

Sygn. Akt. XVII AmE 160/09

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 maja 2010 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Andrzej Turliński

SSO Witold Rękosiewicz

SSO Bogdan Gierzyński

Protokolant: apl. radc. Marzena Stępniewska

po rozpoznaniu w dniu 17 maja 2010r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z odwołania (...) S.A. z siedzibą w B.

przeciwko Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki

o ustalenie kosztów osieroconych

na skutek odwołania (...) S.A. z siedzibą w B.

od Decyzji Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z dnia 31 lipca 2009 roku Nr (...)

1. zmienia zaskarżoną decyzję w ten sposób, że ustala dla roku 2008 wysokość korekty rocznej kosztów osieroconych dla (...) S.A. z siedzibą w B. w kwocie dodatniej 135 019 846 zł (sto trzydzieści pięć milionów dziewiętnaście tysięcy osiemset czterdzieści sześć) podlegającej wypłaceniu (...) S.A. z siedzibą w B. przez (...) SA z siedzibą w W.

2. zasądza od Skarbu Państwa – Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki na rzecz (...) S.A. z siedzibą w B. kwotę 100 zł (sto złotych) z tytułu zwrotu opłaty sądowej od odwołania oraz kwotę 720 zł (siedemset dwadzieścia złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

Sygn. akt XVII AmE 160/09

## UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Regulacji Energetyki (Prezes URE, pozwany) działając na podstawie art. 30 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 12, art. 6 ust. 1, art. 33 i art. 34 ust. 1 pkt 1 lit b ustawy z dn. 29.06.2007 r. o zasadach pokrywania kosztów powstałych u wytwórców w związku z przedterminowym rozwiązaniem umów długoterminowych sprzedaży mocy i energii elektrycznej (Dz. U. nr 130, poz. 905 z późn. zm., dalej Ustawa) decyzją z dnia 31.07.2009 r. znak (...) ustalił dla roku 2008 dla (...) SA z/s w B. (powód, Elektrownia) wysokość korekty rocznej kosztów osieroconych, jaką Elektrownia ma zwrócić (...) SA w kwocie 43 751 181.

W odwołaniu powód zarzucił zaskarżonej decyzji naruszenie:

1) art. 2 pkt 12 Ustawy poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie przy kwalifikacji kosztów osieroconych Elektrowni za 2008 r., co miało wpływ na ustalenie wysokości korekty rocznej,

2) art. 30 Ustawy poprzez jego niezastosowanie przy obliczeniu wielkości korekty rocznej i poczynienie w decyzji ustaleń faktycznych w sposób dowolny z naruszeniem prawa,

3) art. 32 Ustawy poprzez jego wadliwe zastosowanie i skorygowanie korekty rocznej kosztów osieroconych do wartości ujemnej mimo, iż było to niezgodne z zasadami dotyczącymi wytwórców wchodzących w skład grupy kapitałowej, dla której przewidziano jedynie możliwość korekty dodatniej,

4) art. 30 ust 1 i 2 oraz art. 32 ust. 2 Ustawy poprzez ich błędną wykładnię i skorygowanie korekty rocznej kosztów osieroconych powoda do wartości ujemnej w sytuacji, w której Elektrownia w 2008 r. zakładała dodatni wynik prognozowany a jej wynik rzeczywisty jest ujemny, która to sytuacja nie jest regulowana hipotezą art. 32 ust. 2 Ustawy i zdaniem powoda nie upoważnia Prezesa URE do dokonania korekty w sposób wynikający z zaskarżonej decyzji,

5) art. 33 ust. 1 w zw z art. 2 pkt 7 Ustawy poprzez wadliwe zastosowanie i przyjęcie, że (...) SA ma status wytwórcy w postępowaniu dotyczącym ustalenia korekty rocznej kosztów osieroconych, mimo że ta spółka nie została ujęta w załączniku numer 1 do ustawy o KDT,

6) błędne ustalenie i oparcie na nim zaskarżonej decyzji że Elektrownia nie działa na konkurencyjnym rynku energii elektrycznej, co jest sprzeczne z wcześniejszym jednoznacznym stanowiskiem Prezesa URE i z tej przyczyny powód nie jest zobowiązany do przedstawienia Prezesowi URE do zatwierdzenia stosowanych przez siebie taryf,

7) art. 249 TWE w związku z art. 2 pkt 12 Ustawy, art. 30 ust. 1 i art. 32 Ustawy oraz art. 4 ust. 1 i 2 Decyzji Komisji Europejskiej z dn. 25.09.2007 r. w sprawie pomocy państwa udzielonej przez Polskę w ramach umów długoterminowych sprzedaży mocy i energii elektrycznej oraz pomocy państwa, której Polska planuje udzielić w ramach rekompensaty z tytułu dobrowolnego rozwiązania umów długoterminowych sprzedaży mocy i energii elektrycznej (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej L. 83/1 z 28.03.2009 PL (dalej Decyzja KE) oraz naruszenie art. 6 kpa poprzez m. in. bezpodstawne przyjęcie, że Ustawa pozostaje w sprzeczności z prawem europejskim i niezastosowanie lub błędne zastosowanie przepisów Ustawy w zakresie ustalenia korekty rocznej kosztów osieroconych Elektrowni i oparcie tego ustalenia na pozaprawnych i arbitralnych ustaleniach dokonanych przez Prezesa URE w szczególności:

a) obliczenie wielkości korekty rocznej kosztów osieroconych Elektrowni niezgodnie

z wzorami matematycznymi zawartymi w art. 30 ust. 1 Ustawy,

b) skorygowanie korekty rocznej kosztów osieroconych Elektrowni niezgodnie z

zasadami dotyczącymi wytwórców wchodzących w skład grupy kapitałowej zawartymi w art. 32 Ustawy,

c)nieuwzględnienie w kalkulacji korekty rocznej kosztów osieroconych powoda

ponoszonych kosztów uprawnień do emisji CO<sub>2</sub>

8) art. 4 ust. 1 - 3 oraz motywów 355, 366 i 373 Decyzji KE

9) wadliwym przyjęciu przez Prezesa URE, że pkt 4.7. i 4.9. Komunikatu KE przyjętego w dniu 26.07.2001 r. dotyczącego metodologii analizy pomocy państwa związanej z kosztami osieroconymi stanowią źródło prawa wiążące w niniejszej sprawie i zawierają normy prawne, które powinny być bezpośrednio stosowane w razie sprzeczności z ustawodawstwem krajowym, gdy postanowienia te zostały pominięte w Decyzji KE,

