieniu art. 4 pkt 6 *ustawy antymonopolowej*) na tym rynku jest również usługa jej przesłania od wytwórcy do odbiorcy. Tak bowiem specyfika i niepowtarzalność towaru jakim jest energia elektryczna polega w głównej mierze na tym, że nie nadaje się ona do magazynowania. Właściwość ta wymusza konieczność zapewnienia ciągłego, nieprzerwanego przesyłu w celu równoważenia ilości energii produkowanej z ilością energii wykorzystywanej (zużywanej). Proces utrzymywania równego poziomu pomiędzy obu tymi wielkościami nazwano w elektroenergetyce bilansowaniem, a rynek energii elektrycznej, na którym dokonuje się ten proces rynkiem bilansującym.

Jak z powyższego wynika, rynek bilansujący jest rynkiem, który ma za zadanie wyrównanie bilansu energii w całym systemie elektroenergetycznym. Odbywa się to w następujący sposób:

Ponieważ handel energią elektryczną zorganizowany jest głównie w formie kontraktów dwustronnych, czyli poprzez zawieranie umów kupna - sprzedaży bezpośrednio pomiędzy uczestnikami rynku, zatem operator systemu przesyłowego - PSE – Operator bilansuje zapotrzebowanie i produkcję energii, przy uwzględnieniu jej ilości wynikającej z wszystkich umów kupna - sprzedaży energii, zawartych wcześniej między uczestnikami rynku. Aby to było organizacyjnie i technicznie możliwe, uprawnione strony umów sprzedaży energii sporządzają specjalne dobowo – godzinowe grafiki handlowe, w których cena i ilości sprzedaży energii ustalane są na każdą godzinę każdego dnia okresu trwania kontraktu. Takie grafiki handlowe zapotrzebowania na energię elektryczną są na bieżąco przekazywane PSE – Operatorowi, który dzięki nim stale monitoruje wielkości przepływu energii we własnej sieci przesyłowej. Opisany tu proces grafikowania

i monitorowania ilości energii w systemie elektroenergetycznym stwarza m.in. możliwość dokupienia przez uczestnika rynku dodatkowej, potrzebnej mu ilości energii lub odsprzedaży energii w odpowiedniej ilości zbędnej, w przypadku gdy na takie transakcje nie były wcześniej zawarte umowy, a zatem nie zostały one zgłoszone PSE – Operatorowi. Owa dodatkowa ilość energii, którą musi dokupić lub odsprzedać uczestnik rynku nosi nazwę „energii rezerwowej” i zapewnia ona ostateczne domknięcie bilansu, czyli gwarantuje utrzymanie niezbędnej równowagi krajowego systemu elektroenergetycznego. Ponieważ energia rezerwowa nie została z góry zaplanowana, cena jej zakupu lub sprzedaży jest znacznie – nawet kilkakrotnie - większa od cen wynikających z kontraktów dwustronnych.

Wyspecyfikowane powyżej reguły bilansowania, na jakich opiera się funkcjonowanie rynku energii elektrycznej, potwierdzają ściśle powiązanie dwóch występujących na tym rynku towarów, tj. energii elektrycznej jako takiej z usługą jej przesyłu.

Oczywiste jest również, że aby możliwe było skorzystanie z energii elektrycznej w celu obsługi jakiegokolwiek urządzenia elektrycznego, niezbędne jest jej dostarczenie w określone miejsce jego lokalizacji, które może się odbywać wyłącznie z wykorzystaniem systemu sieci elektroenergetycznych różnych napięć. Dlatego system elektroenergetyczny wymaga niezawodnie działającego, rozbudowanego układu urządzeń do wytwarzania, przesyłania i rozdziału energii elektrycznej, którego zadaniem jest wyprodukowanie energii oraz jej przetransportowanie z poszczególnych elektrowni do instalacji i urządzeń odbiorców. Okoliczności te także dobitnie potwierdzają fakt równoległego występowania na ocenianym rynku energii elektrycznej oraz koniecznej i nierozłącznie powiązanej z nią usługi przesyłu energii.

W zależności od zakresu przesyłu, krajowy rynek energii elektrycznej dzieli się na rynek systemowy i rynki lokalne, a w zależności od odległości, na jakie ma być przesłana energia, stosowane są różne napięcia w sieci. Na rynku systemowym handel energią dokonywany jest w obrębie sieci przesyłowych PSE – Operatora, a energia transportowana jest na duże odległości, przy wykorzystaniu najwyższych napięć - od 220 do 400, a nawet 750 kV. Handel na rynkach lokalnych dokonywany jest w obrębie sieci rozdzielczych (dystrybucyjnych), w przypadku których transport energii elektrycznej na odległości do kilkudziesięciu kilometrów wymaga użycia sieci wysokiego napięcia wielkości 110 kV.

Zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dawniej Sądu Antymonopolowego) - w sprawach o stosowanie praktyk monopolistycznych należy dążyć do możliwie wąskiej segmentacji rynku. Im węższej, bardziej szczegółowo - jak wskazuje SOKiK w orzeczeniu z dnia 4 października 1993 r. (sygn. akt: XVII Amr 29/93, opubl.: Wokanda 1994 r., Nr 3) - uda się wyodrębnić rynek, tak w ujęciu produktowym (przedmiotowym), jak i terytorialnym, tym większy w nim udział może mieć określony przedsiębiorca, co wyznacza poziom jego dominacji i zarazem wskazuje ograniczenia jakie stwarza mu *ustawa antymonopolowa*. W przeciwnym bowiem przypadku trudno byłoby znaleźć przedsiębiorcę o pozycji dominującej, co powodowałoby, iż ograniczenia antymonopolowe straciłyby sens. Równocześnie korzystanie z tej dyrektywy powinno być jednak na tyle rozważne i wyważone, by nie dopuścić do sytuacji, w której rynek właściwy obejmowałby, po delimitacji, wyłącznie towar (usługę) jednego rodzaju, wytwarzane (świadczony) przez jednego producenta (usługodawcę), bowiem - jak podnosi się w piśmiennictwie - „w rzeczywistości nie chodzi jednak o wyodrębnienie możliwie wąsko zakreślonych rynków,

lecz o wyznaczenie tego jednego, właściwego w prowadzonej sprawie” (tak: T. Skoczny (w:) *Przeciwdziałanie praktykom monopolistycznym w świetle orzecznictwa*, Warszawa 1994 r., s. 81).

Jak już zasygnalizowano na początku tej części decyzji, rynek właściwy w konkretnej sprawie wyznaczają dwa skorelowane ze sobą pojęcia: rynku właściwego produktowo i rynku właściwego geograficznie.

Rynek w ujęciu produktowym odnosi się do wszystkich towarów jednego rodzaju, które poprzez szczególne właściwości, w szczególności zaś przeznaczenie, użytkowość i cenę, odróżniają się od innych towarów w taki sposób, że nie istnieje możliwość dowolnej ich zmiany. Rynek ten tworzą towary, które z punktu widzenia nabywcy charakteryzują się substytutowością.

Pod pojęciem „towaru” – zgodnie z art. 4 pkt 7 *ustawy antymonopolowej* – rozumie się rzeczy, jak również energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane.

Mając na uwadze treść sentencji przedmiotowej decyzji, rynek właściwy w niniejszej sprawie należy zdefiniować osobno dla potrzeb oceny praktyki ograniczającej konkurencję, objętej punktem I sentencji oraz osobno w celu dokonania analizy wszystkich pozostałych praktyk monopolistycznych, o których mowa w punktach II i III sentencji.

W rozpatrywanej sprawie rynkiem w ujęciu produktowym w odniesieniu do większości zarzutów antymonopolowych - tj. wszystkich objętych punktami II i III sentencji niniejszej decyzji - jest rynek dystrybucji energii elektrycznej, tzn. transportu energii elektrycznej sieciami dystrybucyjnymi w celu jej dostarczenia odbiorcom, z wyłączeniem sprzedaży tej energii (taka definicja dystrybucji zawarta jest w art. 3 pkt 5 lit. a *Prawa energetycznego*). Działalność w tym zakresie może być prowadzona wyłącznie przez przedsiębiorstwo energetyczne posiadające status operatora systemu dystrybucyjnego. Zgodnie bowiem z art. 3 pkt 25 *Prawa energetycznego*, operatorem systemu dystrybucyjnego jest przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się dystrybucją energii elektrycznej, odpowiedzialne za ruch sieciowy w systemie dystrybucyjnym elektroenergetycznym, bieżące i długookresowe bezpieczeństwo funkcjonowania tego systemu, eksploatację, konserwację, remonty oraz niezbędną rozbudowę sieci dystrybucyjnej, w tym połączeń z innymi systemami elektroenergetycznymi.

Czynnikiem przesądzającym o takim zakresie rynku produktowego w niniejszej sprawie jest okoliczność braku substytutów dla usługi dystrybucji energii elektrycznej. W okolicznościach faktycznych przedmiotowej decyzji, towarem oferowanym przez Enion są usługi dystrybucji energii elektrycznej za pomocą elektroenergetycznej sieci dystrybucyjnej, które nie mają substytutów.

Rynkiem właściwym geograficznie w przedmiotowej sprawie jest obszar dystrybucyjnej sieci elektroenergetycznej Enion, czyli teren następujących województw albo ich części: małopolskiego (obejmuje 191 gmin), śląskiego (103 gminy) oraz w mniejszym stopniu również podkarpackiego (obejmuje 14 gmin), opolskiego (6 gmin), łódzkiego (5 gmin) i świętokrzyskiego (4 gminy). W ramach tej sieci dystrybucyjnej Enion obszarem działalności Oddziału w Bielsku – Białej objęte są następujące gminy: Andrychów, Bestwina, Bielsko - Biała, Brenna, Brzeszcze, Brzeźnica, Buczkowice, Budzów, Cieszyn, Chełmek, Chybie, Czechowice - Dziedzice, Czernichów, Dębowiec, Gilowice, Golezów, Hażlach, Istebna, Jasienica, Jaworze, Jeleśnia, Kalwaria Zebrzydowska, Kęty, Koszarawa,

Kozy, Lanckorona, Lipowa, Łękawica, Łodygowice, Maków Podhalański, Milówka, Mucharz, Osiek, Oświęcim, Polanka Wielka, Pawłowice, Porąbka, Przepiszów, Radziechowy - Wieprz, Rajcza, Skoczów, Spytkowice, Strumień, Stryszawa, Stryszów, Sucha Beskidzka, Sułkowice, Ślemień, Świnna, Szczyrk, Tomice, Ujsoły, Ustroń, Wadowice, Węgierska Górka, Wieprz, Wilamowice, Wilkowice, Wisła, Zator, Zawoja, Zebrzydowice, Zembrzyce, Żywiec. Terenem dostaw energii elektrycznej realizowanych przez Oddział w Będzinie są z kolei gminy: Alwernia, Babice, Będzin, Bobrowniki, Bolesław, Bukowno, Chełm Śląski, Chrzanów, Czeladź, Dąbrowa Górnicza, Gołcza, Imielin, Jaworzno, Jerzmanowice - Przegonia, Klucze, Krzeszowice, Libiąż, Łazy, Miasteczko Śląskie, Mierzęcice, Mysłowice, Ogrodzieniec, Olkusz, Ożarówce, Pilica, Poręba, Psary, Siewierz, Sławków, Sosnowiec, Trzebinia, Trzyciąż, Wojkowice, Wolbrom, Zawiercie, Żarnowiec. Oddział Enion w Częstochowie prowadzi działalność na terenie gmin: Blachownia, Boronów, Ciasna, Częstochowa, Dąbrowa Zielona, Dobrodzień, Gidle, Gorzów Śląski, Herby, Irządze, Janów, Kalety, Kamienica Polska, Kłobuck, Kłomnice, Kochanowice, Koniecpol, Konopiska, Koszęcin, Koziegłowy, Kroczyce, Kruszyna, Krzepice, Lelów, Lipie, Lubliniec, Miedźno, Moskorzew, Mstów, Mykanów, Myszków, Niegowa, Nowa Brzeźnica, Olsztyn, Opatów, Pajęczno, Panki, Pawonków, Poczesna, Popów, Poraj, Praszka, Przyrów, Przystajń, Radków, Radłów, Rędziny, Rudniki, Secemin, Starcza, Strzelce Wielkie, Szczekociny, Włodowice, Woźniki, Wręczyca Wielka, Żarki, Żytno. Z kolei obszarem działalności Oddziału w Krakowie są następujące gminy: Biały Dunajec, Biecz, Biskupice, Bobowa, Brzeźnica, Bukowina Tatrzańska, Bystra - Sidzina, Chełmiec, Chrzanów, Czarny Dunajec, Czernichów, Czorsztyn, Dobczyce, Dobra, Drwinia, Gdów, Gorlice, Gródek n. Dunajcem, Grybów, Igołomia - Wawrzeńczyce, Iwanowice, Jabłonka, Jodłownik, Jordanów, Kalwaria Zebrzydowska, Kamienica, Kamionka Wielka, Kazimierza Wielka, Kłaj, Kocmyrzów - Luborzycza, Koniusza, Korzenna, Kościelisko, Kraków, Krościenko n. Dunajcem, Krynica, Lanckorona, Laskowa, Limanowa, Lipinki, Lipnica Wielka, Liszki, Lubień, Łabowa, Łapsze Niżne, Łącko, Łososina Dolna, Łukowica, Łużna, Maków Podhalański, Michałowice, Miechów, Mogilany, Moszczenica, Mszana Dolna, Muszyna, Myślenice, Nawojowa, Niedźwiedź, Niepołomice, Nowe Brzesko, Nowy Sącz, Nowy Targ, Ochotnica Dolna, Pałecznicza, Pcim, Piwniczna, Podegrodzie, Poronin, Proszowice, Raba Wyżna, Rabka, Raciechowice, Radziemice, Ropa, Ryto, Sękowa, Siepraw, Skała, Skawina, Słomniki, Słupnice, Spytkowice, Stary Sącz, Sułkowice, Sułoszowa, Szaflary, Szczawnica, Świątyniki Górne, Tokarnia, Tymbark, Uście Gorlickie, Wieliczka, Wielka Wieś, Wiśniowa, Zabierzów, Zakopane, Zielonki. Wreszcie Oddział Enion w Tarnowie świadczy usługi dystrybucyjne na terenie gmin: Bochnia, Bolesław, Borzęcin, Brzesko, Brzostek, Ciężkowice, Czarna, Czehów, Dąbrowa Tarnowska, Dębica, Dębno, Gnojnik, Gręboszów, Gromnik, Iwkowa, Jodłowa, Lipnica Murowana, Lisia Góra, Łapanów, Mędrzechów, Nowy Wiśnicz, Olesno, Pilzno, Pleśna, Radgoszcz, Radłów, Radomyśl Wielki, Ryglice, Rzepiennik Strzyżewski, Rzezawa, Skrzyszów, Szczucin, Szczurowa, Szerzyny, Tarnów, Trzciana, Tuchów, Wadowice Górne, Wierzchosławice, Wietrzychowice, Wojnicz, Zakliczyn, Żabno, Żegocina, Żyraków.

Takie określenie terytorialnego zasięgu rynku właściwego determinują następujące czynniki:

1) w sposób naturalny infrastruktura służąca do dystrybucji (transportu i rozdziału) energii elektrycznej do podmiotów przyłączonych do sieci Enion znajduje się na terenie jego sieci dystrybucyjnej. Sieciowy charakter urządzeń i instalacji Enion, służących do dostarczania energii elektrycznej powoduje, iż obecni i wszyscy potencjalni odbiorcy zlokalizowani w ich obrębie, którzy pragną dokonać zakupu energii nawet od innego - niż operator systemu dystrybucyjnego - sprzedawcy, zmuszeni są do korzystania z oferty Enion w zakresie dystrybucji. Podobnie podmioty, które zajmują się sprzedażą energii elektrycznej

– spółki obrotu nie mają możliwości zrealizowania tej usługi samodzielnie bez konieczności skorzystania z systemu i sieci dystrybucyjnej operatora – Enion. Podmioty te - zarówno odbiorcy, jako i przedsiębiorstwa obrotu energią elektryczną - nie mają możliwości skorzystania z alternatywnego zakupu takich usług u innego przedsiębiorcy; z kolei

2) fakt dysponowania przez Enion własnością dystrybucyjnej sieci elektroenergetycznej oraz posiadania koncesji na dystrybucję energii, decydujący o uzyskaniu przez Enion – na podstawie decyzji Prezesa URE, wydanej w oparciu przepis art. 9 h *Prawa energetycznego* - funkcji operatora systemu dystrybucyjnego na terenie tej sieci, obejmującej obszar działania dawnych zakładów energetycznych w: Będzinie, Bielsku – Białej, Częstochowie, Krakowie oraz Tarnowie; co z kolei determinuje

3) zasięg terytorialny, na którym obowiązują jednakowe zasady w zakresie sprzedaży energii elektrycznej i korzystania ze skorelowanych z nią usług dystrybucji energii, uwarunkowane opracowanymi i wprowadzonymi przez Enion obowiązującymi dokumentami, tj. Instrukcją Sieci Rozdzielczej (Dystrybucyjnej) oraz umową dystrybucyjną Enion.

Opisane wyżej czynniki potwierdzają bowiem fakt, iż na terenie elektroenergetycznej sieci dystrybucyjnej Enion panują jednakowe warunki konkurencji.

Mając na uwadze wszystkie powyższe wnioski i ustalenia należy stwierdzić, że rynkiem właściwym w przedmiotowej sprawie - w przypadku wszystkich zarzutów antymonopolowych objętych punktami II i III sentencji niniejszej decyzji - jest lokalny rynek dystrybucji energii elektrycznej na terenie sieci elektroenergetycznej Enion, obejmującej obszar województw: małopolskiego, podkarpackiego, łódzkiego i świętokrzyskiego (dawne województwa: krakowskie, nowosądeckie i tarnowskie) oraz śląskiego i opolskiego (dawne województwa: bielskie, częstochowskie i katowickie).

Rynkiem, na którym odczuwane są skutki działań i zaniechań Enion - będących przedmiotem punktów II i III sentencji niniejszej decyzji - jest rynek obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA (dostępu stron trzecich do sieci).

Jednocześnie – w oparciu o dokonane dotychczas ustalenia i rozważania - rynek ten, należy uznać za właściwy w aspekcie produktowym w zakresie oceny praktyki ograniczającej konkurencję, zdefiniowanej w punktem I sentencji niniejszej decyzji. Rynek obrotu energią elektryczną obejmuje działalność gospodarczą polegającą na handlu hurtowym albo detalicznym energią, czyli bezpośredniej sprzedaży energii elektrycznej przez podmiot zajmujący się jej wytworzeniem lub odsprzedaży energii przez podmiot zajmujący się jej obrotem (takie definicje legalne zawierają odpowiednio art. 3 pkt 6 i 6a *Prawa energetycznego*). Jak wywiedziono w opisie stanu faktycznego niniejszej decyzji – w jego części IV, zatytułowanej „Ustalenia organu antymonopolowego dotyczące stron postępowania oraz rynków, na których prowadzą one działalność” - działalność w zakresie obrotu energią elektryczną może być prowadzona przez wszystkich przedsiębiorców posiadających koncesję na obrót energią elektryczną, tj. przede wszystkim spółki obrotu i przedsiębiorstwa dystrybucyjne, ale również wytwórców energii elektrycznej (elektrownie i elektrociepłownie, które mogą sprzedawać wyprodukowaną przez siebie energię bezpośrednio odbiorcom). W okolicznościach niniejszej sprawy rynek obrotu energią elektryczną winien być jednak ograniczony do obrotu prowadzonego na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA (dostępu stron trzecich do sieci). Zawężenie podmiotowego zakresu rynku produktowego znajduje

uzasadnienie w fakcie, iż dostawa energii elektrycznej odbiorcom uprawnionym do wyboru dostawcy na zasadzie dostępu strony trzeciej odbywa się w innych warunkach konkurencyjnych, niż dostawa energii podmiotom takiego prawa pozbawionym. W okresie, którego dotyczy przedmiotowe postępowanie, jedynie odbiorcy przemysłowi dysponowali prawem wyboru dostawcy (do połowy 2004 r. prawem takim dysponowali odbiorcy zakupujący więcej niż 1 GWh energii elektrycznej rocznie, zaś od 1 lipca 2004 r. do lipca 2007 r. do wyboru dostawcy uprawnieni byli wszyscy odbiorcy, oprócz gospodarstw domowych), w związku z czym o zawarcie umowy z nimi mogli rywalizować sprzedawcy z terenu całej Polski. Podmioty takiego prawa pozbawione, tj. mali przedsiębiorcy (przez pewien okres) oraz gospodarstwa domowe¹, były *de facto* skazane na korzystanie z energii wytworzonej bądź zakupionej przez spółkę będącą właścicielem sieci dystrybucyjnej, a zatem w odniesieniu do dostarczania energii takim podmiotom konkurencja nie występowała. W związku z tym nie można ich zaliczyć do tego samego rynku właściwego, co odbiorców uprawnionych do wyboru dostawcy energii elektrycznej.

Rynek obrotu energią elektryczną jest rynkiem konkurencyjnym. Sprzedawcy energii - tj. przedsiębiorstwa energetyczne posiadające, jak Wnioskodawca i Enion koncesję na obrót energią elektryczną - mogą bowiem zaopatrywać się w energię elektryczną z dowolnego źródła (od wytwórców energii lub innych spółek obrotu, na giełdzie energii, czy na rynku bilansującym) oraz mogą sprzedawać tę energię dowolnemu odbiorcy, przynajmniej na terenie całej Polski. Podobnie odbiorcy energii elektrycznej - a przynajmniej duży przedsiębiorcy, z których działalnością związany jest zarzut określony w punkcie I niniejszej decyzji - dysponowali swobodą wyboru dostawcy energii na terenie całego kraju. A zatem należy przyjąć, że w przedmiotowej sprawie rynek obrotu energią elektryczną ma w aspekcie geograficznym charakter rynku krajowego. Na krajowy zasięg rynku właściwego wskazują również dane rynkowe publikowane przez URE. Zgodnie z nimi, w 2004 r. uprawnieni do zakupu energii na zasadach TPA odbiorcy przyłączeni do sieci dystrybucyjnej Enion zakupili 11.146,55 GWh, z czego 2.521,60 GWh (tj. ok. 22,6%) zostało dostarczone w ramach TPA, a więc przez innych niż Enion przedsiębiorców funkcjonujących na rynku obrotu. Wskazuje to, że o odbiorców przemysłowych znajdujących się w zasięgu sieci dystrybucyjnej Enion trwała rzeczywista konkurencja, a przedsiębiorca ten, w zakresie działań na rynku obrotu energią elektryczną na rzecz odbiorców przemysłowych poddany był faktycznej presji ze strony rywali, którzy byli w stanie przedstawić konkurencyjną ofertę i pozyskać klientów przyłączonych do sieci dystrybucyjnej Enion. Zwrócić należy uwagę na fakt, iż na terenie sieci dystrybucyjnej Enion znajduje się szereg dużych przedsiębiorstw, będących znacznymi odbiorcami energii elektrycznej, a przez to potencjalnie zyskownymi klientami dla innych niż Enion spółek dostarczających energię elektryczną. Zwiększa to motywację spółek obrotu do sprzedaży energii na terenie sieci dystrybucyjnej Enion, co również znajduje odzwierciedlenie w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym,

¹ Jakkolwiek od 1 lipca 2007 r. gospodarstwa domowe uzyskały prawo wyboru dostawcy, jego praktyczna realizacja napotyka na poważne problemy, co pozwala uznać, iż pomimo formalnej możliwości wyboru dostawcy, konsumenci w praktyce pozostają przy dostawcach dotychczasowych. Jest to konsekwencją m.in. niewielkich potencjalnych oszczędności, które mogą się wiązać dla odbiorcy ze zmianą dostawcy oraz niewielkim zainteresowaniem samych dostawców, których ceny energii elektrycznej dla gospodarstw domowych były i są regulowane przez Prezesa URE, co prowadziło i prowadzi, w ocenie samych przedsiębiorców energetycznych, do ustalania ich na nieekonomicznie niskim poziomie, ograniczając znacząco ich bodźce do walki o nowych klientów (świadczenie usług którym wiązałoby się z bardzo niskimi zyskami lub nawet stratą).

wskazującym, iż szereg spółek trudniących się obrotem energią elektryczną składało dużym odbiorcom energii, funkcjonującym na terenie sieci dystrybucyjnej Enion oferty zawierające korzystniejsze warunki, niż zawarte w taryfie Enion.

Tym samym, nawet jeśli w przedmiotowym okresie mogły występować bariery w sprzedaży energii elektrycznej, czy to mające charakter obiektywny (np. koszty transakcyjne związane ze zdobyciem nowych klientów, etc.), czy też subiektywny (będące konsekwencją działań monopolistycznych dystrybutorów, które ograniczały konkurencję na rynku obrotu energią), odbiorcy przemysłowi znajdujący się na terenie sieci dystrybucyjnej Enion mogli realnie korzystać i korzystali z usług innych niż Enion przedsiębiorców dostarczających energię elektryczną. Pozwala to stwierdzić, że sam Enion poddany był konkurencji ze strony pozostałych, działających na terenie Polski przedsiębiorców trudniących się obrotem energią elektryczną. Należy wreszcie podnieść, że na powyższy fakt wskazuje również okoliczność, iż duzi odbiorcy energii elektrycznej znajdujący się na terenie sieci dystrybucyjnej Enion dokonywali wyboru dostawcy energii w drodze konkursu ofert, zaś Enion, w celu zdobycia takich klientów, zmuszany był do korzystnego dla odbiorców modyfikowania własnej oferty.

