

Sygn. akt *XVII AmA 44/12*

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 lutego 2014 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XVII Wydział Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w składzie:

Przewodniczący:	<i>SSO Dariusz Dąbrowski</i>
Protokolant:	Protokolant sądowy – stażysta Anastazja Chojnacka

po rozpoznaniu w dniu 17 lutego 2014 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) *Spółki Akcyjnej w G.*

przeciwko *Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

o nadużywanie pozycji dominującej i nałożenie kary pieniężnej

na skutek odwołania powoda od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 30 grudnia 2011 roku Nr (...). (...)

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. zasądza od powoda (...) *Spółki Akcyjnej w G.* na rzecz pozwanego Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 360 zł (trzysta sześćdziesiąt złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego

SSO Dariusz Dąbrowski

Sygn. akt *XVII AmA 44/12*

UZASADNIENIE

W dniu 30 grudnia 2011 roku Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów delegatura Urzędu Ochrony Konkurencji w G. (zwany w dalej „Prezesem UOKiK” lub „Prezesem Urzędu”) wydał decyzję nr (...), w której:

I. na podstawie art. 11 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów oraz stosownie do art. 33 ust. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i § 2 pkt 3 w związku z § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 roku w sprawie własności miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu przeciwko przedsiębiorcy (...) S.A. z siedzibą w G. uznał za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz określony w art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów praktykę polegającą na nadużywaniu przez (...) S.A. z siedzibą w G. pozycji dominującej na lokalnym rynku infrastruktury oświetleniowej, służącej do oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych znajdujących się na terenie Gminy B. poprzez ograniczenie Gminie B. swobodnego wyboru sprzedawcy energii elektrycznej dostarczanej do urządzeń oświetleniowych, będących własnością (...) S.A. z

siedzibą w G., wykorzystywanych na potrzeby oświetlenia miejsc publicznych i stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 1 stycznia 2011 roku.

II. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz stosownie do art. 33 ust. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i § 2 pkt 3 w związku z § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 roku w sprawie własności miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nałożył na (...) S.A. z siedzibą w G. karę pieniężną w wysokości 260.415 zł (słownie: dwieście sześćdziesiąt tysięcy czterysta piętnaście złotych) płatną do budżetu państwa za naruszenie art. 9 ust. 1 ww. ustawy, o którym mowa w punkcie I sentencji przedmiotowej decyzji.

III. na podstawie art. 77 ust. 1 i art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 263 § 1 i art. 264 § 1 kpa, w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz stosownie do art. 33 ust. 6 postanowił obciążyć (...) S.A. z siedzibą w G. kosztami przedmiotowego postępowania w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję w kwocie 37,50 zł (słownie trzydzieści siedem złotych 50/100 gr) oraz zobowiązał (...) S.A. z siedzibą w G. do zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kosztów postępowania w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się przedmiotowej decyzji.

W odwołaniu od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów powód – (...) S.A. (zwany dalej Spółką) zaskarżył ją w całości wnosząc o jej uchylenie w całości, ewentualnie uchylenie decyzji w części i zmianę w tym zakresie oraz zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Zaskarżonej decyzji powód zarzucił:

1. naruszenie art. 7, art. 77 §1, art. 107 §1 i §3 kodeksu postępowania administracyjnego poprzez dokonanie błędnych ustaleń faktycznych w sprawie, nierozpoznanie istoty sprawy oraz brak w uzasadnieniu decyzji jakiegokolwiek uzasadnienia, że okolicznościach przedmiotowej sprawy działanie Spółki było czynnością polegającą na nadużywaniu pozycji dominującej,
2. naruszenie prawa materialnego w postaci błędnej interpretacji i w rezultacie błędne zastosowanie art. 9 ust 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez przyjęcie, iż Spółka nadużywała pozycji dominującej na lokalnym rynku infrastruktury oświetleniowej znajdującej się na terenie Gminy B.,
3. naruszenie prawa materialnego w postaci błędnej interpretacji i w rezultacie błędne zastosowanie art. 4j ust. 2 w związku z art. 3 pkt 13) ustawy prawo energetyczne poprzez przyjęcie, iż Gmina B. jest odbiorcą w rozumieniu, w związku z czym przysługuje jej prawo do zmiany sprzedawcy,
4. naruszenie prawa materialnego w postaci błędnej interpretacji i w rezultacie błędne zastosowanie art. 3 pkt 22) w związku z art. 18 ust. 1 prawa energetycznego, poprzez przyjęcie, iż usługa oświetleniowa nie jest usługą kompleksową,
5. naruszenie prawa materialnego w postaci niewłaściwego zastosowania art. 106 ust 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez bezpodstawne nałożenie na Spółkę kary pieniężnej w wysokości 260.415,00 zł.

