

Sygn. akt XVII AmA 62/10

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 marca 2013r.

Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący: SSO Ewa Malinowska

Protokolant: protokolant sądowy stażysta Piotr Hołyś

po rozpoznaniu w dniu 26 marca 2013r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z odwołania **(...) S.A. z siedzibą w K.**

przeciwko **Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

przy udziale zainteresowanego **Elektrowni(...)S.A. – Grupa (...) z siedzibą w P.**

o ochronę konkurencji i nałożenie kary pieniężnej

na skutek odwołania od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 31 grudnia 2009r. o nr (...)

1. uchyla zaskarżoną decyzję w punkcie II i IV;
2. zasądza od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz **(...) S.A. z siedzibą w K.** kwotę 1.394 zł (tysiąc trzysta dziewięćdziesiąt cztery złote) tytułem zwrotu kosztów postępowania.

SSO Ewa Malinowska

Sygn. akt: XVII AmA 62/10

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 31 grudnia 2009 r. nr (...) wydaną na gruncie ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie praw konkurencji i konsumentów Prezes UOKIK – Delegatura w K.:

- 1) umorzył postępowanie w sprawie podejrzenia stosowania praktyk ograniczających konkurencję, określonych w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 5 ww. ustawy polegających na nadużywaniu przez (...) S.A. pozycji dominującej na krajowym rynku obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach dostępu stron trzecich poprzez narzucanie w odpowiedziach na zapytania ofertowe oraz zawieranych w ich efekcie umowach z odbiorcami końcowymi rażąco niskich cen energii elektrycznej, co jednocześnie mogło w jego ocenie 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) na podstawie art. 10 ust. 1 i 2 ww. ustawy oraz stosownie do treści art. 28 ust. 6 ustawy i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej Delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w zw. z art. 131 ust. 1 ww. ustawy uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 8 ust. 1 i 2 pkt 1 i 5 ustawy, polegającą na nadużywaniu przez (...) S.A. pozycji dominującej na lokalnym rynku dystrybucji energii elektrycznej na terenie jego sieci elektroenergetycznej poprzez

narzucania w umowach o świadczenie usług dystrybucji energii elektrycznej oraz Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Rozdzielczej:

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 odbiorców kupujących energię od jednego sprzedawcy, przy jednoczesnym korzystaniu z takiego prawa przez (...) S.A. w relacjach z operatorem systemu przesyłowego

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

3) nie stwierdził stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 5 ww. ustawy polegającej na nadużywaniu przez (...) S.A. pozycji dominującej na lokalnym rynku energii elektrycznej na terenie jego sieci elektroenergetycznej, poprzez narzucanie obowiązku modernizacji przez odbiorcę końcowego układów pomiarowo – rozliczeniowych w przypadku rezygnacji przez niego z usług sprzedaży energii elektrycznej przez (...) 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.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 5 ustawy oraz art. 28 ust. 6 ustawy i § 6 ww. rozporządzenia w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy Prezes UOKiK – Delegatura w K. nałożył na (...) S.A. w K. karę pieniężną w kwocie 7 301 865 zł.

Prezes oparł przedmiotową decyzję na następujących ustaleniach i rozważaniach.

Wnioskodawca – (...) 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 (...) zakupuje energię od jej wytwórców w celu dalszej odsprzedaży, uczestnicząc w ten sposób w konkurencyjnym rynku obrotu energią elektryczną na terenie całej Polski. Od stycznia 2007r. (...) wchodzi w skład grupy energetycznej działającej pod firma (...), prowadzącej w Polsce zarówno działalność w zakresie obrotu energią elektryczną, jak również zajmującą się wytwarzaniem energii.

(...) był w dacie wszczęcia postępowania administracyjnego przedsiębiorstwem energetycznym zintegrowanym pionowo. Na podstawie koncesji na obrót energią (...) prowadził działalność związaną z zakupem i odsprzedażą energii elektrycznej i w tym zakresie jego kontrahentami byli wytwórcy, odbiorcy uprawnieni do TPA oraz przedsiębiorstwa obrotu. Z kolei w związku z posiadaniem koncesji na przesył i dystrybucję energii, (...) pełnił i nadal pełni funkcję operatora systemu dystrybucyjnego na terenie jego sieci elektroenergetycznej. Na skutek zmian stanu prawnego (...) dokonał rozdzielenia działalności w zakresie dystrybucji energii elektrycznej od działalności związanej z obrotem energią – (...) Sp. z o. o. wstąpiła w prawa i obowiązki wynikające z wszelkich umów sprzedaży energii elektrycznej, zawartych uprzednio przez (...). W tym stanie rzeczy podmiotem prowadzącym działalność w zakresie obrotu energią elektryczną jest po 1 lipca 2007r. wyłącznie ww. spółka, natomiast (...) pozostał operatorem systemu dystrybucyjnego, wyłącznie odpowiedzialnym za świadczenie usług dystrybucji energii na terenie jego sieci elektroenergetycznej. Prezes UOKiK ustalił, że niezależnie od powyższego, w wyniku kolejnych przekształceń dotyczących struktury organizacyjnej, (...) wszedł w skład holdingu energetycznego pod nazwą (...), który rozpoczął działalność 9 maja 2007 r.

W dalszej kolejności organ antymonopolowy ustalił, że dystrybucją energii elektrycznej w Polsce zajmuje się 14 spółek dystrybucyjnych, które – występując w roli operatorów systemów dystrybucyjnych – są wyłącznie odpowiedzialne na terenie, na którym prowadzą działalność za prawidłowe funkcjonowanie sieci dystrybucyjnych. Natomiast spółek obrotu działa w Polsce kilkadziesiąt.

Prezes UOKiK przyjął, że udział w sprzedaży (...) w całkowitym wolumenie energii elektrycznej, sprzedanej przez wszystkie przedsiębiorstwa energetyczne w Polsce, wynosi 13,12% w roku 2005, zaś w roku 2006 – 14,62%.

Według Prezesa, znaczenie dla potrzeb oceny przedmiotowej sprawy mają dwa rynki: konkurencyjny – obrotu energią elektryczną oraz zdominowany (z uwagi na monopol sieciowy (...)) – dystrybucji tej energii. W jego ocenie, rynki te cechuje ich wzajemna zależność, tj. 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 (...). Tak więc - zgodnie z ustaleniami organu – aby w ogóle możliwa była sprzedaż energii elektrycznej na terenie sieci (...), konieczne jest uprzednie zawarcie umowy o świadczenie usług dystrybucji – na warunkach określonych przez (...), m.in. zobowiązujących wprost i bezwarunkowo do stosowania Instrukcji Sieci Rozdzielczej. Ponadto, ponieważ odbiorca energii prowadzący działalność na terenie sieci elektroenergetycznej (...) – 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 (...)). Oznacza to, iż rozliczania za niezakontaktowaną z przedsiębiorstwem obrotu energią elektryczną – czyli energią rezerwową, stanowiącą różnicę pomiędzy energią zamówioną a faktycznie zużytą – odbywają się w każdym przypadku z udziałem (...), który określa w Instrukcji Sieci Rozdzielczej i umowie dystrybucji energii zasady rozliczania takich odchyleń.

Na podstawie art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 20007r. o ochronie konkurencji i konsumentów - biorąc pod uwagę fakt, iż postępowanie antymonopolowe w przedmiotowej sprawie zostało wszczęte w dniu 6 marca 2006r., a więc na podstawie przepisów ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów i nie zastało zakończone do dnia 21 kwietnia 2007 r. - organ antymonopolowy stwierdził, że w niniejszej sprawie zastosowane mają przepisy ustawy dotychczasowej. Jednocześnie, mając na uwadze opisane w uzasadnieniu decyzji stanowiska judykatury i jurysprudenencji oraz własną ocenę prawną, Prezes UOKiK uznał się za właściwy do rozpatrzenia wszystkich zarzutów antymonopolowych objętych niniejszą decyzją.

Odnosnie przesłanki naruszenia interesu publicznego przyjęto, iż zachowania (...) – 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.

Organ antymonopolowy przyjął, że w rozpatrywanej sprawie rynkiem właściwym w ujęciu produktowym w odniesieniu do zarzutów 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. Czynnikiem przesądzającym o takim zakresie rynku produktowego jest okoliczność braku substytutów dla usług dystrybucji energii elektrycznej. Za rynek właściwy geograficznie uznano w sprawie obszar dystrybucyjnej sieci elektroenergetycznej (...), natomiast rynkiem, na którym odczuwalne są skutki działań i zaniechań (...) – 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). Prezes UOKiK stwierdził, że rynek obrotu energią elektryczną jest rynkiem konkurencyjnym. Sprzedawcy energii – tj. przedsiębiorstwa energetyczne posiadające, jak Wnioskodawca i (...) 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 - jak wskazał organ – odbiorcy energii elektrycznej, a przynajmniej duzi przedsiębiorcy, z których działalnością związany jest zarzut określony w punkcie I niniejszej decyzji – dysponowali swobodą wyboru dostawcy energii na terenie całego kraju. Prezes przyjął zatem, że w przedmiotowej sprawie rynek obrotu energią elektryczną ma w aspekcie geograficznym charakter rynku krajowego. Według organu, na krajowy zasięg tego rynku wskazują również dane rynkowe publikowane przez URE, według których w 2004r. uprawnieni do zakupu energii na zasadach TPA odbiorcy przyłączeni do sieci dystrybucyjnej (...) 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 (...) przedsiębiorców funkcjonujących na rynku obrotu. W ocenie Prezesa, wskazuje to, że o odbiorców przemysłowych

znajdujących się w zasięgu sieci dystrybucyjnej (...) trwała rzeczywista konkurencja, a przedsiębiorca ten, w zakresie działań na rynku obrotu energią elektryczną na rzecz odbiorców przemysłowych poddany był faktycznej presji za strony rywali, którzy byli w stanie przeciwstawić konkurencyjną ofertę i pozyskać klientów przyłączonych do sieci dystrybucyjnej (...).