Uwzględniając wszystkie powyższe wnioski i ustalenia należy stwierdzić, że rynkiem właściwym w przedmiotowej sprawie - w zakresie zarzutu antymonopolowego określonego w punkcie I sentencji niniejszej decyzji - jest krajowy rynek obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA (dostępu stron trzecich do sieci).

IV. Określenie pozycji Enion na rynkach właściwych.

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

Enion prowadzi działalność gospodarczą na kilku rynkach, m.in. w obrębie niekonkurencyjnego rynku dystrybucji energii elektrycznej, będąc jedynym jej dystrybutorem na terenie własnej sieci elektroenergetycznej. Na tak określonym rynku właściwym Enion jest monopolistą naturalnym i nie spotyka się z żadną konkurencją. Siła rynkowa, jaką Enion posiada na rynku dystrybucji energii elektrycznej na terenie jego sieci elektroenergetycznej jest czynnikiem, który pozwala mu wpływać na warunki konkurencji na rynku współzależnym, tj. rynku obrotu energią elektryczną. Inaczej mówiąc, uzależnienie techniczne i technologiczne rynku obrotu energią elektryczną od rynku dystrybucji energii, spowodowane występowaniem tej samej infrastruktury przesyłowej na obu rynkach, a także uzależnienie organizacyjne innych podmiotów – przyłączonych do sieci Enion od operatora systemu dystrybucyjnego, pozwala Enion oddziaływać na stan konkurencji na rynku współzależnym.

Posiadając pozycję dominującą na rynku dystrybucji energii elektrycznej, Enion wywierał znaczący wpływ na możliwość obsługi (w tym w zakresie zaopatrzenia w energię) poszczególnych odbiorców energii przyłączonych do jego sieci. Dominacja Enion na rynku dystrybucji energii powodowała, że mógł on w dużym stopniu kontrolować rynek

obrotu energią, przy koniecznym wykorzystaniu do realizacji sprzedaży energii jego własnej sieci dystrybucyjnej. Z materiału dowodowego wynika, że względy natury technicznej i organizacyjnej (własność sieci dystrybucyjnej Enion i występowanie w jej obrębie w charakterze zarządzającego operatora systemu dystrybucyjnego oraz jej połączenie z sąsiadującymi sieciami dystrybucyjnymi i siecią przesyłową PSE - Operatora w jeden system elektroenergetyczny) powodowały, że Enion silnie oddziaływał na rynek obrotu (sprzedaży) energią elektryczną, w taki sposób, że działalność innych podmiotów na tym rynku była mocno uzależniona od jego zachowań. Mógł więc co najmniej utrudniać i ograniczać funkcjonowanie konkurentów w zakresie obrotu energią, w celu dalszej ekspansji i rozwoju własnej działalności handlowej, albo przynajmniej zapewnienia sobie możliwości utrzymania dotychczasowych klientów - nabywców energii.

Jak wynika z ustaleń organu antymonopolowego, na koniec roku 2005 liczba odbiorców energii elektrycznej uprawnionych do korzystania z zasad TPA - czyli takich którzy potencjalnie mogli dokonywać zakupów na rynku obrotu energią, a nie wyłącznie od własnego przedsiębiorstwa dystrybucyjnego (do którego sieci byli przyłączeni) - wynosiła na obszarze całego krajowego systemu elektroenergetycznego 1.500.000 - 1.700.000 odbiorców. W tym samym okresie, tj. na koniec 2005 r. liczba odbiorców energii uprawnionych do wyboru sprzedawcy na zasadach TPA, na terenie samej tylko dystrybucyjnej sieci elektroenergetycznej Enion, osiągnęła poziom 220.500 odbiorców. Co obrazuje jaka potencjalnie mogłaby być skala niedozwolonych działań Enion, objętych zarzutami punktów II i III sentencji niniejszej decyzji.

Mając na względzie wszystkie powyższe ustalenia i wnioski można przyjąć, że przedsiębiorcy działający w warunkach monopolu sieciowego, w tym przedsiębiorstwa energetyczne są w stanie w bezpośredni sposób przenosić swoją władzę rynkową na inne rynki (tzw. rynki zależne), związane z korzystaniem z sieci, np. poprzez przesyłanie nimi lub dystrybucję sprzedawanych towarów (w tym energii). Rynki te zaś - co do zasady - są rynkami konkurencyjnymi, nie objętymi własnością, a co za tym idzie władztwem monopolisty sieciowego.

Reasumując należy stwierdzić, że Enion - posiadając pozycję dominującą na rynku dystrybucji energii na terenie jego sieci elektroenergetycznej - przenosi swoją władzę i wywiera znaczący wpływ na funkcjonowanie drugiego z rynków - obrotu energią elektryczną. W ten sposób w zasadniczym stopniu może kształtować warunki konkurencji na tym drugim rynku, poprzez określanie zasad i stwarzanie faktycznych możliwości korzystania zarówno z prawa dostępu stron trzecich (innych przedsiębiorstw energetycznych) do jego sieci dystrybucyjnej, jaki i korzystania przez odbiorców przyłączonych do sieci Enion z uprawnienia swobodnego wyboru sprzedawcy.

Z kolei, jak wywiedziono w punkcie poprzednim rozważań prawnych niniejszej decyzji – tj. w jej części III, zatytułowanej „Określenie rynków właściwych” – zarówno Enion, jak i Electrabel prowadzą działalność na konkurencyjnym rynku obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA (dostępu stron trzecich do sieci), współzawodnicząc ze sobą o klientów, będących odbiorcami energii. Rynek obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA (dostępu stron trzecich do sieci) został w niniejszej sprawie zdefiniowany jako rynek właściwy produktowo - w odniesieniu do praktyki, o której mowa w punkcie I sentencji decyzji - obejmujący w aspekcie terytorialnym obszar całej Polski, ponieważ w stanie prawnym obowiązującym w trakcie stosowania tej praktyki duży przedsiębiorcy posiadali swobodę wyboru dostawcy

na terenie całego kraju. Biorąc pod uwagę taką definicję rynku właściwego należy dodatkowo stwierdzić, iż na rynku tym istnieją niskie bariery wejścia, a przedsiębiorstw zajmujących się obrotem w ostatnich latach zdecydowanie przybywa.

Aktualnie w Polsce działalność prowadzi kilkadziesiąt przedsiębiorstw obrotu energią elektryczną, w tym Electrabel - wnioskodawca niniejszego postępowania. Ponadto, na terenie Polski działa 15 dużych spółek dystrybucyjnych, w tym Enion - które są faktycznie największymi przedsiębiorstwami energetycznymi - ale również wiele lokalnych spółek dystrybucyjnych o małym udziale w krajowym rynku obrotu energią elektryczną. Wreszcie na terenie Polski działalność prowadzi kilkadziesiąt elektrowni i elektrociepłowni, które wprowadzają energię do krajowego systemu elektroenergetycznego. Należy podkreślić, iż ostatnio wspomniani wytwórcy energii elektrycznej - podobnie jak inne wymienione wyżej przedsiębiorstwa energetyczne - mogą sprzedawać wyprodukowaną przez siebie energię bezpośrednio odbiorcom.

Jak z powyższego wynika, rynek obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA (dostępu stron trzecich do sieci) jest rynkiem w pełni konkurencyjnym, na którym działa wiele różnych przedsiębiorców energetycznych, dysponujących koncesją w zakresie obrotu energią. Z danych i informacji przedstawionych w niniejszej decyzji wynika również dodatkowo, że rynek ten jest mocno rozdrobniony.

V. Naruszenie przepisów ustawy antymonopolowej.

Na mocy art. 8 *ustawy antymonopolowej* ustawodawca zakazał nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym. Należy podkreślić, że samo posiadanie pozycji dominującej nie jest zakazane, zabronione jest jedynie jej nadużywanie. Cechą bezprawności obarczone zostały zachowania wymienione w art. 8 *ustawy antymonopolowej* w przypadku, gdy są one podejmowane przez podmiot zajmujący pozycję dominującą na określonym rynku właściwym, gdyż ich dziania oddziałują na rynek w znacznym stopniu, a konsekwencją tego może być osłabienie konkurencji, wyeliminowanie konkurentów z rynku, zmiana jego struktury.

W związku z tym, że - jak wykazano powyżej - zostały spełnione przesłanki podstawowe oceny przedmiotowej sprawy, tj. organem właściwym jest organ antymonopolowy oraz zagrożony jest interes publicznoprawny, ustalono także, że w przypadku trzech z czterech zarzutów zdefiniowanych w niniejszej decyzji Enion zajmuje pozycję dominującą na rynku właściwym, należy przejść do rozważenia konkretnych, postawionych Enion zarzutów antymonopolowych. W tym celu organ antymonopolowy dokonał wnikliwej analizy sprawy z punktu widzenia zgodności zachowań Enion z przepisami *ustawy antymonopolowej*, opierając się na zebranych w toku postępowania materiale dowodowym. Na tej podstawie organ antymonopolowy stwierdził, iż niektóre z ocenianych działań Enion dają się zakwalifikować jako praktyki ograniczające konkurencję i naruszające zakazy, o których mowa w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 5 *ustawy antymonopolowej*.

VI. Podstawy i przesłanki rozstrzygnięcia w pkt I. sentencji decyzji.

Pierwsza z zarzucanych Enion praktyk ograniczających konkurencję – określona w pkt I. sentencji decyzji – polega na narzucaniu, w odpowiedziach na zapytania ofertowe oraz zawartych w ich efekcie umowach sprzedaży energii elektrycznej, odbiorcom korzystającym z prawa wyboru sprzedawcy na zasadzie TPA nieuczciwych, rażąco niskich cen sprzedaży energii elektrycznej, tj. cen znacząco niższych od wynikających z Taryfy Enion. Wnioskodawca niniejszego postępowania wniósł bowiem o uznanie za ograniczającą konkurencję praktyki polegającej na nadużywaniu przez Enion pozycji dominującej na lokalnym rynku dystrybucji energii elektrycznej na obszarze jego sieci elektroenergetycznej, poprzez stosowanie na tym terenie nieuczciwych cen sprzedaży energii. Zarzuty Wnioskodawcy dotyczyły cen rażąco niskich, znacznie zaniżonych w stosunku do cen wynikających z opracowanej przez Enion, a następnie zatwierdzonej przez Prezesa URE Taryfy.

Wzmiankowana powyżej praktyka dotyczy zatem w pierwszej kolejności możliwości naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 1 *ustawy antymonopolowej*, zgodnie z którym nadużywanie pozycji dominującej może się przejawiać w „*bezpośrednim lub pośrednim narzucaniu nieuczciwych cen, w tym cen nadmiernie wygórowanych albo rażąco niskich, odległych terminów płatności lub innych warunków zakupu albo sprzedaży towarów*”. Dla stwierdzenia istnienia praktyki ograniczającej konkurencję określonej tym przepisem, poza wykazaniem, że przedsiębiorca posiada pozycję dominującą na rynku właściwym, konieczne jest również udowodnienie, że działanie przedsiębiorcy polegało na bezpośrednim lub pośrednim narzucaniu nieuczciwych cen. Zachowanie kwalifikowane w ten sposób należy do kategorii antykonkurencyjnych praktyk ograniczających konkurencję, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie lub ograniczenie możliwości działania pozostałych uczestników rynku właściwego, w tym przypadku spółek obrotu energią elektryczną.

Wskazana powyżej praktyka – określona w pkt I. sentencji niniejszej decyzji – podlega również ocenie pod kątem naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 5 *ustawy antymonopolowej*. Zgodnie z tym przepisem, nadużywanie pozycji dominującej polega na „*przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji*”. A zatem dla stwierdzenia, że przedsiębiorca stosuje praktykę ograniczającą konkurencję, o której mowa w art. 8 ust. 2 pkt 5 *ustawy antymonopolowej*, spełnione muszą być również dwie przesłanki łącznie: posiadanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej na rynku właściwym, które prowadzi do przeciwdziałania przez niego ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. Praktyka ta ma zasadniczo charakter antykonkurencyjny, gdyż przedmiotem ochrony cytowanego przepisu prawa jest wprost konkurencja, jako wartość rynkowa (przeciwdziałanie powstaniu bądź rozwojowi konkurencji).

Aby jednak możliwe było dokonanie oceny zachowań Enion pod kątem stosowania tak scharakteryzowanych praktyk ograniczających konkurencję, konieczne jest spełnienie szeregu warunków - zarówno o charakterze formalnym, jak i materialnych - w tym warunku podstawowego, polegającego na wykazaniu posiadania przez Enion pozycji dominującej na krajowym rynku obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA (dostępu stron trzecich do sieci). Zdaniem organu antymonopolowego, w zakresie wyżej zaprezentowanego zarzutu taki warunek nie zachodzi, tj. Enion nie posiada pozycji dominującej na krajowym rynku obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru

sprzedawcy na zasadach TPA, co zostało już częściowo wywiedzione w punkcie IV (zatytułowanym: „Określenie pozycji Enion na rynkach właściwych”) rozważań prawnych niniejszej decyzji.

W dotychczasowej praktyce organ antymonopolowego najczęściej stosowanymi miarami udziału przedsiębiorców w rynku były wielkości odnoszące się do ilości bądź też wartości sprzedaży dóbr i usług, uwzględniające specyfikę działalności badanego podmiotu. W przypadku analizowanego rynku miarami takimi mogą być: wielkość (ilość) sprzedaży energii elektrycznej lub przychody z jej sprzedaży. Dane w tym zakresie zostały zebrane w trakcie postępowania antymonopolowego, na podstawie wyjaśnień i informacji przekazanych przez Prezesa URE oraz stronę niniejszego postępowania - Enion.

Organ antymonopolowy ustalił bowiem – opierając się na wyjaśnieniach Prezesa URE z dnia 6 sierpnia 2009 r. – że Enion sprzedał w roku 2005 odbiorcom końcowym 14.135,726 GWh energii elektrycznej. Uwzględniając całkowity wolumen sprzedaży energii elektrycznej przez wszystkie przedsiębiorstwa energetyczne działające na terenie Polski, który w roku 2005 kształtował się na poziomie - 107.400 GWh, organ antymonopolowy ustalił, że Enion dostarczył 13,16 % całkowitej ilości energii elektrycznej sprzedanej na terenie kraju. Omawiane w tym miejscu wielkości osiągnęły zbliżony poziom w roku następnym, tj. 2006. A mianowicie – jak ustalono na podstawie danych Prezesa URE – Enion sprzedał w tym roku 16.540,232 GWh energii elektrycznej, co przy całkowitym wolumenie sprzedaży energii na obszarze Polski, który w 2006 r. osiągnął poziom - 113.025 GWh, pozwala osiągnąć poziom 14,63 % sprzedaży Enion w całkowitej ilości energii elektrycznej dostarczonej na terenie kraju.

Niemal identyczne dane w analizowanym w tym miejscu zakresie, organ antymonopolowy wywiódł na podstawie informacji i wyjaśnień zabranych od strony niniejszego postępowania, tj. Enion (dowód: pismo Enion z dnia 11 sierpnia 2009 r.). Z danych tych wynika również, że w roku 2005 całkowity wolumen sprzedaży energii elektrycznej w Polsce wyniósł - 107.737 GWh, podczas gdy Enion sprzedał w tym okresie - 14.136 GWh energii. Ustalona w oparciu o te dane wielkość sprzedaży Enion w stosunku do całkowitej ilości energii elektrycznej dostarczonej na terenie kraju, w roku 2005 kształtował się na poziomie - 13,12 %, a zatem niemal dokładnie identycznym (13,16 %), jak wyliczony na podstawie informacji przekazanych przez Prezesa URE. Kierując się danymi pochodzącymi z tego samego pisma Enion, powołanego powyżej jako dowód w sprawie, ustalono, że na przestrzeni roku 2006 ostateczna wielkość sprzedaży energii elektrycznej w skali całego kraju osiągnęła poziom - 113.144 GWh. Biorąc zatem pod uwagę – określoną przez Enion - ilość energii elektrycznej sprzedanej przez niego w roku 2006, która wyniosła 16.540 GWh, wyliczono, że Enion dostarczył w tym roku 14,62 % całkowitego wolumenu energii elektrycznej sprzedanej na terenie kraju. Tak ustalona wielkość jest także niemal na identycznym poziomie, jak wyliczona w oparciu o dane Prezesa URE, z których wynika z kolei, iż wynosi ona - 14,63 %.

Rozpatrując natomiast pozycję Enion na rynku właściwym dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, tj. krajowym rynku obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA (dostępu stron trzecich do sieci), organ antymonopolowy oparł się na danych opublikowanych przez Prezesa URE. Ponieważ dane takie nie zawierają informacji o wolumenie energii elektrycznej sprzedanej przez Enion odbiorcom uprawnionym do wyboru dostawcy, za podstawę organ antymonopolowy przyjął sprzedaż całkowitą Spółki, która jest kategorią szerszą, obejmującą, oprócz sprzedaży na rzecz wspomnianych wyżej podmiotów, także sprzedaż

energii elektrycznej dostarczanej odbiorcom nieuprawnionym do korzystania z prawa wyboru dostawcy, w związku z czym posłużenie się powyższą wielkością będzie zawyżać rzeczywiste udziały Enion w rynku właściwym. Tym samym, jeśli całkowita sprzedaż Enion, odniesiona do krajowej sprzedaży energii elektrycznej na rzecz podmiotów uprawnionych do wyboru sprzedawcy na zasadach TPA, nie wskazuje na posiadanie przez Enion znaczącej siły rynkowej, z pełnym przekonaniem można stwierdzić, iż dane niezawyżone, dotyczące wyłącznie sprzedaży odbiorcom uprawnionym do wyboru dostawcy, tym bardziej potwierdzają taką konkluzję.

Jak wywiedziono powyżej, w roku 2005 całkowita sprzedaż Enion wyniosła 14.135 GWh, natomiast – z ustaleń stanu faktycznego niniejszej decyzji, zawartych w ich części II zatytułowanej „Ustalenia dokonane w wyniku analizy informacji i wyjaśnień udzielonych przez Prezesa URE” wynika, że - wolumen energii elektrycznej zakupiony przez przedsiębiorców uprawnionych do wyboru sprzedawcy na zasadach TPA wyniósł ok. 78.000 GWh. Dla roku 2006 wielkości te kształtowały się odpowiednio na poziomie 16.540 GWh i 82.000 GWh. Tym samym całkowita sprzedaż Enion stanowiła ok. 18,1 % energii elektrycznej zakupionej przez przedsiębiorców uprawnionych do wyboru sprzedawcy na zasadach TPA w 2005 r. oraz ok. 20,2 % w roku 2006, co nie daje żadnych podstaw do stwierdzenia pozycji dominującej po stronie Enion. Powyższy wniosek wzmacnia dodatkowo fakt istnienia przedsiębiorców energetycznych, których sprzedaż przewyższa lub jest zbliżona do sprzedaży Enion, takich jak Enea S. A. w Poznaniu, Energa – Operator S. A. w Gdańsku, czy też EnergiaPro S. A. we Wrocławiu.

Nawet gdyby, z ostrożności, założyć, iż jedynymi podmiotami, o które toczyła się konkurencja pomiędzy dostawcami energii elektrycznej byli znaczący odbiorcy przemysłowi, teza o posiadaniu przez Enion pozycji dominującej pozostawałaby nie do utrzymania. Jak wynika bowiem z danych URE - zamieszczonych w Biuletynie URE z dnia 2 maja 2006, nr 3/2006, zawierającym sprawozdanie z działalności Prezesa URE w 2005 r., które przedstawione zostały w części II ustaleń stanu faktycznego niniejszej decyzji - w roku 2005 najwięksi odbiorcy, zużywający powyżej 2.000 MWh (czyli 2 GWh) rocznie, zakupili 51.823.358 MWh (czyli blisko 51.823,4 GWh). Całkowita sprzedaż Enion stanowi zatem ok. 27,3 % tej wielkości. Tym samym nawet gdyby składała się na nią wyłącznie sprzedaż na rzecz bardzo dużych podmiotów uprawnionych do wyboru sprzedawcy na zasadach TPA (co, rzecz jasna, nie jest prawdą), a na rynku nie działali przedsiębiorcy o porównywalnym bądź większym od Enion potencjale ekonomicznym, za nieuprawniony należałoby uznać wniosek o posiadaniu przez Enion pozycji dominującej nawet na tak znacząco zawężonym rynku.

Jak z powyższego wynika, udział Enion - któremu Wnioskodawca zarzucał stosowanie praktyk ograniczających konkurencję, określonych w punkcie I sentencji niniejszej decyzji – w rynku właściwym nie przekraczał w latach 2005 - 2006 poziomu, odpowiednio, 18,1 % i 20,2 %, przy czym nawet zawężenie rynku właściwego do największych odbiorców nie powodowało przekroczenia przez Enion progu 27,3%.

Należy wprawdzie przyjąć, że tak ustalone udziały Enion w krajowym rynku obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA nie są bagatelne, niemniej jednak są to udziały z całą pewnością dalekie od ustawowej granicy 40 %, po przekroczeniu której zachodzi domniemanie, iż przedsiębiorca posiada pozycję dominującą, w rozumieniu art. 4 pkt 9 *ustawy antymonopolowej*.

Niezależnie od powyższego, zauważyć również należy w tym miejscu, że – jak ustalono w opisie stanu faktycznego niniejszej decyzji, w oparciu o dane i informacje przekazane przez Prezesa URE - zbliżone ilości energii elektrycznej sprzedawali na przestrzeni lat 2005 i 2006 najwięksi konkurenci Enion, tj. inne przedsiębiorstwa dystrybucyjne, takie jak Enea S. A. w Poznaniu, Energa – Operator S. A. w Gdańsku oraz EnergiaPro S. A. we Wrocławiu. A zatem nasuwa się wniosek, że wymienieni tu przedsiębiorcy posiadają bardzo zbliżone udziały w rynku właściwym, czyli krajowym rynku obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA. Dodatkowo podkreślić należy również, że w tym samych latach (2005 i 2006) udział w rynku krajowym – mierzony wielkością sprzedaży energii elektrycznej – każdego z pozostałych 12 największych dystrybutorów energii kształtował się w granicach 2 % lub nawet na wyższym poziomie.

Warto również powołać w tym miejscu rozważania przeprowadzone przez organ antymonopolowy w punkcie IV (zatytułowanym: „Określenie pozycji Enion na rynkach właściwych”) oceny prawnej niniejszej decyzji. Wynika z nich bowiem, że działalność w zakresie obrotu energią elektryczną prowadziło w Polsce kilkadziesiąt przedsiębiorstw energetycznych, wśród których wymienić należy - wspomniane już w poprzednim akapicie decyzji - duże spółki dystrybucyjne (jako najwięksi uczestnicy krajowego rynku obrotu energią elektryczną, w tym również na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA), lokalne spółki dystrybucyjne, przedsiębiorstwa zajmujące się wyłącznie obrotem energią elektryczną, elektrownie i elektrociepłownie.

A zatem - jak z powyższego wynika – krajowy rynek obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA (dostępu stron trzecich do sieci) był, w latach 2005 i 2006, rynkiem w pełni konkurencyjnym, na którym działało wiele różnych przedsiębiorców energetycznych zajmujących się sprzedażą energią. Co więcej, należy stwierdzić dodatkowo, iż na rynku tym istnieją niskie bariery wejścia, a przedsiębiorstw zajmujących się obrotem w ostatnich latach zdecydowanie przybywa. W tym stanie rzeczy przyjąć należy, że rynek ten był i jest nadal mocno rozdrobniony, a znaczną siłą na tym rynku dysponują podmioty występujące po jego stronie popytowej, tj. najwięksi odbiorcy energii elektrycznej. Albowiem w stanie prawnym obowiązującym w trakcie stosowania praktyki, o której mowa w punkcie I sentencji niniejszej decyzji, to właśnie duzi przedsiębiorcy posiadali swobodę wyboru dostawcy na obszarze całego kraju.

Ostatecznie więc przyjąć należy, iż z uwagi na zbliżony potencjał ekonomiczny największych uczestników krajowego rynku obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA oraz mocne rozdrobnienie udziałów rynkowych poszczególnych przedsiębiorstw energetycznych, żaden z nich nie jest w stanie podejmować decyzji gospodarczych bez brania pod uwagę zachowań konkurenta. Wręcz przeciwnie, w warunkach faktycznych sprawy zdefiniowanej w punkcie I sentencji niniejsze decyzji, dochodzi do ostrej rywalizacji między konkurentami, zwłaszcza za pomocą instrumentów cenowych. W takiej sytuacji, gdy żaden z uczestników badanego rynku właściwego nie posiada pozycji dominującej, a nawet wręcz nie dysponuje zdecydowaną przewagą ekonomiczną nad pozostałymi, i istnieje między nimi rzeczywista konkurencja, wykluczona jest możliwość zdominowania rynku przez jednego z nich i podejmowania na tym rynku działań, bez uwzględnienia reakcji

pozostałych. Ostatecznie zatem, żaden z kilkudziesięciu uczestników rynku właściwego nie może podejmować działań w znacznym zakresie niezależnych od konkurentów lub kontrahentów, co jest istotą pozycji dominującej zdefiniowanej w art. 4 pkt 9 *ustawy antymonopolowej*.