W uzasadnieniu odwołania pozwany podniósł, że Prezes Urzędu nie rozpoznał w przedmiotowym postępowaniu istoty sprawy, a rozważań w tym przedmiocie w ogóle nie ujął w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji. Niezgodne z ujawnionym w toku postępowania administracyjnego materiałem dowodowym jest uznanie, że Gmina B. jest podmiotem uprawnionym do uzyskania statusu odbiorcy energii elektrycznej, o którym mowa w art. 3 pkt 13 prawa energetycznego. Powyższe zdaniem powoda narusza normy prawa administracyjnego oraz stanowi błąd w ustaleniach faktycznych, gdyż przedstawione w toku postępowania dowody jednoznacznie wskazują, że powód nie podjął żadnych działań w stosunku do Gminy B., które stanowiłyby nadużycie pozycji dominującej. Pismo Spółki skierowane do Gminy B. stanowiło wyrażenie opinii przedsiębiorstwa energetycznego i nie wyłączało prawa Gminy B. do podjęcia działań zmierzających do wyboru sprzedawcy. (...) S.A. nie otrzymała żadnego formalnego zgłoszenia zmiany sprzedawcy, o czym mowa w art. 4j ust. 2 ustawy prawo energetyczne, a zatem nie można uznać, aby w jakikolwiek sposób ograniczała to prawo Gminie B..

W ocenie Spółki ustalony przez Prezesa UOKiK stanem potencjalnym i hipotetycznym, który nie może oznaczać, że powód nadużywał pozycji dominującej.

Zdaniem powoda nie doszło do nadużycia pozycji dominującej przez niego, gdyż nie zaistniała sytuacja, w której powód faktycznie przeszkodziłby Gminie w zmianie sprzedawcy po przeprowadzonym przetargu na dostawę energii elektrycznej, a twierdzenia zawarte w decyzji są bezpodstawne. Prezes Urzędu nie przeanalizował działań powoda, które rzekomo stanowiły podstawę do uznania za nadużycie pozycji dominującej. Decyzja wydana została jedynie na podstawie hipotetycznych zdarzeń, które nie miały miejsca.

Wskazane ustalenia faktyczne zostały błędnie dokonane przez pozwanego, co zdaniem powoda ma istotny wpływ na całość rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Obowiązkiem organu publicznego prowadzącego postępowanie administracyjne jest zawarcie uzasadnienia decyzji szczegółowego uzasadnienie faktycznego i prawnego umożliwiającego weryfikację podjętej decyzji. Obowiązek taki jednoznacznie wynika z treści art. 107 § 3 kpa, który stanowi, że uzasadnienie faktyczne decyzji powinno w szczególności zawierać wskazanie faktów, które organ uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł oraz przyczyn, z powodu których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej.

Powód wskazał, że przepisy prawa konkurencji nie zabraniają przedsiębiorcom posiadania pozycji dominującej ani też podejmowania działań zmierzających do jej uzyskania, o ile tylko są podejmowane w legalny sposób. Zakazane jest wyłącznie nadużycie pozycji dominującej na rynku. W ocenie powoda w procesie stosowania art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów kluczowe znaczenie musi mieć prawidłowe rozgraniczenie zachowań przedsiębiorców dominujących, które mogą być kwalifikowane jako „nadużycie” siły rynkowej, od zachowań, które nie noszą cech nadużycia, pozostają zgodne z prawem. Prezes Urzędu błędnie oraz przedwcześnie ocenił działanie Spółki, uznając je za ograniczające konkurencję. Działanie powoda polegające na skierowaniu do Gminy B. pisma wskazującego stanowisko powoda nie może decydować o ograniczeniu prawa do zmiany sprzedawcy. Gmina B. podejmowała w pełni nienależne decyzje w zakresie wszczęcia własnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem powoda jakiegokolwiek pisma kierowane przez niego w stosunku do Gminy B. mogły mieć tylko charakter wyrażenia stanowiska, które z całą pewnością nie wypełnia normy określonej w art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Powód nie zgadza się z uznaniem przez Prezesa UOKiK, jakoby Gmina B. posiadała status odbiorcy w rozumieniu art. 3 pkt 13 ustawy prawo energetyczne, gdyż zgodnie z treścią owego przepisu odbiorcą jest każdy, kto otrzymuje lub pobiera paliwa lub energię na podstawie umowy z przedsiębiorstwem energetycznym. W przedmiotowej sprawie Gmina B. nie pobiera żadnej energii, a jedynie finansuje oświetlenie ulic, placów i dróg publicznych znajdujących się na jej terenie, co wynika z obowiązku nałożonego art. 18 ust. 1 ustawy prawo energetyczne.