Określając pozycję (...) na rynkach właściwych Prezes UOKiK stwierdził, że na rynku dystrybucji energii elektrycznej, obejmującym jego własną sieć elektroenergetyczną, (...) jest monopolistą naturalnym i nie spotyka się z żadną konkurencją. Siła rynkowa, jaką (...) posiada na tym rynku jest czynnikiem, który pozwala mu wpływać na warunki konkurencji na rynku współzależnym, tj. rynku obrotu energią elektryczną. W ocenie organu, (...) 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. (...) może w zasadniczym stopniu kształtować warunki konkurencji na rynku obrotu energią elektryczną poprzez określenie zasad i stwarzanie faktycznych możliwości korzystania zarówno z praw dostępu stron trzecich (innych przedsiębiorstw energetycznych) do jego sieci dystrybucyjnej, jak i korzystania przez odbiorców przyłączonych do sieci (...) z uprawnienia swobodnego wyboru sprzedawcy. Z kolei – jak wskazano w uzasadnieniu decyzji - zarówno (...), jak i (...) prowadzą działalność na konkurencyjnym rynku obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA, współzawodnicząc ze sobą o klientów, będących odbiorcami energii. Rynek ten jest rynkiem w pełni konkurencyjnym, mocno rozdrobnionym, na którym działa wiele różnych przedsiębiorców energetycznych, dysponujących koncesją w zakresie obrotu energią.

Odnosnie praktyki w zakresie braku możliwości tworzenia na terenie dystrybucyjnej sieci elektroenergetycznej (...) wspólnych jednostek rozliczeniowych dla potrzeb rozliczania i bilansowania więcej niż jednego odbiorcy energii Prezes UOKiK stwierdził, że (...) naruszył swoim zachowaniem przepisy art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 5 ustawy antymonopolowej. Oceniając poszczególne przesłanki art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 uokik Prezes stwierdził, że w analizowanym przypadku wystąpił w stosunkach między stronami postępowania antymonopolowego element przymusu. Zauważył bowiem, że (...) i (...) pozostają ze sobą w takim stosunku prawnym, w którym (...) 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. (...) nie ma żadnych możliwości dostarczania energii elektrycznej do własnych odbiorców, przyłączonych do dystrybucyjnej sieci elektroenergetycznej (...), jak tylko z wykorzystaniem tej sieci, w wyniku czego w oczywisty sposób jest zobligowany do zawarcia z (...) umowy dystrybucji dostarczanej przez siebie energii. Uwzględniając ww. okoliczności organ antymonopolowy przyjął zatem, że (...) narzuca swojemu konkurentowi w sposób bezpośredni warunki umów dystrybucji energii elektrycznej, (...) jest bowiem jednocześnie zmuszony do występowania w roli kontrahenta (...). W zakresie przesłanki „nieuczciwości” narzucanych warunków umów organ antymonopolowy przyjął, że postanowienie punktu IV.16.2. Instrukcji Sieci Rozdzielczej (...) zezwalało wprawdzie na utworzenie wspólnej jednostki graficznej 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, Prezes przyjął, iż na terenie sieci dystrybucyjnej (...) nie było możliwe utworzenie jednej jednostki graficznej dla dwóch lub większej liczby odbiorców i rozliczanie różnic energii zamówionej i wykorzystanej przez tych odbiorców wspólnie dla wszystkich z nich. Jak stwierdził organ, zupełnie inaczej rozlicza się (...) z(...), inaczej zaś – według mniej korzystnych zasad – spółka obrotu z (...). Tak bowiem, na podstawie Instrukcji Sieci Przesyłowej (...), (...) zgłasza mu planowaną ilość energii elektrycznej, a następnie rozliczanie odchyleń od pozycji kontraktowej odbiorców odbywa się także wspólnie dla wszystkich podmiotów przyłączonych do sieci (...) (niezależnie od tego, czy są odbiorcami uprawnionymi do korzystania ze swobodnego wyboru sprzedawcy, czy nie i czy w ogóle korzystają z zasady TPA). Natomiast – jak wskazał Prezes – zgodnie z zapisami Instrukcji Sieci Rozdzielczej (...), przedsiębiorstwo obrotu – sprzedające na zasadzie TPA energię elektryczną odbiorcom przyłączonym do sieci (...) – musiało tworzyć odrębne jednostki graficzne dla każdego odbiorcy energii oraz osobno zgłaszać zapotrzebowanie i rozliczać odchylenia od pozycji kontraktowej tych odbiorców. Według Prezesa, argumentacja i wywody w zaprezentowanym powyżej zakresie potwierdzone zostały przez organ antymonopolowy w

zebranych w trakcie postępowania materiale dowodowym, tj. w wyniku informacji i wyjaśnień uzyskanych od Prezesa URE. Zdaniem tego ostatniego, w analizowanym przypadku działań (...), 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. Dla potrzeb oceny analizowanego zarzutu Prezes UOKiK posłużył się też innym wnioskiem wyprowadzonym przez Prezesa URE, do którego w pełni się przychylił, mianowicie – możliwość tworzenia grup bilansujących – czyli łączenia kilku odbiorców w ramach jednej jednostki graficznej – jest dopuszczalna na gruncie obowiązującej w polskim porządku prawnym zasady swobody zawierania umów, wyrażonej w art. 353⁽¹⁾ k.c. W ocenie obu Prezesów, tego ustawowego uprawnienia nie może ograniczać Instrukcja Sieci Rozdzielczej (Dystrybucyjnej), jako dokument wewnętrzny każdej spółki dystrybucyjnej. Organ antymonopolowy stwierdził, że przepisy PE 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 graficznej dla kilku odbiorców energii elektrycznej. Wskazał również, że dopuszczalność grupowania odbiorców przyłączonych do tej samej sieci dystrybucyjnej potwierdzona została przez jednego z operatorów systemów dystrybucyjnych – (...). Prezes stwierdził, że skoro technicznie i organizacyjnie możliwe jest grupowanie odbiorców energii elektrycznej, dla potrzeb wspólnego rozliczania ich odchyleń, na podstawie umowy przesyłowej (...), to nie ma przeszkód, aby możliwość taka była stworzona również przez operatora systemu dystrybucyjnego. W opinii organu antymonopolowego, ocena pod kątem nieuczciwości warunków umów dokonywana winna być również na podstawie wyważenia interesów stron umowy, z uwzględnieniem zasady ekwiwalentności świadczeń. W tym zakresie przyjęto, że uwzględniając inne postanowienia umów dystrybucji energii elektrycznej, uzgadnianie przez (...) z jego kontrahentami – spółkami obrotu (jako przykład wskazano konieczność ustanowienia na rzecz (...) zabezpieczeń finansowych z tytułu uczestnictwa w rynku bilansującym), 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 (...), a tym samym zupełnie nie uwzględniają interesów drugiej strony umowy. Oceniając przedmiotową praktykę pod kątem art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 uokik Prezes UOKiK stwierdził, iż mimo że elektroenergetyczna sieć dystrybucyjna została faktycznie udostępniona m.in. spółkom obrotu energią, tzn. mogły one, korzystając z niej przesłać 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 (...). W ten sposób, jak przyjął organ, z uwagi na monopolizację rynku dystrybucji energii elektrycznej, (...) posiadała decydujący wpływ na rynek obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA. W ocenie organu, zapis punktu IV.16.2. Instrukcji Sieci Rozdzielczej – stosowanej jako załącznik, będący integralną częścią umowy dystrybucyjnej – ograniczał przedsiębiorstwom obrotu możliwości skutecznego konkutowania z (...) na zasadach wolnorynkowych, czyli równoprawnych. Zarzucona (...) praktyka postępowania winna być – zdaniem Prezesa – 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 przedsiębiorstwom obrotu konkutowanie z (...) na krajowym rynku obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA. Organ antymonopolowy zauważył, że (...) był w stanie zaoferować korzystniejsze warunki sprzedaży energii elektrycznej, ponieważ dysponował 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 (...) mógł ponosić znaczne, a nawet trudne do przewidzenia w momencie składania oferty i zawierania umowy sprzedaży energii elektrycznej koszty i ryzyko niezbilansowania odbiorców. Natomiast, według Prezesa, pozostali sprzedawcy energii elektrycznej, prowadzący działalności na terenie sieci elektroenergetycznej (...) i obsługujący przyłączonych do niej odbiorców, nie mogli ich samodzielnie rozliczać i bilansować, niwelując różnice odchyleń energii, nawet własnych nielicznych odbiorców. Organ antymonopolowy przyjął, że jedynym ekonomicznym uzasadnieniem realizowanej przez (...) strategii działania było dążenie do utrzymania wszystkich dotychczasowych odbiorców energii, co prowadziło do eliminowania lub ograniczania działalności konkurentów na krajowym rynku obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na

zasadach TPA. Mając na względzie dokonane ustalenia faktyczne i dowody na ich poparcie, Prezes UOKiK stanął na stanowisku, że datą właściwą dla stwierdzenia zaniechania stosowania przez (...) praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w punkcie II sentencji decyzji jest dzień 1 stycznia 2007r., po której to dacie przedmiotowa praktyka nie mogła być już przez (...) stosowana.