W świetle powyższych ustaleń, nie istnieją podstawy do przyjęcia, iż pozycja Enion na wcześniej zdefiniowanym rynku właściwym - tj. krajowym rynku obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA – może być silniejsza, niż wskazywałyby na to udział tego przedsiębiorcy w rynku właściwym.

Na podstawie poczynionych w tej części decyzji ustaleń i rozważań – potwierdzonych przeprowadzonymi na tę okoliczność dowodami – wywiedziono, że udział Enion w krajowym rynku obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA, wynosił w okresie objętym badaniem niniejszej decyzji nie więcej niż 27,3 % (jednocześnie zaznaczyć należy, że wielkość ta ustalona została w oparciu o dane opracowywane przez Prezesa URE).

Reasumując stwierdzić należy, iż ustalenia postępowania antymonopolowego nie potwierdziły, aby udział Enion w roku 2005 lub 2006 - tj. wówczas, gdy ewentualnie mogłaby mieć miejsce zarzucana przez Electrabel praktyka ograniczająca konkurencję, objęta punktem I sentencji niniejszej decyzji - przekroczył próg 40 %, powyżej którego zachodzi domniemanie posiadania pozycji dominującej na rynku, umożliwiające działanie w znacznym zakresie niezależnie od pozostałych uczestników krajowego rynku obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA, w tym wypadku konkurentów i kontrahentów.

W niniejszej sprawie podstawowa przesłanka wszczęcia postępowania antymonopolowego - tj. posiadanie przez Enion pozycji dominującej na krajowym rynku obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA (dostępu stron trzecich do sieci) - nie zachodzi. W tym stanie rzeczy, nie może znaleźć zastosowania ani przepis art. 8 *ustawy antymonopolowej* – z uwagi na brak wymaganej jego treścią pozycji dominującej, ani tym bardziej instrumenty przewidziane w art. 9 – 11a – dotyczą one bowiem choćby potencjalnej możliwości naruszenia tej *ustawy*, do której jednak w warunkach faktycznych niniejszej sprawy dojść nie mogło.

Stosownie do treści art. 80 w związku z art. 81 *ustawy antymonopolowej*, w sprawach w niej nieuregulowanych, do postępowania przed Prezesem Urzędu stosuje się - z wyłączeniem kwestii dotyczących dowodów - przepisy *Kodeksu postępowania administracyjnego*.

Art. 105 § 1 *K.p.a.* stanowi, że „gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania”.

Bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego oznacza, że brak jest któregoś z elementów materialnego stosunku prawnego, a wobec tego nie można wydać decyzji załatwiającej sprawę przez rozstrzygnięcie co do istoty. Przesłanka umorzenia postępowania może istnieć jeszcze przed wszczęciem postępowania, co zostanie ujawnione dopiero w toczącym się postępowaniu, a może ona powstać także w czasie trwania postępowania,

a wiec w sprawie już zawisłej przed organem administracyjnym (tak: B. Adamiak i J. Borkowski (w:) Kodeks postępowania administracyjnego - Komentarz. C.H. BECK. Warszawa 1996, str. 462).

W rozpoznawanej sprawie przesłanką umorzenia postępowania antymonopolowego, przemawiającą za jego bezprzedmiotowością, jest brak - po stronie Enion - pozycji dominującej na rynku właściwym w zakresie zarzutu określonego w punkcie I sentencji niniejszej decyzji, a zatem brak podstaw do oceny zachowań Enion pod kątem nadużywania tej pozycji w sposób wnioskowany przez Electrabel, polegający na naruszeniu przepisów art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 5 *ustawy antymonopolowej*.

Z ustaleń postępowania antymonopolowego wynika, iż przesłanka ta (brak pozycji dominującej Enion na krajowym rynku obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA) istniała jeszcze przed jego wszczęciem, jednak została ujawniona dopiero w toku postępowania, w wyniku poczynionych ustaleń dotyczących rynku właściwego.

Uwzględniając zatem, że *ustawa antymonopolowa* nie zawiera przepisów, mających zastosowanie w powyższych okolicznościach (w sprawie nie wystąpiły przesłanki, które nakazywałyby umorzenie postępowania w trybie art. 67 tej *ustawy*) – na podstawie art. 80 *ustawy antymonopolowej* - należało zastosować ogólny przepis art. 105 § 1 *K.p.a.*

Uwzględniając powyższe, organ antymonopolowy **orzekł jak w pkt I sentencji decyzji.**

VII. Podstawy i przesłanki rozstrzygnięcia w pkt II. sentencji decyzji.

Praktyka w zakresie braku możliwości tworzenia na terenie dystrybucyjnej sieci elektroenergetycznej Enion wspólnych jednostek rozliczeniowych dla potrzeb rozliczania i bilansowania więcej niż jednego odbiorcy energii

Druga z zarzucanych Enion praktyk ograniczających konkurencję – określona w pkt II. sentencji decyzji – polega na narzucaniu przedsiębiorstwom obrotu energią elektryczną, w umowach o świadczenie usług dystrybucji energii elektrycznej oraz Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion, warunków uniemożliwiających wspólne rozliczanie odchyleń od pozycji kontraktowej odbiorców, którzy kupują energię elektryczną od jednego sprzedawcy, przy jednoczesnym korzystaniu z takiego prawa przez Enion w relacjach z operatorem systemu przesyłowego.

Praktyka ta dotyczy zatem w pierwszej kolejności możliwości naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 1 *ustawy antymonopolowej*, w myśl którego nadużywanie pozycji dominującej może się przejawiać w „*bezpośrednim lub pośrednim narzucaniu nieuczciwych cen, w tym cen nadmiernie wygórowanych albo rażąco niskich, odległych terminów płatności lub innych warunków zakupu albo sprzedaży towarów*”. Z treści tego przepisu wynika jednoznacznie, iż zakazuje on narzucania również innych – niecenowych - nieuczciwych warunków umów zakupu lub sprzedaży towarów. W doktrynie przyjmuje się, że „*zakaz ten obejmuje wszystkie warunki, zarówno przedmiotowo istotne dla bytu umów (essentialia negoti), jak i pozostałe (naturalia negoti i accidentalia negoti), jeżeli uznawane*

mogą być one za nieuczciwe (tak: E. Modzelewska – Wąchał: Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Wydawnictwo Twigger, Warszawa 2002, str. 104). Przy czym – jak podkreśla się w doktrynie (j.w.) - „ocena, czy dany warunek może być uznany za nieuczciwy, dokonywana musi być każdorazowo na tle przepisów odrębnych regulujących dany rodzaj umowy, obowiązujących zwyczajów handlowych, a także z uwzględnieniem innych warunków negocjowanych lub uzgodnionych w danym stosunku umownym”.

Dla stwierdzenia istnienia praktyki dookreślonej przedmiotowym zarzutem konieczne jest udowodnienie, że przedsiębiorca posiada pozycję dominującą na rynku właściwym - co zostało w szczególności dowiedzione powyżej, w punktach III i IV oceny stanu prawnego niniejszej decyzji, przy okazji omawiania rynku właściwego i pozycji Enion na tym rynku. Niezbędne jest jednak również wykazanie, że działanie przedsiębiorcy polegało na bezpośrednim lub pośrednim narzucaniu nieuczciwych warunków umów.

Enion, będąc podmiotem o monopolistycznej pozycji na rynku właściwym dla dystrybucji energii elektrycznej na terenie jego sieci dystrybucyjnej, może w zasadzie swobodnie, bez większych ograniczeń narzucać innym przedsiębiorcom reguły działalności na tym rynku. Podobnie na rynku współzależnym - na który Enion przenosi część swojego władztwa w zakresie dystrybucji - tj. rynku obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA, dysponuje on dużą siłą rynkową. W ten sposób w znacznym stopniu może kształtować również zasady działania konkurencji panujące na tym drugim rynku. Ustalając w oparciu o ukształtowane przez siebie zasady warunki umów dotyczących oferowanego przez siebie dobra (tu: dystrybucji energii elektrycznej), oddziałuje także na sytuację konkurentów, w tym wnioskodawcy. Aby Electrabel mógł działać na rynku obrotu energią elektryczną na warunkach zbliżonych do tych jakie zapewnił sobie Enion, musiałaby dysponować takimi samymi uprawnieniami umownymi w zakresie możliwości rozliczania odbiorców energii elektrycznej. W opisywany w tym miejscu sposób Enion może wpływać na zachowania konkurenta, a zwłaszcza na prowadzoną przez niego politykę handlową. Należy bowiem zauważyć, że Enion i Electrabel pozostają ze sobą w takim stosunku prawnym, w którym Enion wprost narzuca Wnioskodawcy - poprzez odpowiednie zapisy umów dystrybucji energii elektrycznej, zwłaszcza zaś uzupełniającej ją i stanowiącej jej integralną część Instrukcji Sieci Rozdzielczej – reguły na jakich będzie on rozliczał swoich klientów - nabywców energii elektrycznej. Electrabel nie ma żadnych możliwości dostarczania energii elektrycznej do własnych odbiorców, przyłączonych do dystrybucyjnej sieci elektroenergetycznej Enion, jak tylko z wykorzystaniem tej sieci, w wyniku czego w oczywisty sposób jest zobligowany do zawarcia z Enion umowy dystrybucji dostarczanej przez siebie energii. Uwzględniając ww. okoliczności organ antymonopolowy przyjął zatem, że Enion narzuca swojemu konkurentowi w sposób bezpośredni warunki umów dystrybucji energii elektrycznej, Electrabel jest bowiem jednocześnie zmuszony do występowania w roli kontrahenta Enion.

Na tej podstawie organ antymonopolowy stwierdził, że w analizowanym przypadku wystąpił w stosunkach pomiędzy stronami postępowania antymonopolowego element przymusu.

Z uwagi na spełnienie scharakteryzowanych wyżej przesłanek, należy dokonać dalszej analizy zachowania Enion, pod kątem jego zgodności z art. 8 ust. 2 pkt 1 *ustawy antymonopolowej*. Electrabel wniósł o uznanie za ograniczającą konkurencję praktyki

polegającej na nadużywaniu przez Enion pozycji dominującej na lokalnym rynku dystrybucji energii elektrycznej na obszarze jego sieci elektroenergetycznej, poprzez narzucanie warunków umów dystrybucji energii (Instrukcji Sieci Rozdzielczej) uniemożliwiających tworzenie wspólnych jednostek rozliczeniowych dla kilku odbiorców, w celu wzajemnego bilansowania różnic energii tych odbiorców. Zdaniem Electrabel ograniczenia w tym zakresie wynikają wprost z postanowienia punktu IV.16.2 Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion. Jednocześnie Electrabel zarzucił, iż narzucone przez Enion warunki są nieuczciwe, gdyż są odmienne od stosowanych przez PSE – Operator w stosunkach z jego kontrahentami i są mniej korzystne od tych, na jakich PSE rozlicza się z Enion oraz mniej korzystne od warunków stosowanych na terenie innych spółek dystrybucyjnych.

Analizując postawiony tu zarzut należy na początku zauważyć, że w *ustawie antymonopolowej* nie zdefiniowano pojęcia „nieuczciwych warunków zakupu albo sprzedaży towarów”, a jedynie wskazano, że mogą to być w szczególności „odległe terminy płatności”. Również w doktrynie podkreśla się, że *ustawa antymonopolowa* nie przewiduje żadnych jednoznacznych kryteriów jakościowych, na podstawie których możliwe byłoby dokonanie oceny, czy określone warunki są „uczciwe”, czy „nieuczciwe”. Jak zauważa się w literaturze przedmiotu: „*W odniesieniu do warunków cenowych w umowach pojęcie „warunku nieuczciwego” wymienione w omawianym przepisie przybliżać mają „ceny nadmiernie wygórowane” i „rażąco niskie”; jednakże również te określenia nie są precyzyjne. W związku z powyższym ocena, czy dane warunki są nieuczciwe, w tym - czy terminy płatności są odległe - należy do orzecznictwa. W praktyce ocena ta dokonywana winna być na podstawie wyważenia interesów stron umowy z uwzględnieniem zasady ekwiwalentności świadczeń, na tle celów ustawy antymonopolowej wyrażonych w art. 1”* (tak: E. Modzelewska – Wąchał: *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, j.w., str. 100 i 101). Oczywiście ocena w analizowanej w tym miejscu materii winna być dokonywana z uwzględnieniem faktycznej sytuacji zaistniałej na rynku właściwym. Przy czym podkreślenia wymaga jednocześnie, że dla bytu praktyki uregulowanej w art. 8 ust. 2 pkt 1 *ustawy antymonopolowej* nie ma znaczenia, czy przedsiębiorca, któremu zarzuca się jej stosowanie, osiągnął antykonkurencyjny skutek.

Zgodnie z art. 8 ust. 2 pkt 1 *ustawy antymonopolowej* niedozwoloną praktyką monopolistyczną jest narzucanie nieuczciwych warunków umów. Oceniając kolejną przesłankę tego przepisu, na początku należy zauważyć, iż Enion przyjął w stosunku do swoich kontrahentów praktykę postępowania polegającą na odsyłaniu w zakresie szczegółowych rozwiązań umownych, w tym dotyczących określenia zasad rozliczeń między stronami umowy, do Instrukcji Sieci Rozdzielczej. Przy czym praktyka taka jest powszechnie stosowana przez wszystkie pozostałe spółki dystrybucyjne i oczywiście jest dopuszczalna z prawnego punktu widzenia. Instrukcja Sieci Rozdzielczej, o której tu mowa była opracowywana jednostronnie przez Enion, który mógł w każdym czasie wprowadzać różnorakie modyfikacje w treści jej postanowień, diametralnie zmieniające układ wzajemnych praw i obowiązków stron umowy o świadczenie usług dystrybucji energii elektrycznej, nie wymagające jednak zgody, ani nawet przeprowadzenia konsultacji z kontrahentami. Tym samym kontrahent Enion, mimo iż był stroną takiej umowy, nie miał wpływu na treść jej postanowień i nie mógł jej negocjować.

Przechodząc do analizy konkretnych zapisów Instrukcji Sieci Rozdzielczej dotyczących zasad rozliczania odbiorców energii, w tym braku możliwości ich wspólnego rozliczania i bilansowania zużywanej przez nich energii, jakie Enion narzucał kontrahentom będącym jednocześnie jego konkurentami, należy odwołać się do treści zapisu punktu

IV.16.2. Instrukcji. Postanowienie to zezwalało wprawdzie na utworzenie wspólnej jednostki grafikowej dla więcej niż jednego miejsca dostarczania energii elektrycznej, jednak tylko i wyłącznie w przypadku gdy były one miejscami dostarczania energii dla tego samego podmiotu (odbiorcy). Czytając zatem ten zapis od strony negatywnej, trzeba przyjąć, iż na terenie sieci dystrybucyjnej Enion nie było możliwe utworzenie jednej jednostki grafikowej dla dwóch lub większej liczby odbiorców i rozliczanie różnic energii zamówionej i wykorzystanej przez tych odbiorców wspólnie dla wszystkich z nich.

Natomiast – na podstawie rozwiązań systemowych, wprowadzonych przez PSE – Operatora w jego Instrukcji Sieci Przesyłowej - bilansowanie odbiorcy TPA polega na tym, że spółka dystrybucyjna (a więc również Enion) otrzymuje z wyprzedzeniem zgłoszenie planu zapotrzebowania takiego odbiorcy - w postaci grafiku na każdą godzinę określonej doby, a następnie przedstawia PSE – Operatorowi własny grafik zapotrzebowania, będący w istocie sumą ilości energii zaplanowanej w grafiku odbiorcy i ilości energii planowanej przez spółkę dystrybucyjną na potrzeby jej pozostałych odbiorców (taryfowych i ewentualnie innych korzystających z TPA). Następnie, w trakcie fizycznej realizacji dostaw PSE – Operator prowadzi bilansowanie spółki dystrybucyjnej, dostarczając jej tyle energii, ile wynika z faktycznego zapotrzebowania (łącznie dla wszystkich odbiorców). Różnica pomiędzy faktycznie pobraną ilością energii, a ilością wynikającą ze zgłoszonego grafiku stanowi odchylenie spółki dystrybucyjnej, które jest rozliczane przez PSE – Operatora. Przy czym obowiązujący system rozliczeń na rynku bilansującym przewiduje mechanizm tzw. cen rozchylonych, tj. różnych dla energii kupowanej przez spółkę dystrybucyjną - w przypadku, gdy jej faktyczne zapotrzebowanie było większe niż wynikające ze zgłoszonego grafiku (tzw. niedokontraktowanie) i dla energii odsprzedawanej przez spółkę dystrybucyjną PSE – Operatorowi - w przypadku, gdy zapotrzebowanie było mniejsze niż zgłoszone w grafiku (tzw. przekontraktowanie). Jeżeli odchylenie mieści się w tzw. strefie nieczułości, wynoszącej +/- 1 % zgłoszonej w grafiku ilości energii, to spółka dystrybucyjna rozliczana jest według cen wyjściowych, zakontraktowanych. Istotną cechą tego systemu rozliczeń jest brak symetrii cen energii dokupowanej i odsprzedawanej PSE – Operatorowi na rynku bilansującym wobec ceny wyjściowej, zakontraktowanej, tzn. koszty zakupu energii rezerwowej na pokrycie niedokontraktowania są wyższe niż koszty wynikające z odsprzedaży energii przekontraktowanej.

Również sam Enion przyznaje, iż w przypadku rozbieżności pomiędzy energią zamówioną a odebraną przez odbiorcę zachodzi potrzeba wyjątkowo niekorzystnych finansowo rozliczeń z PSE – Operatorem. W ramach takich rozliczeń energia elektryczna (w przypadku jej niedokontraktowania) dokupowana jest po cenie nawet do 1250 % wyżej od jej średniej ceny na rynku konkurencyjnym, a odsprzedawana (w razie przekontraktowania) po cenie nawet do 42 % niższej (wniosek z ustaleń dokonanych w punkcie V. uzasadnienia faktycznego niniejszej decyzji).

Na gruncie dokonanego powyżej opisu widać wyraźnie, że zupełnie inaczej rozlicza się Enion z PSE – Operatorem, inaczej zaś – według mniej korzystnych zasad – spółka obrotu z Enion. Tak bowiem, na podstawie Instrukcji Sieci Przesyłowej PSE – Operator, Enion zgłasza mu sumaryczną planowaną ilość energii elektrycznej, a następnie rozliczanie odchyleń od pozycji kontraktowej odbiorców odbywa się także wspólnie dla wszystkich podmiotów przyłączonych do sieci Enion (niezależnie od tego, czy są odbiorcami uprawnionymi do korzystania ze swobodnego wyboru sprzedawcy, czy nie i czy w ogóle korzystają z zasady TPA). Natomiast, zgodnie z zapisami Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion, przedsiębiorstwo obrotu - sprzedające na zasadzie TPA energię elektryczną odbiorcom

przyłączonym do sieci Enion - musiało tworzyć odrębne jednostki grafikowe dla każdego odbiorcy energii oraz osobno zgłaszać zapotrzebowanie i rozliczać odchylenia od pozycji kontraktowej tych odbiorców.

Jak bardzo niekorzystny jest to system rozliczeń dla spółek obrotu energią elektryczną wskazuje przykład Electrabel - przedstawiony powyżej w ramach punktu I opisu stanu faktycznego niniejszej decyzji, a następnie poddany analizie w punkcie V tego opisu - dotyczący sprzedaży energii elektrycznej na zasadach TPA do dwóch odbiorców A i B i obrazujący rzeczywistą konsekwencją realizacji dyspozycji punktu IV.16.2 Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion.

Wynika z niego bowiem, iż w zależności od zastosowanego modelu rozliczeń, tj. w ramach:

- 1) osobnych jednostek grafikowych (indywidualnie dla każdego odbiorcy energii) - model stosowany przez Enion w stosunku do spółek obrotu oraz
- 2) zagregowanych jednostek grafikowych (umożliwiających wspólne rozliczenie dwóch i więcej odbiorców) – model stosowany przez PSE – Operatora m.in. w stosunku do przedsiębiorstw dystrybucyjnych (w tym Enion),

obciążenie sprzedawcy energii jest w przypadku 1) modelu o ponad 80% wyższe niż w tym 2) przypadku. Oczywiście biorąc pod uwagę, że wspomniany wyżej przykład ma charakter teoretyczny, różnica w kosztach zastosowania 1) albo 2) z ww. modeli może być zupełnie inna i wahać się od 0 %, poprzez kilka, czy kilkadziesiąt %, nawet do kilkuset %. Niemniej jednak model wspólnego rozliczania odbiorców ma uniwersalną zaletę, a mianowicie nigdy nie jest mniej korzystny niż model indywidualnych jednostek grafikowych. Nawet bowiem w sytuacji, kiedy odbiorcy rozliczani w ramach jednej jednostki grafikowej odchylają się od własnych pozycji kontraktowych w tych samych kierunkach (tj. wszyscy, bez wyjątku, chcą energię odsprzedawać albo dokupować), koszty ponoszone przez sprzedawcę energii są identyczne, jak w przypadku osobnego rozliczania odbiorców. W tym przypadku – odchyleniu wszystkich odbiorców w tych samych kierunkach – obsługująca ich spółka obrotu nic nie zyska, ale też nic nie straci, tzn. i tak będzie musiała dokupić albo odsprzedać na rynku bilansującą zsumowaną ilość energii tych odbiorców. Inaczej mówiąc, poniesie takie same koszty zarówno w przypadku rozliczania tych odbiorców osobno (w ramach oddzielnych jednostek grafikowych), jak i rozliczając ich razem (w ramach wspólnej jednostki). Natomiast zawsze kiedy odchylenia odbiorców rozliczanych wspólnie od ich pozycji kontraktowej następują w przeciwnych kierunkach (tj. chociaż jeden z nich odsprzedaje energię, gdy inni dokupują lub na odwrót – dokupuje, przy odsprzedaży pozostałych), wówczas model zagregowanych jednostek grafikowych musi być korzystniejszy od stosowanego przez Enion. W każdym bowiem przypadku będzie prowadził do wzajemnego bilansowania się różnic pomiędzy energią zamówioną a wykorzystaną przez poszczególnych odbiorców danej jednostki rozliczeniowej. Dodatkowo z dużym prawdopodobieństwem można zakładać, że w dobowo – godzinowym systemie bilansowania odbiorców, jaki przyjęty został w Polsce, jednak zdecydowanie częstsze będą przypadki, w których odbiorcy odchylać się będą w kierunkach przeciwnych, jeżeli nie w ciągu doby X, to w dobie następnej, poprzedniej, albo kolejnych. Wynika to z wielokrotnie powoływanej w ramach niniejszej decyzji reguły, że zakontraktowanie (zamawianie) energii elektrycznej dla poszczególnych odbiorców i jej wykorzystanie przez nich, a następnie rozliczanie różnic pomiędzy wielkościami zamówienia i zużycia energii (czyli bilansowanie odbiorców) jest dokonywane na każdą godzinę każdej doby. A zatem - co łatwo sobie wyobrazić – w ciągu doby muszą wystąpić takie godziny,

w których rozliczani wspólnie odbiorcy zbilansują w części zamawiane przez siebie i rzeczywiście wykorzystywane ilości energii. Z logicznego punktu widzenia nie jest możliwe, aby każdy z grupy odbiorców rozliczanych w ramach wspólnej dla nich jednostki grafikowej zawsze - w każdej z 24 godzin doby – zamawiał za dużo energii w stosunku do swoich potrzeb, ewentualnie zawsze każdy z nich zamawiał jej za mało. Przynajmniej w pojedynczych, jednostkowych godzinach doby któryś z takich odbiorców rozliczanych wspólnie odchylił się w innym kierunku w zakresie zakontraktowania lub wykorzystał energii niż pozostali z tych odbiorców. Przy takim założeniu, zastosowanie modelu jednostek grafikowych wymuszonego przez Enion spowoduje natomiast, że spółka obrotu będzie wyłącznie tracić, ponosząc wyższe koszty bilansowania swoich odbiorców. Takie wzajemne bilansowanie się odbiorców, obsługiwanych przez jednego sprzedawcę energii nigdy nie będzie bowiem miało miejsca w modelu grafikowania, jaki został przyjęty w Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion.

Argumentacja i wywody w zaprezentowanym powyżej zakresie potwierdzone zostały przez organ antymonopolowy w zebranych w trakcie niniejszego postępowania materiale dowodowym, tj. w wyniku informacji i wyjaśnień uzyskanych od Prezesa URE. Jego zdaniem, w analizowanym przypadku działań Enion, spółka ta czerpie nieuzasadnione korzyści finansowe wynikające z odrębnego rozliczania każdego odbiorcy, podczas gdy w istocie sumaryczne odchylenia często wzajemnie znoszą się, redukując znacząco koszty wynikające z niezbilansowania samej spółki dystrybucyjnej. Oznacza to, że Enion otrzymuje w niektórych godzinach większe należności z tytułu odchyień poszczególnych odbiorców korzystających z zasady TPA, niż wynoszą jego zobowiązania wobec PSE – Operatora z tytułu jego sumarycznych odchyień. Ponadto Prezes URE stwierdził, że uniemożliwienie wspólnego rozliczania odchyień od pozycji kontraktowej kilku odbiorców energii w ramach jednej jednostki grafikowej, poprzez obowiązek tworzenia oddzielnych jednostek grafikowych dla poszczególnych odbiorców – jak ma to miejsce w niniejszej sprawie – jest niekorzystne zarówno dla samych odbiorców energii, jak również dla obsługującej ich spółki obrotu energią. Prowadzi bowiem do pośredniego włączenia tych odbiorców do centralnego mechanizmu bilansowania (przeznaczonego dla wytwórców energii elektrycznej i dużych podmiotów działających na rynku hurtowym). Praktyka taka – w ocenie Prezesa URE – wiąże się z nałożeniem na odbiorców dodatkowych obowiązków (np. prognozowania zużycia energii, zgłaszania grafików, przebudowy układów pomiarowych i transmisji danych), które powodują dodatkowe koszty. Szczegółowe informacje i wyjaśnienia w tej materii, przekazane przez Prezesa URE w trakcie postępowania antymonopolowego, zostały zestawione powyżej w punkcie II ustaleń faktycznych niniejszej decyzji.