Obowiązek prawny zapewnienia oświetlenia miejsc publicznych przez jednostki samorządu gminnego jest obowiązkiem prawnym sui generis, który zobowiązuje gminy do finansowania całości kosztów związanych z oświetleniem miejsc publicznych. Powód podkreślił, że Gmina nie posiada jakiegokolwiek instalacji odbiorczej, która mogłaby pobierać energię elektryczną, a tym samym nie pobiera faktycznie jakiegokolwiek energii.

Interpretacja Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki zawarta w piśmie z dnia 20 października 2010 roku, na którą powołuje się Prezes UOKiK została dokonana na korzyść odbiorców i stanowi jedynie opinię, nie będącą w żaden sposób wiążącą. Stanowisko Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki stanowi swoistą deklarację dotyczącą tego, jak powinny wyglądać przepisy, aby gminy miały możliwość rzeczywistej realizacji prawa do zmiany sprzedawcy. W obecnym brzmieniu przepisów, w ocenie powoda, nie może ulegać wątpliwości, że jest to raczej stanowisko de lege ferenda, aniżeli interpretacja obowiązujących przepisów prawa, które pozostają jasne i zrozumiałe.

Nadto powód wskazał, że usługi oświetlenia zewnętrznego w roku 2010 były świadczone przez niego na rzecz Gminy B. na podstawie umowy nr (...) z dnia 24 grudnia 2009 roku o wykonanie usługi oświetlenia zewnętrznego. W ocenie powoda przepisy prawa energetycznego jednoznacznie wskazują, że usługa oświetlenia zewnętrznego ma charakter

kompleksowy i zawiera w sobie obowiązek finansowania kosztów dystrybucji i zakupu energii elektrycznej oraz kosztów utrzymania punktów świetlnych.

W związku z powyższym powód twierdzi, że jego zachowanie względem Gminy B. nie stanowiło przejawu nadużywania pozycji dominującej poprzez ograniczenie Gminie swobodnego wyboru sprzedawcy, w związku z czym nałożenie kary pieniężnej było całkowicie bezpodstawne.

W odpowiedzi na odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK nr (...) z dnia 30 grudnia 2011 roku pozwany podtrzymał w całości swoje stanowisko wyrażone w zaskarżonym rozstrzygnięciu i wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego oraz zasądzenie kosztów postępowania.

W uzasadnieniu Prezes Urzędu podniósł, że wbrew twierdzeniom odwołania, kwestionowane przez powoda ustalenie Prezesa UOKiK znalazły potwierdzenie w zebranych w sprawie materiale dowodowym i okolicznościach faktycznych sprawy dowodząc zasadności stawianego zarzutu nadużywania uprzywilejowanej pozycji rynkowej w stosunku do Gminy B.. W ocenie Prezesa Urzędu w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji w sposób szczegółowy i precyzyjny wykazano na podstawie jakich faktów i okoliczności postępowanie powodowego przedsiębiorcy zakwalifikowano za praktykę ograniczającą konkurencję, definiując przy tym precyzyjnie zarzucaną praktykę.