10) art. 30 ust. 1 Ustawy w związku z art. 6 kpa i art. 19 kpa oraz art. 20 kpa poprzez zaniechanie dokonania przez Prezesa URE wykładni przepisów Ustawy, do czego Prezes URE był zobowiązany jako organ stosujący prawo i prowadzący postępowanie

11) zakończone wydaniem zaskarżonej decyzji i posłużenie się wykładnią dokonaną przez inne organy państwowe, niewłaściwe i nieupoważnione do dokonywania wiążącej wykładni prawa w niniejszej sprawie,

-art. 7, art. 77 § 1 i art. 80 kpa poprzez wydanie zaskarżonej decyzji bez należytego przeprowadzenia postępowania dowodowego i bez prawidłowego rozważenia zebranego materiału dowodowego

12) art. 107 § 1 i § 3 kpa poprzez wydanie decyzji bez należytego uzasadnienia,

13) art. 9, art. 10 i art. 73 kpa poprzez faktyczne uniemożliwienie powodowi zapoznania się z aktami postępowania oraz wypowiedzenia się na temat zebranych w postępowaniu dowodów i materiałów

W oparciu o postawione zarzuty powód wniósł o zmianę w całości zaskarżonej

decyzji poprzez ustalenie korekty rocznej kosztów osieroconych dla Elektrowni (...) dla roku 2008 w wysokości 135 019 846 zł ewentualnie o uchylenie decyzji w całości. Powód wniósł również o zasądzenie kosztów postępowania.

W ocenie powoda Prezes URE w sposób bezprawny przyjął do obliczenia korekty rocznej kosztów osieroconych zamiast rzeczywistych przychodów uzyskanych przez (...) O. kwotę przychodów hipotetycznych (kwotę wyższą) tj kwotę po której" podmioty z grupy (...) (przedsiębiorstwa obrotu) sprzedawały energię zakupioną od powoda. Powód zarzucił Prezesowi URE brak pogłębionej analizy warunków rynkowych, na jakich (...) O. mogła zbyć w okresie od II do IV kwartału 2008 r. wyprodukowaną energię. Powód nie zgodził się z przyjętą przez Prezesa URE podstawą prawną decyzji odwołującą się do celu Ustawy i wybiórczo wskazanych postanowień Komunikatu Komisji Europejskiej.

Błędne też w ocenie powoda było przyjęcie w zaskarżonej decyzji, że (...) O.

nie działa na rynku konkurencyjnym. Powód wskazał, że Prezes URE dokonał porównania wysokości ceny uzyskanej przez (...) O. z ceną uzyskaną przez podmioty zajmujące się obrotem energią elektryczną ze sprzedaży tej energii i na tej podstawie stwierdził, iż pierwsza cena nie jest ceną rynkową a powód nie działa na rynku konkurencyjnym. Powód powołał się na opublikowane przez Prezesa URE stanowiska i komunikaty dotyczące rynku konkurencyjnego i działających na nim przedsiębiorstw.

Według powoda rynek konkurencyjny w pojęciu art. 2 pkt 12 ustawy KDT to rynek, jaki powstał w momencie rozwiązania kontraktów długoterminowych. Powód zarzucił Prezesowi URE wadliwą wykładnię pojęcia rynku konkurencyjnego

zawartego w art. art. 2 ust 12 ustawy o KDT. Wskazując, iż celem ustawy o KDT było ustalenie zasady, że im większe przychody osiąga wytwórca na rynku ^ konkurencyjnym, tym mniejszy należy mu się zwrot kosztów osieroconych w formie rekompensat, zarzucił Prezesowi URE przyjęcie, iż wytwórca, który nie osiąga przychodów na rynku konkurencyjnym, powinien być „ukarany" obniżeniem wysokości zwracanych kosztów osieroconych. Powód dążył do wykazania, z jakich przyczyn cena energii odsprzedawanej przez niego przedsiębiorstwom obrotu była niższa od ceny uzyskiwanej przez te przedsiębiorstwa w dalszej sprzedaży. Zauważył, że przedsiębiorstwa zajmujące się obrotem energią muszą odpowiednio dostosować parametry umowy do wymagań odbiorców, zorganizować odpowiednią fachową obsługę, ponosić ryzyko działalności poprzez zakup niemal całej wyprodukowanej energii nawet w warunkach spadku zapotrzebowania, pobierać marżę od swoich klientów. Powód zaznaczył, że cena energii, którą stosował przy sprzedaży była zbliżona do ceny akceptowanej ówczesznie przez Prezesa URE jako ceny rynkowej i w obrocie hurtowym w tego typu umowach.

Podsumowując zarzut oparcia decyzji na błędnym ustaleniu, że Elektrownia (...) i jej kontrahenci nie działają rzekomo na rynku konkurencyjnym powód stwierdził, że ustalenie to jest sprzeczne z Ustawą, komunikatami i stanowiskami Prezesa URE, praktyką rynkową i zasadami funkcjonowania gospodarki i nie zostało poparte żadnymi dowodami.

Powód zarzucił również, że Ustawa nie daje Prezesowi URE przy określaniu wysokości korekty kosztów osieroconych uprawnienia do ustalenia, czy transakcja była dokonana na rynku konkurencyjnym.

Powód stwierdził, że Ustawa o rozwiązaniu KDT jest zgodna ze standardami prawa energetycznego i nie ma potrzeby do sięgania przez Prezesa URE do przepisów innych niż Ustawa. Przepisy art. 2 pkt 6, art. 28 ust. 2 i art. 32 Ustawy, zdaniem powoda, regulują wpływ udziału wytwórcy energii elektrycznej w grupie kapitałowej i zasady dokonywania korekty rocznej kosztów osieroconych. Wobec tego w ocenie powoda zastosowana przez Prezesa URE w zaskarżonej decyzji modyfikacja tych zasad polegająca na przypisaniu Elektrowni przychodów hipotetycznych wykraczała poza reguły ustawowe. Doprowadziło to według powoda do wydania decyzji z naruszeniem zasady legalizmu określonej w art. 6 kpa.