Warto również dla potrzeb oceny analizowanego tu zarzutu posłużyć się innym wnioskiem wyprowadzonym przez Prezesa URE, do którego organ antymonopolowy w pełni się przychylił. Tak bowiem Prezes URE stanął na stanowisku, że możliwość tworzenia grup bilansujących - czyli łączenia kilku odbiorców w ramach jednej jednostki grafikowej – jest dopuszczalna na gruncie obowiązującej w polskim porządku prawnym zasady swobody zawierania umów, wyrażonej w treści art. 353¹ *kodeksu cywilnego*. W ocenie Prezesa URE - z czym należy się zgodzić - tego ustawowego uprawnienia nie może ograniczać Instrukcja Sieci Rozdzielczej (Dystrybucyjnej), jako dokument wewnętrzny każdej spółki dystrybucyjnej.

W tym miejscu należy dokonać oceny podstawowego argumentu, którym Enion posługiwał się w trakcie postępowania antymonopolowego w celu potwierdzenia, iż nie narzucał nieuczciwych warunków umów. Enion utrzymywał mianowicie,

że nie miał żadnych możliwości stworzenia warunków grupowania użytkowników systemu, ponieważ możliwość taka nie została przewidziana w obowiązującej Instrukcji Sieci Przesyłowej PSE – Operatora. Jak uzupełniająco wyjaśniał Enion, rozwiązanie przyjęte w jego Instrukcji Sieci Rozdzielczej – uniemożliwiające grupowanie różnych odbiorców energii elektrycznej w ramach jednej jednostki grafikowej - wymuszone zostało przez konstrukcję jednostki grafikowej odbiorczej, przyjętą w treści obowiązującej Instrukcji Sieci Przesyłowej.

Wyżej przedstawione twierdzenia Enion w całości nie zasługują na uwzględnienie, z następujących przyczyn:

Po pierwsze, przepisy *Prawa energetycznego* oraz rozporządzeń wykonawczych do tej ustawy nie uniemożliwiają operatorom systemów dystrybucyjnych wprowadzania do ich własnych instrukcji ruchu i eksploatacji sieci rozdzielczych regulacji zezwalających na tworzenie – zarówno przez spółki obrotu, jak i samych odbiorców - jednej jednostki grafikowej dla kilku odbiorców energii elektrycznej. Stanowisko to potwierdzone zostało przez organ antymonopolowy w zebranych w trakcie niniejszego postępowania materiale dowodowym, tj. w wyniku wyjaśnień uzyskanych od Prezesa URE, który dodatkowo zastrzegł, że powszechnie obowiązujące przepisy prawa nigdy takich ograniczeń nie wprowadzały. Zatem – jak już wcześniej sygnalizowano - zawarcie umowy agregującej grupę odbiorców w jedną jednostkę rozliczeniową mieści się w zakresie swobody kontraktowania stron takiej umowy.

Niezależnie od powyższego Prezesa URE zauważył, że także rozwiązania przyjęte w zatwierdzonej Instrukcji Sieci Przesyłowej PSE – Operator nie ograniczały liczby odbiorców rozlicznych w ramach jednej jednostki grafikowej.

Po drugie, również operator systemu przesyłowego (PSE – Operator) potwierdził, że na podstawie obowiązujących dotychczas Instrukcji Sieci Przesyłowych istniały podstawy do wprowadzenia do Instrukcji Sieci Rozdzielczych regulacji zezwalających na tworzenie przez przedsiębiorstwa obrotu energią elektryczną jednej jednostki grafikowej dla kilku odbiorców energii, w celu wspólnego rozliczania odchyleń od pozycji kontraktowych tych odbiorców. Dotychczasowe Instrukcje Sieci Przesyłowej - jak ustalił organ antymonopolowy w punkcie III ustaleń faktycznych niniejszej decyzji - przewidywały możliwość grupowania odbiorców z terenu jednego operatora systemu dystrybucyjnego, na dwa różne sposoby:

- 1) w ramach mechanizmów rynku bilansującego, poprzez utworzenie odrębnej jednostki grafikowej spółki dystrybucyjnej, reprezentującej zgrupowanych odbiorców obsługiwanych przez konkretną spółkę obrotu energią elektryczną oraz
- 2) poza rynkiem bilansującym, w ramach wewnętrznych - autonomicznych i samodzielnych – zasad lokalnego rynku funkcjonującego na obszarze danego operatora systemu dystrybucyjnego.

Należy podkreślić jednak za PSE – Operator, że dotychczas obowiązujące Instrukcje Sieci Przesyłowej nie stwarzały możliwości grupowania odbiorców zlokalizowanych na terenie różnych operatorów systemów dystrybucyjnych.

Po trzecie wreszcie, dopuszczalność – na gruncie obowiązujących przepisów prawa energetycznego oraz dotychczasowych Instrukcji Sieci Przesyłowych PSE – Operator - grupowania odbiorców przyłączonych do tej samej sieci dystrybucyjnej potwierdzona została przez jednego z operatorów systemów dystrybucyjnych - Vattenfall Distribution. Jak ustalono bowiem w trakcie postępowania antymonopolowego, Vattenfall umożliwiał

spółkom obrotu energią elektryczną tworzenie zagregowanych jednostek grafikowych oraz stawał takie same wymagania wobec grupy odbiorców (rozliczającej się w ramach jednej jednostki grafikowej), jak wobec pojedynczego odbiorcy TPA.

Na koniec należy ponadto wskazać na wnioski wynikające z komunikatu Prezesa URE z dnia 15 lipca 2005 r. w sprawie założeń do opracowania instrukcji ruchu i eksploatacji elektroenergetycznych sieci przesyłowych i dystrybucyjnych – na który organ antymonopolowy powoływał się już w ramach uzasadnienia niniejszej decyzji. Mianowicie na podstawie treści tego komunikatu organ antymonopolowy ustalił, że Prezes URE zalecił spółkom dystrybucyjnym, aby umożliwiły odbiorcom przyłączonym do ich sieci elektroenergetycznych zgłaszanie grafików zagregowanych, czyli łącznego grafiku dla kilku odbiorców energii elektrycznej.

Dokonując ostatecznej oceny opisywanych powyżej okoliczności, należy przyjąć, że narzucone przez Enion warunki umów dystrybucji energii elektrycznej w zakresie zasad rozliczania odbiorców energii, w tym braku możliwości ich wspólnego rozliczania i bilansowania zużywanej przez nich energii są warunkami nieuczciwymi. Jak zostało szczegółowo wywiedzione i udowodnione w tej części decyzji, obowiązek ich stosowania w takim niekorzystnym dla sprzedawców – spółek obrotu energią oraz samych odbiorców energii kształcie nie wynika z żadnego z powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Miarodajne w tym zakresie przepisy art. 5 ust. 1 w zw. z art. 5 ust. 2 pkt 2 *Prawa energetycznego* wprowadzają identyczne standardy w odniesieniu do umów o świadczeni usług dystrybucji energii, jak w przypadku umów o świadczeni usług przesyłania energii. Skoro zatem technicznie i organizacyjnie możliwe jest grupowanie odbiorców energii elektrycznej, dla potrzeb wspólnego rozliczania ich odchyleń, na podstawie umowy przesyłowej PSE – Operator, to nie ma przeszkód, aby możliwość taka była stworzona również przez operatora systemu dystrybucyjnego, w opracowanej i stosowanej przez niego umowie dystrybucyjnej. Tym bardziej, że Enion często powoływał się w wyjaśnieniach kierowanych do organu antymonopolowego na zasadę zgodności Instrukcji Sieci Rozdzielczej z Instrukcją Sieci Przesyłowej PSE – Operator, w tym również w odniesieniu do braku możliwości tworzenia jednej wspólnej jednostki rozliczeniowej dla kilku odbiorców energii elektrycznej. Skoro zatem Enion przyjmował, że jego Instrukcja powinna być zgodna z Instrukcją Sieci Przesyłowej również w tym zakresie, tym samym powinien dopuszczać możliwość wspólnego grafitowania i rozliczania odbiorców energii, przyłączonych do jego sieci dystrybucyjnej.

W doktrynie prawa antymonopolowego – jak zasygnalizowano powyżej, na początku tego punktu decyzji - przyjmuje się, że ocena czy dany warunek może być uznany za nieuczciwy dokonywana musi być każdorazowo na tle przepisów odrębnych regulujących dany rodzaj umowy. Ocena dokonana pod tym kątem wskazuje na nieuczciwość warunków umów dystrybucji energii elektrycznej, stosowanych przez Enion w zakresie braku możliwości wspólnego rozliczania odbiorców energii elektrycznej, przyłączonych do jego sieci dystrybucyjnej. Nieuczciwość ta została dodatkowo potwierdzona w wyniku porównania ocenianych wyżej działań Enion z powszechnie stosowaną praktyką handlową innego operatora systemu dystrybucyjnego - Vattenfall, który nie stwarza żadnych barier i ograniczeń, jeżeli chodzi o wspólne bilansowanie odbiorców w ramach jednej jednostki rozliczeniowej, należącej do spółki obrotu energią.

Ocena pod kątem nieuczciwości warunków umów dokonywana winna być również na podstawie wyważenia interesów stron umowy, z uwzględnieniem zasady ekwiwalentności świadczeń. Mając na uwadze powyższe ustalenia dokonane przez organ antymonopolowy, zwłaszcza zaś przywoływane wyjaśnienia złożone przez Prezesa URE, należy przyjąć, że postanowienie punktu IV.16.2. Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion – uniemożliwiające utworzenie jednej jednostki grafikowej dla dwóch lub większej liczby odbiorców – przy jednoczesnym korzystaniu z takiego prawa przez Enion w stosunkach z PSE – Operator, zaburza taką równoprawność stron umowy dystrybucyjnej. Przy czym Enion nie rekompensuje takiego niekorzystnego dla kontrahentów – głównie spółek obrotu energią - rozwiązania umownego żadnym innym postanowieniem umownym, np. przyznając im możliwość ubiegania się o zwrot nadpłaconych kwot, które wynikają z wzajemnego zbilansowania się ilości energii pobranej przez poszczególnych odbiorców, obsługiwanych przez daną spółkę obrotu. Wręcz przeciwnie, na spółki obrotu nakładane są dodatkowe obowiązki związane z koniecznością ustanowienia na rzecz Enion zabezpieczeń finansowych z tytułu uczestnictwa w rynku bilansującym. Uwzględniając zatem inne postanowienia umów dystrybucji energii elektrycznej, uzgadniane przez Enion z jego kontrahentami - spółkami obrotu, wyłania się obraz niekorzystnych dla nich, a tym samym nieuczciwych - z punktu widzenia zasady ekwiwalentności świadczeń stron umowy – warunków kontraktu. Warunki te są jednostronnie korzystne dla Enion, a tym samym zupełnie nie uwzględniają interesów drugiej strony umowy.

W przypadku analizowanego zarzutu antymonopolowego działanie Enion nie miało charakteru jednostkowego i doraźnego. Była to świadomie prowadzona, stała praktyka postępowania wobec kontrahentów, będących jednocześnie konkurentami Enion, która została wpisana w całość jego działalności gospodarczej - opartej na świadczeniu nie tylko usług dystrybucji, ale również sprzedaży energii elektrycznej. Jednoznacznie potwierdza to zresztą fakt ujęcia takiej praktyki postępowania w treści Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion, a konkretnie kwestionowanego postanowienia jej punktu IV.16.2. Sformułowane powyżej wnioski wskazują, że warunki umów w zakresie określonym przez Enion w punkcie IV.16.2. Instrukcji Sieci Rozdzielczej - będącej integralną częścią jej umowy o świadczenie usług dystrybucji energii elektrycznej - były nieuczciwe.

Mając na względzie całą wyżej przedstawioną argumentację faktyczno - prawną oraz dowody na jej poparcie, organ antymonopolowy stoi na stanowisku, że Enion w sposób bezpośredni – tj. poprzez postanowienie punktu IV.16.2. Instrukcji Sieci Rozdzielczej - narzucał swoim kontrahentom, w tym przede wszystkim spółkom obrotu energią elektryczną nieuczciwe warunki umów w zakresie zasad rozliczania odbiorców energii, w tym braku możliwości ich wspólnego rozliczania i bilansowania zużywanej przez nich energii, przez co naruszył dyspozycję art. 8 ust. 2 pkt 1 *ustawy antymonopolowej*.

Kwestionowana powyżej praktyka ograniczająca konkurencję – określona w pkt II. sentencji decyzji – polegająca na narzucaniu przedsiębiorstwom obrotu energią elektryczną, w umowach o świadczenie usług dystrybucji energii elektrycznej oraz Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion, warunków uniemożliwiających wspólne rozliczanie odchyleń od pozycji kontraktowej odbiorców, którzy kupują energię elektryczną od jednego sprzedawcy, przy jednoczesnym korzystaniu z takiego prawa przez Enion w relacjach z operatorem systemu przesyłowego, podlega również ocenie pod kątem naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 5 *ustawy antymonopolowej*.

Stosownie do treści tego przepisu „*nadużywanie pozycji dominującej może polegać w szczególności na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji*”. Zatem praktyka sformułowana w art. 8 ust. 2 pkt 5 *ustawy antymonopolowej* sprowadza się w zasadzie do zakazu stwarzania barier dla rozwoju konkurencji, a więc takiego oddziaływania na rynek, które negatywnie wpływa na stopień koncentracji rynku i stan konkurencji. W doktrynie podkreśla się, że w przypadkach, gdy monopolistyczny przedsiębiorca w sposób nie znajdujący uzasadnienia ze względów organizacyjnych, technicznych, prawnych lub innych narzuca pewne warunki, utrudniające lub uniemożliwiające konkurowanie przedsiębiorcom na rynkach konkurencyjnych, to działanie takie uznawane jest za praktykę, o której mowa w omawianym tu przepisie.

Praktyka ta ma zasadniczo charakter antykonkurencyjny, gdyż przedmiotem ochrony ww. przepisu prawa jest wprost konkurencja, jako wartość rynkowa (przeciwdziałanie powstaniu bądź rozwojowi konkurencji), chociaż ubocznie może ona wywierać również skutki dla uczestników rynku nie będących konkurentami dominanta, w tym przypadku jego kontrahentów, będących przedsiębiorcami. Skutki antykonkurencyjne, polegające np. na wyeliminowaniu konkurenta z rynku, nie są jednak objęte dyspozycją przywoływanego przepisu, a więc nie jest konieczne ich wystąpienie, aby można było stwierdzić stosowanie analizowanej praktyki ograniczającej konkurencję. Zakazane jest zatem samo podejmowanie działań, które potencjalnie mogą wywołać niekorzystne dla konkurencji konsekwencje. Nie jest też konieczne, aby działanie przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą na rynku właściwym było świadome lub celowe.

W doktrynie zarysował się pogląd, że „*omawiana praktyka może wywoływać skutki zarówno na rynku zdominowanym przez danego przedsiębiorcę, jak również na innych rynkach, na które może on wpływać ze względu na posiadaną pozycję na rynku zdominowanym*”. Przyjmuje się również, że: „*stosowaniu praktyki określonej w art. 8 ust. 2 pkt 5 sprzyja funkcjonowanie przez przedsiębiorców w warunkach tzw. monopolu sieciowego, np. w energetyce czy sektorze wodociągowo - kanalizacyjnym. Podstawowa sfera aktywności tych przedsiębiorców powiązana jest bezpośrednio lub pośrednio z rynkami, których uczestnicy uzależnieni są od monopolisty ze względu na możliwość dyktowania przez niego warunków prowadzenia przez nich działalności na rynkach konkurencyjnych. W przypadkach, gdy monopolistyczny przedsiębiorca w sposób nie znajdujący uzasadnienia ze względów organizacyjnych, technicznych, prawnych lub innych narzuca pewne warunki, utrudniające lub uniemożliwiające konkurowanie przedsiębiorcom na tych rynkach, działanie takie uznawane jest za praktykę, o której mowa w omawianym przepisie*” (tak: E. Modzelewska – Wąchal: *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydawnictwo Twigger, Warszawa 2002, odpowiednio na str. 114 oraz 115).

Z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie, ponieważ działanie Enion – ze względu na istniejący po jego stronie monopol sieciowy – wywołuje skutki również na innych rynkach, tu: na rynku obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA. Mimo, że elektroenergetyczna sieć dystrybucyjna została faktycznie udostępniona m.in. spółkom obrotu energią, tzn. mogły one, korzystając z niej przesyłać energię do swoich klientów – odbiorców, którzy dokonali ich wyboru jako sprzedawców na zasadzie TPA, jednak w rzeczywistości odbywało się to ze znacznymi utrudnieniami ze strony Enion. W ten sposób, z uwagi na monopolizację rynku dystrybucji energii elektrycznej, Enion posiadała decydujący wpływ na rynek obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów

uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA, co zostało udowodnione powyżej - w trakcie oceny prawnej dokonanej w punktach III i IV decyzji - w związku z określeniem rynku właściwego oraz pozycji Enion na tym rynku.

Utrudnianie przez elektroenergetycznego monopolistę Electrabel i innym spółkom obrotu energią korzystania z sieci dystrybucyjnej Enion oraz swobodnego dostarczania energii odbiorcom TPA, którzy dokonali wyboru innego niż Enion sprzedawcy, przejawiało się w zapisach Instrukcji Sieci Rozdzielczej oraz postanowieniach umów o świadczenie usług dystrybucji energii. Enion, jako operator systemu dystrybucyjnego opracowuje i stosuje te dokumenty, zaś spółki obrotu - aby w ogóle mogły sprzedawać energię na terenie sieci Enion - koniecznie muszą zawrzeć umowę dystrybucyjną, na warunkach określonych przez Enion, m.in. zobowiązujących wprost i bezwarunkowo do stosowania Instrukcji Sieci Rozdzielczej. Właśnie zapis punkt IV.16.2 tej Instrukcji - stosowanej jako załącznik, będący integralną częścią umowy dystrybucyjnej - ograniczał przedsiębiorstwom obrotu możliwość skutecznego konkurowania z Enion na zasadach wolnorynkowych, czyli równoprawnych. Albowiem na podstawie rozwiązań przyjętych w Instrukcji Sieci Przesyłowej PSE – Operator, Enion – jako bezpośredni uczestnik rynku bilansującego (dlatego właśnie dotyczyła go Instrukcja PSE) – mógł zgłaszać PSE – Operatorowi całość zakontraktowanej, z wszystkimi łącznie odbiorcami przyłączonymi do jego sieci dystrybucyjnej, energii elektrycznej, a następnie rozliczanie odchyłeń od pozycji kontraktowej tych odbiorców dokonywał także wspólnie dla wszystkich z nich (niezależnie od tego, czy byli odbiorcami uprawnionymi do korzystania ze swobodnego wyboru sprzedawcy, czy nie i czy w ogóle mogli korzystać z zasady TPA). W ten sposób, ilość energii zamówionej i dostarczanej do wszystkich odbiorców zaopatrywanych bezpośrednio przez Enion, która była rozliczana w ramach jednej jednostki grafikowej, wzajemnie się bilansowała w tej jednostce – jeżeli nie w całości, to (co jest regułą) przynajmniej w części. Mówiąc prościej, jeżeli nawet jeden (kolejny) z odbiorców zamówił za dużo energii to drugi (kolejny) wykorzystał jej za dużo. W tym stanie rzeczy, ta energia, której nie zużył pierwszy, została wykorzystana przez drugiego. Obsługa takich wzajemnie bilansujących się w ramach jednej jednostki grafikowej odbiorców była znacznie mniej kosztowna, niż odbiorców rozliczanych osobno, tj. każdy w swojej własnej jednostce rozliczeniowej. Natomiast w myśl powoływanego punktu IV.16.2 Instrukcji Sieci Rozdzielczej, przedsiębiorstwo obrotu - sprzedające na zasadzie TPA energię elektryczną odbiorcom przyłączonym do sieci Enion - nie miało takiej, jak Enion możliwości i musiało tworzyć odrębne jednostki grafikowe dla każdego odbiorcy energii oraz osobno zgłaszać zapotrzebowanie i rozliczać odchylenia od pozycji kontraktowej tych odbiorców. Enion wprowadził scharakteryzowane tu, dyskryminujące sprzedawców energii zasady, pomimo że – wbrew jego twierdzeniom – nie miał takiego obowiązku na gruncie Instrukcji Sieci Przesyłowej PSE – Operator, co zostało jednoznacznie potwierdzone przez PSE. Co więcej, takie niekorzystne dla sprzedawców energii (innych niż Enion) zasady rozliczeń były bardzo negatywnie oceniane przez Prezesa URE - w wytycznych i zaleceniach kierowanych do przedsiębiorstw dystrybucyjnych oraz wyjaśnieniach złożonych przez niego w trakcie postępowania antymonopolowego. Ponadto takich niekonkurencyjnych zasad rozliczeń nie stosował inny z operatorów systemów dystrybucyjnych – Vattenfall, który na terenie własnej sieci elektroenergetycznej umożliwiał agregowanie różnych odbiorców w ramach jednej jednostki grafikowej sprzedawcy energii (spółki obrotu).

Scharakteryzowana powyżej praktyka postępowania Enion winna być – w ocenie organu antymonopolowego - kwalifikowana jako przykład bariery prawidłowego,

nieskrępowanego rozwoju konkurencji, negatywnie oddziałującej na rynek właściwy. Praktyka takiego działania monopolisty sieciowego została przez niego narzucona, utrudniając lub uniemożliwiając przedsiębiorstwu obrotu konkurowanie z Enion na krajowym rynku obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA. Postępowanie Enion nie znajduje uzasadnienia ze względów organizacyjnych, technicznych lub prawnych. Wystarczy tylko w tym miejscu przypomnieć, że wspólne rozliczanie dwóch lub więcej odbiorców energii elektrycznej w ramach jednej jednostki grafikowej jest technicznie i organizacyjnie możliwe, skoro taki właśnie sposób rozliczeń stosuje PSE – Operator oraz inny przedsiębiorca dystrybucyjny, tj. Vattenfall. Z kolei zaś prawną dopuszczalność takiego modelu rozliczeń organ antymonopolowy wywiódł na gruncie obowiązujących przepisów prawa energetycznego oraz dotychczasowych Instrukcji Sieci Przesyłowej PSE – Operator. Niezależnie możliwość taka została potwierdzona przez organ administracji publicznej wyspecjalizowany w zakresie energetyki, tj. Prezesa URE oraz faktycznego regulatora techniczno – organizacyjnej sfery działania rynku bilansującego energii elektrycznej, tj. PSE - Operator.

W przedstawionych powyżej okolicznościach – co wynika z ustaleń stanu faktycznego niniejszej decyzji - odbiorcy TPA dokonywali wyboru oferty korzystniejszej, korzystając z usług Enion jako sprzedawcy energii. Świadczą o tym dobitnie przykłady postępowań ofertowych na sprzedaż energii elektrycznej dla następujących odbiorców: Grupy Kęty, Mittal Steel Poland, Saint – Gobain Isover Polska, Kimberly - Clark, Przędzalni Zawiercie oraz Katowickiego Holdingu Węglowego. Jak wynika bowiem z opisu stanu faktycznego sprawy - dokonanego w punkcie V. uzasadnienia faktycznego niniejszej decyzji – Enion z własnej inicjatywy, wyrażanej w ofertach sprzedaży energii elektrycznej skierowanych do takich odbiorców, umożliwiał im następujące odchylenia pomiędzy energią zakontraktowaną a rzeczywiście przez nich wykorzystywaną:

- 1) Grupie Kęty do +/- 30 %, co oznacza dopuszczalny poziom odchylenia ponad 3. krotnie wyższy od najwyższego (max. 9,155 %) wykazywanego przez Grupę w zapytaniu ofertowym dotyczącym propozycji dostaw energii przez Enion, a w odniesieniu do najniższego poziomu odchylenia Grupy (min. 7,207 %) nawet ponad 4. krotnie wyższy. W ten sposób Enion faktycznie wziął na siebie całość dotychczasowych kosztów związanych z bilansowaniem tego odbiorcy,
- 2) Mittal Steel Poland do +/- 20 %, przy czym Mittal już w zapytaniu ofertowym z dnia 12 września 2005 r., rozpoczynającym negocjacje z Enion, proponował taki właśnie poziom odchylenia, co zapewne oznacza, że w praktyce różnica między energią zamawianą a wykorzystywaną przez niego nie przekraczała tej wielkości. Tak więc i w tym przypadku Enion w rzeczywistości ponosił całość kosztów bilansowaniem tego odbiorcy,
- 3) Katowickiemu Holdingowi Węglowemu S. A. - w odniesieniu do kopalń Mysłowice i Wesola, przyłączonych do sieci dystrybucyjnej Enion - do +/- 10 %, a jak wynika z akt sprawy, poziom ten był przez cały okres negocjacji - tj. od 24 października do 7 grudnia 2005 r. – akceptowany przez Holding i w żadnym momencie nie zgłaszał chęci jego podwyższenia.
- 4) „Saint – Gobain Isover Polska” Sp. z o.o. do +/- 100 %,
- 5) „Kimberly - Clark” S. A. w Kluczach do +/- 100 %,
- 6) Przędzalni Zawiercie w Zawierciu do +/- 100 %. W przypadku 3. ostatnich odbiorców poziom ich dopuszczalnych odchylenia pomiędzy energią zamawianą a wykorzystywaną

został ustalony na podstawie zobowiązań Enion - wyrażonych w odpowiedziach na ich zapytania ofertowe - iż przejmie na siebie w całości koszty niezbilansowania Isover, Kimberly – Clark oraz Przędzalni.