Pozwany nie zgadza się z argumentacją powoda jakoby zachowanie i stanowisko zawarte w piśmie z dnia 18 marca 2010 roku polegające na jednoznacznym braku wyrażenia zgody na ewentualną zmianę dostawcy energii elektrycznej przeznaczonej do oświetlenia zewnętrznych terenów Gminy B., wykonywane za pośrednictwem instalacji elektrycznej będącej własnością powoda, było jedynie przedstawieniem stanowiska, a tym samym niewiążąca opinią, która w niczym nie ograniczała Gminy w podejmowaniu dalszych działań związanych z zamiarem zorganizowania przetargu na wybór dostawcy energii elektrycznej. Przeczy temu pośrednio sam powód, który w tymże piśmie wyraźnie przyznaje i stoi na stanowisku, że w sytuacji, której jest on właścicielem takiej infrastruktury, Gmina bez jego zgody i aprobaty nie może w żaden sposób zmusić go do wyrażenia zgody na zorganizowanie przetargu, a w konsekwencji doprowadzić do skutecznej zmiany dostawcy energii. Nie ma wpływu na ocenę zachowań powoda również okoliczność wykonywania usługi oświetlenia zewnętrznego na rzecz Gminy B. na podstawie umowy kompleksowej obowiązującej od szeregu lat.

Wbrew temu co twierdzi powód, stanowisko Spółki zawarte w piśmie adresowanym do Gminy zablokowało realną możliwość realizacji prawa do zmiany sprzedawcy energii elektrycznej. Takie postępowanie powoda posiadającego niekwestionowaną pozycję, również przez samego odwołującego się, pozycję dominującą na rynku zdefiniowanym w zaskarżonej decyzji, w sposób jednoznaczny dowodzi zasadności zarzutu faktycznego i rzeczywistego, nie zaś jak podnosi powód, tylko potencjalnego i hipotetycznego nadużywania posiadanej pozycji rynkowej.

Zdaniem pozwanego logiczna i w pełni uzasadniona wydaje się K., iż w sytuacji jednoznacznie wyrażonego sprzeciwu, wobec zamiaru zorganizowania przetargu na wybór dostawcy energii elektrycznej, próba realizacji takich zmian, wbrew woli dysponenta i właściciela infrastruktury, byłaby działaniem niecelowym i nie racjonalnym. Zarzucany więc przez powoda brak dalszych działań Gminy była zatem konsekwencją zachowań powoda, nie zaś zawinionym zaniechaniem Gminy B., skutkującym brakiem zaistnienia podstaw do formułowania zarzutu nadużywania pozycji dominującej.

Pozwany podkreśla, że w żaden sposób nie podważa prawa powoda do posiadania pozycji dominującej, zakazanej jest wyłącznie nadużywanie zajmowanej pozycji dominującej, nie zaś samo jej posiadanie. Treść pisma przekazanego Gminie B., w którym sformowano wyraźny i jednoznaczny sprzeciw wobec prób wyłonienia innego sprzedawcy energii nie może być w żadnej mierze uznana i potraktowana jako nie wiążące adresata wyrażenie stanowiska. Dlatego też takie działanie zakwalifikowane zostało przez pozwanego jako nadużycie pozycji dominującej, wyczerpując tym samym dyspozycję art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Pozwany wskazał, że nie sposób się zgodzić z powodem, jakoby Gmina realizując obowiązek nałożony na nią art. 18 ust 1 prawa energetycznego nie była odbiorcom w rozumieniu definicji ustawowej. Powyższy obowiązek w żaden sposób nie pozbawia jej statusu i przymiotu odbiorcy energii. Wykonując go na podstawie umowy z

przedsiębiorstwem energetycznym, której istnienia i obowiązywania powód sam nie kwestionuje, Gmina otrzymuje i pobiera energię elektryczną, która jest wykorzystywana do oświetlenia miejsc publicznych na terenie gminy, za co uiszcza wynagrodzenie zgodnie z wystawianymi fakturami. Trudno w takiej sytuacji, zdaniem pozwanego, dowodzić, że Gmina B. nie pobierała jakiegokolwiek energii. Brak posiadania własnej instalacji odbiorczej nie ma w tym przypadku żadnego znaczenia. Z powyższego względu, w ocenie Prezesa Urzędu, w świetle art. 3 pkt 13 ustawy prawo energetyczne Gmina B. posiada status odbiorcy energii i tak była traktowana przez samego dostawcę energii. Dodatkowo Prezes UOKiK wskazuje, że wbrew temu co twierdzi powód, wskazana opinia Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki odnosi się do aktualnego stanu prawnego i w żadnej mierze nie jest jedynie postulatem wskazującym na konieczność dokonania w przyszłości zmian prawnych.