Odnośnie obowiązku ustanawiania na rzecz (...) przez jego kontrahentów zabezpieczeń finansowych z tytułu uczestnictwa w rynku bilansującym Prezes UOKiK stwierdził, że warunek ten nałożony został wyłącznie na te przedsiębiorstwa, niezależnie od ryzyka występującego po obu stronach kontraktu. Ocenie pod kątem przesłanek z art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 uokik poddano zapisy punktów D załącznika nr 4 do Instrukcji Sieci Rozdzielczej – w zakresie obowiązkowych zabezpieczeń finansowych z tytułu uczestnictwa w rynku bilansującym. Na podstawie treści tych zapisów w uzasadnieniu decyzji przyjęto, że spółka obrotu – sprzedając energię elektryczną odbiorcom TPA, przyłączonym do sieci (...) – była zobowiązana ustanowić na jego rzecz zabezpieczenie finansowe w postaci weksla in blanco lub też w innej formie przewidzianej w Instrukcji, chociaż (...) nie miał takiego wzajemnego obowiązku wobec swego kontrahenta (spółki obrotu). Według organu antymonopolowego, do takiej nierówności stron umowy o świadczenie przez (...) usług dystrybucji energii elektrycznej dochodziło, pomimo że z reguły obie strony były wobec siebie na przemian zobowiązane lub uprawnione. Prezes UOKiK stwierdził ponadto, że na podstawie punktów D.1.1. i D.1.3. ww. załącznika, przedsiębiorstwa obrotu energią elektryczną zmuszone były do ustanowienia takiej liczby zabezpieczeń, jak wynikała z liczby obsługiwanych odbiorców, tzn. po jednym na każdego z nich. Organ wskazał, że taki stan rzeczy potwierdzony został dodatkowo przez (...) w trakcie postępowania antymonopolowego, poprzez przedłożenie dowodów w postaci weksli in blanco i deklaracji wekslowych, ustanowionych przez (...) na rzecz (...) – (...), który w latach 2004-2005 sprzedawał energię elektryczną dla dwóch odbiorców, tj. (...) oraz (...) S.A., zmuszony był do ustanowienia dwóch odrębnych zabezpieczeń finansowych z tytułu uczestnictwa w rynku bilansującym dla każdego z nich. W opinii Prezesa, 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. Według ustaleń organu, tak niekorzystnych zasad ustalania zabezpieczeń finansowych z tytułu uczestnictwa w rynku bilansującym nie stosował (...), jak również inny operator systemu dystrybucyjnego – (...). Ostatecznie Prezes UOKiK przyjął, że narzucone przez (...), w jego Instrukcji Sieci Rozdzielczej, warunki umów dystrybucji energii elektrycznej – w zakresie przedmiotowych zabezpieczeń, są warunkami nieuczciwymi. Stwierdził, że zakwestionowane zasady ustalania zabezpieczeń finansowych w tak niekorzystnym dla sprzedawców – spółek obrotu energią oraz samych odbiorców energii kształcie nie wynikają z żadnego z powszechnie obowiązujących przepisów prawa, zwłaszcza nie przewiduje ich art. 5 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo energetyczne, który określa jakie elementy i postanowienia powinna zawierać umowa o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji energii elektrycznej. Organ podkreślił również, iż w aktualnie stosowanej Instrukcji Sieci Rozdzielczej (...) nie zostały przewidziane jakiegokolwiek formy zabezpieczenia jego należności wobec użytkowników systemu elektroenergetycznego z tytułu odchyleń na rynku bilansującym pomimo, że stan prawny (wynikający zarówno z przepisów Prawa Energetycznego), jak również zapisów Instrukcji Sieci Przesyłowej (...), nie uległ w tym zakresie zasadniczym zmianom. W ocenie Prezesa, przedmiotowa praktyka postępowania (...) 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 kwalifikowana jako bariera prawidłowego, nieskrępowanego rozwoju konkurencji, negatywnie oddziałująca na rynek właściwy. Jego zdaniem, praktyka takiego działania monopolisty sieciowego była przez niego narzucona, utrudniając przedsiębiorstwom obrotu konkurowanie (...) 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 uokik. Prezes zaznaczył, że postępowanie (...) nie znajduje uzasadnienia ze względów organizacyjnych, technicznych lub prawnych. Organ antymonopolowy zważył dodatkowo, że działania (...) w kwestionowanym powyżej zakresie były stosowane do końca roku 2006r i zostały zaniechane z dniem 1 stycznia 2007r., bowiem z tym dniem (...) wprowadził w życie zaktualizowaną Instrukcję Sieci Rozdzielczej (...), która nie przewidywała jakichkolwiek form zabezpieczenia jego należności wobec użytkowników systemu elektroenergetycznego z tytułu odchyleń na rynku bilansującym.

W ocenie Prezesa UOKiK, charakter praktyk określonych w punkcie II sentencji decyzji, związanych z nadużywaniem przez (...) pozycji dominującej, w pełni uzasadnia nałożenie na tego przedsiębiorcę kary pieniężnej. Organ 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 nałożonej kary pieniężnej uwzględniono przede wszystkim charakter praktyki, ale również skutki, jakie wywołuje ona dla uczestników rynku. Biorąc pod uwagę: wpływ naruszenia na rynek właściwy w zakresie obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA, okres stosowania zakwestionowanej praktyki, okoliczności obciążające (fakt umyślnego naruszenia przepisów ustawy antymonopolowej) i łagodzące (efektywna współpraca (...) z organem antymonopolowym w trakcie prowadzonego postępowania, zaniechanie stosowania praktyki), jak również wymóg pozostawiania wysokości kary pieniężnej we właściwej proporcji do potencjału ekonomicznego sprawcy oraz korzyści, jakie osiągnął lub zamierzał osiągnąć – Prezes UOKiK postanowił nałożyć na (...) karę w wysokości stanowiącej ok.(...)% przychodu (...) w roku 2008, czyli prawie(...)% jej maksymalnego ustawowego wymiaru

Postępowanie w przedmiocie stwierdzenia stosowania praktyk monopolistycznych poprzez narzucanie w odpowiedziach na zapytania ofertowe i w umowach rażąco niskich cen sprzedaży energii umorzono albowiem w ocenie Prezesa (...) S.A. nie posiada pozycji dominującej na krajowym rynku obrotu energią elektryczną (s. 67 uzasadnienia) na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru (posiadał udział w sprzedaży w wysokości 27, 3% w okresie objętym badaniem decyzji).

W tym stanie rzeczy nie zachodziła podstawowa przesłanka wszczęcia postępowania antymonopolowego tj. posiadanie przez (...) pozycji dominującej na krajowym rynku obrotu energią elektryczną na rynku właściwym w rozumieniu art. 8 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie praw konkurencji i konsumentów.

Ponadto, w ocenie organu antymonopolowego działania (...) polegającej na nakładaniu na odbiorców końcowych energii elektrycznej obowiązku modernizacji ich układów pomiarowo – rozliczeniowych (w przypadku korzystania z prawa do zmiany sprzedawcy energii) nie wypełniają znamion praktyk z art. 8 ust. 2 pkt 1 i 5 ustawy ze względu na obiektywne uzasadnione zachowanie (...) i wyjątkowy charakter przedmiotowych działań. Prezes UOKiK przyjął, że stosowane przez (...) wymagania techniczne dla układów i systemów pomiarowo – rozliczeniowych nie dyskryminują żadnej z grup odbiorców i nie stawiają ich w gorszej sytuacji prawnej bądź ekonomicznej. Przeciwnie wymagania te podyktowane są względami natury organizacyjnej i technicznej a jednocześnie mieszczą się w ramach obowiązujących zasad krajowego systemu elektroenergetycznego. (k. 3-61).

Odwołanie od powyższej decyzji w dniu 19 stycznia 2010 r. (data stempla pocztowego) wniosła (...) S.A., zaskarżając decyzję w części, tj. w pkt II i IV, wnosząc jednocześnie o jej uchylenie w punkcie II i punkcie IV w całości, względnie wnosząc o zmianę punktu II decyzji w całości poprzez uznanie, że stosowane przez (...) S.A. praktyki opisane w tiret pierwsze i tiret drugie tego punktu nie stanowią praktyk ograniczających konkurencję oraz uchylenie punktu IV decyzji w całości. Dodatkowo Spółka wniosła o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa w postępowaniu według norm prawem przepisanych. Przedmiotowej decyzji zarzucono naruszenie:

1) § 3 ust. 4 i § 6 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002r. ws. określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, tj. z naruszeniem właściwości miejscowej i rzeczowej Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura w K. oraz z przekroczeniem uprawnień Dyrektora Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura w K.;

2) art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 15.12.2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik), w następstwie niewłaściwego zastosowania tych przepisów, w wyniku czego Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznał, że stosowane przez (...) S.A. warunki umowne, opisane w pkt II tiret pierwsze i tiret drugie decyzji, są warunkami nieuczciwymi;

3) art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 uokik w następstwie niewłaściwego zastosowania tych przepisów, w wyniku czego Prezes UOKiK uznał, że (...) S.A. stosując warunki umowne opisane w pkt II tiret pierwsze i tiret drugie decyzji, przeciwdziałal ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na krajowym rynku obrotu energią elektryczną;

4) art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 uokik, w następstwie niewłaściwego zastosowania tych przepisów, w wyniku czego Prezes UOKiK uznał, że posiadając pozycję dominującą na lokalnym rynku dystrybucji energii elektrycznej (...) S.A. miał możliwość przeciwdziałania ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na krajowym rynku obrotu energią elektryczną;

5) art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 uokik, w następstwie niewłaściwego zastosowania tych przepisów, w wyniku czego Prezes UOKiK uznał, że stosowanie przez (...) S.A. warunku umownego, opisanego w pkt II tiret pierwsze decyzji, nie znajdowało uzasadnienia w przepisach prawa oraz w Instrukcji Sieci Przesyłowej z 2004r.;

6) błędne ustalenie stanu faktycznego sprawy oraz przekroczenia zasady swobody oceny dowodów (art. 233 § 1 k.p.c.w zw. z art. 81 uokik), w następstwie czego Prezes UOKiK:

a. przyjął, że korzystniejsze oferty składane odbiorcom energii przez (...) S.A. w stosunku do ofert innych przedsiębiorstw obrotu były wynikiem możliwości bilansowania handlowego odbiorców przez (...) S.A. przy równoczesnym braku takiej możliwości ze strony innych przedsiębiorstw obrotu energią;

b. przyjął, że wystawienie w tym samym okresie przez (...) na rzecz (...) S.A. dwóch weksli in blanco potwierdza, że (...) S.A. wymagał ustanowienia niezależnych zabezpieczeń w stosunku do każdego z odbiorców obsługiwanych przez dane przedsiębiorstwo obrotu;

c. uznał za udowodnione okoliczności podane przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki oraz Operatora Systemu Przesyłowego w wyjaśnieniach złożonych przez wymienione instytucje w toku postępowania antymonopolowego.

Strona powodowa wskazała, że integralną częścią odwołania jest opinia dr K. K., a stanowisko wyrażone w tej opinii strona uznaje w całości za własne.

Ustosunkowując się do pierwszego z zarzutów (...) wskazała, że na podstawie Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. ws. określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Delegatura Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w K. uznała się rzeczowo i miejscowo za właściwą do rozpoznania niniejszej sprawy w następstwie czego, decyzja została podpisana przez Dyrektora Delegatury w K. działającego z upoważnienia Prezesa UOKiK. W ocenie skarżącej, nastąpiło to z rażącym naruszeniem przepisów prawa, co uzasadnia uchylenie decyzji. W kontekście § 3 ust. 4 i § 6 ust. 1 przedmiotowego rozporządzenia Spółka stwierdziła bowiem, że skoro konsekwencje zarzuconych (...) praktyk ujawniały się („były odczuwalne”) na rynku obrotu energią elektryczną, który obejmuje cały obszar kraju, należy przyjąć, że niniejsza sprawa należała do właściwości rzeczowej oraz miejscowej Prezesa UOKiK – Centrala w W.. Podobnie, ustalony przez organ antymonopolowy rynek właściwy jest na tyle obszerny, że uzasadnia – zdaniem powódki – przyjęcie, że sprawa rzeczowo i miejscowo należy do Prezesa UOKiK – Centrala w W.. Z kolei brak właściwości miejscowej i rzeczowej Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura w K. przesądza o braku upoważnienia Dyrektora tej Delegatury do wydania w imieniu Prezesa UOKiK zaskarżonej decyzji.