Organ antymonopolowy zważył, że Enion był w stanie zaoferować takie warunki sprzedaży energii elektrycznej, ponieważ dysponował scharakteryzowaną powyżej możliwością bilansowania wszystkich odbiorców przyłączonych do jego sieci dystrybucyjnej (tj. zarówno odbiorców taryfowych, jak i nie taryfowych oraz uprawnionych, jak i nieuprawnionych do wyboru sprzedawcy na zasadach TPA). Tym samym Enion mógł ponosić znaczne, a nawet trudne do przewidzenia w momencie składania oferty i zawierania umowy sprzedaży energii elektrycznej koszty i ryzyko niezbilansowania odbiorców. Koszty takie, w przypadku odbiorców nierzetelnych, niezdyscyplinowanych lub też po prostu charakteryzujących się dużą zmiennością poboru energii mogły być wyjątkowo wysokie, z uwagi na bardzo niekorzystne rozliczenia finansowe z PSE – Operatorem, o których była mowa powyżej w tej części decyzji. Natomiast pozostali sprzedawcy energii elektrycznej, prowadzący działalności na terenie sieci elektroenergetycznej Enion i obsługujący przyłączonych do niej odbiorców, nie mogli ich samodzielnie rozliczać i bilansować, niwelując różnice odchyłeń energii, nawet własnych nielicznych odbiorców. O tym, że sprzedawcy energii działający w warunkach wolnorynkowych nie byli w stanie ponieść kosztów i ryzyka, o którym mowa, świadczy fakt, że w swoich ofertach cenowych ustalali dopuszczalną granicę odchyłeń odbiorcy na kilkakrotnie niższym, niż Enion poziomie. Również Enion - w sytuacji, gdy działał w warunkach wolnorynkowych - takiego ryzyka nie podejmował, o czym świadczy przykład postępowania ofertowego na sprzedaż energii elektrycznej dla Katowickiego Holdingu Węglowego. Tak bowiem, w przypadku tego ostatniego odbiorcy większa część punktów dostaw (odbioru) energii znajduje się na terenie innej niż Enion spółki dystrybucyjnej – Vattenfall, gdzie mieszczą się 4 z 6 kopalń, do których dostawą energii był zainteresowany Holding. Jeżeli chodzi o kopalnie Holdingu przyłączone do elektroenergetycznej sieci dystrybucyjnej Enion, przejął on na siebie całość kosztów niezbilansowania odbiorcy do poziomu +/- 10 % odchyłeń. Natomiast w stosunku do kopalń Holdingu działających na terenie Vattenfall, Enion przewidywał, że pokrycie kosztów udziału w rynku bilansującym będzie dokonywane w całości przez odbiorcę (0 % tolerancja odchyłeń). W tym przypadku Enion nie uzyskał zamówienia i nie zawarł umowy z Holdingiem, nie zaproponował jednak tak korzystnych warunków, jak w stosunku do odbiorców przyłączonych do jego sieci dystrybucyjnej. Przede wszystkim nie przyjął na siebie całości lub znacznej części kosztów niezbilansowania kopalń Holdingu, przeciwnie zaproponował ich pokrycie w całości przez odbiorcę.

Dokonując ostatecznej oceny scharakteryzowanego powyżej stanu faktyczno – prawnego, należy przyjąć, że jedynym ekonomicznym uzasadnieniem realizowanej przez Enion strategii działania było dążenie do utrzymania wszystkich dotychczasowych odbiorców energii, co prowadziło do eliminowania lub ograniczania działalności konkurentów – Electrabel (ale również innych sprzedawców energii, którzy – jak pokazują ww. przykłady odbiorców energii elektrycznej - przystępowali do tych samych co Enion postępowań ofertowych, spotykając się z korzystniejszymi, niż ich własne warunkami sprzedaży energii elektrycznej) - na krajowym rynku obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA. Zdaniem organu antymonopolowego, zachowania Enion wskazują na nadużywanie pozycji dominującej, które nie zaistniałoby w warunkach efektywnej konkurencji, gdzie żadna ze stron nie posiada zdecydowanej przewagi ekonomicznej.

Przejawem nadużywania pozycji dominującej przez Enion było w analizowanym przypadku stosowanie praktyki, która miała wpływ na kształtowanie struktury rynku obrotu energią elektryczną. Działanie Enion nie miało bowiem charakteru doraźnego, które można byłoby uznać za działanie jednostkowe, lecz była to świadomie prowadzona polityka handlowa, która została wpisana w całości w działalność gospodarczą - opartej niemal w całości na dystrybucji i obrocie energią elektryczną – Enion. Jest to ocena jednoznaczna, skoro praktyka ta została wpisana w zasady rozliczeń odbiorców energii elektrycznej, uregulowane m.in. w treści punktu IV.16.2 Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion, jako podstawowego dokumentu wyznaczającego reguły prowadzenia działalności elektroenergetycznej na obszarze sieci dystrybucyjnej Enion. W tym stanie rzeczy, stosowanie wobec konkurentów, tj. spółek obrotu energią nieuczciwych warunków umów w zakresie zasad rozliczania odbiorców energii, w tym braku możliwości ich wspólnego rozliczania i bilansowania zużywanej przez nich energii, stanowiło barierę utrudniającą w sposób bezpośredni wejście tych konkurentów lub ich utrzymanie się na rynku właściwym w zakresie obrotu energią elektryczną.

Mając na względzie wszystkie powyższe ustalenia i argumenty faktyczne i prawne oraz dowody na ich poparcie należy stwierdzić, że Enion swoim zachowaniem przeciwdziałał ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na krajowym rynku obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA, przez co spełnione zostały obie przesłanki art. 8 ust. 2 pkt 5 *ustawy antymonopolowej*.

W wyniku dokonanej subsumpcji okoliczności faktycznych i podstaw prawnych opisywanych w niniejszej decyzji oraz wobec uznania, iż spełnione zostały wszystkie przesłanki wynikające z przepisów ustawy antymonopolowej, wymagane dla wystąpienia zarzucanych Enion praktyk ograniczających konkurencję, organ antymonopolowy stwierdza, że Enion naruszył swoim zachowaniem przepisy art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i pkt 5 *ustawy antymonopolowej*.

Niezależnie od powyższego organ antymonopolowy ustalił jednocześnie, że działanie Enion, polegające na bezpośrednim narzucaniu konkurentom, tj. spółkom obrotu energią nieuczciwych warunków umów w zakresie zasad rozliczania odbiorców energii, w tym braku możliwości ich wspólnego rozliczania i bilansowania zużywanej przez nich energii, miało miejsce nie później niż do dnia 1 stycznia 2007 r.

Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego niniejszej decyzji, dokonanych w punkcie VI tych ustaleń, z dniem 1 stycznia 2007 r. Enion wprowadził w życie - w ślad za nowymi rozwiązaniami przyjętymi w Instrukcji Sieci Przesyłowej PSE – Operator – odpowiednie zmiany we własnej Instrukcji Sieci Rozdzielczej, które umożliwiały tworzenie grup bilansujących przez inne niż Enion przedsiębiorstwa energetyczne. Wprawdzie Electrabel argumentował, że zmiany te miały jedynie częściowy wymiar, gdyż możliwość tworzenia takich grup ograniczona była wyłącznie do terenu sieci dystrybucyjnej Enion, a nie obszaru całego kraju. Niemniej jednak Electrabel przyznał z drugiej strony, że Enion dokonał stosowanych zmian we własnej Instrukcji Sieci Rozdzielczej już 1 stycznia 2007 r., a zmiany te rzeczywiście umożliwiały zainteresowanym podmiotom, w tym również spółkom obrotu energią tworzenie wspólnych jednostek rozliczeniowych dla dwóch lub więcej odbiorców energii elektrycznej na obszarze ograniczonym do sieci Enion (tak m.in. wyjaśnienia Electrabel, zawarte w jego piśmie z dnia 5 marca 2007 r. oraz 10 września 2007 r.). W ocenie organu antymonopolowego, ta ostatnia okoliczność

jest najistotniejsza z punktu widzenia ustalenia daty zaniechania stosowania przez Enion praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w tej części decyzji.

Należy wprawdzie zauważyć, że zmieniona Instrukcja Sieci Przesyłowej, w kształcie obowiązującym od dnia 1 lipca 2006 r., przewidywała – co zostało szczegółowo opisane w punkcie III oraz VI uzasadnienia faktycznego niniejszej decyzji - tworzenie grup bilansowych obejmujących odbiorców zlokalizowanych na terenie całego kraju, a nie jedynie na obszarze poszczególnych spółek dystrybucyjnych. Niemniej jednak wprowadzenie przedmiotowego rozwiązania do Instrukcji Sieci Przesyłowej PSE - Operator już z dniem 1 lipca 2006 r., nie oznaczało automatycznie rzeczywistej możliwości tworzenia przez przedsiębiorstwa obrotu energią elektryczną grup bilansowych dla odbiorców z całego kraju. Po pierwsze, wszyscy operatorzy systemów dystrybucyjnych, a więc również Enion zobowiązani byli – na mocy art. 9g ust. 9 *Prawa energetycznego* – do przedstawienia własnych instrukcji sieci dystrybucyjnych – regulujących m.in. analizowane tu kwestie - do zatwierdzenia Prezesowi URE, dopiero w terminie 60 dni od daty ogłoszenia zatwierdzonej Instrukcji Sieci Przesyłowej. Takie instrukcje sieci dystrybucyjnych mogły wejść w życie i obowiązywać dopiero po zatwierdzeniu przez regulatora odpowiednich ich części dotyczących bilansowania systemu dystrybucyjnego i zarządzania ograniczeniami systemowymi. Przede wszystkim jednak, w trakcie opisywanego powyżej procesu zatwierdzania kolejnych instrukcji dwanaście spółek dystrybucyjnych, w tym Enion złożyło wnioski o stwierdzenie nieważności decyzji, na podstawie której Prezes URE zatwierdził uprzednio Instrukcję Sieci Przesyłowej PSE – Operator, a następnie odwołało się od odmownej decyzji Prezesa URE w tym zakresie do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Mając na uwadze dyspozycję art. 9g ust. 5 *Prawa energetycznego*, zgodnie z którą operator systemu dystrybucyjnego uwzględnia w instrukcji sieci dystrybucyjnej wymagania określone w zatwierdzonej instrukcji sieci przesyłowej, konieczne było zawieszenie toczących się przed Prezesem URE postępowań w przedmiocie zatwierdzenia nowo opracowanych instrukcji sieci dystrybucyjnych. W tym stanie faktyczno – prawnym żadna z przedłożonych do zatwierdzenia instrukcji przedsiębiorstw dystrybucyjnych nie weszła w życie i nie była stosowana w roku 2006. Pierwsze z nich zaczęły obowiązywać dopiero w roku 2007, a więc dopiero w tym roku poszczególni operatorzy systemów dystrybucyjnych zaczęli dopuszczać – wzorując się na wspomnianych rozwiązaniach przyjętych w Instrukcji Sieci Przesyłowej PSE – Operator – możliwość tworzenia m.in. przez przedsiębiorstwa obrotu energią elektryczną grup bilansujących obejmujących odbiorców z obszaru całego kraju, a nie ograniczoną jedynie do terenu konkretnej sieci dystrybucyjnej. Oczywiście jest, że taka sytuacja miała miejsce również w przypadku Enion, który jednak już w dniu 1 stycznia 2007 r. – nie czekając na rozstrzygnięcie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w przedmiocie odwołania od decyzji Prezesa URE odmawiającej wszczęcia postępowania w sprawie stwierdzenia nieważności decyzji zatwierdzającej Instrukcję Sieci Przesyłowej – wprowadził we własnej Instrukcji Sieci Rozdzielczej odpowiednie zmiany, dostosowując ją do Instrukcji Sieci Przesyłowej PSE – Operator. A zatem - z tego punktu widzenia - zmieniona Instrukcja Sieci Rozdzielczej Enion, obowiązująca od 1 stycznia 2007 r. nie budziła już zastrzeżeń pod względem zgodności z prawem energetycznym, w szczególności zaś z instrukcją operatora systemu przesyłowego.

W ocenie organu antymonopolowego, nie można wprawdzie przyjąć za Enion, iż wzmiankowana nowa Instrukcja Sieci Rozdzielczej stwarzała możliwość grupowania odbiorców z obszaru całej Polski już w dniu jej wejścia w życie. Natomiast jedynie okoliczności od Enion niezależne – tj. działania PSE – Operatora, z którym Enion wdał się w spór co do treści umowy przesyłowej oraz pośrednio również Prezesa URE, który ten spór

rozstrzygał – uniemożliwiły bilansowania odbiorców energii elektrycznej zlokalizowanych na terenie całego kraju, tj. również odbiorców spoza obszaru sieci dystrybucyjnej Enion. W tym zakresie organ antymonopolowy stanął bowiem na stanowisku, że kontrahenci i konkurenci Enion nie mogą ponosić konsekwencji jego działań lub zaniechań, w tym również związanych z prowadzonymi przez niego sporami administracyjnymi lub sądowymi. Powstaje natomiast wątpliwość, czy to, że od 1 stycznia 2007 r. Enion stwarzał możliwość wspólnego rozliczania i bilansowania odbiorców w ramach wspólnej dla niech jednostki rozliczeniowej, która była jednak ograniczona do terenu sieci dystrybucyjnej Enion, a nie obszaru całej Polski ma jakiegokolwiek znaczenie z punktu widzenia kontynuowania albo zaniechania praktyki ograniczającej konkurencję. Należy przyjąć, że owszem jest to istotne, ale wyłącznie w zakresie przedstawionym powyżej, a mianowicie ustalenia, iż 1 stycznia 2007 r. Enion zaprzestał stosowania praktyki, objętej punktem II sentencji niniejszej decyzji. Natomiast z analizowanego w tym miejscu punktu widzenia nie ma żadnego znaczenia okoliczność braku możliwości takiego wspólnego rozliczania i bilansowania odbiorców zlokalizowanych na terenie całego kraju. Jak bowiem wynika z treści niniejszej decyzji, istotą praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w punkcie II sentencji decyzji jest nakładania na przedsiębiorstwa obrotu energią elektryczną dodatkowych kosztów i obowiązków związanych z rozliczaniem i bilansowaniem odbiorców energii, których sam Enion nie ponosi w relacjach z PSE – Operator. Najprościej ujmując ten problem, spółka obrotu nie może rozliczać się w relacjach z Enion z kilku obsługiwanych przez siebie odbiorców w ramach jednej, wspólnej jednostki rozliczeniowej i wzajemnie bilansować zamawianą i wykorzystywaną przez nich energię elektryczną, nie ponosząc tym samym wyższych kosztów sprzedaży energii zamówionej w zbyt dużej ilości lub kosztów zakupu niedoszacowanej energii, albo ponosząc te koszty w mniejszej wysokości. Natomiast Enion rozlicza się z PSE – Operatorem z wszystkich odbiorców przyłączonych do jego sieci dystrybucyjnej i korzystających z jego usług wspólnie, bilansując ich odchylenia od zakontraktowanej energii elektrycznej w ramach jednej jednostki rozliczeniowej, a tym samym nie ponosi kosztów takich odchyleń lub ponosi je w niższej wysokości. Podobna sytuacja nie zachodzi w przypadku braku możliwości bilansowania krajowego - obejmującego odbiorców z terenu całej Polski (przyłączonych do sieci innych operatorów systemów dystrybucyjnych). Po pierwsze bowiem – co wprost wynika z treści niniejszej decyzji - Enion nie miał możliwości bilansowania odbiorców zlokalizowanych poza terenem jego własnej sieci dystrybucyjnej wspólnie z odbiorcami przyłączonymi do tej sieci. Taki wniosek wynika z zapisów punktów 1.4.3 - 1.4.10., 1.6.6. – 1.6.12. oraz 1.7.1. – 17.3. Instrukcji Sieci Przesyłowej PSE – Operator, zgodnie z którymi bilansowanie odbiorców energii elektrycznej odbywało się wyłącznie za pośrednictwem właściwych operatorów systemów dystrybucyjnych. Enion zatem działając na obszarze innych operatorów zobowiązany był dokonywać zgłoszeń danych handlowych oraz rozliczać się ze swoich odchyleń z właściwym operatorem dystrybucyjnym. W tym celu zmuszony był do tworzenia na obszarze ich sieci dystrybucyjnych odrębnych jednostek rozliczeniowych dla zlokalizowanych na nich własnych odbiorców. Świadczy o tym dobitnie przykład ofert sprzedaży energii elektrycznej dla kopalń Katowickiego Holdingu Węglowego, przywołany w punkcie V opisu stanu faktycznego niniejszej decyzji. W przypadku kopalń: Murcki, Staszic, Wujek – Śląsk, Wieczorek, przyłączonych do sieci dystrybucyjnej Vattenfall, Enion zakładała, że Holding będzie pokrywał w całości koszty ewentualnego własnego niezbilansowania, ponieważ nie miał możliwości bilansowania odchyleń tego odbiorcy z odchyleń odbiorców zlokalizowanych na jego terenie. Z kolei jeżeli chodzi o kopalnie: Mysłowice i Wesola, przyłączone do sieci dystrybucyjnej Enion, przejmował on na siebie również koszty niezbilansowania tych kopalń Holdingu – mając wspomnianą wyżej możliwość ich zbilansowania z kosztami pozostałych odbiorców. Jak z powyższego wynika,

w przypadku bilansowania obejmującego odbiorców przyłączonych do sieci różnych operatorów systemów dystrybucyjnych, sytuacja Enion i innych spółek działających na rynku obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA była taka sama, zaś Enion nie miał możliwości narzucania tym odbiorcom własnych zasad rozliczeń i bilansowani, gdyż te były kształtowane przez każdego z operatorów systemów dystrybucyjnych z osobna.

Abstrahując od powyższego opisu dotyczącego faktycznej możliwości tworzenia wspólnych jednostek rozliczeniowych i bilansowania odbiorców w okresie obowiązywania Instrukcji Sieci Przesyłowej PSE – Operator, które nie zezwalały na tworzenia takich jednostek i bilansowanie odbiorców na obszarze całego kraju, należy zwrócić uwagę również na dalsze okoliczności. Jak już powyżej zasygnalizowano, nowa Instrukcja PSE – Operator, której postanowienia zezwalały na bilansowanie ogólnokrajowe zaczęła obowiązywać od dnia 1 czerwca 2006 r. Niemniej jednak, aby wspomniane rozwiązanie mogło rzeczywiście wejść w życie na obszarze całego kraju konieczne były również zatwierdzenie i ogłoszenie poszczególnych instrukcji sieci dystrybucyjnych, gdyż w przeciwnym razie możliwość takiego wspólnego rozliczania i bilansowania ograniczona była wyłącznie do obszaru sieci przesyłowej PSE – Operatora. Oczywiście jest bowiem, że do momentu wejścia w życie instrukcji dystrybucyjnych na obszarze sieci poszczególnych przedsiębiorstw dystrybucyjnych obowiązywały instrukcje dotychczasowe, a Instrukcji Sieci Przesyłowej PSE – Operator w żaden sposób nie mogła ich zastąpić (ta ostatnia obowiązuje wyłącznie na terenie PSE – Operator, zaś - na gruncie art. 9g ust. 5 *Prawa energetycznego* - instrukcje sieci dystrybucyjnych mają być z czasem do niej dostosowane i nie istnieje inny stosunek zależności pomiędzy nimi). Tymczasem proces związany z zatwierdzaniem tych instrukcji został zawieszony na skutek zaskarżenia decyzji Prezesa URE zatwierdzającej Instrukcję PSE – Operator, a następnie trwającego sporu przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów. A zatem po dniu wejścia w życie Instrukcji Sieci Przesyłowej PSE – Operator - 1 czerwca 2006 r., na obszarze sieci operatorów systemów dystrybucyjnych wciąż obowiązywały dotychczasowe reguły nie zezwalające na grupowanie odbiorców w ramach jednej jednostki rozliczeniowej i ich wspólne bilansowanie. Taki stan rzeczy uległ zmianie w przypadku Enion 1 stycznia 2007 r., a więc z dniem wejścia w życie nowej, zmienionej Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion. Instrukcja ta zezwalała bowiem zarówno na wspólne rozliczenie i bilansowanie odbiorców na terenie sieci Enion, jak również na obszarze całego kraju. Przy czym ta pierwsza możliwość - bilansowania ograniczonego do terenu sieci Enion była dostępna – jak wynika ze zgodnych oświadczeń Electrabel i Enion - już z dniem jej wprowadzenia, tj. 1 stycznia 2007 r. Natomiast druga możliwość – bilansowania na obszarze całego kraju, a więc sieci dystrybucyjnych różnych operatorów, była uwarunkowana spełnieniem szeregu dalszych złożonych wymagań. W tym bowiem celu Enion musiał zawrzeć z PSE – Operator nową umowę o przesył energii elektrycznej, regulującą m.in. zasady przechodzenia odbiorców z jednej grupy bilansowej do innej. W trakcie jej negocjowania Enion wdał się w spór z PSE – Operator i do podpisania stosownej umowy doszło dopiero w dniu 30 maja 2007 r. - na podstawie aneksu nr 4(19)/SD16/Z10-1/2007, regulującego zasady bilansowania handlowego, w tym zasady zmiany przez odbiorców grup bilansujących - a następnie w dniu 27 czerwca 2007 r. zawarto już ostateczną umowę przesyłową (organ antymonopolowy ocenił ten spór powyżej, jako taki, którego skutki faktyczne i prawne nie mogą obciążać kontrahentów i konkurentów Enion). Jednak niezależnie od powyższego, aby mogło dojść do wspólnego rozliczania i bilansowania odbiorców na obszarze całego kraju konieczne jest również spełnienie pewnych dodatkowych warunków niezwiązanych z działaniami lub ich brakiem po stronie Enion. Albowiem także Electrabel był zobowiązany – zgodnie z treścią zapisu

pkt 2.1.5.1.9. nowej Instrukcji Sieci Przesyłowej - do zawarcia odpowiedniej umowy przesyłowej z PSE – Operator, po to, aby doprowadzić do uaktywnienia przez PSE – Operator miejsca dostarczania energii elektrycznej rynku bilansującego, przyporządkowanego Electrabel. Do ostatecznego dopełnienia formalności z tym związanych Electrabel doprowadził dopiero w dniu 1 września 2007 r. Podczas gdy Enion już 30 maja, a następnie 27 czerwca 2007 r. podpisał stosowne umowy przesyłowe z PSE – Operator i był gotowy do zawierania umów dystrybucyjnych umożliwiających grupowanie odbiorców z terenu całego kraju. Potwierdzają to również inne ustalenia postępowania antymonopolowego, z których wynika, że w dniu 20 lipca 2007 r. Enion przedstawił Electrabel do negocjacji i podpisania nowe wzorce umów dystrybucji energii elektrycznej. Niestety Electrabel nie był gotowy do ich zawarcia, gdyż dopiero z dniem 1 września 2007 r. doprowadził do uaktywnienia dla siebie przez PSE – Operator miejsca dostarczania energii elektrycznej rynku bilansującego. Zgodnie zatem z postanowieniami pkt 2.1.5.1.9. nowej Instrukcji Sieci Przesyłowej PSE – Operatora, dopiero z tą datą Electrabel uzyskał prawo do bilansowania handlowego odbiorców zlokalizowanych na obszarze całego kraju i mógł zawrzeć wspomniane umowy o świadczeni przez Enion usług dystrybucyjnych.

Mając powyższe na uwadze organ antymonopolowy zważył, iż skoro Electrabel wypełnił wszystkie obowiązki wobec PSE – Operator, które warunkowały zawarcie umowy o świadczenie usług przesyłowych dopiero 1 września 2007 r., zatem stan przedłużającego się procesu uzyskania prawa bilansowania odbiorców spowodowany był również, w znacznej mierze okolicznościami leżącymi po stronie Electrabel, a nie jedynie Enion. W celu potwierdzenia prawdziwości tych okoliczności, Enion wniósł o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków, będących jego pracownikami. Organ uznał jednak, że jest to dowód zbędny, skoro te same fakty zostały wykazane za pomocą dowodu silniejszego, tj. dokumentów w postaci korespondencji prowadzonej przez Enion z Electrabel oraz PSE – Operatorem. Co więcej, Electrabel nie zaprzeczył twierdzeniom Enion w analizowanym tu zakresie, a zatem organ antymonopolowy – działając na podstawie art. 230 *k.p.c.* w związku z art. 81 *ustawy antymonopolowej* – uznał te fakty za przyznane.