Nadto pozwany podniósł, że zarzut dotyczący bezpodstawnego nałożenia na powoda kary pieniężnej jest bezzasadny, gdyż stwierdzenie stosowania praktyki zostało udowodnione i upoważniało Prezesa UOKiK do nałożenia na przedsiębiorcę dopuszczającego się praktyk ograniczających konkurencję stosownej kary pieniężnej zgodnie z dyspozycją art. 106 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Podkreśla, że wymierzając karę uwzględnił wszelkie okoliczności sprawy, również te które przemawiały za jej obniżeniem, ustalając ostatecznie karę na poziomie znacznie niższy, niż maksymalna, dopuszczalna ustawowo. Pozwany wyjaśnił, iż ze w zaskarżonym rozstrzygnięciu wskazano w sposób precyzyjny i jasny powody nałożenia kary pieniężnej, w wysokości w nim określonej oraz sposób jej wyliczenia.

Pismem procesowym z dnia 17 maja 2012 roku powód podkreślił, że stwierdzenie stosowania praktyk ograniczających konkurencję oparte był na błędnej, niewystarczającej i nieopartej dowodami przesłance. Samo niewyrażenie zgody na wyłonienie w drodze przetargu nowego dostawcy energii elektrycznej w żaden sposób nie naruszyło uprawnień i możliwości Gminy w tym zakresie. Zdaniem powoda, fakt, że Gmina nie była władna aby zmienić sprzedawcę energii nie wynikał ze złej woli ani nawet z nieumyślnych działań powoda wynikających z jego pozycji dominującej, lecz z całokształtu sytuacji prawnej i faktycznej, w której znalazła się Gmina. Gmina nie była uprawniona, ustawowo czy umownie, do ingerencji w wybór kontrahenta powoda, a ewentualne przeprowadzenie przetargu w żaden sposób nie wpływało na dalsze istnienie stosunku umownego między powodem, a ówczesnym dostawcą.

Nadto powód podniósł, że Prezes Urzędu błędnie określił rynek właściwy w zakresie rynku towarowego, gdyż infrastruktura oświetleniowa nie jest rzeczą oferowaną przez powoda, zarówno na sprzedaż jak i do używania czy korzystania. Umowa zawarta przez Spółkę z Gminą B. w żaden sposób nie uprawniała do dysponowania tą infrastrukturą, a jej wyłącznym posiadaczem i dysponentem pozostawał powód. Infrastruktura oświetleniowa nie stanowiła także usługi, którą można by uznać za towar w rozumieniu przepisów, bowiem przedmiotem umowy łączącej strony była usługa oświetlenia zewnętrznego ulic, placów i dróg publicznych w gminie.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

Spółka (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w G. prowadzi działalność jako spółka prawa handlowego wpisana do rejestru przedsiębiorców KRS pod numerem (...). Spółka wykonuje działalność poprzez swoje oddziały w E., G., K., K., O., P., S. i T. i jako operator systemu dystrybucyjnego świadczy na rzecz podmiotów przyłączonych do sieci elektroenergetycznej usługi dystrybucji energii elektrycznej.

Na terenie Gminy B. usługi oświetlenia ulicznego świadczone było z wykorzystaniem urządzeń będących własnością Gminy (29 opraw oświetleniowych) i urządzeń będących własnością Spółki (1392 opraw oświetleniowych) i wykonywane były do końca 2010 roku na podstawie umowy nr (...) z dnia 24 grudnia 2009 roku o wykonywanie usługi oświetlenia zewnętrznego z wykorzystaniem urządzeń oświetleniowych stanowiących własność (...). Umowa ta obowiązywała od 1 stycznia 2010 roku do 31 grudnia 2010 roku.

Gminę B. wiązała z (...) kompleksowa umowa z dnia 17 października 2008 roku, na podstawie której odbywała się sprzedaż energii elektrycznej dla obiektów pozostających w majątku Gminy (k. 135- 164 akt administracyjnych)

Sposób rozliczania za energię kształtował §2 umowy nr (...). Z ustępu 1 wynikało, że energia elektryczna dostarczana do celów oświetlenia zewnętrznego rozliczana była wg wskazań układów pomiarowo – rozliczeniowych wg taryfy (...) (dwustrefowa) zgodnie z taryfą operatora systemu dystrybucyjnego obowiązującego na terenie działania (...) SA Oddział w S. i Oddziała w G.. Zużycie energii elektrycznej było rozliczane na podstawie faktur wystawionych przez (...). Zgodnie zaś z zapisem §2 ust. 2 umowy za korzystanie z sieci oświetlenia zewnętrznego stanowiącego własność (...), Gmina zobowiązana była płacić opłatę eksploatacyjną za jej utrzymanie i konserwację w wysokości ustalonej dla każdej oprawy. Spółka wykonywała także na rzecz Gminy usługę konserwacji opraw należących do Gminy.