Powód wskazał, że wpływ udziału wytwórcy energii elektrycznej w grupie kapitałowej można uwzględnić jedynie na podstawie art. 32 Ustawy o rozwiązaniu

KDT. Dodał, że przepisy Ustawy nie zakazują zawierania przez wytwórców energii elektrycznej kontraktów z podmiotami należącymi do tej samej grupy kapitałowej.

Zarzut obliczenia wielkości korekty rocznej kosztów osieroconych niezgodnie z wzorami matematycznymi zawartymi w art. 30 ust. 1 ustawy o rozwiązaniu KDT powód uzasadnił wskazując, że:

- Ustawa nie uprawnia Prezesa URE do zastępowania przy obliczaniu korekty rocznej kosztów osieroconych wielkości faktycznie uzyskanych przychodów innymi kwotami, szczególnie tymi, które mogłyby osiągnąć,
- przyjęcie do korekty rocznej ceny innej niż rzeczywiście uzyskana przez powoda prowadziło do obliczenia wielkości korekty niezgodnie z art. 30 ust. 1 Ustawy,
- możliwość i zasady weryfikacji przez Prezesa URE cen sprzedaży została określona w art. 37 Ustawy o rozwiązaniu KDT,
- w uzasadnieniu decyzji niedostatecznie wyjaśniono podstawę ustalenia kwoty korekty rocznej dla Elektrowni w oparciu o art. 30 ust. 1 Ustawy.

Zdaniem powoda skorygowanie korekty rocznej kosztów osieroconych zostało przeprowadzone niezgodnie z zasadami dotyczącymi wytwórców wchodzących w skład grupy kapitałowej zawartymi w art. 32. Ustawy.

Pozwany pominął też w kalkulacji korekty rocznej kosztów osieroconych koszty uprawnień do emisji CO<sub>2</sub>. Doprowadziło to do ustalenia zaniżonej kwoty kosztów osieroconych w porównaniu z kwotą należną powodowi na 2008 r. Powód zarzucił również, że Prezes URE zaniechał dokonania wykładni przepisów Ustawy o rozwiązaniu KDT i posłużył się wykładnią dokonaną przez inne organy, pozbawione kompetencji do stosowania prawa w niniejszej sprawie.

Uzasadniając zarzuty naruszenia przepisów postępowania administracyjnego powód wskazał, że:

- zaskarżona decyzja została wydana bez należytego przeprowadzenia postępowania dowodowego i prawidłowego rozważenia materiału dowodowego,
- decyzja nie została należyście uzasadniona,

-Prezes URE praktycznie uniemożliwił powodowi zapoznanie się z aktami postępowania i wypowiedzenie się na temat zebranych materiałów i dowodów.

Wniosek o ustalenie korekty rocznej kosztów osieroconych dla Elektrowni na rok 2008 w wysokości 135. 019.846 zł powód uzasadnił załączonymi do odwołania obliczeniami przeprowadzonymi zgodnie z art. 30 ust. 1 i ust. 32 ustawy o

rozwiązaniu KDT i kopiami dokumentów potwierdzających prawidłowość wartości przyjętych na potrzeby tych obliczeń.

Pozwany Prezes URE wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego. Odpierając zarzuty powoda Prezes URE oświadczył, że rozliczenia pomocy publicznej dla Elektrowni przeprowadził w sposób opisany w art. 32 ustawy o rozwiązaniu KDT. Stwierdził, że zarzut naruszenia art. 30 ust. 1 i 2 oraz art. 32 ust. 2 Ustawy o rozwiązaniu KDT wynika z błędnej interpretacji przez powoda przepisu art. 32 ust. 2 Ustawy.

Odnosnie zarzutu błędnego ustalenia, że powód nie działa na rynku konkurencyjnym pozwany wskazał, iż jest bezsporne, że (...) Grupa Energetyczna jest podmiotem dominującym nad powodem oraz, że podmioty te tworzą grupę kapitałową w rozumieniu art. 2 pkt 1 Ustawy o rozwiązaniu KDT. Zdaniem Prezesa URE przychody osiągnięte przez (...) O. ze sprzedaży energii przedsiębiorstwom obrotu w ramach własnej grupy kapitałowej nie spełniają określonego w art. 27 ust. 4 Ustawy kryterium przychodów z konkurencyjnego rynku energii. Dlatego dopiero ceny uzyskane przez Grupę Energetyczną mogły być, zgodnie z Ustawą przyjęte do obliczenia wartości korekty. Prezes URE dodał, że przeprowadzona przez niego analiza przychodów i cen przedstawionych przez powoda nie potwierdza faktu, że uczestnictwo w grupie kapitałowej nie wywiera wpływu na cenę, strategię sprzedaży a więc i wartość przychodu uzyskanego ze sprzedaży energii. Cenę na rynku ustalają warunki podaży i popytu. Natomiast w ramach grupy kapitałowej cena ustalana jest z uwzględnieniem najkorzystniejszej alokacji z punktu widzenia grupy kapitałowej. Z tej przyczyny Prezes URE uznał, że gdyby interes wytwórcy był brany pod uwagę, dokonałby on sprzedaży po wyższej cenie, jaką mógł osiągnąć na rynku konkurencyjnym.

Prezes URE nie zgodził się z powodem, iż w zaskarżonej decyzji uznał, że Ustawa o rozwiązywaniu KDT jest sprzeczna z prawem wspólnotowym. Oświadczył, że w decyzji dokonał jedynie pro wspólnotowej wykładni przepisów Ustawy.

Odnosnie zarzutu nieuwzględnienia kosztów brakujących uprawnień do emisji CO<sub>2</sub> w ustaleniu korekty rocznej kosztów osieroconych Prezes URE wskazał, że ze względu pięcioletni okres rozliczeniowy systemu handlu uprawnieniami do emisji CO<sub>2</sub> nie jest możliwe roczne rozliczenie rzeczywistych kosztów zakupu brakujących uprawnień. Prezes URE oświadczył, że nie kwestionował w decyzji zasadności tworzenia rezerwy w ciężar kosztów na zakup brakujących uprawnień. Podkreślił, że

zgodnie z definicją zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 21 ustawy z dn 29.09.1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2002 nr 76, poz. 694 ze zm.) przez rezerwy rozumie się zobowiązania, których termin wykonalności lub kwota nie są pewne. Na tej podstawie Prezes URE uznał, że nie jest możliwe ustalenie momentu powstania zobowiązania ani jego kwoty. Nie ma też pewności, że zobowiązanie na które przeznaczona jest rezerwa w ogóle będzie wymagalne. Z tego względu ostateczna ocena zobowiązań z tytułu zakupu brakujących praw do emisji CO<sub>2</sub> nastąpi po zakończeniu pięcioletniego okresu rozliczeniowego przy rozliczeniu 2012 r.