Kierując się dotychczasowymi rozważaniami można także przyjąć, że nawet gdyby Enion znacznie wcześniej wypełnił wszystkie swoje obowiązki wobec PSE – Operator, to i tak Electrabel nie był gotowy do zawarcia stosownych umów przesyłowych i dystrybucyjnych, będących podstawą dla wspólnego rozliczania odbiorców i ich bilansowania na terenie całego kraju. Warto zresztą w tym zakresie wskazać na fakt, że niektóre spółki obrotu energia elektryczną już w dniu 11 lipca 2007 r. zagwarantowały sobie możliwość tworzenia na terenie Enion jednostek grafikowych i bilansowanie odbiorców, zlokalizowanych na terenie sieci dystrybucyjnych innych operatorów z obszaru całej Polski. W celu udowodnienia wykazywanych tu okoliczności, organ antymonopolowy zebrał w aktach niniejszej sprawy listę takich odbiorców, wśród których znaleźli się: Vattenfall Sales Poland Sp z o.o., Enion Energię Sp. z o.o., RWE Stoen S. A. i Energę - Obrót S. A. oraz zawarte z nimi umowy, a także ww. umowę przesyłową podpisaną w dniu 27 czerwca 2007 r. pomiędzy Enion a PSE – Operator.

Mając na względzie wszystkie wskazane wyżej ustalenia faktyczne i dowody na ich poparcie, organ antymonopolowy stanął na stanowisku, że datą właściwą dla stwierdzenia zaniechania stosowania przez Enion praktyka ograniczająca konkurencję, o której mowa w punkcie II sentencji niniejszej decyzji jest dzień 1 stycznia 2007 r. Po tej dacie przedmiotowa praktyka nie mogła być już przez Enion stosowana.

Stosowanie do treści art. 10 *ustawy antymonopolowej*: „nie wydaje się decyzji, o której mowa w art. 9, jeżeli zachowanie rynkowe przedsiębiorcy albo związku przedsiębiorców przestało naruszać zakazy określone w art. 5 lub 8, w szczególności z powodu trwałego zmniejszenia ich udziału w rynku” (ust. 1). „W przypadku określonym w ust. 1 Prezes Urzędu wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdzającą zaniechanie jej stosowania” (ust. 2).

Natomiast w myśl przepisu art. 9, do którego odwołuje się art. 10 ust. 1 *ustawy antymonopolowej* – „Prezes Urzędu wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazującą zaniechanie jej stosowania, jeżeli stwierdza naruszenie zakazu określonego w art. 5, w zakresie niewyłącznym na podstawie art. 6 i 7, lub naruszenie art. 8”.

Mając na względzie spełnienie wszystkich – wywiedzionych i udowodnionych powyżej, w tym punkcie decyzji - przesłanek materialno - prawnych zarzucanych Enion praktyk ograniczających konkurencję, a tym samym stwierdzenie naruszenia przez niego zakazu określonego w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 5 *ustawy antymonopolowej*, organ antymonopolowy winien zastosować jedną z wymienionych tu decyzji z art. 9 albo art. 10 *ustawy antymonopolowej*.

Z uwagi na okoliczność, że jeszcze w trakcie postępowania antymonopolowego Enion zaprzestał stosowania kwestionowanych praktyk ograniczających konkurencję, organ antymonopolowy uznał za właściwe zastosowanie przepisów art. 10 ust. 1 i 2 *ustawy antymonopolowej*.

Uwzględniając powyższe, organ antymonopolowy **orzekł jak w pkt II. sentencji decyzji.**

Praktyka w zakresie obowiązku ustanawiania na rzecz Enion przez jego kontrahentów zabezpieczeń finansowych z tytułu uczestnictwa w rynku bilansującym

Trzecia z zarzucanych Enion praktyk ograniczających konkurencję – określona w pkt II. sentencji decyzji – polega na narzucaniu przedsiębiorstwom obrotu energią elektryczną, w umowach o świadczenie usług dystrybucji energii elektrycznej oraz Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion, warunków nakładających wyłącznie na te przedsiębiorstwa obowiązek ustanowienia zabezpieczeń finansowych z tytułu uczestnictwa w rynku bilansującym na rzecz Enion S. A., niezależnie od ryzyka występującego po obu stronach kontraktu.

Praktyka ta dotyczy w pierwszej kolejności możliwości naruszenia cytowanego powyżej art. 8 ust. 2 pkt 1 *ustawy antymonopolowej*. Podstawy teoretyczno - prawne tego przepisu oraz sposób jego rozumienia i interpretowania w doktrynie prawa antymonopolowego wyjaśnione zostały w uzasadnieniu prawnym niniejszej decyzji, na początku jego punktu VII. A zatem praktyka sformułowana w art. 8 ust. 2 pkt 1 *ustawy antymonopolowej* sprowadza się do bezpośredniego albo pośredniego narzucania cenowych lub innych (niezwiązanych bezpośrednio z ceną) nieuczciwych warunków umów. W doktrynie przyjmuje się, że zakaz ten obejmuje wszystkie warunki umów, które mogą być uznane za nieuczciwe. Przy czym ocena w tym zakresie winna być dokonywana na tle: przepisów odrębnych regulujących dany rodzaj umowy, obowiązujących zwyczajów handlowych oraz innych niż kwestionowane - pozostałych postanowień danej umowy, a także na podstawie wyważenia interesów stron umowy, z uwzględnieniem zasady ekwiwalentności świadczeń.

Ocenie pod kątem scharakteryzowanych powyżej przesłanek i warunków poddane powinny zostać zapisy punktów D. załącznika nr 4 do Instrukcji Sieci Rozdzielczej – w zakresie obowiązkowych zabezpieczeń finansowych z tytułu uczestnictwa w rynku bilansującym. Stosownie do ich treści, spółka obrotu - sprzedając energię elektryczną odbiorcom TPA, przyłączonym do sieci Enion - była zobowiązana ustanowić na jego rzecz zabezpieczenie finansowe w postaci weksla *in blanco* lub też w innej formie (np. nieodwołalnej i bezwarunkowej gwarancji bankowej, depozytu na koncie bankowym wskazanym przez Enion), przewidzianej w Instrukcji, chociaż Enion nie miał takiego wzajemnego obowiązku wobec swojego kontrahenta (spółki obrotu).

Do takiej nierówności stron umowy o świadczenie przez Enion usług dystrybucji energii elektrycznej dochodziło, pomimo że z reguły obie strony były wobec siebie na przemian zobowiązane lub uprawnione. W ramach tej umowy bowiem, spółka obrotu albo występowała w roli dłużnika - dokupując niedokontraktowaną energię na rynku bilansującym, co wiązało się z koniecznością rozliczenia niedopłaty z Enion (czyli bezpośrednim uczestnikiem tego rynku), albo też w roli wierzyciela – odprzedając przekontraktowaną energię na rynku bilansującym, wówczas to Enion zwracał nadpłatę spółce obrotu. A zatem pomimo ryzyka braku bieżących rozliczeń i utraty płynności finansowej, występującego po obu stronach kontraktu, zabezpieczenie finansowe obowiązany był ustanowić wyłącznie kontrahent Enion. Taki wniosek wynika wprost z całokształtu postanowień punktów D. załącznika nr 4 do Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion, w szczególności zaś z postanowień wstępnych części D Instrukcji, w tym z jej punktów D.1.1. i D.1.3. Co więcej, przedsiębiorstwa obrotu energią elektryczną zmuszone były – na podstawie ww. zapisów punktów D. załącznika nr 4 do Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion – do ustanowienia takiej liczby zabezpieczeń, jaka wynikała z ilości obsługiwanych odbiorców, tzn. po jednym na każdego z nich. Przy czym taki stan rzeczy potwierdzony został dodatkowo przez Electrabel w trakcie postępowania antymonopolowego, poprzez przedłożenie dowodów w postaci weksli *in blanco* i deklaracji wekslowych, jakie Electrabel ustanawiał na rzecz Enion. Tak więc Electrabel, który w latach 2004 – 2005 sprzedawał energię elektryczną dla dwóch odbiorców, tj. Grupy Kęty oraz Nadwiślańskiej Spółki Węglowej S. A., zmuszony był do ustanowienia dwóch osobnych zabezpieczeń finansowych z tytułu uczestnictwa w rynku bilansującym dla każdego z nich. Zresztą w okresach późniejszych Electrabel także obsługiwał dwóch odbiorców energii, będąc zmuszonym przez Enion do ustanowienia odrębnych zabezpieczeń finansowych należytego wykonania kontraktu dla każdego z nich.

Niezależnie od powyższego, również odbiorcy korzystający z prawa wyboru sprzedawcy na zasadzie TPA – na podstawie postanowień wstępnych części D. załącznika nr 4 do Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion, zwłaszcza zaś jej punktów D.1.1. i D.1.3. - byli zobowiązani do ustanowienia ww. zabezpieczeń finansowych z tytułu uczestnictwa w rynku bilansującym, jako pośredni uczestnicy tego rynku. Pomimo, że odbiorca taki – niezależnie od tego, czy dokonując wyboru sprzedawcy korzystał z obsługi przedsiębiorstwa obrotu energią elektryczną, czy też jego sprzedawcą pozostawał Enion – jako strona umowy o świadczenie usług dystrybucji energii, również wstępował albo w roli dłużnika, albo też wierzyciela Enion. Na marginesie należy podkreślić, że odbiorca TPA, który dokonywał wyboru sprzedawcy (a więc nie zawierał umowy kompleksowej w zakresie dostawy energii) zawsze zobowiązany był do zawarcia z operatorem systemu dystrybucyjnego umowy dystrybucyjnej.

Mając powyższe na uwadze stwierdzić można, że nie należały do rzadkich takie sytuacje, w których transakcje sprzedaży energii elektrycznej do jednego odbiorcy

zabezpieczane były podwójnie – ze strony dokonującego zakupu odbiorcy oraz dostarczającej mu energię spółki obrotu. Natomiast konsekwencją nie przedłożenia w terminie przez przedsiębiorstwo obrotu energią elektryczną lub odbiorcę energii zabezpieczenia finansowego z tytułu uczestnictwa w rynku bilansującym, bądź nie dokonania jego terminowego wznowienia albo uzupełnienia, było – na podstawie pkt D.4.6. załącznika nr 4 do Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion – wstrzymanie dostarczania energii przez Enion.

Tak niekorzystnych zasad ustalania zabezpieczeń finansowych z tytułu uczestnictwa w rynku bilansującym nie stosował PSE – Operator. Owszem przewidywał on tego rodzaju zabezpieczenia, niemniej jednak obciążał nimi wyłącznie przedsiębiorstwa energetyczne albo odbiorców energii, przyłączonych bezpośrednio do jego sieci przesyłowej, objętej krajowym rynkiem bilansującym. Taki stan faktyczno – prawny organ antymonopolowy ustalił na skutek analizy postanowień punktów 2.2.1.1. i następnych oraz 2.2.2.1. i następnych dotychczasowej Instrukcji Sieci Przesyłowej, obowiązującej od 1 kwietnia 2005 r., które zostały szerzej wskazane powyżej w punkcie III opisu okoliczności faktycznych niniejszej decyzji. Natomiast przesył energii elektrycznej do jednego uczestnika rynku nie był obwarowany obowiązkiem ustanowienia podwójnych zabezpieczeń, tzn. np. przez spółkę dystrybucyjną oraz obsługiwanego przez nią odbiorcę. Obowiązek taki nie wynika z żadnego z ww. postanowień Instrukcji Sieci Przesyłowej, a ponadto faktycznych, pozaumownych (czyli nie określonych w Instrukcji) obowiązków w tym zakresie nie sygnalizowała w trakcie postępowania antymonopolowego żadna z jego stron, jak również operator systemu przesyłowego. PSE - Operator nie stosował także wielu zabezpieczeń w stosunku do jednego uczestnika rynku bilansującego – w zależności od ilości odbiorców, którym dostarczał on energię – co wynika z powołanych tu okoliczności i zapisów Instrukcji. Podobnie sam PSE - Operator doprecyzował w trakcie postępowania antymonopolowego, że zabezpieczenie finansowe było kalkulowane na podstawie zobowiązań danego uczestnika z okresów poprzednich. Ponadto – jak wynika z informacji i wyjaśnień zebranych przez organ antymonopolowy - PSE – Operator monitorował ilość energii pobieranej przez poszczególnych odbiorców i spółki dystrybucyjne oraz stan ich zabezpieczeń, sygnalizując uczestnikom rynku przekroczenie poziomu zabezpieczenia ustalonego na dany moment.

Również inny operator systemu dystrybucyjnego - Vattenfall nie stosował tak niekorzystnych, jak Enion zasad ustalania zabezpieczeń finansowych z tytułu uczestnictwa w rynku bilansującym. Z ustaleń organu antymonopolowego - przedstawionych w punkcie III opisu stanu faktycznego niniejszej decyzji - wynika, że postanowienia rozdziału D załącznika Nr 5 do Instrukcji Sieci Dystrybucyjnej Vattenfall nie przewidywały obowiązku ustanawiania takich zabezpieczeń w każdym przypadku. Natomiast Vattenfall wprost przyjmował, że w pewnych sytuacjach obciążanie odbiorcy lub spółki obrotu zabezpieczeniem finansowym jest nieuzasadnione i wówczas takich zabezpieczeń nie stosował. Jak wykazano powyżej, dotyczy to zwłaszcza takich przypadków, kiedy zobowiązania Vattenfall z tytułu realizacji umów sprzedaży energii oraz bilansowania handlowego przez spółki obrotu są większe, niż zobowiązania tych spółek w stosunku do niego. Vattenfall posłużył się w tym zakresie dwoma, najczęściej występującymi w praktyce przykładami: kupowania przez spółki obrotu energii elektrycznej w ilości nieco większej niż jej zużycie - w wyniku czego dochodzi do odsprzedaży nadmiaru energii na rynek bilansujący oraz obsługiwania przez Vattenfall spółek obrotu, które jednocześnie są podmiotami odpowiedzialnymi za bilansowanie handlowe wyznaczonymi przez odbiorców. Jak więc wyraźnie widać, w przypadku reguł ustalania przez Vattenfall zabezpieczeń finansowych z tytułu uczestnictwa w rynku bilansującym, zachowana została typowa dla umów cywilnoprawnych równowaga stron kontraktu.

Takiego wniosku nie można wyprowadzić w odniesieniu do kwestionowanych warunków, ukształtowanych Instrukcją Sieci Rozdzielczej Enion.

Niezależnie od powyższego, należy także zwrócić uwagę na wnioski wynikające z komunikatu Prezesa URE z dnia 15 lipca 2005 r. w sprawie założeń do opracowania instrukcji ruchu i eksploatacji elektroenergetycznych sieci przesyłowych i dystrybucyjnych – na który organ antymonopolowy powoływał się już wcześniej w ramach uzasadnienia prawnego niniejszej decyzji. A mianowicie z treści tego komunikatu wynika, że Prezes URE zalecił spółkom dystrybucyjnym, aby ograniczały żądania przedkładania gwarancji bankowych lub innych form zabezpieczeń na pokrycie kosztów odchyleń na rynku bilansującym.

Dokonując oceny opisywanych powyżej okoliczności, należy przyjąć, że narzucone przez Enion, w jego Instrukcji Sieci Rozdzielczej, warunki umów dystrybucji energii elektrycznej - w zakresie obowiązkowych zabezpieczeń z tytułu uczestnictwa w rynku bilansującym, ustanawianych na rzecz Enion zarówno przez odbiorców energii, jak i obsługujące ich spółki obrotu i to w ilości odpowiedniej do liczby takich odbiorców - są warunkami nieuczciwymi. Zasady ustalania zabezpieczeń finansowych w takim niekorzystnym dla sprzedawców – spółek obrotu energią oraz samych odbiorców energii kształcie nie wynikają z żadnego z powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Nie przewiduje ich zwłaszcza art. 5 ust. 2 pkt 2 *Prawa energetycznego*, który określa jakie elementy i postanowienia powinna zawierać umowa o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji energii elektrycznej. I tak, zgodnie z treścią tego przepisu, umowa dystrybucji energii powinna zawierać „postanowienia określające: moc umowną i warunki wprowadzania jej zmian, ilość przesyłanej energii w podziale na okresy umowne, miejsca dostarczania energii do sieci i jej odbioru z sieci, standardy jakościowe, warunki zapewnienia niezawodności i ciągłości dostarczania paliw gazowych lub energii, stawki opłat lub grupę taryfową stosowane w rozliczeniach oraz warunki wprowadzania zmian tych stawek i grupy taryfowej, **sposób prowadzenia rozliczeń**, parametry techniczne energii oraz wysokość bonifikaty za niedotrzymanie tych parametrów oraz standardów jakościowych obsługi odbiorców, odpowiedzialność stron za niedotrzymanie warunków umowy oraz okres obowiązywania umowy i warunki jej rozwiązania”. Art. 5 ust. 2 pkt 2 *Prawa energetycznego* przewiduje zatem konieczność wprowadzenia do umowy dystrybucyjnej postanowień regulujących sposób prowadzenia rozliczeń pomiędzy operatorem systemu dystrybucyjnego a jego kontrahentem, nie wprowadza jednak obowiązku zabezpieczenia należytego wykonania umowy wyłącznie przez tego ostatniego. Przedsiębiorca dystrybucyjny (w tym przypadku Enion) nie jest również związany w kwestii obowiązkowych zabezpieczeń finansowych zapisami Instrukcji Sieci Przesyłowej dotyczącymi tych zabezpieczeń, tj. nie musi uwzględniać w Instrukcji Sieci Rozdzielczej takich samych, jak w Instrukcji Sieci Przesyłowej, wymagań w tym zakresie. Fakt ten został jednoznacznie potwierdzony w trakcie postępowania antymonopolowego przez PSE – Operator, który wyraził przekonanie, że zobowiązanie takie nigdy nie wynikało z żadnej z jego Instrukcji Sieci Przesyłowej.

Mając powyższe na uwadze, organ antymonopolowy przyjął, że nie znajduje uzasadnienia argumentacja Enion, iż był on zobligowany do ustanowienia takich jednostronnych zabezpieczeń na jego rzecz, z racji publicznej funkcji jaką sprawuje, będąc operatorem systemu dystrybucyjnego, zabezpiecza bowiem w ten sposób jednocześnie prawidłowe funkcjonowanie krajowego systemu elektroenergetycznego. Również argumentacja Enion, że w zakresie obowiązkowych zabezpieczeń finansowych z tytułu uczestnictwa w rynku bilansującym jest on związany regulacjami ukształtowanymi przez zapisy Instrukcji Sieci

Przesyłowej PSE – Operator, jest z tego punktu widzenia chybiona i nie zasługuje na uwzględnienie.

W doktrynie prawa antymonopolowego przyjmuje się, że ocena czy dany warunek może być uznany za nieuczciwy dokonywana musi być każdorazowo na tle przepisów odrębnych regulujących dany rodzaj umowy. Ocena dokonana pod tym kątem wskazuje na nieuczciwość warunków umów dystrybucji energii elektrycznej, stosowanych przez Enion w zakresie obowiązkowych zabezpieczeń z tytułu uczestnictwa w rynku bilansującym, ustanawianych wyłącznie na rzecz Enion zarówno przez odbiorców energii, jak i obsługujące ich spółki obrotu i to w ilości odpowiedniej do liczby takich odbiorców. Nieuczciwość ta została dodatkowo potwierdzona w wyniku porównania ocenianych wyżej działań Enion z powszechnie stosowaną praktyką handlową innego operatora systemu dystrybucyjnego - Vattenfall, który nie stwarza aż tak daleko idących uciążliwości i ograniczeń, jeżeli chodzi o obowiązek ustanowienia zabezpieczeń należytego wykonania umowy o świadczenie usług dystrybucji energii elektrycznej.

Ocena pod kątem ewentualnej nieuczciwości warunków umów dokonywana winna być również na podstawie wyważenia interesów stron umowy, z uwzględnieniem zasady ekwiwalentności świadczeń. Mając na uwadze powyższe ustalenia dokonane przez organ antymonopolowy, zwłaszcza zaś uwzględniając całość wyjaśnień przedłożonych przez Prezesa URE, PSE – Operatora oraz Vattenfall, należy przyjąć, że zapisy punktów D. załącznika nr 4 do Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion – nakładające wyłącznie na spółki obrotu energią obowiązek ustanowienia zabezpieczeń finansowych z tytułu uczestnictwa w rynku bilansującym na rzecz Enion, niezależnie od ryzyka występującego po obu stronach kontraktu - niweczą taką równoprawność stron umowy dystrybucyjnej. Przy czym Enion nie rekompensuje takiego niekorzystnego dla kontrahentów – głównie spółek obrotu energią - rozwiązania żadnym innym postanowieniem umownym, np. stwarzając jak najbardziej szeroką możliwość wyłączenia kontrahenta spod obowiązku ustanowienia zabezpieczeń finansowych albo też ograniczając ten obowiązek wyłącznie do kontrahentów niepewnych lub nierzetelnych. Wręcz przeciwnie, na spółki obrotu nakładane były dodatkowe ciężary umowne - związane z brakiem możliwości grupowania odbiorców oraz ich wzajemnego bilansowania w ramach wspólnej dla nich jednostki rozliczeniowej takiej spółki. Uwzględniając zatem inne postanowienia umów dystrybucji energii elektrycznej, narzucane przez Enion jego kontrahentom - spółkom obrotu, wyłania się obraz niekorzystnych dla nich oraz nieuczciwych - z punktu widzenia zasady ekwiwalentności świadczeń stron umowy – warunków kontraktu. Warunki te są jednostronnie korzystne dla Enion, a tym samym zupełnie nie uwzględniają interesów drugiej strony umowny.

Warto również podkreślić na koniec, iż w aktualnie stosowanej Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion nie zostały przewidziane jakiegokolwiek formy zabezpieczenia jego należności wobec użytkowników systemu elektroenergetycznego z tytułu odchyień na rynku bilansującym, pomimo, że stan prawny (wynikający zarówno z przepisów *Prawa energetycznego*, jak również zapisów Instrukcji Sieci Przesyłowej PSE – Operator), nie uległ w tym zakresie zasadniczym zmianom.

Scharakteryzowana powyżej praktyka postępowania Enion w połączeniu ze stosowanymi przez niego pozostałymi zasadami rozliczania odbiorców, tj. uniemożliwiającymi ich grupowanie i bilansowanie w ramach wspólnej dla nich jednostki rozliczeniowej spółki obrotu energią, winna być – w ocenie organu antymonopolowego

- kwalifikowana jako bariera prawidłowego, nieskrępowanego rozwoju konkurencji, negatywnie oddziałująca na rynek właściwy. Praktyka takiego działania monopolisty sieciowego była przez niego narzucona, utrudniając przedsiębiorstwu obrotu konkurowanie z Enion na krajowym rynku obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA, tym samym naruszała ona również przepis art. 8 ust. 2 pkt 5 *ustawy antymonopolowej*. Postępowanie Enion nie znajduje uzasadnienia ze względów organizacyjnych, technicznych lub prawnych – co zostało dowiedzione powyżej, przy okazji oceny tego działania pod kątem naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 1 *ustawy antymonopolowej*. Należy wskazać, że mniej uciążliwe warunki w zakresie zabezpieczeń należytego wykonania umowy przesyłowej stosuje PSE – Operator. Z kolei inny przedsiębiorca dystrybucyjny, tj. Vattenfall uważa, że stosowanie zabezpieczeń finansowych wobec spółki obrotu, odpowiedzialnej za bilansowanie handlowe swoich odbiorców, a dodatkowo często występującej w charakterze wierzyciela operatora systemu dystrybucyjnego - jest nieuzasadnione. Również Prezesa URE, w swoich wytycznych z dnia 15 lipca 2005 r. w sprawie założeń do opracowania instrukcji ruchu i eksploatacji elektroenergetycznych sieci przesyłowych i dystrybucyjnych, nakazał dystrybutorom energii powstrzymanie się od zbyt rygorystycznego formułowania zasad zabezpieczeń finansowych z tytułu udziału odbiorców w rynku bilansującym. A ostatecznie Enion zrezygnował - w aktualnie obowiązującej Instrukcji Sieci Rozdzielczej - z wszelkich form zabezpieczenia należytego wykonania umowy dystrybucyjnej.

Mając powyższe na uwadze, organ antymonopolowy uznał, iż stosowanie wobec konkurentów, tj. spółek obrotu energią nieuczciwych warunki umów - w zakresie zasad rozliczania odbiorców energii, w tym braku możliwości ich wspólnego rozliczania i bilansowania zużywanej przez nich energii oraz obciążania wyłącznie tych podmiotów obowiązkiem ustanowienia zabezpieczeń finansowych na rzecz Enion z tytułu ich odchyleń na rynku bilansującym - stanowiło barierę utrudniającą w sposób bezpośredni wejście tych konkurentów lub ich utrzymanie się na rynku właściwym w zakresie obrotu energią elektryczną.