Na podstawie umowy (...) Gminę bytów (...) obciążył należnościami o łącznej wartości 583134,14 zł netto. Gminie B. wystawiane były dwie faktury. Jedna wystawiona przez (...) dotycząca opłat za eksploatację i konserwację infrastruktury oświetleniowej, druga przez (...) w imieniu (...) za dostarczoną energię elektryczną i usługę dystrybucji. (k. 10-12 akt administracyjnych)

Pismem z dnia 5 lutego 2010r oku Gmina B. poinformowała (...), iż zamierza przystąpić do zorganizowania przetargu na wybór dostawcy energii elektrycznej oświetlenia dróg na jej terenie, a dotychczasowa umowa na dostawę energii i konserwację zostanie wypowiedziana. (k. 9 akt administracyjnych)

Pismem z dnia 18 marca 2010 roku powód poinformował, że w zakresie usług świadczonych na majątku gminy nie ma przeszkód co do organizacji przetargu. Natomiast w zakresie usług świadczonych na majątku powoda, nie wyraża on zgody na świadczenie usług co do konserwacji przez inny podmiot. W zakresie zaś zakupu energii elektrycznej podstawową przeszkodą do zawarcia umowy z innym operatorem jest brak instalacji elektrycznej oraz urządzeń zużywających energię elektryczną dla celu oświetlenia dróg i placów, gdyż gmina nie posiada do nich tytułu prawnego. (k. 7-8 akt administracyjnych). Powód nie znalazł także przeszkód dla swobodnego wyboru sprzedawcy energii zasilanych w energię elektryczną na podstawie umowy kompleksowej (k. 167)

W dniu 30 grudnia 2010 roku Gmina B. zawarła z (...)Umowę nr (...) o świadczenie usługi oświetlenia na terenie Gminy B. obowiązującej od 1 stycznia 2011 roku do 31 grudnia 2011 roku. (k. 178- 185)

Powyższy stan faktyczny był pomiędzy stronami bezsporny. Powód nie zaprzeczył ustaleniom poczynionym także przez Prezesa Urzędu, a jedynie dokonał innej interpretacji ustalonego stanu faktycznego.

W tym stanie faktycznym Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Odwołanie nie jest zasadne. Zdaniem Sądu żaden z przedstawionych przez odwołującego się zarzut nie jest prawidłowy.

Odnosząc się zaś do poszczególnych zarzutów sformułowanych w odwołaniu przez powoda należy stwierdzić, że co do pierwszego zarzutu odwołania, dotyczącego naruszenia przepisów postępowania administracyjnego, należy wskazać, że ewentualne naruszenie przepisów postępowania administracyjnego nie jest przedmiotem postępowania sądowego i nie stanowi samoistnej podstawy uchylecia decyzji w tym postępowaniu. Wniesienie do Sądu odwołania od decyzji administracyjnej wszczyna dopiero cywilne, pierwszoinstancyjne postępowanie sądowe, w którym Sąd dokonuje własnych ustaleń, rozważając całokształt materiału dowodowego (takie stanowisko wyraził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 29.05.1991 roku., sygn. akt III CRN 120/91, postanowieniu z dnia 11.08.1999 roku sygn. akt I CKN 351/99, wyroku z dnia 19.01.2001 roku sygn. akt I CKN 1036/98). Podobnie Sąd Apelacyjny w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z dnia 20.12.2006 roku stwierdził, że podnoszenie zarzutów naruszenia postępowania administracyjnego nie może być podnoszone przed SOKiK, który jako sąd powszechny rozpatruje sprawę od nowa, co skutkuje brakiem możliwości uchylecia decyzji zaskarżonej do tego sądu z uwagi na naruszenie przepisów postępowania administracyjnego (sygn. akt VI ACa 620/06). Wskazane uchybienia nie powodowały nieważności wydanej decyzji, mogły być konwalidowane w trakcie postępowania sądowego, nie mogły więc prowadzić do uchylecia skarżonej decyzji. W postępowaniu odwoławczym przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów, przedmiotem jest wyłącznie dopuszczalność i trafność wydanej decyzji. Z tego też względu uchybienia w toku

postępowania administracyjnego mają wpływ na wynik postępowania przed sądem wyłącznie wtedy, gdy ich skutkiem jest niedopuszczalność wydania decyzji lub gdy skutkują one merytoryczną nietrafnością jej rozstrzygnięcia.