Wobec tego Prezes URE nie zgodził się z powodem, że już obecnie można przyjąć, iż Elektrownia poniosła koszty związane z zakupem brakujących uprawnień w 2008 r. w wysokości ustalonej przy uwzględnieniu utworzonej rezerwy - 61 047 070 zł.

Pozwany dodał, że kosztów wynikających z zakupu brakujących uprawnień nie uwzględniono w szacowaniu prognozowanego wyniku finansowego netto z działalności operacyjnej zawartego w załączniku nr 5 do Ustawy o rozwiązaniu KDT. Coroczne uwzględnienie kosztów zakupu brakujących uprawnień CO<sub>2</sub> obniżałoby rzeczywisty wynik finansowy obliczony zgodnie z algorytmem zawartym w art. 27 ust. 4 Ustawy. Prowadziłoby to do zwiększenia wysokości korekty należnej przedsiębiorstwu lub zmniejszenia korekty ujemnej i nierównego traktowania podmiotów prowadzących działalność związaną z wytwarzaniem energii elektrycznej uczestniczących w systemie handlu uprawnieniami do emisji CO<sub>2</sub>. Zarzuty dotyczące zaniechania przez Prezesa URE wykładni przepisów ustawy o rozwiązaniu KDT oraz powołanych przez powoda w odwołaniu przepisów kodeksu postępowania administracyjnego pozwany uznał za niezasadne. Powołał się na przyjęte orzecznictwo sądowe dotyczące braku wpływu zarzutów naruszenia przepisów proceduralnych na ocenę trafności zaskarżonej decyzji. Stwierdził, że przeprowadził wnikliwą

ocenę przedstawionego przez Elektrownię materiału dowodowego i wykorzystał wszystkie przedstawione przez powoda dane. Z podanych w decyzji przyczyn skorygował jednak wartości przychodów wykazanych przez powoda. Zaznaczył, że jak wynika z akt sprawy, powód miał zagwarantowany czynny udział w ustaleniu stanu faktycznego a zaskarżona decyzja została należycie umotywowana.

W piśmie procesowym z dnia 12.11.2009 r. powód przedstawił swoje stanowisko w odniesieniu do odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Prezesa URE. Podtrzymał w całości wszystkie twierdzenia, zarzuty i wnioski odwołania.

Zarzucił, że Prezes URE, obliczając korektę kosztów osieroconych dla Elektrowni na 2008 r. do wzoru określonego w art. 30 ust. 1 Ustawy podstawił niezgodne z rzeczywistością wartości, co spowodowało błędne wyliczenie wysokości korekty rocznej kosztów osieroconych.

Powód podtrzymał stanowisko o błędnej wykładni art. 30 ust. 1 i 2 w zw z art. 32 ust. 2 Ustawy o rozwiązywaniu KDT. Zauważył, że w decyzji nie mogła być dokonana dodatkowa korekta wartości kosztów osieroconych Elektrowni, ponieważ w sytuacji gdy wynik prognozowany powoda był dodatni a wynik rzeczywisty ujemny okoliczności takiej nie przewiduje hipoteza art. 32 ust. 2 Ustawy. Powód podtrzymał również stanowisko, iż działa na rynku konkurencyjnym w rozumieniu Ustawy o rozwiązaniu KDT i zakwestionował stanowisko Prezesa URE, że uczestnictwo w rynku konkurencyjnym było tożsame z uzyskiwaniem konkretnych cen transakcyjnych o określonej stałej wysokości. Zdaniem powoda po rozwiązaniu umów długoterminowych rynek obrotu energią elektryczną jest konkurencyjny niezależnie od tego czy sprzedaż dokonywana jest w ramach grupy kapitałowej czy poza grupą. Powód podkreślił, że Ustawa o rozwiązaniu KDT miała na celu uregulowanie sytuacji wytwórców po zliberalizowaniu rynku i stworzenie mechanizmów pokrycia kosztów inwestycji poniesionych przez wytwórców w zw z realizacją umów długoterminowych po rozwiązaniu tych umów. Zdaniem powoda niezrozumienie przez pozwanego pojęcia rynek konkurencyjny w ujęciu Ustawy świadczy o wadliwości zaskarżonej decyzji. Istnienie grup inwestycyjnych w sektorze energetycznym nie może przesądzać o braku konkurencji w tej przestrzeni gospodarki. Powód zaznaczył, że ustawodawca wprowadził do ustawy pojęcie grupy kapitałowej i nie stworzył mechanizmów wyłączających lub ograniczających możliwość obowiązywania sprzedaży energii elektrycznej w ramach grupy kapitałowej. Z tej przyczyny dokonaną przez Prezesa URE ocenę sprzedaży energii elektrycznej w ramach grupy jako niekonkurencyjną powód uznał za nieuprawnioną. Błędne też było zdaniem powoda porównywanie cen osiągniętych przez Elektrownię i przedsiębiorstwo obrotu jako podmioty działające na różnych rynkach. Skoro Ustawa nie różnicuje sprzedaży energii w zależności od tego, czy była ona realizowana w ramach grupy czy poza nią to dla potrzeb wyliczenia wyniku finansowego Elektrowni w oparciu art. 27 ust. 4 Ustawy o rozwiązaniu KDT przychód uzyskany przez powoda ze zbycia energii elektrycznej podmiotowi z tej samej grupy kapitałowej powinien być zdaniem powoda

uwzględniony na takich samych zasadach jak ze sprzedaży energii podmiotom niepowiązanym kapitałowo.