W wyniku dokonanej subsumpcji okoliczności faktycznych i podstaw prawnych opisywanych w niniejszej decyzji oraz wobec uznania, iż spełnione zostały wszystkie przesłanki wynikające z przepisów ustawy antymonopolowej – w tym w zakresie posiadania przez Enion pozycji dominującej na rynku właściwym i jej nadużywania oraz narzucania przez niego nieuczciwych postanowień umów, które utrudniają ukształtowanie się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na rynku właściwym - wymagane dla wystąpienia zarzucanych Enion praktyk ograniczających konkurencję, organ antymonopolowy stwierdził, że Enion naruszył swoim zachowaniem przepisy art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i pkt 5 *ustawy antymonopolowej*. Zachowanie Enion wiąże się w tym przypadku z bezpośrednim narzucaniem spółkom obrotu energią elektryczną nieuczciwych zapisów punktów D. załącznika nr 4 do jego Instrukcji Sieci Rozdzielczej, dotyczących obowiązkowych zabezpieczeń z tytułu uczestnictwa w rynku bilansującym, ustanawianych na rzecz Enion zarówno przez odbiorców energii, jak i obsługujące ich spółki obrotu i to w ilości odpowiedniej do liczby takich odbiorców.

Organ antymonopolowy zważył dodatkowo, że działania Enion w kwestionowanym powyżej zakresie były stosowane do końca roku 2006 r. i zostały zaniechane z dniem 1 stycznia 2007 r.

Z dniem 1 stycznia 2007 r. Enion wprowadził bowiem w życie - w ślad za nowymi rozwiązaniami przyjętymi w Instrukcji Sieci Przesyłowej PSE – Operatora – zaktualizowaną

Instrukcję Sieci Rozdzielczej Enion, która nie przewidywała jakichkolwiek form zabezpieczenia jego należności wobec użytkowników systemu elektroenergetycznego z tytułu odchyleń na rynku bilansującym. Fakt, iż takie zabezpieczenia nie występowały w nowej, zmodyfikowanej Instrukcji wynika z wyjaśnień i informacji udzielonych przez Electrabel, który doprecyzował, że Enion poprzez swoje działania faktyczne dopuszcza się w tym zakresie naruszenia własnych postanowień pkt D.1. i następnych Instrukcji Sieci Rozdzielczej, które nie przewidują możliwości obciążania kontrahentów Enion takimi zabezpieczeniami (tak: w piśmie Electrabel z dnia 5 marca 2007 r.). Również z ustaleń poczynionych w trakcie niniejszego postępowania przez organ antymonopolowy wynika, że zaktualizowana Instrukcja Sieci Rozdzielczej Enion kwestii takich zabezpieczeń nie reguluje. Organ zbadał bowiem wszystkie zapisy zawarte w części D Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion - czyli w jej punktach D.1. – D.10. - stwierdzając, iż nie przewidują one żadnych form, ani przypadków zabezpieczeń finansowych z tytułu odchyleń odbiorców na rynku bilansującym.

Pomimo powyższego, Electrabel informował w trakcie postępowania antymonopolowego, iż Enion również po 1 stycznia 2007 r. domagał się od niego ustanowienia zabezpieczeń związanych z uczestnictwem w rynku bilansującym. Na tę okoliczność Electrabel przedstawił pismo Enion z dnia 31 stycznia 2007 r. dotyczące ustanowienia przez Electrabel zabezpieczenia finansowego oraz deklarację wekslową wystawioną przez Electrabel na rzecz Enion. Przy czym dokonana przez organ antymonopolowy ocena tych dokumentów - jak wynika z ustaleń punktu VI opisu stanu faktycznego niniejszej decyzji - wykazała, iż dotyczą one zabezpieczenia ustanowionego przed datą wejścia w życie zmodyfikowanej Instrukcji Sieci Rozdzielczej, tj. przed 1 stycznia 2007 r. Ich przedmiotem jest bowiem weksel in blanco, który został wystawiony przez Electrabel jeszcze w dniu 21 grudnia 2006 r. Dodatkowo ww. pismo Enion z 31 stycznia 2007 r. nie zostało obwarowane żadnymi sankcjami na wypadek nie wypełnienia przez Electrabel wspomnianej deklaracji wekslowej, jak również do takich sankcji się nie odwołuje.

Abstrahując od charakteru ww. pisma Enion z 31 stycznia 2007 r., organ antymonopolowy powziął wątpliwość, czy takie „żądanie” przez Enion od jego kontrahentów ustanowienia zabezpieczeń z tytułu należności wynikających z ich odchyleń na rynku bilansującym, wbrew postanowieniom punktach D.1. – D.10. nowowprowadzonej Instrukcji Sieci Rozdzielczej miało charakter powszechny. Electrabel nie wskazał bowiem w trakcie niniejszego postępowania innych - poza własnym – przypadków, w których Enion domagałby się takich zabezpieczeń po 31 grudnia 2006 r., bądź to od spółek obrotu energią elektryczną, bądź też od jej odbiorców. Przypadków żądania ustanowienia zabezpieczeń finansowych z tytułu uczestnictwa w rynku bilansującym w okresie obowiązywania zmienionej Instrukcji Sieci Rozdzielczej nie doszukał się również organ antymonopolowy w trakcie prowadzonego przez siebie postępowania. Wobec powyższego, organ antymonopolowy zważył, że nawet jeżeli analizowane zabezpieczenia finansowe były stosowane przez Electrabel, to nie oznacza to automatycznie, że ustanawiały je również inne przedsiębiorstwa obrotu lub też odbiorcy energii elektrycznej. Uzasadnione wątpliwości budzić musi również przymus ustanawiania ww. zabezpieczeń, skoro obowiązująca od 1 stycznia 2007 r. Instrukcja Sieci Rozdzielczej nie przewiduje już możliwość wstrzymania dostarczania energii elektrycznej przez Enion na wypadek nieprzedłożenia zabezpieczenia, nie dokonania jego wznowienia lub uzupełnienia albo też, w przypadku gdy zabezpieczenie ma niewystarczającą wartość w stosunku do kwoty należności z tytułu rozliczanych odchyleń. Instrukcja nie zawiera już bowiem dotychczasowych, uchylonych zapisów punktów D.3.10. oraz pkt D.4.6. załącznika nr 4, które wprowadzały takie właśnie konsekwencje faktyczno – prawne. Jak wyżej wywiedziono, postanowienia punktów

D.1. – D.10. Instrukcji Sieci Rozdzielczej obowiązującej od dnia 1 stycznia 2007 r. w ogóle nie wprowadzają aktualnie obowiązku ustanowienia zabezpieczeń finansowych z tytułu odchyłeń odbiorców na rynku bilansującym.

Niezależnie od powyższego organ antymonopolowy zważył dodatkowo, że trudno wprawdzie przyznać rację twierdzeniom Enion, iż ustanowienie zabezpieczenia finansowego w postaci weksła in blanco nastąpiło na wyraźną prośbę Electrabel, wbrew sugestiom i staraniom Enion, aby nie obciążać odbiorcy dodatkowymi ciężarami umownymi. Przyjęcie takiego założenia oznaczałoby bowiem daleko idącą nieracjonalność działań Electrabel, do tego stopnia, że należałoby zakładać, iż podmiot ten świadomie działa na własną szkodę, co jest w oczywisty sposób nie do pogodzenia z profesjonalnym przedmiotem działalności Electrabel, jako podmiotu wysoce wyspecjalizowanego w obrocie energią elektryczną, którego podstawą funkcjonowania jest realizowanie skomplikowanych transakcji na rynku energii elektrycznej. Organ antymonopolowy uznał natomiast za udowodnioną okoliczność, że obie strony umowy prowadziły od początku roku 2007 proces negocjowania nowych warunków świadczenia usług dystrybucji energii (dowód: korespondencja pomiędzy Enion i Electrabel ze stycznia 2007 r., załączona do akt niniejszej sprawy). A zatem fakt uzupełnienia zabezpieczenia w postaci weksła in blanco z 21 grudnia 2006 r. o deklarację wekslową wypełnioną dopiero 31 stycznia 2007 r. mógł być efektem trwających właśnie negocjacji, w ramach których obie strony przyjęły *per facta concludentia*, że skoro wspomniany proces negocjacji nie uległ jeszcze zakończeniu, to łączą je dotychczasowe zasady współpracy, tj. obowiązujące przed datą 1 stycznia 2007 r. Te zaś przewidywały konieczność ustanawiania zabezpieczeń finansowych z tytułu odchyłeń odbiorców energii elektrycznej na rynku bilansującym (tak: pkt D.1.1. i następne załącznika nr 4 do Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion sprzed 1 stycznia 2007 r.).

Dokonując takich ustaleń i wniosków, organ antymonopolowy zobowiązany był również uwzględnić treść przepisu art. 81 *ustawy antymonopolowej*, zgodnie z którym do postępowania dowodowego przed Prezesem UOKiK stosuje się odpowiednio przepisy art. 227 – 315 *kodeksu postępowania cywilnego*. Powoduje to, że ciężar dowodu spoczywa na stronach postępowania antymonopolowego w stopniu większym, niż w postępowaniu dowodowym prowadzonym według przepisów *kodeksu postępowania administracyjnego*. Tymczasem – jak już wykazano powyżej - Wnioskodawca nie dostarczył, ani nie wskazał do przeprowadzenia organowi antymonopolowemu żadnych dowodów na okoliczność żądania przez Enion od jego kontrahentów ustanowienia po 31 grudnia 2006 r. zabezpieczeń z tytułu należności wynikających z ich odchyłeń na rynku bilansującym, wbrew postanowieniom punktów D.1. – D.10. Instrukcji Sieci Rozdzielczej, obowiązującej od 1 stycznia 2007 r.

Mając na względzie wszystkie wskazane wyżej ustalenia faktyczne i dowody na ich poparcie, organ antymonopolowy stanął na stanowisku, że stosowana przez Enion praktyka ograniczającą konkurencję trwała do 1 stycznia 2007 r. i została zaniechana z tym dniem.

Stosowanie do treści art. 10 ust. 1 *ustawy antymonopolowej*, nie wydaje się decyzji o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazującą zaniechanie jej stosowania - o której mowa w art. 9 tej *ustawy* - jeżeli zachowanie rynkowe przedsiębiorcy albo związku przedsiębiorców przestało naruszać zakazy określone w art. 5 lub art. 8. W takim przypadku Prezes Urzędu wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdzającą zaniechanie jej stosowania (tak: art. 10 ust. 2 *ustawy antymonopolowej*).

Mając na uwadze spełnienie wszystkich – wywiedzionych i udowodnionych powyżej, w tym punkcie decyzji - przesłanek zarzucanych Enion praktyk ograniczających konkurencję, określonych w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 5 *ustawy antymonopolowej* oraz fakt, że jeszcze w trakcie postępowania antymonopolowego Enion zaprzestał stosowania tych praktyk, organ antymonopolowy uznał za właściwe wydanie decyzji w oparciu o wskazane wyżej przepisy art. 10 ust. 1 i 2 *ustawy antymonopolowej*.

Uwzględniając powyższe, organ antymonopolowy **orzekł jak w pkt II. sentencji decyzji.**

VIII. Podstawy i przesłanki rozstrzygnięcia w pkt III. sentencji decyzji.

Ostatnia, czwarta z zarzucanych Enion praktyk ograniczających konkurencję – określona w pkt III. sentencji decyzji – polega na obowiązku modernizacji przez odbiorcę końcowego układów pomiarowo – rozliczeniowych w przypadku rezygnacji przez niego z usług sprzedaży energii elektrycznej przez Enion i jej zakupu za pośrednictwem innej spółki obrotu.

Wnioskodawca zarzucił Enion wybiórcze stosowanie w tym zakresie punktu V.6. jego Instrukcji Sieci Rozdzielczej, który dotyczył wymagań technicznych dla układów i systemów pomiarowo – rozliczeniowych. W ocenie Electrabel, praktyka ograniczająca konkurencję miała polegać w tym przypadku, z jednej strony na dopuszczalności wykorzystywania przez odbiorcę TPA istniejących układów pomiarowo – rozliczeniowych - jeżeli dokonywał on zakupów energii elektrycznej za pośrednictwem Enion, z drugiej zaś na konieczności ich modernizacji - w razie zamiaru zmiany sprzedawcy przez takiego odbiorcę. Electrabel ocenił, że w wyniku takiego działania Enion naruszone zostały przepisy art. 8 ust. 2 pkt 1 i 5 *ustawy antymonopolowej*.

Uwzględniając treść podstawy prawnej i wszystkie przesłanki dotyczące przepisów art. 8 ust. 2 pkt 1 i 5 *ustawy antymonopolowej* oraz całość odniesionych do nich poglądów doktryny i innych ustaleń o charakterze teoretyczno – prawnym, które opisane zostały powyżej w punkcie VII uzasadnienia prawnego (zarówno w odniesieniu do zarzutu stosowania nieuczciwych warunków umów o charakterze niecenowym, jak i co do praktyki przeciwdziałania ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na rynku właściwym) - organ antymonopolowy nie stwierdził naruszenia zakazów określonych w tych przepisach.

W ocenie organu antymonopolowego, działania Enion, polegające na nakładaniu na odbiorców końcowych energii elektrycznej obowiązku modernizacji ich układów pomiarowo – rozliczeniowych w przypadku korzystania przez nich z uprawnienia do zmiany sprzedawcy energii na zasadzie TPA, nie wypełniają znamion praktyk z art. 8 ust. 2 pkt 1 i 5 *ustawy antymonopolowej*, ze względu na obiektywnie uzasadnione zachowanie Enion i wyjątkowy charakter przedmiotowych działań, które uniemożliwiają stwierdzenie nadużywania pozycji dominującej.

Organ antymonopolowy uznał przede wszystkim za w pełni uzasadnione zróżnicowanie wymagań technicznych dla układów i systemów pomiarowo – rozliczeniowych w odniesieniu do odbiorców taryfowych (z jednej strony) oraz odbiorców faktycznie korzystających z prawa TPA (z drugiej strony). Przy czym, jako taryfowych organ traktuje

wszystkich odbiorców, którzy nie dokonali zmiany sprzedawcy i nadal korzystali z dostaw energii elektrycznej dokonywanych przez Enion, nawet jeżeli byli oni odbiorcami uprawnionymi na podstawie zasady TPA. Organ zważył w analizowanym tu zakresie, że z dokonaniem wyboru sprzedawcy na zasadzie TPA - a tym samym rozpoczęciem rozliczania dostarczonej energii na zasadach rynku bilansującego - wiążą się dodatkowe obowiązki odbiorców korzystających z tego prawa. Obowiązki te siłą rzeczy dotyczyć muszą również wymagań w zakresie układów pomiarowo – rozliczeniowych. Jak ustalono bowiem – na podstawie wyjaśnień i informacji przekazanych przez strony niniejszego postępowania - udział w rynku bilansującym i zawieranie transakcji kupna – sprzedaży energii pomiędzy jego uczestnikami oraz związane z tym rozliczenia, dokonywane są w czterech etapach:

1. deklarowania zapotrzebowania na energię elektryczną. Polega ono na tym, że operatorzy systemów dystrybucyjnych zobowiązani są zgłaszać operatorowi systemu przesyłowego - PSE - Operatorowi zapotrzebowanie na energię elektryczną w każdej godzinie doby „n”, w której następuje jej odbiór. Przy czym, takie deklarowanie zapotrzebowania następuje w dobie poprzedzającej fizyczną dostawę energii - „n – 1” (od godziny 8:00 do 12:00) - na podstawie danych przekazywanych przez wszystkich odbiorców, przyłączonych do sieci dystrybucyjnej danego operatora systemu dystrybucyjnego,
2. dostawy energii elektrycznej. Faktyczna dostawa – odbiór zamówionej (zadeklarowanej) wcześniej energii następuje w dobie „n”,
3. ustalenia ilości dostarczonej energii elektrycznej. Polega z kolei na tym, że operatorzy systemów dystrybucyjnych przekazują PSE – Operatorowi dane w zakresie rzeczywistej ilości energii dostarczonej odbiorcom. Operacja ta dokonywana jest w dobie następującej po faktycznej dostawie energii – „n + 1” (od godziny 8:00 do 10:00),
4. rozliczenia ilości odebranej energii elektrycznej. Każda różnica pomiędzy deklarowaną a rzeczywiście pobraną ilością energii elektrycznej, która występuje w wyniku zastosowania opisanej w punktach poprzednich procedury, stanowi podstawę do sporządzenia raportów, w oparciu o które następuje rozliczenie odchylenia energii na rynku bilansującym.

Z uwagi na konieczność szybkiego ustalenia, zgromadzenia i przekazania, w bardzo krótkim czasie, wszystkich opisanych powyżej danych, operatorzy systemów dystrybucyjnych zmuszeni są do korzystania z systemów informatycznych i teleinformatycznych, kompatybilnych z systemami operatora systemu przesyłowego. Powszechnie stosowane są w tym zakresie systemy informatyczne typu Windex lub Espim. Jednocześnie w tym samym czasie, w którym pomiędzy dystrybutorami energii a PSE – Operatorem przekazywane są zbiorcze dane, następuje pobranie przez operatorów dystrybucyjnych danych jednostkowych w zakresie ilości energii dostarczonej – odebranej przez poszczególnych odbiorców TPA, przyłączonych do ich sieci.

Opisany powyżej przebieg procedury bilansowania handlowego wymaga od odbiorców, korzystających z prawa wyboru sprzedawcy, dokładnego pomiaru ilości dostarczonej im w każdej godzinie doby energii elektrycznej, a dodatkowo szybkiego transferu tych danych z ich urządzeń pomiarowo - rozliczeniowych do systemu informatycznego operatora dystrybucyjnego. W tym celu każdy odbiorca korzystający z prawa wyboru sprzedawcy na zasadzie TPA zobowiązany jest, przed przystąpieniem do udziału w rynku bilansującym, poddać własne układy pomiarowo - rozliczeniowe modernizacji w zakresie:

- 1) zdolności do rejestracji ilości dostarczonej mu energii elektrycznej, w każdej godzinie doby oraz
- 2) zdolności do elektronicznego transferu danych pomiarowo - rozliczeniowych do systemu informatycznego operatora dystrybucyjnego.

Organ antymonopolowy zbadał i potwierdził, że przedstawiona powyżej problematyka uregulowana została przez Instrukcję Sieci Przesyłowej PSE – Operator, przede wszystkim w zapisach jej punktów II.B.3.5. oraz II.B.3.6. Natomiast w ślad za przyjętymi w niej rozwiązaniami, następnie regulacji tej dokonano w postanowieniach punktów V.6. Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion, głównie w zapisach jej punktów V.6.1.1. – V.6.1.16.

Z powyższych względów, nałożone przez Enion - jako operatora systemu dystrybucyjnego - na odbiorców uprawnionych do wyboru sprzedawcy na zasadzie TPA obowiązki w zakresie układów i systemów pomiarowo – rozliczeniowych są analogiczne z wymogami, jakimi został obciążony Enion w relacja z operatorem systemu przesyłowego – PSE – Operator. W tym stanie rzeczy, organ antymonopolowy uznał je za obiektywnie – z punktu widzenia organizacyjnego i technicznego - uzasadnione.

Organ antymonopolowy stanął również na stanowisku, iż należy uznać za wiarygodne i oparte na prawdzie ustalenia dokonane w ramach opisu stanu faktycznego niniejszej decyzji, dotyczące odmiennych zasad rozliczania energii elektrycznej przez odbiorców taryfowych i odbiorców TPA, a co za tym idzie innych obowiązków w zakresie układów pomiarowo - rozliczeniowych, stawianych obu tym grupom odbiorców. Ustalenia te dokonane zostały wprawdzie w oparciu o informacje i wyjaśnienia uzyskane przez organ antymonopolowy od Enion, niemniej jednak nie zostały one w trakcie całego postępowania antymonopolowego zakwestionowane przez Electrabel. A zatem organ antymonopolowy – działając w myśl art. 230 *k.p.c.* w związku z art. 81 *ustawy antymonopolowej* – na podstawie oceny całokształtu materiału dowodowego niniejszej sprawy, uznał te fakty za przyznane. Organ uznał więc, iż należy przyjąć, że układ pomiarowy do wyznaczenia w danym okresie rozliczeniowym (jeden miesiąc, dwa miesiące, sześć miesięcy - w zależności od grupy taryfowej) zużycia energii elektrycznej dla odbiorcy taryfowego, nie jest wystarczający do określenia godzinowego zużycia odbiorcy korzystającego z zasady TPA. Za racjonalną i wiarygodną przyjąć należy w tym względzie argumentację Enion, iż układ taki składa się zazwyczaj z licznika, który nie jest zdolny do godzinowej rejestracji zużycia energii elektrycznej oraz nie posiada możliwości zdalnego przesyłania danych godzinowych do systemów rozliczeniowych operatora systemu dystrybucyjnego (tu: Enion). Jest to zresztą okoliczność powszechnie znana i oczywista dla każdego przeciętnego odbiorcy energii elektrycznej, który kiedykolwiek w sposób świadomy z takiego urządzenia pomiarowego korzystał. W tym stanie rzeczy zasadne jest przyjęcie, że odbiorca chcący korzystać z zasady TPA powinien dostosować te elementy układu pomiarowo – rozliczeniowego, które nie spełniają warunków rynku bilansującego. Dopiero bowiem tak dostosowany układ daje możliwość dokładnego określania ilości energii elektrycznej, którą odbiorca zużywał w każdej godzinie doby, na podstawie zawartej przez siebie umowy z przedsiębiorstwem obrotu energią oraz ilości energii dostarczonej mu przez operatora systemu dystrybucyjnego - w ramach bilansowania jego odchyleń na tym rynku. Wyliczone w ten sposób zużycie jest jednocześnie podstawą do obciążenia stron umowy sprzedaży energii elektrycznej wygenerowanymi przez nie kosztami rynku bilansującego.

Mając powyższe na uwadze, organ antymonopolowy przyjął, że stosowane przez Enion wymagania techniczne dla układów i systemów pomiarowo – rozliczeniowych

nie dyskryminują żadnej z grup odbiorców Enion i nie stawiają ich w gorszej sytuacji prawnej bądź ekonomicznej. Wręcz przeciwnie, wymagania w analizowanym tu zakresie podyktowane są – w ocenie organu – względami natury organizacyjnej i technicznej, a jednocześnie mieszczą się w ramach obowiązujących zasad krajowego systemu elektroenergetycznego.

Dokonane powyżej wnioski zostały potwierdzone przez organ antymonopolowy również w trakcie – zainicjowanej przez Electrabel – kontroli działań Enion wobec wskazanych przez Electrabel przedsiębiorców, zainteresowanych zmianą sprzedawcy i skorzystaniem z prawa TPA. W tym zakresie organ przeanalizował bowiem gruntownie dokumenty z kontroli układów i systemów pomiarowo – rozliczeniowych, przeprowadzonych przez Enion u następujących odbiorców: „Timken Polska” Sp. z o.o. w Sosnowcu, Walcownia Metali „Dziedzice” S. A. w Czechowicach – Dziedzicach, „Stalprodukt” S. A. w Bochni, Browar „Okocim” S. A., „Carlsberg Okocim” S. A. w Brzesku oraz „Kraft Foods Polska” Sp. z o.o. w Cieszynie. W wyniku dokonanej analizy organ antymonopolowy ustalił, iż żaden z tych przedsiębiorców nie zwrócił się do Enion z wnioskiem o zmianę sprzedawcy na zasadach TPA. Natomiast przedsiębiorcy ci występowali z żądaniem rozdzielenia przez Enion umowy sprzedaży energii elektrycznej i świadczenia usług dystrybucyjnych oraz z zapytaniem o określenie warunków technicznych dla układów pomiarowo - rozliczeniowych, niezbędnych do spełnienia wymagań umożliwiających skorzystanie z zasady TPA. W ocenie organu antymonopolowego, w każdym z ww. przypadków Enion przeprowadził stosowne kontrole w zakładach tych przedsiębiorców wyłącznie po to, aby udzielić im odpowiedzi w zakresie objętym skierowanymi do niego zapytaniami lub wnioskami. Jak ustalono, właściwie każda z tych kontroli (z bardzo drobnymi wyjątkami) wykazała prawidłowość działających u odbiorców urządzeń pomiarowo – rozliczeniowych. Ponadto, w związku z przeprowadzonymi kontrolami, Enion nie nakładał na swoich odbiorców żadnych dodatkowych obowiązków, tzn. innych niż te jakie były konieczne, aby odbiorca mógł skorzystać z prawa wyboru sprzedawcy i nabywać energię na rynku bilansującym. Enion zwracał bowiem ww. odbiorcom uwagę na konieczność takiego dostosowania ich układów pomiarowo – rozliczeniowych, aby były one zdolne do: rejestracji ilości energii elektrycznej w każdej godzinie doby oraz elektronicznego transferu danych pomiarowo - rozliczeniowych do systemu informatycznego Enion.

Jak dodatkowo ustalił organ antymonopolowy, również kontrola układów pomiarowo – rozliczeniowych, przeprowadzona przez Enion w dniu 23 czerwca 2004 r. w zakładach Grupy Kęty - wbrew twierdzeniom Electrabel – została dokonana w tym dniu na wniosek Grupy, a nie w związku z wygranym przez Electrabel przetargiem na sprzedaż energii elektrycznej dla Grupy. W ramach tej kontroli Enion stwierdził natomiast – co przyznaje również Electrabel – konieczność zapewnienia przez odbiorcę transmisji pomiarów z kontrolowanego układu rozliczeniowego Grupy Kęty do systemu Windex, obsługiwanego przez Enion.