Kolejny zarzut dotyczył naruszenia art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez przyjęcie, że powód nadużywał pozycji dominującej na lokalnym rynku infrastruktury oświetleniowej znajdującej się na terenie Gminy B.. Zdaniem powoda w decyzji brak jest dywagacji w tym przedmiocie, a Prezes Urzędu przedwcześnie ocenił działania powoda, podczas gdy Przedsiębiorca przesłał jedynie do Gminy pismo, nie podejmując żadnych kroków, które ograniczałyby konkurencję.

Nie sposób się zgodzić z tak sformułowanym zarzutem. Zgodnie z treścią art. 9 ust. 1 cytowanej ustawy „Zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców”. Na stronie 14 i 15 uzasadnienia decyzji Prezes Organu określił jednoznacznie rynek właściwy w przedmiotowej sprawie, określając go jako lokalny rynek infrastruktury oświetleniowej, służącej do oświetlania ulic, placów i dróg publicznych znajdujących się na terenie Gminy B.. Uzasadnienie zawiera także uzasadnienie dla tak przyjętego rynku właściwego. Sąd w pełni podziela powyższe stanowisko uznając je za własne. Nie ma wątpliwości, że na tak określonym rynku właściwym powód posiada pozycję dominującą, albowiem na 1421 opraw oświetleniowych – 1392 należały do powoda, co stanowi 98% użytkowanych opraw świetlnych, a na obszarze Gminy B. brak jest innej instalacji, za pośrednictwem której możliwe by było wykonywanie zadań własnych Gminy. Udział w rynku właściwym na poziomie 98% stanowi niewątpliwie pozycję dominującą.

Następnie Prezes Urzędu na stronach 15 – 15 – 25 zamieścił dywagacje dotyczące nadużycia pozycji dominującej przez Powoda. Sąd w pełni je podziela. Treść pisma z dnia 18 marca 2010 roku jest zdaniem Sądu jednoznaczna i nie może zostać uznane jedynie za zajęcie stanowiska w sprawie. Trudno inaczej zinterpretować zapis: „W części dotyczącej konserwacji przez inny podmiot a w dodatku wyłoniony w drodze przetargu zorganizowanym przez Was i wynagradzanym przez Was nasze stanowisko jest jednoznaczne – nie wyrażamy zgody na takie rozwiązanie. (...) W zakresie zakupu energii elektrycznej wg zasady TPA podstawową przeszkodą do zawarcia umowy sprzedaży jest brak z Waszej strony spełnienia jednego z warunków formalnych tj. braku instalacji elektrycznej oraz urządzeń zużywających energię elektryczną dla celów oświetlenia dróg i placów – nie posiadacie do nich tytułu prawnego”. Zapis ten nie może być uznany za niewiążącą opinię, jak chciałby powód. Treść jest jednoznaczna i zrozumiała i nie ma potrzeby dokonywania ani logicznego jej rozbioru, ani dodatkowych wykładni – stanowi ona bowiem, że Powód nie wyraża zgody na zmianę sprzedawcy energii na prawidłowo określonym przez Prezesa Urzędu rynku właściwym. Ten zapis uniemożliwił Gminie realną możliwość realizacji prawa do zmiany sprzedawcy energii elektrycznej we wskazanym zakresie. W jakim bowiem celu miałyby zostać zorganizowany przetarg i poniesione z tym związane koszty, jeżeli obecny dostawca energii, jednoznacznie i kategorycznie stwierdza, że nie udostępni urządzeń potrzebnych do oświetlenia dróg i placów w Gminie B. podmiotowi którym wygrałby potencjalny przetarg. Powód nie wyjaśnił w zarzutach, złożonych w przepisany terminie, na czym miałyby polegać dalsze działania Gminy, aby jego zdaniem Prezes Urzędu miał nie podjąć, w jego rozumieniu, kroków przedwczesnych. Nadto należy zauważyć, że cytowany przepis penalizuje również przejawy nadużycia pozycji dominującej, które mogą przynieść potencjalne skutki.