Odnośnie drugiego zarzutu odwołania (...) podniosła w szczególności, że zgodnie z prezentowanymi w literaturze poglądami przesłanka „nieuczciwych” warunków umownych nie powinna być interpretowana rozszerzająco. Powołując się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 lutego 2009 r. (III SK 31/08) wskazała, że „nieuczciwość” warunków należy oceniać z perspektywy kryteriów prawnych, jak i ekonomicznych. W zakresie kryterium prawnego Spółka stwierdziła, że w stanie prawnym obowiązującym przed 1 czerwca 2006r., tj. przed datą wejścia w życie Instrukcji Sieci Przesyłowej z 2006r., nie było obowiązków tworzenia przez OSD grup bilansujących, co potwierdził organ antymonopolowy w uzasadnieniu decyzji oraz Prezes URE w piśmie z dnia 27 czerwca 2006r. dopatrując się możliwości tworzenia grup bilansujących wyłącznie na zasadzie swobody umów (art. 353¹ k.c.). (...) wskazała

również, że w nadmienionym okresie nie było i nadal nie jest zakazane stosowanie zabezpieczeń finansowych w umowach cywilnoprawnych. Zdaniem powódki, w analizowanym przypadku nie zostało spełnione również kryterium ekonomiczne. W tym zakresie podniesiono, że wbrew błędnym ustaleniom poczynionym przez organ antymonopolowy:

- (...) S.A. w ramach uczestniczenia w Rynku (...) posiadał wyłącznie jedną jednostkę grafikową, w której były zagregowane wyłącznie miejsca dostarczania należące do (...) S.A. Przez miejsca te dostarczana była energia elektryczna wyłącznie do fragmentów sieci rozdzielczej stanowiącej własności (...) S.A. Zatem, wbrew ustaleniom organu antymonopolowego, w obrębie jednostki grafikowej (...) nigdy nie były zagregowane miejsca dostarczania do urzędzeń lub instalacji innych odbiorców energii elektrycznej;

- przedsiębiorstwa obrotu energią na korzystniejszych zasadach niż (...) S.A., miały możliwość dysponowania na Rynku (...) jednostkami grafikowymi, w ramach których mogły być agregowane miejsca dostarczania energii elektrycznej do urzędzeń lub instalacji jednego lub większej liczby odbiorców. W konsekwencji, sytuacja przedsiębiorstw obrotu – w obszarze grupowego bilansowania handlowego – była, co najmniej, tak samo korzystna jak sytuacja (...) S.A.

W dalszej kolejności strona powodowa wskazała, że energia elektryczna z sieci przesyłowej do sieci dystrybucyjnej (...) S.A. dostarczana była za pośrednictwem 27 miejsc dostarczania, które są wyłącznie miejscami dostarczania energii elektrycznej znajdującymi się na styku sieci przesyłowej oraz sieci dystrybucyjnej, której właścicielem jest (...) S.A. W konsekwencji, (...) S.A. – w ramach posiadanej jednostki grafikowej na Rynku (...) – nie miał zagregowanych swoich miejsc dostarczania z miejscami dostarczania innych odbiorców i co za tym idzie – nie rozliczał się wspólnie z odchyleń własnych i innych odbiorców, lecz wyłącznie z odchyleń własnych. Z kolei, jak podniosła powódka, przedsiębiorstwa obrotu, w tym (...), miały możliwość posiadania na Rynku (...) jednej lub większej ilości jednostek grafikowych odbiorczych, w których mogły być zagregowane miejsca dostarczania odbiorców energii elektrycznej z obszaru sieci należącej do jednego operatora systemu dystrybucyjnego. Spółka podkreśliła, że uczestnikiem Rynku (...) dla danej jednostki grafikowej nie byli odbiorcy energii, których miejsca dostarczania były w niej zagregowane, lecz bezpośrednio przedsiębiorstwo obrotu dysponujące tą jednostką grafikową. Zatem, według (...), to przedsiębiorstwa obrotu – będąc uczestnikiem Rynku (...) – mogły rozliczać się bezpośrednio z OSP z łącznych odchyleń spowodowanych przez wszystkie miejsca dostarczania zagregowane w danej jednostce grafikowej. Reasumując, powódka stwierdziła, że przed datą wejścia w życie Instrukcji Sieci Przesyłowej z 2006 r. przedsiębiorstwa obrotu miały możliwość tworzenia bezpośrednio na Rynku (...) grup bilansujących poprzez tworzenie oraz dysonowanie jednostkami grafikowymi odbiorczymi, w skład których mogły wchodzić miejsca dostarczania energii należące do odbiorców przyłączonych do sieci jednego OSD. Jej zdaniem, nie było zatem potrzeby tworzenia przez (...) S.A. ram prawnych (warunków umownych), które umożliwiałyby osiągnięcie analogicznego efektu na poziomie sieci dystrybucyjnej. Według (...), poprzez postanowienie pkt IV.16.2. Instrukcji Sieci Dystrybucyjnej z 2005 r. Spółka nie pogorszyła w jakimkolwiek zakresie sytuacji ekonomicznej przedsiębiorstw obrotu energią, w stosunku do sytuacji (...) S.A. skoro przedsiębiorstwa te, na co najmniej równie korzystnych warunkach jak (...) S.A., mogły tworzyć na Rynku (...) jednostki grafikowe odbiorcze oraz rozliczać się ze wspólnych odchyleń wszystkich odbiorców, których miejsca dostarczania energii wchodziły w skład jednej i tej samej jednostki grafikowej. Powódka stwierdziła zatem, że skoro warunek umowy stosowany przez (...) S.A. nie stawiał przedsiębiorstwa obrotu w ekonomicznie gorszej sytuacji, nie zachodzą podstawy do przyjęcia, że zostało spełnione kryterium ekonomiczne pozwalające warunek ten uznać za „nieuczciwy”.

W uzasadnieniu odwołania zarzucono także organowi antymonopolowemu błędy przy ustalaniu przyczyn, które umożliwiały (...) S.A. przejmowanie w całości lub w znacznym zakresie ryzyka odchyleń od pozycji kontraktowej. Otóż według Spółki, w związku z faktem, że przed 1 lipca 2007 r. (...) S.A. stanowił przedsiębiorstwo zintegrowane pionowo oznaczało to, że był on właścicielem przyłączonych do jego sieci kilku jednostek wytwórczych (elektrowni), a jako operator systemu dystrybucyjnego był uprawniony do dysponowania powyższymi oraz innymi jednostkami wytwórczymi, czyli miał możliwość decydowania o ich pracy (obciążeniu) w każdej godzinie doby. Powyższe dawało (...) S.A. możliwość w ograniczonym zakresie korygowania wielkości odchyleń od pozycji kontraktowej już po złożeniu

grafiku obciążeń do OSP. Przy czym, jak wyjaśniła powódka, korygowanie to nie polegało na zmianie treści grafiku obciążeń, lecz poprzez możliwość wpływania na pracę jednostek wytwórczych (elektrowni) przyłączonych do sieci dystrybucyjnej (...) S.A. Spółka nie miała możliwości oddziaływania na pracę jednostek wytwórczych przyłączonych do sieci innych OSD dlatego też, jak uzasadniała (...), w ofertach składanych odbiorcom przyłączonym do sieci innych operatorów nie proponowała ona przejęcia w 100 % lub w znacznej części ryzyka odchylenia od pozycji kontraktowej.

Zdaniem strony powodowej, organ antymonopolowy na skutek błędnych ustaleń doszedł do przekonania, że przyjęte w Instrukcji Sieci Dystrybucyjnej z 2005 r. zasady ustanawiania zabezpieczeń finansowych były warunkami „nieuczciwymi”. W tym zakresie, w uzasadnieniu odwołania podniesiono w szczególności, że:

- w relacjach występujących pomiędzy (...) S.A. a jego kontrahentami, nieporównywalnie większe ryzyko spoczywało na (...) S.A., co uzasadniało ustanawianie zabezpieczenia wyłącznie na jego rzecz;

- w całości błędne jest stanowisko organu antymonopolowego wskazujące na to, że (...) S.A. wymagał od przedsiębiorstw obrotu energią ustanawiania oddzielnych zabezpieczeń w stosunku do każdego obsługiwanego przez te przedsiębiorstwa odbiorcy. Wbrew twierdzeniom organu, z Instrukcji Sieci Dystrybucyjnej z 2005r. nie wynika powyższy obowiązek. Spółka podniosła, że twierdzenia organu nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami;

- (...) S.A. nie stosował przypisywanej mu przez organ antymonopolowy praktyki, w ramach której domagał się ustanowienia zabezpieczenia nie tylko przez przedsiębiorstwa obrotu, ale równocześnie przez odbiorców energii elektrycznej obsługiwanych przez te przedsiębiorstwa. Zdaniem powódki, twierdzenie to nie zostało oparte na jakimkolwiek dowodzie, a powołane przez organ postanowienia Instrukcji Sieci Dystrybucyjnej z 2005r. nie zawierały obowiązku ustanawiania przez odbiorców zabezpieczenia niezależnie od zabezpieczenia ustanowionego przez przedsiębiorstwa obrotu.

Odnośnie trzeciego zarzutu powódka wskazała, że przedsiębiorstwa obrotu mogły tworzyć grupy bilansujące na poziomie sieci przesyłowej, na co najmniej tak korzystnych warunkach jak (...) S.A. Zatem, pozbawienie przedsiębiorstw obrotu możliwości tworzenia grup bilansujących na poziomie sieci dystrybucyjnej nie było warunkiem, który w jakimkolwiek zakresie zamykał lub ograniczał dostęp przedsiębiorstw obrotu do rynku obrotu energią elektryczną. Zdaniem Spółki, także obowiązek ustanawiania zabezpieczeń finansowych nie stanowił jakiegokolwiek bariery dostępu do rynku obrotu energią elektryczną, a odmienne twierdzenie organu antymonopolowego nie zostało poparte jakimkolwiek dowodem lub ustaleniem, wskazującym, że taki efekt powodował lub mógł powodować obowiązek ustanowienia zabezpieczenia. Tym samym, w ocenie (...), zarzut przeciwdziałania ukształtowaniu się warunków do rozwoju konkurencji należy uznać za nieuzasadniony.