Powód podkreślił, że wydanie przez pozwanego zaskarżonej decyzji w oparciu o odmowę uwzględnienia rzeczywistych przychodów Elektrowni przy wyliczeniu korekty rocznej kosztów osieroconych na 2008 r. naruszało art. 30 ust. 1 Ustawy. Powód zakwestionował ponadto stanowisko Prezesa URE dotyczące niezgodności przepisów Ustawy o rozwiązaniu KDT z przepisami wspólnotowymi i przyjętą przez pozwanego wykładnią tych przepisów jako podstawy decyzji. Powołując się na art. 27 ust. 4 Ustawy powód wskazał, że Prezes URE obowiązany jest zgodnie z wzorem zawartym w tym przepisie, na potrzeby kalkulacji kwoty rocznej kosztów osieroconych zgodnie z art. 30 ust. 1 ustawy, przeprowadzić porównanie rzeczywistego przychodu danego wytwórcy uzyskanego w danym roku ze sprzedaży energii elektrycznej z wartością zawartą w załącznikach do Ustawy.

Powód zaznaczył, że przepisy Ustawy nie dają Prezesowi URE kompetencji do arbitralnego ustalenia kwoty przychodu wytwórcy na innym poziomie niż faktycznie osiągnięty przez Elektrownię. Obliczenie wartości korekty rocznej kosztów osieroconych przy uwzględnieniu hipotetycznej wartości przychodu wytwórcy było, zdaniem powoda, sprzeczne z przepisami ustawy.

Powód stanął też na stanowisku, że przy wyliczeniu wyniku finansowego Elektrowni i w konsekwencji w kalkulacji korekty rocznej kosztów osieroconych należy uwzględnić koszty brakujących uprawnień do emisji

dwutlenku węgla. Rozwiązanie przyjęte przez Prezesa URE w zaskarżonej decyzji zdaniem powoda narusza przepisy Ustawy o rozwiązaniu KDT regulujące kwestię kalkulacji i wyniku finansowego wytwórcy na potrzeby ustalenia wysokości korekty rocznej kosztów osieroconych oraz zasadę rocznego rozliczania uprawnień do emisji wynikającą z bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy o rachunkowości. Podstawą kalkulacji wyniku finansowego Elektrowni mogą być tylko dane zawarte w zbadanym przez biegłego rewidenta sprawozdaniu finansowym. Koszt brakujących uprawnień do emisji CO<sub>2</sub> w roku 2008 powinien być według powoda zaliczony do kosztów jego działalności operacyjnej związanej ze sprzedażą energii elektrycznej w danym roku.

Przyjęcie rozwiązania podanego przez Prezesa URE byłoby sprzeczne z ustawą o rachunkowości oraz stanowiskiem Ministra Gospodarki oraz samego Prezesa URE wyrażonym w korespondencji między tymi organami. Powód powołał się na pismo pozwanego z dn. 28.04.2008 r. do Ministra Gospodarki, w którym Prezes URE

opowiedział się za uwzględnieniem tych kosztów przy obliczaniu korekt rocznych kosztów osieroconych. Powód stwierdził, że Prezes URE wydał zaskarżoną decyzję w sprzeczności ze swoim wcześniejszym stanowiskiem. Powód podtrzymał też zarzuty dotyczące wydania zaskarżonej decyzji w oparciu o wykładnię przepisów ustawy dokonaną przez inne organy oraz zarzuty naruszenia przepisów postępowania administracyjnego.

W piśmie procesowym z dn. 13.04.2010 r. Prezes URE oświadczył, że podtrzymuje w całości wnioski i argumenty przedstawione w odpowiedzi na odwołanie. W dniu 12.05.2010 r. powód złożył do sądu (wraz z dowodem doręczenia stronie przeciwnej) pismo procesowe, w którym podtrzymał dotychczasowe stanowisko. Do pisma powód dołączył kserokopie pism Prezesa URE z dn. 5.03. i 12.04.2010 r. dotyczących uwzględnienia rzeczywistych wydatków na zakup brakujących uprawnień do emisji CO<sub>2</sub> w korekcie kosztów osieroconych za 2009 r., potwierdzających zasadność stanowiska powoda w odniesieniu do sposobu kwalifikacji tych kosztów przy obliczaniu rzeczywistych przychodów Elektrowni jako podstawy do korekty kosztów osieroconych za 2008 r.

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił co następuje: Prezes URE, realizując zadania określone w Ustawie o rozwiązaniu KDT, pismem z dn. 25.03.2009 r. poinformował (...) SA i inne podmioty wchodzące w skład grupy (...) SA o szczegółowym zakresie i sposobie przekazywania informacji i danych do obliczenia korekty rocznej kosztów osieroconych oraz kosztów zużycia nieodebranego gazu ziemnego za rok 2008 wraz z załącznikami.

Jednocześnie Prezes URE zawiadomił Elektrownię o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie ustalenia dla tego przedsiębiorcy wysokości korekty rocznej kosztów osieroconych na rok 2008 oraz wezwał do przedstawienia koniecznych danych i informacji niezwłocznie po rozpatrzeniu i zatwierdzeniu przez walne zgromadzenie akcjonariuszy sprawozdania finansowego za 2008 rok.

Pismem z dn. 29.06.2009 r. Elektrownia przesłała informacje i dane wskazane przez Prezesa URE, które następnie zostały uzupełnione pismem z dn. 23.07.2009 r. Oprócz informacji uzyskanych od Elektrowni do wydania decyzji konieczne były również dane i informacje pochodzące z Agencji (...) SA, (...) SA, od innych przedsiębiorstw z grupy (...), Ministra Gospodarki, a także

z pism Sekretarza Komitetu Integracji Europejskiej i pisma Krajowego Administratora Systemu Handlu Uprawnieniami do Emisji, z komunikatów Ministerstwa Finansów o wynikach przetargów obligacji skarbowych (...) i (...) oraz uchwał nr (...) i (...) Rady Polityki Pieniężnej z dnia 27.06.2007 r. i 25.06.2008 r. w sprawie stopy referencyjnej, oprocentowania kredytów refinansowych, oprocentowania lokaty terminowej oraz stopy redyskontowej weksli w Narodowym Banku Polskim.

Pismem z dn. 29.07.2009 r. Prezes URE powiadomił Elektrownię o zakończeniu postępowania dowodowego, możliwością zapoznania się z całością materiału znajdującego się w aktach administracyjnych i wypowiedzenia się na temat zebranego materiału dowodowego.