Na koniec wreszcie, ustalenia i wnioski organu antymonopolowego w zakresie konieczności modernizacji układów pomiarowo – rozliczeniowych, w przypadku dokonywanej przez odbiorcę energii zmiany sprzedawcy na zasadach TPA, zostały potwierdzone przez innego operatora systemu dystrybucyjnego – Vattenfall. Zwrócił on również uwagę na fakt, że obowiązek modernizacji tych układów spowodowany jest koniecznością rejestracji krzywych dobowo - godzinowych zużycia energii, ich zdalnej transmisji i zgłaszania umów sprzedaży - zgodnie z zasadami Instrukcji Sieci Przesyłowej PSE – Operatora, a co za tym idzie Instrukcji Sieci Dystrybucyjnej

Vattenfall. Podkreślił jednocześnie, że nie wszystkie liczniki energii elektrycznej zainstalowane u odbiorców, rozliczanych dotychczas jako taryfowi, mogą być stosowane dla potrzeb rozliczania tych odbiorców na rynku bilansującym, choć takie przypadki również się zdarzają.

Mając na uwadze wszystkie opisane powyżej ustalenia, argumenty i wnioski oraz dowody na ich poparcie, organ antymonopolowy stanął na stanowisku, iż działania Enion, polegające na nakładaniu na odbiorców TPA obowiązku modernizacji należących do nich układów pomiarowo – rozliczeniowych, są obiektywnie uzasadnione oraz wynikają z przyczyn natury organizacyjnej i technicznej. A zatem, jako takie nie mogą zostać uznane za przejaw nadużywania przez Enion pozycji dominującej. Enion - jako podmiot odpowiedzialny za należyte funkcjonowanie własnego elektroenergetycznego systemu dystrybucyjnego - nakładając na odbiorców, przyłączonych do tego systemu, wyżej przeanalizowane obowiązki, nie kierowała się dążeniem do osiągnięcia jakiegokolwiek skutku antykonkurencyjnego (czy to w postaci praktyki eksploatacyjnej, czy też nakierowanej na ograniczenie konkurencji), lecz zmierzał do zagwarantowania sobie niezawodnej współpracy z operatorem systemu przesyłowego - w zakresie bieżących rozliczeń energii pochodzącej z rynku bilansującego. Podkreślić przy tym należy dodatkowo, że Enion nie miał innej możliwości uregulowania kwestii wymogów, jakie powinny spełniać układy pomiarowo – rozliczeniowe jego odbiorców, skoro zasady i obowiązki w tym zakresie zostały ukształtowane przez PSE – Operatora.

Skoro zatem brak jest podstaw do stwierdzenia nadużywania przez Enion pozycji dominującej na rynku właściwym, tym samym zupełnie zbędne są rozważania w zakresie ziszczenia się pozostałych przesłanek praktyk, o których mowa w art. 8 ust. 2 pkt 1 i 5 *ustawy antymonopolowej* – jakich zdaniem Wnioskodawcy dopuścił się Enion.

Stosowanie do treści przepisu art. 11 ust. 1 *ustawy antymonopolowej*: „Prezes Urzędu wydaje decyzję o niestwierdzeniu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, jeżeli nie stwierdzi naruszenia zakazów określonego w art. 5 lub w art. 8”.

Mając na uwadze – opisany i wywiedziony powyżej, w tym punkcie decyzji – fakt nie spełnienia przesłanek materialno – prawnych, wymaganych dla wystąpienia zarzucanych Enion praktyk ograniczających konkurencję, o którym w nich mowa, organ antymonopolowy rozstrzygnął w myśl przepisu art. 11 ust. 1 *ustawy antymonopolowej*. Nie stwierdzając naruszenia przez Enion zakazu określonego w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 5 *ustawy antymonopolowej*.

Uwzględniając powyższe, organ antymonopolowy **orzekł jak w pkt III. sentencji decyzji.**

IX. Podstawa i przesłanki nałożenia kary pieniężnej oraz jej wysokość (pkt IV sentencji decyzji).

Stosownie do treści art. 101 ust. 1 pkt 1 *ustawy antymonopolowej* – „Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary,

jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 5, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 6 i art. 7, lub naruszenia zakazu określonego w art. 8". Kara pieniężna, o której mowa stanowi dochód budżetu państwa i jest płatna z dochodu po opodatkowaniu lub z innej formy nadwyżki dochodów nad wydatkami zmniejszonej o podatki - zgodnie z art. 105 ust. 1 i 3 ustawy antymonopolowej.

Jak wynika z cytowanego przepisu, *ustawa antymonopolowa* wprowadziła zasadę fakultatywności administracyjnych kar pieniężnych nakładanych na przedsiębiorców, którzy dopuścili się naruszenia zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję. Skuteczna polityka karania wymaga jednak, by w przypadku stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorcę praktyki ograniczającej konkurencję zasadą było nakładanie kary pieniężnej (por.: wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 8 listopada 2004 r., sygn. akt XVII Ama 81/03, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r., sygn. akt I CKN 793/98).

Ustawa antymonopolowa nie zawiera zamkniętego katalogu przesłanek, od których uzależniana jest wysokość kar nakładanych na przedsiębiorców. Norma prawna wynikająca z art. 104 tej ustawy stanowi jedynie, iż przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa między innymi w jej art. 101 należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności uprzedniego naruszenia przepisów ustawy.

Jest jednak rzeczą oczywistą, iż na wysokość kary musi mieć także wpływ stopień zagrożenia lub naruszenia interesu publicznoprawnego stosowanymi praktykami ograniczającymi konkurencję. Ponadto w orzecznictwie wskazuje się, że w przypadku kar za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję, przesłankami, które należy brać pod uwagę są: potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy, skutki praktyki dla konkurencji lub kontrahentów, dopuszczalny poziom kary wynikający z przepisów ustawy oraz cele, jakie kara ma osiągnąć (por.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r., sygn. akt I CKN 793/98). Nałożona przez organ antymonopolowy kara pieniężna powinna pełnić funkcję represyjną (tj. stanowić dolegliwość za naruszenie przepisów ustawy antymonopolowej), a także prewencyjną, dyscyplinującą (tj. zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości). W zależności od stopnia naruszenia przepisów ustawy, ustala się funkcję prewencyjną lub represyjną za wiodącą.

W niniejszej sprawie Enion wykorzystywał pozycję dominującą na lokalnym rynku dystrybucji energii elektrycznej, ograniczonym do obszaru jego sieci dystrybucyjnej i utrudniając możliwość swobodnego wykonywania usług sprzedaży energii na tym terenie, ograniczył spółkom obrotu energią prowadzenie działalności gospodarczej. Nadużycie przez Enion pozycji dominującej na lokalnym rynku dystrybucji energii elektrycznej spowodowało zaburzenie konkurencji na rozwijającym się rynku obrotu energią. Należy przy tym w tym miejscu zaznaczyć, że utrudnianie konkurencji na rynkach współzależnych od rynku dystrybucji energii elektrycznej jest szczególnie szkodliwe, zwłaszcza gdy może prowadzić do eliminowania z nich słabszych przedsiębiorców - konkurentów.

Nie budzi wątpliwości, iż zakaz nadużywania pozycji dominującej, określony w art. 8 ust. 1 i 2 ustawy antymonopolowej, ma charakter bezwzględny. Taka konstrukcja normatywna powoduje, że nie istnieją jakiegokolwiek przesłanki natury prawnej, ekonomicznej, czy gospodarczej, które umożliwiłyby zalegalizowanie praktyk ograniczających konkurencję. W przedmiotowej sprawie wywiedziono i udowodniono naruszenie przez Enion dwóch przepisów ustawy antymonopolowej, tj. jej art. 8 ust. 2 pkt 1 i 5, w zakresie dwóch

zarzutów antymonopolowych, które zostały określone w punkcie II sentencji niniejszej decyzji. Przy czym - zdaniem organu antymonopolowego - charakter tych praktyk, związanych z nadużywaniem przez Enion pozycji dominującej, w pełni uzasadnia nałożenie kary pieniężnej. Decydując się na jej nałożenie, organ wziął przede wszystkim pod uwagę silne antykonkurencyjne skutki zachowania Enion na lokalnym rynku dystrybucji energii elektrycznej.

Nakładając karę pieniężną określoną w art. 101 ust. 1 pkt 1 *ustawy antymonopolowej*, organ antymonopolowy miał również wzgląd na konieczność spełnienia przesłanek podmiotowych, tj. stwierdzenia, że naruszenie tej *ustawy* było spowodowane co najmniej winą nieumyślną (lekkomyślność, niedbalstwo przedsiębiorcy). Konieczność brania pod uwagę przesłanki winy, w przypadku stosowania kar pieniężnych określonych w art. 101 ust. 1 pkt 1 *ustawy antymonopolowej*, wynika bezpośrednio nie tylko z treści tego przepisu, ale również pozostaje w zgodzie z orzecnictwem Trybunału Konstytucyjnego (orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 1 marca 1994 r., sygn. U.7/93) oraz z zasadami stosowania kar pieniężnych, które obowiązują we wspólnotowym prawie konkurencji. I tak - zgodnie z art. 23 ust. 2 lit. a *rozporządzenia Rady nr 1/2003/WE z dnia 16 grudnia 2002 r.* (Dz. Urz. UE L 1 z dnia 4 stycznia 2003 r., str. 1 i nast.) - Komisja Europejska może, w drodze decyzji, nałożyć karę pieniężną na przedsiębiorców lub związki przedsiębiorców, jeżeli umyślnie lub nieumyślnie naruszają zakazy określone w art. 81 lub 82 *Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską* (Dz. Urz. WE C 325 z dnia 24 grudnia 2002 r.).

Z kolei zgodnie z art. 83 *Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej. Obowiązek znajomości i przestrzegania norm prawa ciąży tym bardziej na profesjonalnych uczestnikach obrotu rynkowego, takich jak Enion, pełniący dodatkowo funkcję operatora systemu dystrybucyjnego. Należy bowiem przyjąć, że podmioty profesjonalnie działające na rynku powinny przewidywać, że podejmowane przez nie działania mogą być uznane przez sądy oraz organy administracji publicznej za zabronione lub bezprawne. Obowiązek taki ciąży na profesjonalistach również w odniesieniu do jego działań, kwalifikowanych jako praktyki ograniczająca konkurencję. A zatem Enion nie może skutecznie dowodzić całkowitego braku świadomości naruszenia zakazu nadużywania pozycji dominującej, określonego w *ustawie antymonopolowej*.

W ocenie organu antymonopolowego, wywiedzione i udowodnione w niniejszej decyzji działania nie mogły się kojarzyć Enion z niczym innym, jak tylko z nadużywaniem pozycji dominującej na rynku właściwym w zakresie dystrybucji energii elektrycznej, skutkującym jednocześnie stworzeniem barier dla rozwoju konkurencji na rynku obrotu tą energią, tj. z naruszeniem zakazów określonych w art. 8 ust. 2 pkt 1 i 5 *ustawy antymonopolowej*.

Art. 101 ust. 1 pkt 1 *ustawy antymonopolowej* przewiduje możliwość nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej w wysokości nie większej niż 10 % przychodu osiągniętego przez tego przedsiębiorcę w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jednak – jak już wyżej wywiedziono - *ustawa* nie przesądza o wysokości nakładanej kary. W licznych orzeczeniach organu antymonopolowego przyjmuje się natomiast, że ustalając wysokość kary pieniężnej, w decyzjach stwierdzających naruszenie zakazów *ustawy antymonopolowej* należy dodatkowo uwzględnić wagę tego naruszenia, rozmiar rynku dotkniętego skutkami stosowanej praktyki ograniczającej konkurencję, jak również zaistniałe w danej sprawie okoliczności obciążające i łagodzące.

Enion osiągnął w roku 2008 łączne przychody w wysokości 2.514.416.391,31 zł. Oznacza to, iż 10 % przychodu osiągniętego w tym roku przez Enion wynosi 251.441.639,13 zł. Ta ostatnie kwota stanowi zatem maksymalną wysokość kary, jaką - na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 *ustawy antymonopolowej* - można nałożyć na Enion.

Oceniając wagę naruszenia *ustawy antymonopolowej* stwierdzić należy, iż praktyka stosowana przez Enion polega na narzucaniu nieuczciwych warunków umów dystrybucji energii elektrycznej, stanowiącej jej integralną część Instrukcji Sieci Rozdzielczej Enion oraz przeciwdziałaniu rozwojowi konkurencji na rynku właściwym w zakresie obrotu energią. W punkcie II sentencji niniejszej decyzji uznano bowiem za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 5 *ustawy antymonopolowej* praktykę polegającą na nadużywaniu przez Enion pozycji dominującej na lokalnym rynku dystrybucji energii elektrycznej na terenie jego sieci elektroenergetycznej, obejmującej obszar województw: małopolskiego, podkarpackiego, łódzkiego i świętokrzyskiego (dawne województwa: krakowskie, nowosądeckie i tarnowskie) oraz śląskiego i opolskiego (dawne województwa: bielskie, częstochowskie i katowickie), poprzez narzucanie w umowach o świadczenie usług dystrybucji energii elektrycznej oraz Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Rozdzielczej Enion:

- warunków uniemożliwiających - poprzez wprowadzenie obowiązku stworzenia, przez przedsiębiorstwa obrotu energią elektryczną, oddzielnych jednostek grafikowych dla każdego z odbiorców końcowych - wspólne rozliczanie odchyłeń od pozycji kontraktowej tych odbiorców, którzy kupują energię elektryczną od jednego sprzedawcy, przy jednoczesnym korzystaniu z takiego prawa przez Enion w relacjach z operatorem systemu przesyłowego,
- warunków nakładających wyłącznie na przedsiębiorstwa obrotu energią elektryczną obowiązek ustanowienia zabezpieczeń finansowych z tytułu uczestnictwa w rynku bilansującym na rzecz Enion, niezależnie od ryzyka występującego po obu stronach kontraktu,

co stanowi narzucanie nieuczciwych warunków dystrybucji energii elektrycznej oraz jednocześnie przeciwdziałania ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na krajowym rynku obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA.

Organ antymonopolowy zaliczył przedmiotową praktykę do poważnych naruszeń prawa antymonopolowego, polegających na nadużywaniu pozycji dominującej, mającym na celu istotne ograniczenia konkurencji i dotkliwą eksploatację kontrahentów. Ważąc wysokość nakładanej kary pieniężnej uwzględniono przede wszystkim charakter praktyki, ale również skutki, jakie wywołuje ona dla uczestników rynku. Organ antymonopolowy wziął bowiem pod uwagę, iż stosowana przez Enion praktyka ograniczająca konkurencję miała charakter eksploatacyjny i antykonkurencyjny zarazem, polegała ona na wykorzystywaniu posiadanej silnej pozycji rynkowej kosztem słabszych uczestników rynku. Niedozwolone działania wymierzone były we wszystkich potencjalnych kontrahentów Enion na rynku dystrybucji energii elektrycznej, którzy jednocześnie są jego konkurentami na rynku obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA. Wszystkie bowiem przedsiębiorstwa energetyczne, które zamierzały świadczyć usługę sprzedaży energii elektrycznej na terenie elektroenergetycznej sieci dystrybucyjnej Enion musiały z nim zawrzeć niekorzystną dla siebie umowę o świadczenie usług dystrybucji energii, a w związku z tym zobowiązane były do przestrzegania nieuczciwych warunków Instrukcji Sieci Rozdzielczej. Natomiast zaakceptowanie, a następnie stosowanie postanowień tych dokumentów utrudniało tym przedsiębiorstwom

energetycznym konkurowanie z Enion na krajowym rynku obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA.

Mając powyższe na uwadze, organ antymonopolowy ustalił kwotę wyjściową kary na poziomie 7.543.249 zł, co stanowi 0,3 % przychodu Enion.

Następnie należało ocenić wpływ czynników związanych ze specyfiką rynku i działalnością Enion na wagę naruszenia. Wpływ na wymiar kary ma przede wszystkim okoliczność ponoszenia przez uczestników rynku właściwego - przedsiębiorstwa obrotu szkód finansowych, których wysokość jest jednak niemożliwa do oszacowania, zarówno z punktu widzenia faktycznie poniesionych strat (*damnum emergens*), jak również, tym bardziej, potencjalnie możliwych do osiągnięcia korzyści (*lucrum cessans*). Z drugiej jednak strony należy w tym miejscu jeszcze raz podkreślić, że działania Enion zostały zaniechane z dniem 1 stycznia 2007 r. i nie mają one nieodwracalnych negatywnych skutków, zwłaszcza zaś po tej dacie Enion nie ma już żadnych możliwości czerpania korzyści ze stwierdzonych naruszeń *ustawy antymonopolowej*. Kierując się oceną wpływu naruszenia na rynek właściwy w zakresie obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA, Prezes Urzędu uznał, iż zasadne będzie zwiększenie kary o 10%.

Ponadto, stwierdzone naruszenie *ustawy antymonopolowej* było długotrwałe – jak wynika z samych tylko wyjaśnień Wnioskodawcy – trwało bowiem nieprzerwanie od co najmniej połowy 2005 r. do końca 2006 r. Zatem nałożenie kary ma przede wszystkim spełniać funkcję represyjną, ma być sankcją za co najmniej półtora roczne stosowanie zakazanej prawem praktyki ograniczającej konkurencję. Jednocześnie celem nałożonej kary jest również wskazanie przedsiębiorcom, iż stwierdzone naruszenia konkurencji muszą zostać napiętnowane. Tak więc pomimo, że stwierdzona praktyka miała charakter czasowy, nie może to stanowić okoliczności łagodzącej wysokość kary nakładanej na Enion. Wręcz przeciwnie, długotrwałość – około półtoraroczny okres stosowania praktyki ograniczającej konkurencję - jest w okolicznościach niniejszej sprawy okolicznością obciążającą, wpływającą na zaostrzenie kary nakładanej na Enion. Mając powyższe na uwadze, uznano za konieczne zwiększenie wyżej określonej kwoty bazowej kary o 10 %, ponieważ kwestionowana praktyka, objęta punktem II sentencji niniejszej decyzji faktycznie wywoływała antykonkurencyjne skutki na rynku. Uwzględniając powyższe, dotychczasowy wymiar kary, ustalony na poziomie 8.297.574 zł, należało zwiększyć o wspomniane 10 %, uzyskując w ten sposób kwotę: 9.127.331 zł.

W celu ostatecznego ustalenia wymiary kary pieniężnej, należało dokonać również zbadania oraz usystematyzowania okoliczności obciążających lub łagodzących jej wysokość.

W ocenie organu antymonopolowego, okolicznością obciążającą w przedmiotowej sprawie jest fakt umyślnego naruszenia przez Enion przepisów *ustawy antymonopolowej*, w zakresie będącym przedmiotem punktu II sentencji niniejszej decyzji, a zatem w tej jej części, co do której stwierdzono stosowanie przez Enion praktyk ograniczających konkurencję. W okolicznościach faktycznych i prawnych przedmiotowej sprawy organ antymonopolowego nie znalazł bowiem żadnych argumentów wskazujących na nieumyślny charakter tej praktyki, wręcz przeciwnie – wiele wskazuje na to, iż Enion działał w zamiarze bezpośrednim nieuczciwego ograniczenia zdolności konkurencyjnej spółek obrotu, rywalizujących z nim w zakresie świadczenia usług sprzedaży energii elektrycznej. W szczególności wskazuje na to fakt, iż stosowana przez Enion praktyka została uznana za nieuczciwą przez regulatora – Prezesa URE, jak również

brak jakiegokolwiek innego niż antykonkurencyjne wyjaśnienia zachowań Enion. Enion nie przedstawił żadnego uzasadnienia dla własnych zachowań związanych z bilansowaniem klientów konkurencyjnych przedsiębiorstw energetycznych, które pozwalałoby interpretować takie zachowania inaczej niż świadome dążenie do nieuczciwego utrudnienia konkurentom dostępu do rynku. W tym stanie rzeczy, w niniejszej sprawie zasadne jest podwyższenie kary o 10 %, właśnie z uwagi na wspomnianą umyślność działań Enion.

Analizując natomiast okoliczności łagodzące, należy wskazać, że Enion efektywnie współpracował z organem antymonopolowym w trakcie prowadzonego postępowania, nie stwarzając utrudnień i dostarczając terminowo wszystkie niezbędne dokumenty i informacje. Nie bez znaczenia jest okoliczność, że praktyka stosowana przez Enion została zaniechana z dniem 1 stycznia 2007 r. Wprawdzie pamiętać należy, że zaniechanie stosowania tej praktyki nie było wyrazem dobrowolnej zmiany zachowania Enion, lecz zostało spowodowane okolicznościami zewnętrznymi, tj. zmianą stanu prawnego i zbliżającą się – ustawowo usankcjonowaną - koniecznością rozdzielenia działalności operatorów systemów dystrybucyjnych na działalność związaną z dystrybucją energii oraz jej sprzedażą. Niemniej jednak wskazane wyżej zmiany następowały stopniowo, a ich ostateczne wejście w życie i idący za nim obowiązek dostosowania się przedsiębiorstw dystrybucyjnych, takich jak Enion, miał nastąpić dopiero z dniem 1 lipca 2007 r. Tym samym Enion mimo wszystko dokonał stosowanych zmian w zakresie kwestionowanej w niniejszej decyzji praktyki działania nieznacznie wcześniej, co niewątpliwie traktowane być powinno jako okoliczność łagodząca wymiar kary pieniężnej nakładanej na tego przedsiębiorcę. Zestawione w tym miejscu okoliczności łagodząca uzasadniają zatem obniżenie wysokości kary pieniężnej o 30 %.

Mając na uwadze wszystkie powyższe okoliczności obciążające - które uzasadniają zwiększenie kary o 10 % oraz łagodzące - przemawiające za jej obniżeniem o 30 %, uzyskaną na poprzednim etapie wielkość kary należy zmniejszyć o 20 % (10 % - 30 % = -20 %). W tym stanie rzeczy dotychczasowy wymiar kary, ustalony na poziomie 9.127.331 zł, należało zmniejszyć o wywiedzione 20 %, uzyskując w ten sposób kwotę 7.301.865 zł.

Niezależnie od powyższego - odwołując się ponownie do przytaczanego powyżej wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r. (sygn. akt: I CKN 793/98) - należało także uwzględnić kolejne przesłanki wymierzenia kary pieniężnej. Winna ona bowiem pozostawać we właściwej proporcji do potencjału ekonomicznego sprawcy oraz korzyści jakie osiągnął, lub zamierzał osiągnąć - jest ona nakładana i wykonywana w celu zachowania i przestrzegania obowiązującego porządku prawnego.

Ponieważ - w świetle powyższego - orzeczona kara powinna pozostawać we właściwej proporcji do możliwości karanego przedsiębiorcy, ustalając wysokość kary wzięto pod uwagę potencjał ekonomiczny Enion. Przyjmując zatem wspomniane wcześniej okoliczności, podstawy i przesłanki naruszenia przepisów *ustawy antymonopolowej*, w tym te, które przemawiają za wymierzeniem kary w umiarkowanej wysokości, jak również fakt, iż kara winna być orzekana na poziomie wystarczającym do osiągnięcia zamierzonego celu i odczuwalna dla przedsiębiorcy, ale równocześnie pozwalającym mu na dalsze prowadzenie działalności gospodarczej, organ antymonopolowy postanowił nałożyć na Enion karę w wysokości stanowiącej ok. 0,29 % przychodu Enion w roku 2008, czyli prawie 2,9 % jej maksymalnego ustawowego wymiaru.

Wobec powyższego, nałożona na Enion kara pieniężna w wysokości 7.301.865 zł (słownie: siedem milionów trzysta jeden tysięcy osiemset sześćdziesiąt pięć złotych), stanowi dokładnie 2,904 % maksymalnego wymiaru kary.

Kara na takim poziomie – jak dodatkowo ustalił organ antymonopolowy – stanowi ok. 4,79 % dochodu brutto Enion, ustalonego na podstawie jego zeznania podatkowego CIT – 8 za rok 2008, który wyniósł: 152.481.411,42 zł. Ponadto kara w wysokości 7.301.865 zł sięga 45,83 % zysku netto Enion w roku 2008, który – jak ustalono w oparciu o rachunek zysków i strat, stanowiący załącznik do „sprawozdania finansowego Enion S. A. za rok zakończony dnia 31 grudnia 2008 r.” - wyniósł: 15.932.305,73 zł. A zatem wymierzona przez organ antymonopolowy kara pieniężna nie stanowi dla Enion nadmiernego ciężaru i nie zdezorganizuje prowadzonej przez niego działalności, co przy pełnionej przez niego funkcji operatora systemu dystrybucyjnego byłoby zjawiskiem szczególnie niepożądanym.

Mając powyższe na uwadze, organ antymonopolowy nałożył karę pieniężną, **orzekając jak w punkcie IV sentencji decyzji.**

Stosownie do treści art. 105 ust. 4 *ustawy antymonopolowej* – określoną wyżej karę pieniężną należy wpłacić, w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji, na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

NBP O/O Warszawa 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000.

Zgodnie z treścią art. 78 ust. 1 *ww. ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów* w związku z art. 131 ust. 1 *ww. ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz 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 Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura w Krakowie (31 - 011 Kraków, Pl. Szczepański 5).

Z upoważnienia Prezesa
Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Dyrektor Delegatury w Krakowie
Leszek Piekarz

Otrzymują:

1. Electrabel Polska Sp. z o.o., ul. Uniwersytecka 13, 40 - 007 Katowice,
2. Panowie Maciej Madejski i Sławomir Sasiński, Madejski i Sasiński Spółka partnerska radców prawnych, Rynek Dębnicki 6/3, 30 – 319 Kraków – pełnomocnicy Enion S. A. w Krakowie,
3. RKR – a/a.