W związku z zarzutem czwartym strona powodowa stwierdziła, że organ antymonopolowy popełnił zasadniczy błąd przyjmując, że (...) S.A. z samego faktu posiadania dominującej pozycji na lokalnym rynku dystrybucji energii elektrycznej miał faktyczną lub prawną możliwość oddziaływania na rynek obrotu energią elektryczną, który – zgodnie z ustaleniami organu – pokrywał powierzchnię całego kraju. Przede wszystkim, zdaniem Spółki, Prezes UOKiK nie poczynił żadnych ustaleń, ani nawet rozważań, czy i w jakim zakresie (...) S.A. miał możliwość oddziaływania na cały rynek obrotu energią elektryczną (a nie poszczególne jego fragmenty) i z jaką siłą miał możliwość oddziaływania (wpłymania) na rozwój konkurencji na tym rynku. W jej opinii, organ pominął także, że obrót energią elektryczną odbywał się na obszarach sieci dystrybucyjnych należących do pozostałych piętnastu spółek dystrybucyjnych (OSD) oraz na poziomie sieci przesyłowej należącej do OSP. Według powódki, z uwagi na uwarunkowania prawne oraz faktyczne, (...) S.A. nie miał żadnych możliwości oddziaływania na rynek obrotu pokrywający się z sieciami ww. operatorów.

W uzasadnieniu piątego zarzutu podniesiono m.in., że wbrew twierdzeniom Prezesa UOKiK, Prezesa URE oraz OSP, przed dniem wejścia w życie aktualnie obowiązującej Instrukcji Sieci Przesyłowej z 2006 r., nie istniała prawna możliwość tworzenia grup bilansujących w obrębie sieci dystrybucyjnych należących do OSD. Ograniczenia w tej mierze wynikały z przepisów kolejno obowiązujących rozporządzeń przyłączeniowych oraz z Instrukcji Sieci Przesyłowej z 2004r. Powódka wskazała, że w okresie obowiązywania Rozporządzenia Przyłączeniowego z 2000r.

OSD był zobligowany wyłącznie do przyjmowania od odbiorców oraz przekazywania do OSP grafików handlowych. Z uwagi na uregulowania wynikające z § 18 tego Rozporządzenia oraz z pkt 1.4.5. Instrukcji Sieci Przesyłowej z 2004r. OSD nie mieli możliwości tworzenia dla odbiorców przyłączonych do ich sieci dystrybucyjnej grup bilansujących w celu zgłaszania wspólnego grafiku handlowego i wspólnego rozliczania się przez tych odbiorców z odchyłeń od pozycji kontraktowej. W ocenie Spółki, dopuszczenie wyjątku od powyższego przez (...) oraz – przejściowo – przez (...) S.A. nie znajdowało umocowania w obowiązujących przepisach prawa. Jak zauważyła (...), z chwilą wejścia w życie Rozporządzenia Przyłączeniowego z 2004r. zadania w zakresie zgłaszania grafików handlowych do OSP zostały przekazane na rzecz podmiotów odpowiedzialnych za bilansowanie handlowe i z tą chwilą OSD (w tym (...) S.A.) przestali być uprawnieni oraz zobowiązani do bilansowania handlowego odbiorców korzystających z prawa wyboru sprzedawcy (zasady TPA). Tym bardziej, jak podkreśliła powódka, od tej chwili nie można było oczekiwać, aby (...) S.A. rozwijał i udoskonalał zasady bilansowania handlowego (umożliwiając tworzenie grup bilansujących), skoro nie miał prawa i obowiązków podejmować jakichkolwiek czynności w tym obszarze. W opinii Spółki, dopiero od wejścia w życie w dniu 1 czerwca 2006r. nowej Instrukcji Sieci Przesyłowej, zostały stworzone podstawy do agregowania odbiorców energii elektrycznej przyłączonych do sieci OSD w celu zgłaszania dla nich wspólnego grafiku handlowego oraz w celu wspólnego rozliczania odchyłeń od łącznie zadeklarowanej dla nich pozycji kontraktowej. Zatem, jak stwierdziła (...) S.A., dopiero z tą datą stało się możliwe – w zgodzie z przepisami prawa – uczynienie zadość oczekiwaniom (...).

W ramach zarzutu błędnego ustalenia stanu faktycznego sprawy oraz przekroczenia zasady swobody oceny dowodów w uzasadnieniu odwołania wskazano przede wszystkim, że:

- Prezes UOKiK pominął w całości aspekt, iż o atrakcyjności ofert składanych przez konkurujące podmioty najczęściej decyduje szereg okoliczności - jak chociażby koszty prowadzonej działalności, ceny, po jakich konkurujące podmioty nabywają towary lub usługi w celu ich dalszej odsprzedaży, przyjęte przez przedsiębiorstwa marże, okres prowadzonej działalności, efekt synergii itp. - i błędnie założył, że skoro oferty (...) S.A. były bardziej korzystne od konkurentów, oznacza to, że musi to być wyłącznie następstwem możliwości wspólnego rozliczania odchyłeń przez (...) S.A., przy braku takiej możliwości po stronie pozostałych przedsiębiorstw obrotu. Ponadto, organ antymonopolowy nie przeprowadził jakichkolwiek ustaleń w celu zweryfikowania, czy i w jakim zakresie odchylenia od pozycji kontraktowej miały wpływ na atrakcyjność składanych ofert;

- stanowiska Prezesa URE oraz OSP są jedynie opiniami w sprawie, których prawidłowość organ antymonopolowy winien był zweryfikować we własnym zakresie. Tymczasem, jak stwierdziła powódka, szereg twierdzeń wskazanych w pismach ww. instytucji, organ antymonopolowy bezkrytycznie uznał za własne (k. 62-118).

W piśmie procesowym z dnia 11 lutego 2011 r. (data stempla pocztowego) (...) S.A. podtrzymała żądanie pozwu w całości, wnosząc w pierwszej kolejności o uchylenie zaskarżonej decyzji w punkcie II i IV z uwagi na fakt, że została ona wydana z naruszeniem właściwości miejscowej i rzeczowej Prezesa UOKiK Delegatura w K. oraz została podpisana przez osobę do tego nieupoważnioną. Powódka wniosła również o rozważenie przez Sąd celowości prowadzenia postępowania dowodowego w niniejszej sprawie z uwagi na oczywistą wadliwość zaskarżonej decyzji uzasadniającej jej uchylenie z ww. przyczyn formalnych (k. 444 - 447).

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 30 lipca 2010 r. (data stempla pocztowego) Prezes UOKiK wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania sądowego wg norm przepisanych. (k. 252 – 268)

W ocenie pozwanego, wniesione odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ zebrany w sprawie materiał dowodowy jednoznacznie potwierdza, że powód stosował zarzucane mu praktyki ograniczające konkurencję, a podniesione zarzuty i ich uzasadnienie nie dają jakichkolwiek podstaw do uchylenia lub zmiany zaskarżonej decyzji. Zdaniem Prezesa, stanowią one w istocie polemikę z treścią uzasadnienia zaskarżonej decyzji a także z powołanymi w niej przepisami i orzecznictwem. Pozwany podtrzymał oraz uszczegółowił powyższe stanowisko w sprawie w piśmie procesowym z dnia 30 lipca 2010r. - data stempla pocztowego

Zainteresowany (...)S.A. – Grupa (...) (poprzednio (...) S.A.) nie zajął stanowiska w sprawie.

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

W dacie wydania zaskarżonej decyzji, polski sektor energetyczny dzielił się na cztery podsektory:

- sektor wytwarzania energii elektrycznej – elektrownie;
- sektor przesyłu energii elektrycznej – monopol (...) S.A.;
- sektor dystrybucji energii elektrycznej – prowadzonej przez 14 spółek dystrybucyjnych (w tym (...) S.A.) które świadczą usługi na podstawie umów zawartych z odbiorcami;
- sektor obrotu energią elektryczną.

Odwołujący (...) S.A. w K. posiada koncesje: na obrót energią elektryczną na terenie całej Polski oraz na przesył i dystrybucję energii na obszarze sieci elektroenergetycznej obejmującej obszar działania dawnych zakładów energetycznych w B., B., C., K. oraz T.. Na podstawie koncesji na obrót energią (...) S.A. prowadzi działalność związaną z zakupem i odsprzedażą energii elektrycznej i ciepła i w tym zakresie jego kontrahentami byli wytwórcy, odbiorcy oraz przedsiębiorstwa obrotu.

(...) S.A. jest monopolistą na ww. lokalnym rynku dystrybucji energii elektrycznej.

Obok działalności dystrybucyjnej, prowadzonej na rynku lokalnym, powodowa spółka prowadzi również koncesjonowaną działalność na rynku obrotu energią elektryczną, konkurując z innymi podmiotami.

Sprzedawcy energii – w tym (...) S.A. – mogą zaopatrywać się w energię elektryczną z dowolnego źródła oraz mogą sprzedawać tę energię dowolnemu odbiorcy, przynajmniej na terenie całej Polski. Jedną z płaszczyzn obrotu energią jest rynek bilansowy. Jego istotą jest bilansowanie produkcji energii z rzeczywistym zapotrzebowaniem oraz niwelowanie nieplanowanych odchyleń (tj. nadwyżek bądź niedoborów). Najbardziej aktywnymi uczestnikami rynku bilansującego są przedsiębiorstwa obrotu energią oraz spółki dystrybucyjne. Każdy uczestnik tego rynku składa swojemu dostawcy grafik handlowy w którym określa zapotrzebowanie na energię. Jeżeli 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 bądź operatorowi systemu przesyłowego (...) bądź dystrybutorowi. Zatem w przypadku rozbieżności (odchylenia) między ilością zadeklarowaną a zużytą zachodzi konieczność rozliczenia różnicy z operatorem. Każda taka transakcja jest finansowo skrajnie niekorzystna dla uczestnika rynku albowiem w razie konieczności zakupu niekontraktowanej energii cena jest o 1250% wyższa od ceny średniej, zaś w przypadku konieczności odsprzedania przekontraktowanej energii jej cena jest o 42% niższa od ceny średniej. Mechanizm grupowania odbiorców i posługiwania się przez nich wspólnymi jednostkami grafikiowymi pozwala na poczynienie znacznych oszczędności przy tego rodzaju rozliczeniach.