Zawiadomienie wysłane w dniu 29.07.2009 r. (k 313 akt adm) zostało doręczone Elektrowni w dniu 3.08.2009 r. (k 315 akt adm). Z tej przyczyny Elektrownia nie mogła skorzystać z prawa do zapoznania się z materiałem dowodowym

postępowania administracyjnego przez wydaniem w dniu (...) r. decyzji ustalającej wysokość korekty rocznej kosztów osieroconych dla roku 2008 dla powodowego przedsiębiorcy.

Ustalając wysokość korekty kosztów osieroconych Prezes URE opierał się na informacjach o wartości aktywów (nakładów inwestycyjnych na majątek związany z wytwarzaniem energii elektrycznej) oraz wielkości wyniku finansowego uzyskanego z działalności operacyjnej związanej wytwarzaniem energii elektrycznej.

Zgodnie z art. 33 ustawy o rozwiązaniu KDT do obliczenia przyjęto jednostki wytwórcze wymienione w załączniku nr 7 do Ustawy, w których wartość nakładów inwestycyjnych poniesionych od dn. 1.01.2005 r. do 1.04.2008 r. nie przekroczyła 100% wartości księgowej netto każdej z tych jednostek na dzień 1.01.2005 r. W przypadku Elektrowni jako jednostkę wytwórczą przyjęto bloki 1-4.

Ze względu na wejście w życie umów rozwiązujących kontrakty długoterminowe z dniem 1.04.2008 r. w rozliczeniu uwzględniono niepełny rok kalendarzowy tj II, III i IV kwartał roku 2008. Łączna wartość wypłaconych Elektrowni w 2008 r. kwot z tytułu zaliczek na poczet kosztów osieroconych za trzy kwartały tego roku wynosiła 411 137 958 zł. Wartość wyniku finansowego netto dla 2008 r. została ustalona zgodnie z metodologią określoną w art. 27 ust. 4 Ustawy o rozwiązaniu KDT.

Zakres przychodów i kosztów dotyczył działalności operacyjnej polegającej na wytwarzaniu energii elektrycznej. Wynik finansowy skalkulowano jako różnicę przychodów wytwórcy osiągniętych na rynku konkurencyjnym ze sprzedaży energii elektrycznej, rezerw mocy i regularnych usług systemowych oraz związanych z nimi

kosztów działalności operacyjnej a w tym kosztów stałych, zmiennych, kosztów zarządu i sprzedaży. Obliczając wynik finansowy Prezes URE nie uwzględnił jednak przypadających na dany okres rozliczeniowy kosztów brakujących uprawnień do emisji CO<sub>2</sub>. Prezes URE uznał, że zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów regulującym zasady przyjęcia Krajowego Planu Rozdziału Uprawnień do emisji na lata 2008-2012 okres rozliczeniowy tych uprawnień wynosi 5 lat. Mając na uwadze określone w przepisach możliwości rozdziału, handlu i zasad rozliczeń niedoboru uprawnień do emisji CO<sub>2</sub>. Prezes URE stwierdził, że nie jest możliwe roczne rozliczenie rzeczywistych kosztów zakupu brakujących uprawnień do emisji CO<sub>2</sub> z uwagi na pięcioletni okres rozliczeń i uznał za uzasadnione pominięcie przy obliczeniu wyniku finansowego Elektrowni za 2008 r. kosztów brakujących uprawnień do emisji CO<sub>2</sub> za ten rok. Biorąc pod uwagę definicję kosztów osieroconych zawartą w art. 2 pkt 12 Ustawy o rozwiązaniu KDT, zgodnie z którą koszty osierocone to wydatki wytwórcy niepokryte przychodami uzyskanymi ze sprzedaży dokonanej na rynku konkurencyjnym, wynikające z poniesionych przez wytwórcę do 1.05.2004 r. nakładów na majątek związany z wytwarzaniem energii, Prezes URE uznał, że dla wypłaty środków na podstawie przepisów Ustawy o rozwiązaniu KDT, konieczne jest uwzględnienie wyniku finansowego wytwórców osiągniętego na rynku konkurencyjnym. Ponadto, jeżeli wytwórca wchodzi w skład grupy kapitałowej - jak w przypadku Elektrowni - drugim ważnym warunkiem jest dokonanie rozliczenia pomocy publicznej na poziomie skonsolidowanym. W związku z tym Prezes URE miał na uwadze, iż maksymalne koszty osierocone określone w załącznikach do Ustawy o rozliczeniu KDT i sposób rozliczenia udzielonej pomocy dla Elektrowni został określony w warunkach, w których ten wytwórca nie wchodził jeszcze w skład grupy kapitałowej (...).

Na podstawie analizy informacji uzyskanych od wytwórcy Prezes URE ustalił, że w trzech kwartałach 2008 r. Elektrownia sprzedawała energię elektryczną w większości (95, 8%) do spółek z grupy kapitałowej (...) zajmujących się obrotem energią elektryczną. W oparciu o informacje od Elektrowni i dane statystyczne Agencji Rynku Energii Prezes URE ustalił ponadto, że cena energii sprzedawanej przez wytwórcę (powoda) do spółek obrotu tej samej grupy kapitałowej wynosiła 147,19zł/MWh i była niższa od ceny 156, 93 MW/h za jaką spółki obrotu sprzedawały energię elektryczną innym spółkom obrotu spoza grupy kapitałowej i na giełdzie energii to jest na konkurencyjnym rynku energii.