Dwa kolejne zarzuty powoda oparte są na wskazanej błędnej interpretacji i zastosowaniu art. 4just. 1 w zw. z art. 3 pkt 13 oraz art. 3 pkt 22 w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 roku Prawo energetyczne. Zdaniem powoda Gmina B. nie jest odbiorcą w rozumieniu prawa energetycznego i nie posiada tym samym prawa do zmiany sprzedawcy.

Sąd nie może zgodzić się z interpretacją wskazaną przez odwołującego się.

Zgodnie z treścią art. 3 pkt 13 prawa energetycznego odbiorcą jest każdy, kto otrzymuje lub pobiera paliwa lub energię na podstawie umowy z przedsiębiorcą energetycznym. Status odbiorcy uzyskuje się z chwilą zawarcia z przedsiębiorstwem energetycznym umowy, na podstawie której paliwa lub energia są dostarczane. Będzie to w szczególności umowa sprzedaży paliw lub energii, umowa o świadczenie usług przesłania lub dystrybucji lub umowa kompleksowa. A contrario podmioty otrzymujące lub pobierające paliwa lub energię bez umowy z przedsiębiorstwem

energetycznym nie są odbiorcami. Nie są zatem odbiorcami w rozumieniu przepisów prawa energetycznego np. lokatorzy mieszkań budynków wielolokalowych nieposiadający indywidualnej umowy zawartej z przedsiębiorstwem energetycznym. („Prawo energetyczne. Komentarz.” pod redakcją Z. Muras i M. Swora, LEX 2010) Niewątpliwie Gmina miała podpisaną z Powodem umowę kompleksową, tym samym pobierała energię na podstawie umowy z przedsiębiorcą energetycznym, a więc jest odbiorcą w rozumieniu art. 3 pkt 13 prawa energetycznego. Bezspornym w sprawie jest, że Gmina uiszczala wynagrodzenie za pobraną energię, a Powód wystawiał z tego tytułu Gminie fakturę. Na wystawionej fakturze Przedsiębiorca jednoznacznie określał Gminę jako odbiorcę.

Na status Gminy jako odbiorcy nie może wpłynąć także treść art. 18 ust. 1 ustawy Prawo energetyczne, gdyż zdaniem sądu nałożenie na nią obowiązku finansowania oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych znajdujących się na jej terenie, nie może pozbawić przymiotu odbiorcy – nie wynika to z żadnego przepisu. Gmina wykonując ustawowy obowiązek pobiera energię, za którą następnie dokonuje opłat na podstawie wystawionych faktur. Wystawianie faktur, w których Gmina była wskazywana jako odbiorca, wskazuje, że jako taka była przez Powoda traktowana. Gmina wydając na cel oświetlenia publiczne pieniądze nie może być zdaniem sądu pozbawiona możliwości wyboru dostawcy energii zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Mając powyższe na uwadze niezasadny jest zarzut odwołującego się naruszenia prawa poprzez niewłaściwe zastosowanie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez bezpodstawne nałożenie na powoda kary pieniężnej. Jak wyżej wskazano, zdaniem Sądu wystąpiły przesłanki do stwierdzenia nadużywania przez powoda pozycji dominującej, wobec czego istniała podstawa prawna do nałożenia kary pieniężnej. Zaznaczyć należy, że odwołanie nie zawiera żadnego uzasadnienia żądania zmiany decyzji w tym zakresie, a sąd uznaje wymiar nałożonej na powoda kary pieniężnej za prawidłowy. Sąd podziela w pełni rozważania poczynione w tym zakresie przez Prezesa Urzędu, uznając, że wymierzona kara jest sprawiedliwa, odpowiednia do winy i szkodliwości praktyki Przedsiębiorcy, spełnia także swoją rolę prewencyjną ogólną. Stwierdzić należy, że rola prewencji szczególnej została spełniona, wobec zaniechania z dniem 1.01.2011 roku przez powódkę praktyk ograniczających konkurencję.

W tym stanie rzeczy, sąd w pełni przyjmując wywoływy Prezesa Urzędu zawarte w uzasadnieniu decyzji, nie znalazł podstaw do uchylenia lub zmiany zaskarżonego orzeczenia.

Mając powyższe na względzie Sąd na podstawie art. 479^{31a} § 1 kpc odwołanie oddalił.

O kosztach orzeczono na podstawie art. 98 kpc, obciążając powoda kosztami zastępstwa procesowego pozwanego.

SSO Dariusz Dąbrowski