Dowód: twierdzenia pozwanego Prezesa UOKiK, niekwestionowane przez powoda, które Sąd uznał za przyznane na podstawie art. 229 k.p.c.

W ramach działalności prowadzonej na rynku lokalnym (...) S.A., jako monopolista - operator systemu dystrybucji energii, miał możliwość zgłaszania operatorowi systemu przesyłowego zbiorczej planowanej ilości energii elektrycznej, a następnie mógł rozliczać odchylenia od pozycji kontraktowej jego własnych odbiorców, również wspólnie dla wszystkich podmiotów przyłączonych do sieci (...).

Dowód: umowa z 2004r. o świadczenie usług przesyłowych między (...) S.A. a (...) S.A. wraz z załącznikami (k. 179-206)

wyciąg z instrukcji (...) S.A. (k. 810-861, t. V akt adm.)

(...) S.A. korzystał z możliwości grupowania własnych odbiorców i wzajemnego ich bilansowania. Ponoślił w ten sposób mniejsze koszty droższej energii rezerwowej. Z kolei umowy zawierane przez (...) S.A., począwszy od 24 marca 2005 r., z przedsiębiorstwami obrotu, sprzedającymi energię odbiorcom przyłączonych do sieci (...) S.A., nie dawały im takiej możliwości i przedsiębiorstwa te musiały tworzyć odrębne jednostki grafikowe dla każdego odbiorcy energii oraz osobno zgłaszać zapotrzebowanie i rozliczać odchylenia od pozycji kontraktowej swoich odbiorców.

Ponadto (...) S.A. stosował w umowach z odbiorcami warunki nakładające wyłącznie na tych odbiorców obowiązki ustanowienia zabezpieczeń finansowych z tytułu uczestnictwa w rynku bilansującym.

Dowód: umowa o świadczenie usług dystrybucji (wersja z rozliczaniem odchyleń) wraz z załącznikami (k. 344- 375 akt adm.)

instrukcja ruchu i eksploatacji sieci rozdzielczej (...) (k. 403 – 543 akt adm.)

Instrukcja Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej innej spółki dystrybucji energii – (...) nie przewidywała możliwości tworzenia jednej jednostki grafikowej dla kilku odbiorców w celu wspólnego rozliczania odchyleń od pozycji kontraktowej. Jednakże spółka ta, wychodząc naprzeciw potrzebom sprzedawców energii elektrycznej dopuściła tworzenie takich jednostek odbiorczych. Wskazana wyżej Instrukcja regulowała również zasady ustanawiania zabezpieczeń finansowych z tytułu uczestnictwa podmiotów w rynku bilansującym.

Dowód: pismo (...) (k. 870 – 871 akt adm.)

Wniosek o wszczęcie postępowania antymonopolowego, z powołaniem się na powyższe okoliczności, złożył (...) sp. z o.o. z siedzibą w K., którego następcą prawnym jest Elektrownia (...) S.A. – Grupa (...) z siedzibą w P..

Dowód: twierdzenia pozwanego przyznane przez stronę powodową na zasadzie art. 229 k.p.c.

Przedmiotem postępowania była działalność (...) S.A. prowadzona na rynku lokalnym oraz analiza skutków tej działalności, występujących na płaszczyźnie rynku krajowego. W dniu 31 grudnia 2009 r. Prezes UOKIK – Delegatura w K. wydał decyzję administracyjną mocą której uznał za praktykę ograniczającą konkurencję działalność (...) S.A. w K., przeciwdziałającą 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 nałożył z tego tytułu karę w wysokości 7 301 865 zł.

Dowód: decyzja Prezesa UOKIK – Delegatury w K. nr (...) z dnia 31 grudnia 2009 r. (k. 3 – 58)

Następcą prawnym (...) S.A. jest (...) S.A. w z siedzibą w K..

Dowód: odpis z KRS (k. 309)

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie znajdujących się w aktach sprawy oświadczeń stron zawartych w pismach procesowych – w zakresie, w jakim wynikające z nich okoliczności nie były kwestionowane przez żadną ze stron tj. co do okoliczności: struktury rynku obrotu energią w Polsce oraz pozycji powoda, którą zajmuje on na poszczególnych płaszczyznach tego rynku.

Ustalenia Sądu znajdują również uzasadnienie we wszystkich przeprowadzonych dowodach, które zostały powołane przy ustalaniu podstawy faktycznej rozstrzygnięcia.

Zgodnie z art. 227 k.p.c. przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie. Na tej podstawie Sąd oddalił wnioski dowodowe złożone przez stronę powodową. W ocenie Sądu okoliczności objęte wnioskami stały się nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sporu, zwłaszcza w kontekście zarzutu niewłaściwości organu administracyjnego, który wydał decyzję.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w całości.

W pierwszej kolejności podnieść należy, że kontrola orzeczenia ograniczała się do punktu II i IV sentencji decyzji, zgodnie z żądaniem odwołania. Stosownie bowiem do art. 321 § 1 k.p.c. sąd nie może wyrokować co do przedmiotu, który nie był objęty żądaniem, ani zasądzać ponad żądanie.

Powód podniósł zarzut naruszenia § 3 ust. 4 i § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur UOKiK. W ocenie powoda Delegatura UOKiK w K. jest jednostką niewłaściwą rzeczowo i miejscowo do rozpoznania niniejszej sprawy. Zdaniem powoda, skoro organ antymonopolowy uznał, że niniejsza sprawa dotyczy dwóch rynków tj. rynku właściwego (rynku dystrybucji energii elektrycznej na terenie sieci (...) S.A.) oraz rynku obrotu energią elektryczną, na którym miały być odczuwane skutki działań i zaniechań (...) S.A. podejmowanych na rynku lokalnym, to niniejsza sprawa należała do właściwości rzeczowej Prezesa UOKiK – Centrali w W..

W ocenie Sądu podniesiony zarzut zasługuje na uwzględnienie w całej rozciągłości.

Dla jego oceny konieczne jest przytoczenie następujących przepisów.

W myśl § 3 ust. 1 ww. rozporządzenia jeżeli strony postępowań w sprawach praktyk ograniczających konkurencję mają siedziby na terenie objętym właściwością miejscową dwóch lub więcej delegatur, właściwa jest delegatura ze względu na siedzibę przedsiębiorcy stosującego praktykę ograniczającą konkurencję, z zastrzeżeniem ust. 2 i 3. Zgodnie z ust. 2, jeżeli praktyka ograniczająca konkurencję jest związana z działalnością jednostki organizacyjnej przedsiębiorcy, w szczególności oddziału lub zakładu, właściwa jest delegatura ze względu na miejsce położenia tej jednostki organizacyjnej. Z kolei ust. 3 stanowi, iż jeżeli praktyką ograniczającą konkurencję jest porozumienie, o którym mowa w art. 5 ustawy, lub w razie powstania wątpliwości co do właściwości miejscowej delegatury w przypadku określonym w ust. 1 lub 2, delegaturę właściwą wskazuje Prezes Urzędu. W ust. 4 wskazano natomiast, że przepisy ust. 1-3 nie dotyczą przedsiębiorców działających w warunkach monopolu naturalnego (sieciowego), w szczególności w sektorze paliwowo-energetycznym, transporcie kolejowym i łączności, jeżeli stosowane przez nich praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na całym lub znacznej części rynku krajowego. W tych sprawach właściwy jest Prezes Urzędu - Centrala w W.

Zauważyć przy tym należy, iż postępowanie wyjaśniające wszczęto w listopadzie 2005 r., zaś antymonopolowe – w marcu 2006 r., zatem w sprawie niewątpliwie zastosowanie znajdują przepisy ww. rozporządzenia z 2002 r.

Według art. 29 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu jest centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów, który wykonuje swoje zadania przy pomocy Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Zgodnie z art. 33 ustawy, w skład Urzędu wchodzi Centrala w W. oraz - kierowane przez dyrektorów - delegatury Urzędu w B., w G., w K., w K., w L., w Ł., w P., w W. i we W. (analogiczne uregulowanie prawne zawierał art. 24 i art. 28 poprzedniej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 15 grudnia 2000 r., w oparciu o którą wydano zaskarżoną decyzję).

Centralnym organem administracji rządowej jest zatem jedynie Prezes Urzędu. Takiego statusu nie mają natomiast ani Urząd, ani delegatury, które mają za zadanie wspierać Prezesa w wykonywaniu jego zadań. Dyrektorzy delegatur nie posiadają samoistnych uprawnień do podejmowania decyzji i postanowień należących do właściwości delegatury. Zgodnie bowiem z art. 33 ust. 6 uokik, każdorazowo orzekają oni w imieniu Prezesa UOKiK, składając swój podpis pod decyzją (postanowieniem). Wskazuje na to również treść § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2002 r. ws. określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

W ocenie Sądu w niniejszej sprawie zastosowanie znajduje ust. 4 powołanego przepisu.

Okolicznością bezsporną w niniejszej sprawie jest, że powód działa na dwóch rynkach: obrotu energią, który to rynek jest rynkiem krajowym, oraz dystrybucji energii elektrycznej na terenie jego sieci elektroenergetycznej obejmującej obszar województw: (...), (...), (...), (...), (...) i (...), który jest rynkiem lokalnym. Powód jest monopolistą na płaszczyźnie rynku lokalnego, podczas gdy na poziomie krajowym jest jednym z uczestników gry rynkowej, konkurujących między sobą w walce o odbiorcę sprzedawanej przez nich energii elektrycznej.