Mając na uwadze, że po wejściu w życie Ustawy o rozwiązaniu KDT średnia cena energii uzyskiwana przez spółki obrotu należące do grupy kapitałowej (...) była na poziomie nieco wyższym niż średnia cena sprzedaży energii elektrycznej na rynku

konkurencyjnym w rozumieniu art. 23 ust. 2 pkt 18 lit b ustawy Prawo energetyczne tzn w obrocie hurtowym, Prezes URE uznał, że transakcje zawierane przez Elektrownię w ramach grupy kapitałowej mają charakter transakcji dokonywanych zgodnie ze strategią grupy kapitałowej. Z tego względu koszty powstałe w wyniku spadku ceny energii elektrycznej Elektrowni nie spełniają definicji właściwych kosztów osieroconych sformułowanej w pkt 3 Metodologii kosztów osieroconych zawartej w komunikacie Komisji Europejskiej z dn. 26.07.2001 r. dotyczącej metodologii analizy pomocy państwa związanej z kosztami osieroconymi (list Komisji (...) 6.08.2001 r). W ocenie Prezesa URE koszty przedstawione przez Elektrownię, spowodowane spadkiem cen energii elektrycznej nie były wynikiem spadku cen energii na konkurencyjnym rynku energii elektrycznej - lecz powstały w następstwie realizacji celów i strategii grupy. Zdaniem Prezesa URE gdyby Elektrownia samodzielnie sprzedawała energię elektryczną na konkurencyjnym rynku, uzyskałaby co najmniej tę samą cenę, po której sprzedaży dokonywała grupa kapitałowa (...). Na tej podstawie Prezes URE uznał, że relewantny do obliczenia przychodu Elektrowni ze sprzedaży energii elektrycznej na rynku konkurencyjnym jest poziom cen osiągnięty przez spółki obrotu odsprzedające energię zakupioną od wytwórcy.

Zgodnie z art. 30 ust. 1 ustawy o rozwiązaniu KDT Prezes URE, ustalając korektę roczną kosztów osieroconych, przeprowadził porównanie kwoty kosztów osieroconych Elektrowni określonej w załączniku nr 3 do ustawy z wysokością wypłaconych wytwórcy zaliczek na pokrycie kosztów osieroconych w 2008 r. i wynikiem finansowym netto uzyskanym na rynku konkurencyjnym w stosunku do wyniku prognozowanego przy kalkulacji kosztów osieroconych, który jest podany w załączniku nr 5 do Ustawy.

Ustaloną korektę kosztów osieroconych zgodnie z art. 32 Ustawy koryguje się u wytwórcy, który wchodzi w skład grupy kapitałowej, jak Elektrownia, ponieważ" zgodnie z powołanym przepisem koszty osierocone powinny uwzględniać zyski osiągnięte przez inne podmioty w grupie kapitałowej.

Wysokość korekty rocznej kosztów osieroconych za 2008 r. dla Elektrowni Prezes- (...) URE ustalił przy zastosowaniu wzoru zawartego w art. 30 ust. 1 Ustawy o

rozwiązaniu KDT. Zgodnie z przyjętym stanowiskiem Prezes URE pominął w obliczeniach koszty brakujących uprawnień do emisji CO<sub>2</sub> oraz uwzględnił przychody wytwórcy w wysokości odpowiadającej cenie energii elektrycznej jaką Elektrownia mogła uzyskać sprzedając energię na rynku konkurencyjnym a nie cenie jaką wytwórca uzyskał w rzeczywistości na skutek sprzedaży energii elektrycznej spółkom obrotu w ramach tej samej grupy kapitałowej.

Po przeprowadzeniu wyliczeń z uwzględnieniem uzyskanych danych Prezes URE ustalił, że Elektrownia ma obowiązek zwrócić z uzyskanych w 2008 r. zaliczek na koszty osierocone kwotę 43 751 181 zł tytułem korekty rocznej kosztów osieroconych. Bezsporne w sprawie jest, że cena po jakiej Elektrownia sprzedawała energię elektryczną do spółek grupy kapitałowej wynosiła:

- w I kwartale 2008 r. (przed rozwiązaniem kontraktów długoterminowych) 242, 81 zł/MWh
- w II, III i IV kwartale 2008 r. (po rozwiązaniu KDT) 147, 19 zł/MWh

Cena, za jaką spółki grupy kapitałowej sprzedawały tą energię elektryczną podmiotom spoza grupy wynosiła 156, 93 zł/MWh. | Strony zgodne są że średnia cena sprzedaży energii elektrycznej na rynku konkurencyjnym w obrocie hurtowym, o której mowa w art. 23 ust. 2 pkt 18 lit b Prawa energetycznego wynosiła 155, 44 zł/MWh a cena energii elektrycznej wytworzonej przez Jednostki Wytwórcze Centralnie Dysponowane Opalane Węglem była na poziomie 159, 05 zł/MWh.

Nie kwestionowany był również fakt utworzenia przez powoda w 2008 r. rezerwy na zakup brakujących uprawnień do emisji CO<sub>2</sub> (k 62 akt adm). Sąd oddalił wnioski powoda o dopuszczenie dowodu z wyciągu z dokumentu

zatytułowanego „Model obrotu energią elektryczną obowiązujący w (...) Grupie (...) w 2008 roku. Dokumentacja transakcji zawieranych z podmiotami powiązаныmi sporządzona na podstawie art. 9a ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych za rok podatkowy 2008" (k 488), przesłuchania w charakterze świadka Dyrektora Biura (...) SA M. P. na okoliczność informacji zawartych w tym dokumencie, dowodu z opinii biegłego i dowodu z pisma Prezesa URE do Elektrociepłowni (...) wobec braku oznaczenia konkretnych faktów, które mają być przedmiotem dowodu.

Zgodnie z przepisem art. 232 kpc strony mają obowiązek wskazania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Wniosek dowodowy musi

więc zawierać ściśle oznaczenie faktów, które mają być przedmiotem dowodu w taki sposób aby strona przeciwna mogła się do nich odnieść (art. 229 kpc) a Sąd miał możliwość oceny, czy dotyczą one faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy (art. 227 kpc) oraz czy zachodzi potrzeba przeprowadzenia takiego dowodu (art. 228-231 kpc). Nie dopuszczalne jest więc wskazanie we wniosku dowodowym jedynie tematyki zeznań świadka i pozostawienie mu inicjatywy w zakresie wskazywania faktów.

Sąd uwzględnił natomiast wniosek pozwanego o dopuszczenie dowodu z dokumentu „Model obrotu energią elektryczną obowiązujący w (...) Grupie (...) w 2008 roku. Dokumentacja techniczna transakcji zawieranych z podmiotami powiązаныmi sporządzona na podstawie art. 9a ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych za rok podatkowy 2008" na okoliczność braku autonomii wytwórców w grupie kapitałowej (...) w zakresie podejmowania decyzji handlowych w 2008 r. Zdaniem Sądu dowód ten nie potwierdza okoliczności wskazanych przez pozwanego, zawiera ogólne i dość oczywiste sformułowania odnoszące się np. do czynników ryzyka rynkowego (k 493 odwr) czy kosztów ponoszonych przez strony transakcji (k. 494).