Kluczowe dla zbadania zarzutu niewłaściwości organu wydającego zaskarżoną decyzję były ustalenia poczynione przez pozwanego w toku postępowania administracyjnego. Według tych ustaleń powód – w ramach rynku dystrybucji energii - utrudniał spółkom obrotu energią korzystanie z sieci dystrybucyjnej (...) S.A. oraz swobodne dostarczanie energii odbiorcom TPA, którzy dokonali wyboru innego niż (...) sprzedawcy. W opracowanych przez (...): Instrukcji Sieci Rozdzielczej oraz umowach zawieranych z przedsiębiorstwami obrotu znalazł się zapis, w myśl którego przedsiębiorstwo obrotu – zawierające umowę z (...) – musiało tworzyć odrębne jednostki grafikowe dla każdego odbiorcy energii oraz osobno zgłaszać zapotrzebowanie i rozliczać odchylenia od pozycji kontraktowej tych odbiorców. Tymczasem w relacjach z operatorem systemu przesyłowego ((...) S.A.) (...) S.A. mógł zgłaszać całość zakontraktowanej energii, z wszystkimi łącznie odbiorcami przyłączonymi do jego sieci dystrybucyjnej. Pozwany sam stwierdza (s. 83 zaskarżonej decyzji), że w rezultacie ww. działań podejmowanych na lokalnym rynku dystrybucji (...) stworzył warunki negatywnie oddziałujące na krajowy rynek obrotu energią. Twierdzenie to pozwany popiera przeprowadzoną analizą ofert składanych przez powoda odbiorcom energii i wysnuwa wnioski, iż odbiorcy TPA dokonywali wyboru ofert (...) S.A. jako najkorzystniejszych albowiem powód umożliwiał tym odbiorcom stosowanie odchyleń pomiędzy energią zakontraktowaną a rzeczywiście przez nich wykorzystywaną od 20% do 100%. Zdaniem pozwanego, przedstawienie tak skonstruowanych ofert było możliwe dzięki korzyściom finansowym uzyskiwanym przez (...) S.A. na rynku lokalnym, wynikającym z przyjęcia przez (...) korzystnych zasad rozliczeń z operatorem systemu przesyłowego. Pozostałe spółki obrotu, które na rynku lokalnym zaopatrywały się w energię od dystrybutora (...) S.A., wskutek narzuconych im warunków umów takich korzyści były pozbawione, wobec czego spółki te nie były w stanie przedstawić konkurencyjnych ofert na rynku krajowym, na którym konkurowały z powodem.

Zatem – według sformułowania użytego w § 3 ust. 4 ww. rozporządzenia – organ antymonopolowy przyjął, że przedmiotowa praktyka przedsiębiorcy ograniczająca konkurencję „ujawnia się”, a więc wywołuje skutki, na rynku obrotu energią elektryczną, obejmującym obszar całego kraju. W uzasadnieniu decyzji użyto również terminu „odczuwalność skutków działań i zaniechań (...) S.A.” na krajowym rynku obrotu energią elektryczną. Wobec powyższego, w świetle § 3 ust. 4 rozporządzenia, w analizowanym przypadku właściwym rzeczowo i miejscowo do przeprowadzenia postępowania antymonopolowego był Prezes UOKiK – Centrala w W.. Postępowanie prowadziła natomiast delegatura Urzędu w K., a decyzję podpisał „z upoważnienia Prezesa UOKiK” dyrektor tej delegatury. Tym samym, niewątpliwie doszło do naruszenia § 3 ust. 4 i § 6 ust. 1 rozporządzenia.

W art. 33 uokik przewidziano co prawda, że Delegatury Urzędu oprócz spraw należących do ich właściwości mogą załatwiać inne sprawy przekazane im przez Prezesa Urzędu (ust. 4), jak również w szczególnie uzasadnionych przypadkach Prezes Urzędu może sprawę należącą do właściwości delegatury przejąć lub przekazać do załatwienia innej delegaturze Urzędu albo sprawę należącą do swojej właściwości przekazać do załatwienia wskazanej delegaturze (ust. 5). Poza sporem jest jednak, że w przedmiotowej sprawie takie przekazanie sprawy Delegaturze Urzędu w K. nie miało miejsca.

Zawarte w odpowiedzi na odwołanie stwierdzenie pozwanego, że „przedmiotowa decyzja dotyczy nadużywania przez Powoda pozycji dominującej na rynku lokalnym, na którym ujawniają się de facto skutki jego działań” (k. 434) nie stoi na przeszkodzie uznaniu zarzutu niewłaściwości. W ocenie Sądu stwierdzenie to pozostaje w jawnej sprzeczności z treścią rozstrzygnięcia zawartego w pkt II sentencji decyzji, a także z treścią jej uzasadnienia. W sentencji zaskarżonej decyzji organ antymonopolowy wprost orzekł, że praktyka (...), polegająca na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku dystrybucji energii, przeciwdziała między innymi „ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na krajowym rynku obrotu energią.”

Konkludując, w niniejszej sprawie decyzja administracyjna została wydana z naruszeniem przepisu § 3 ust. 4 powołanego rozporządzenia.

Już z samej tej przyczyny decyzja podlega uchyleniu.

Niezależnie od kwestii zarzutu niewłaściwości rzeczowej i miejscowej organu wydającego decyzję, decyzja jest wadliwa wobec błędnego przyjęcia, iż (...) S.A. dopuścił się w niniejszej sprawie praktyk monopolistycznych poprzez – jak wskazano w decyzji - narzucanie nieuczciwych warunków dystrybucji energii i przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na krajowym rynku obrotu energią elektryczną.

Wadliwość decyzji i postępowania antymonopolowego wynika z poniższego wywodu.

Jak słusznie wskazano w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 lutego 2009 r. (III SK 31/08) na nieuczciwość warunku umowy należy patrzeć zarówno z perspektywy kryteriów ekonomicznych jak i prawnych. Sąd Najwyższy stwierdził, że nieuczciwy jest warunek sprzeczny z prawem, tj. obligujący kontrahenta dominanta do zachowania sprzecznego z obowiązującymi przepisami prawa. Nie można natomiast przyjąć, że warunek jest nieuczciwy tylko dlatego, że nie jest stosowany w stosunkach danego rodzaju lub na rynku właściwym. Jak również słusznie zauważają przedstawiciele doktryny (por. A. Stawicki, Komentarz do art. 9 uokik, Lex Omega, teza 5.1.4.) stwierdza, że o „nieuczciwości” warunku umowy powinna przesądzać jego sprzeczność z dobrymi obyczajami lub z przepisami prawa.

W kontekście powyższego zasadne jest pytanie, czy można uznać za nieuczciwy warunek - wymóg tworzenia oddzielnych jednostek grafikowych i co za tym idzie – brak możliwości tworzenia jednej jednostki – dla kilku odbiorców końcowych, skoro obowiązek taki nie wynikał z obowiązujących przepisów? Zdaniem Sądu odpowiedź na to pytanie jest negatywna.

Warto również przywołać inną tezę zawartą w powołanym wyżej wyroku Sądu Najwyższego, którą Sąd Okręgowy przyjmuje za własne stanowisko. W rozumieniu art. 8 ust. 2 pkt 1 ustawy i ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 15 grudnia 2000 r. , praktyką ograniczającą konkurencję nie jest stosowanie nieuczciwych warunków, lecz jedynie ich „narzucanie”. Narzucenie polega na jednostronnym wymuszeniu przez dominanta przyjęcia przez drugą stronę określonych warunków transakcji, przy czym wymuszenie to musi być rezultatem posiadanej siły rynkowej. Stwierdzenie narzucenia wymaga analizy okoliczności, w jakich doszło do akceptacji warunku uznanego za nieuczciwy. Istotną wskazówkę w przedmiocie narzucenia warunku umowy stanowi brak negocjacji. Nie można jednak mówić o narzuceniu warunków umowy, gdy kontrahent będący przedsiębiorcą w ogóle nie podejmuje próby negocjacji warunków umowy, przedstawia nierealne oczekiwania co do tych warunków (...), skutkiem czego dominat przedkłada jednostronnie opracowany i niepodlegający już negocjacji projekt umowy. Podobne stanowisko prezentuje A. Stawicki (komentarz do art. 9 uokik Lex, teza 5.1.2.) – w przypadku transakcji zawieranych przez profesjonalistów bierność jednej ze stron może wyłączać możliwość uznania, że doszło do narzucenia niekorzystnych warunków umowy. Każdy profesjonalista powinien bowiem dążyć do tego, by zawrzeć umowę na możliwie korzystnych warunkach. Jeżeli jednak starania takie zostaną podjęte i nie przyniosą efektu (a zatem dopiero w ostateczności, pod przymusem, kontrahent wyraża zgodę na uciążliwe warunki), to zgoda taka nie jest okolicznością uniemożliwiającą uznanie, że doszło do narzucenia uciążliwych warunków.

Podkreślenia wymaga, że w uzasadnieniu przedmiotowej decyzji nie wykazano w żaden sposób, iż umowy zawierane pomiędzy (...) S.A. a odbiorcami przyłączonymi do jego sieci dystrybucyjnej są rezultatem negocjacji prowadzonych pomiędzy stronami. Przeciwnie, z uzasadnienia tego wynika, że (...) przedstawiał swoim kontrahentom gotowe wzorce umowne, których postanowienia odsyłały do Instrukcji Sieci Rozdzielczej. Organ antymonopolowy wprost stwierdza (s. 74 uzasadnienia), iż „Instrukcja Sieci Rozdzielczej (...) była opracowywana jednostronnie przez (...), 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 (...), mimo iż był stroną takiej umowy, nie miał wpływu na treść jej postanowień i nie mógł jej negocjować.”

Na uwagę zasługuje również fakt, że Prezesa UOKiK nie poczynił własnych ustaleń w przedmiocie braku możliwości tworzenia jednostki grafikowej dla kilku odbiorców, a jedynie przyjął takie ustalenia za Prezesem URE, że w przypadku barku możliwości tworzenia jednej jednostki grafikowej dla kilku odbiorców, (...) czerpie nieuzasadnione korzyści finansowe wynikające z odrębnego rozliczanie każdego odbiorcy (zob. str. 19 i 77 decyzji). Pozwany opiera się w tym wypadku na stanowisku Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki, natomiast sam nie przeprowadza żadnych pogłębionych analiz. W praktyce określonej w art. 8 ust. 2 pkt 1 przesłanka osiągnięcia nieuzasadnionych korzyści w ogóle nie ma zastosowania. Twierdzenie to znajduje oparcie w ww. wyroku Sądu Najwyższego (III SK 31/08) który wskazał, że praktykę z art. 8 ust. 2 pkt 1 odróżnia od praktyki z art. 8 ust. 2 pkt 6 (tj. narzucania uciążliwych warunków umów przynoszących nieuzasadnione korzyści) to, że wystarczające jest, by warunki były nieuczciwe, bez potrzeby przynoszenia „korzyści”, które dodatkowo byłyby „nieuzasadnione”. Podobnie przedstawiciele doktryny (por. A. Stawicki, op. cit.) przyjmują, że warunek "uciążliwy" (tj. z art. 8 ust. 2 pkt 6 duokik) będzie w związku z tym przynosił korzyści dominantowi (co zresztą wprost wynika z treści przepisu Ustawy). Kryterium to nie ma natomiast znaczenia dla uznania danego warunku umowy za "nieuczciwy" (tj. warunku z art. 8 ust. 2 pkt 1 duokik).

W konkluzji podnieść trzeba, że Prezes UOKiK nie wykazał należycie przesłanki „nieuczciwości”. Ponadto, dowodami wskazującymi na trafność jego oceny mają być jedynie informacje i wyjaśnienia PURE, a nie własne ustalenia i ich ocena. W tym kontekście jako zasadny należało ocenić zarzut z pkt 6c odwołania.

W ocenie Sądu wątpliwości budzi również, na ile właściwe było określenie przez Prezesa UOKiK w niniejszej sprawie jako rynku zależnego/powiązane go krajowego rynku obrotu energią elektryczną. W uzasadnieniu zaskarżonej decyzji brak jest szczegółowych rozważań popierających to ustalenie. Postępowanie w tym zakresie ograniczono jedynie do analizy stanowiska przedstawionego przez (...) i Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki oraz badania jednego operatora systemu dystrybucyjnego – (...) (str. 19 - 25 decyzji).

Powyższe wątpliwości mogą być zasadne, jeśli uwzględnić okoliczność, że na krajowym rynku obrotu energią elektryczną – zgodnie z ustaleniami Prezesa UOKiK - działa kilkadziesiąt spółek obrotu. Organ antymonopolowy sam stwierdził, że rynek obrotu energią elektryczną na rzecz podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy na zasadach TPA jest rynkiem w pełni konkurencyjnym, na którym działa wiele różnych przedsiębiorców i rynek ten jest mocno rozdrobniony. W uzasadnieniu decyzji nie wykazano natomiast, w jaki sposób praktyki (...) wpływają negatywnie na stan konkurencji na tym rynku. Fakt ograniczenia przez (...) konkurencji na rynku powiązonym, nie został poddany odpowiedniej analizie, której wyniki uprawniałyby do stwierdzenia, że na tym rynku doszło do ograniczenia konkurencji. Warto zauważyć, że na ww. rynku działa 15 dużych spółek dystrybucyjnych, które tak jak (...), są monopolistami na obszarze własnej sieci dystrybucyjnej, więc potencjalnie one także one mogą wywierać wpływ na rynek krajowy. Decyzja nie zawiera rozważań w tej kwestii.

Ponadto, w ocenie Sądu, w przedmiotowej sprawie nie została wykazana przesłanka przeciwdziałania ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji, a więc przesłanka określona w art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy. W tym miejscu ponownie należy przywołać wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 lutego 2009 r. (III SK 31/08) gdzie stwierdzono, że praktyką ograniczającą konkurencję w rozumieniu art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy jest "przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji", a zatem zachowanie przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą, które uniemożliwia lub utrudnia działalność konkurentów na dotkniętym rynku właściwym, poprzez stworzenie barier wejścia na rynek lub rozwoju podmiotów już działających na rynku, przy czym chodzi o stworzenie przeszkód o charakterze fundamentalnym, gdyż dotyczących warunków koniecznych dla skutecznego wejścia na rynek lub funkcjonowania na nim. W uzasadnieniu decyzji brak jest wskazania, czy zarzucane (...) S.A. praktyki antymonopolowe, dotyczące zasad bilansowania handlowego oraz zabezpieczeń, można ocenić jako stwarzające istotne bariery wejścia na krajowy rynek obrotu energią lub ekspansji na tym rynku. Prezes UOKiK nie zbadał również, czy powodują one, że rozwój konkurencji na danym rynku nie jest możliwy lub jest w znacznym stopniu utrudniony ani na ile praktyki uniemożliwiają one wykształcenie warunków niezbędnych, pierwszorzędnych, koniecznych dla wejścia na dany rynek lub rozwoju na nim.

Co do zarzutu w postaci nieprawidłowego przyjęcia, że stosowanie warunku umownego dot. tworzenia jednostek grafikowych nie znajdowało uzasadnienia w przepisach prawa oraz Instrukcji sieci przesyłowej z 2004 r., zwrócić trzeba szczególną uwagę na to, że według ustaleń Prezesa (str. 24 decyzji) także instrukcja sieci rozdzielczej innego dystrybutora – spółki (...) - nie regulowała problemu grupowania użytkowników systemu elektroenergetycznego, czyli spraw związanych z tworzeniem jednej jednostki grafikowej dla kilku odbiorców. Przedsiębiorca w praktyce wprowadził taką możliwość „wychodząc naprzeciw potrzebom sprzedawców (spółek obrotu energią) dopuścił tworzenie takich zagregowanych jednostek odbiorczych”.

Zatem także spółce (...) możnaby postawić zarzut stosowania praktyki, polegającej na narzucaniu w umowach o świadczenie usług dystrybucji energii oraz instrukcji sieci dystrybucyjnej warunków uniemożliwiających tworzenie jednej jednostki grafikowej dla kilku odbiorców. Przedmiotem postępowania antymonopolowego była jednak działalność wyłącznie jednej ze spółek dystrybucyjnych – (...) S.A.

W toku procesu pozwany w ogóle nie ustosunkował się w odpowiedzi do argumentu (...) S.A., że w ramach uczestniczenia w rynku bilansującym posiadał tylko jedną jednostkę grafikową, w której były zagregowane wyłącznie miejsca dostarczania energii należące do (...), stanowiące jej własność. (...) nie grupował natomiast w ramach jednej jednostki grafikowej miejsc dostarczania energii należących do innych odbiorców. W konsekwencji, (...) w ramach posiadanej jednostki grafikowej na rynku bilansującym nie miał zagregowanych miejsc dostarczania z miejscami dostarczania innych odbiorców i co za tym idzie, nie rozliczał się wspólnie z odchyleń własnych i innych odbiorców, lecz wyłącznie z własnych.

Pozwany nie zajął również stanowiska wobec stwierdzenia (...) S.A., że przedsiębiorca mógł proponować odbiorcom energii korzystniejsze oferty (np. proponować przejęcie ryzyka w zakresie odchyleń od pozycji kontraktowej), ponieważ był właścicielem jednostek wytwórczych (elektrowni) i w związku z tym mógł decydować o ich pracy/obciążeniu w każdej godzinie doby, co dawało możliwość korygowania wielkości odchyleń od pozycji kontraktowej już po złożeniu obciążenia do OSP. Wg (...), taka możliwość nie wynikała natomiast – wbrew opinii Prezesa – z możliwości bilansowania handlowego odbiorców przez (...) S.A. przy równoczesnym braku takiej możliwości ze strony innych przedsiębiorstw obrotu energią.

Odnosząc się z kolei do kwestii zabezpieczeń finansowych z tytułu uczestnictwa w rynku bilansującym należy powielić zaprezentowane wyżej stanowisko co do „nieuczciwych warunków” umowy. W szczególności przesłanką „nieuczciwości” jest w pierwszym rzędzie działanie sprzeczne z obowiązującymi normami prawnymi lub zasadami współżycia społecznego. Nie istnieją przepisy prawa zakazujące ustanawiania zabezpieczeń finansowych, które były przedmiotem analizy organu antymonopolowego. Stąd brak podstaw do zakwalifikowania postanowień umów stosowanych przez powoda jako „nieuczciwych”.

Niebagatelne znacznie ma również okoliczność, że inne podmioty działające na rynku sprzedaży energii elektrycznej także przewidywały zabezpieczenia z powyższego tytułu, co wynika z ustaleń dokonanych przez organ antymonopolowy (por. s. 92 uzasadnienia decyzji).

W tym miejscu należy też zauważyć, iż wątpliwości budzi stwierdzenie Prezesa UOKIM, iż „nie należały do rzadkich takie sytuacje, w których transakcje sprzedaży energii elektrycznej do jednego odbiorcy zabezpieczone były podwójnie ...” (str. 91). Abstrahując od zapisów instrukcji sieci rozdzielczej, powyższe zdanie nawiązuje do tego jak przedstawiała się w rzeczywistości praktyka (...) w ustanawianiu zabezpieczeń. Nawet jeśli przyjąć, że (...) w latach 2004-2005 był zmuszony ustanowić dwa osobne zabezpieczenia dla jego dwóch odbiorców (str. 91 decyzji), to byłby to jedyny przypadek wykazania przez Prezesa stosowania takiej praktyki. Innych przykładów organ monopolowy nie wskazuje, a zatem jego stwierdzenie, iż „wskazane sytuacje nie należały do rzadkich” nie znajduje oparcia w materiale dowodowym.

Sąd Okręgowy podziela stanowisko odwołującego w kwestii dot. art. 5 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo energetyczne (k. 98, pkt 6); trafnie w odwołaniu zauważono, że z powołanego przepisu nie wynika obowiązek uregulowania w

umowie dystrybucji energii elektrycznej ani zasad tworzenia grup bilansujących, ani zasad ustanawiania zabezpieczeń finansowych. Skoro tak, to stosując konsekwentnie przyjęty kierunek wykładni tego przepisu w kwestii zabezpieczeń finansowych organ antymonopolowy powinien odstąpić od przypisania (...) S.A. zarzutu nadużywania pozycji dominującej poprzez uniemożliwianie tworzenia grup bilansujących.

Powyższe ustalenia prowadzą do wniosku, że w analizowanym przypadku doszło do wydania decyzji administracyjnej bez upoważnienia właściwego organu, co niewątpliwie stanowi podstawę stwierdzenia jej nieważności, jako wydanej z rażącym naruszeniem prawa (art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a.) nadto wydano ją z oczywistym naruszeniem przepisów o właściwości (§ 3 ust. 4 rozporządzenia), stanowiącym podstawę do stwierdzenia nieważności na podstawie art. 156 § 1 pkt 1 k.p.a.

Mając na uwadze powyższe, w szczególności uznając za zasadny zarzut niewłaściwości Prezesa UOKiK – Delegatury w K., na podstawie art. 479 indeks 31a § 3 k.p.c. Sąd uchylił zaskarżoną decyzję w zakresie punktu II i IV sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c., zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu. Na koszty należne (...) S.A. złożyły się: opłata od odwołania (1.000 zł), opłata skarbową od pełnomocnictw w wysokości 34 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika procesowego w wysokości 360 zł, ustalone w oparciu o § 14 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 2 ust. 1 i 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. nr 163, poz. 1349) oraz w oparciu o § 18 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 2 ust. 1 i 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. nr 163, poz. 1348).

SSO Ewa Malinowska