W powołanym dokumencie brak jednak sformułowań i ustaleń wiążących podmioty należące do grupy kapitałowej, ograniczających ich swobodę w ustalaniu cen.

W tym stanie faktycznym Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje:

Odwołanie jest zasadne. Zgodnie z definicją kosztów osieroconych zawartych w art. 4 pkt 12 Ustawy kosztami osieroconymi są wydatki wytwórcy niepokryte przychodami uzyskanymi ze sprzedaży wytworzonej energii elektrycznej, rezerw mocy i usług systemowych wyłącznie na rynku konkurencyjnym po przedterminowym rozwiązaniu umowy długoterminowej, wynikające z nakładów poniesionych przez tego wytwórcę do dnia 1 maja 2004 r. na majątek związany z wytwarzaniem energii elektrycznej. Oznacza to, że wydatki i przychody ze sprzedaży wytworzonej energii elektrycznej, rezerw mocy i usług systemowych nie zrealizowane na rynku konkurencyjnym nie podlegają przepisom tej ustawy, a więc nie są brane pod uwagę przy obliczaniu wysokości środków na pokrycie kosztów osieroconych.

Należy jednak zauważyć, że pominięcie przez Prezesa URE poszczególnych wydatków i przychodów ze sprzedaży wytworzonej energii elektrycznej, rezerw mocy i usług

systemowych jako nie zrealizowanych na rynku konkurencyjnym jest możliwe tylko pod warunkiem udowodnienia tej okoliczności.

Zdaniem Sądu w rozpoznawanej sprawie pozwany nie udowodnił, że powód sprzedając energią elektryczną wewnątrz grupy kapitałowej robił to z pominięciem reguł rynkowych. Okoliczność ta wynika jedynie z domniemania pozwanego, wynikającego z faktów: powiązania kapitałowego, sprzedaży kontraktów długoterminowych w I kw. 2008 r. energii elektrycznej po cenie 242,81 zł/MWh, a w pozostałych trzech kwartałach 2008 r. energii uwolnionej z zawartych wcześniej kontraktów długoterminowych po cenie 147,19 zł/MWh, sprzedaży energii przez spółki z grupy kapitałowej podmiotom spoza grupy po cenie 156,93 zł/MWh oraz wysokości średniej ceny sprzedaży energii elektrycznej w obrocie hurtowym na poziomie 155,44 zł/MWh, a także ceny energii elektrycznej wytworzonej przez Jednostki Wytwórcze Centralnie Dysponowane Opalane Węglem wynoszącej 159,05 zł/MWh.

Przepis art.231 k.p.c. dopuszcza dla wykazania faktów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy przeprowadzenie domniemania faktycznego, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów. Przy konstruowaniu takiego domniemania, koniecznym jest jednak aby wniosek wyprowadzony z innych faktów wynikał z zasad logiki i był oparty na doświadczeniu. W analizowanej sprawie warunek ten nie został spełniony. Fakt przynależności do grupy kapitałowej nie oznacza automatycznie, że wszystkie transakcje realizowane wewnątrz grupy nie są oparte na zasadach wolnego rynku, chociaż bezsprzecznie, powiązanie kapitałowe daje możliwość oddziaływania na sferę autonomii poszczególnych podmiotów. Należy przy tym mieć na względzie, że ingerencja w sferę autonomii poszczególnych podmiotów miałaby uzasadnienie, gdyby dawało to korzyści całej grupie kapitałowej, a nie wywoływało jedynie skutki wewnętrzne. Podkreślić również należy, że rynek produkcji energii elektrycznej został uznany przez Prezesa URE za konkurencyjny czego wyrazem było zwolnienie podmiotów wytwarzających energię z obowiązku przedstawiania taryf do zatwierdzenia, stosownie do treści art.49 ustawy Prawo energetyczne.

Zważyć należy również, że ustawodawca przewidział okoliczność działania podmiotów w grupach kapitałowych, przewidując korektę wysokości kosztów osieroconych w parciu o zasady określone w art. 32 Ustawy o rozwiązaniu KDT.

W ocenie Sądu, wyprowadzanie wniosku, że stosowane przez powoda przy sprzedaży energii elektrycznej w ramach grupy kapitałowej ceny nie mają charakteru cen rynkowych

jedynie na podstawie porównania ich średniej wysokości z innymi średnimi cenami występującymi na rynku nie ma dostatecznego logicznego uzasadnienia.

Po pierwsze, średnie ceny (tworzone jak w niniejszej sprawie metodą średniej ważonej) są rezultatem uśrednienia cen zawierających się w pewnym przedziale. Oznacza to, że w praktyce występują ceny wyższe i niższe od średniej. Wynika z tego wniosek, że ceny stosowane przez powoda mogą się zawierać w przedziale cen branych pod uwagę przy obliczaniu średniej. Dotyczy to zarówno cen występujących na całym rynku, jak i cen stosowanych w grupie kapitałowej do której należy powód.

Po drugie, zjawisko zróżnicowania cen jest na rynku konkurencyjnym naturalne, gdyż wynika w pierwszym rzędzie z relacji pomiędzy popytem a podażą a także warunków poszczególnych transakcji. Powszechnie znanym jest fakt zróżnicowania popytu na energię elektryczną w ciągu roku (np. wyższego w okresie zimowym i niższego w okresie letnim i in.), a także fakt zróżnicowania podaży (np. wynikającego z remontów, warunków pogodowych itp.). Tak więc w zależności od czasu, w którym następuje sprzedaż energii, jej cena może być zróżnicowana. Inny charakter będą też miały ceny uzyskiwane z kontraktów realizowanych w długim okresie czasu, a inny ceny uzyskiwane z jednostkowych, nieregularnych transakcji np. o charakterze „interwencyjnym”. Ceny wynikające z kontraktów realizowanych w dłuższym terminie są z zasady niższe niż wynikające z jednostkowych transakcji, gdyż sprzedawca ponosi mniejsze koszty i niższe ryzyko handlowe, mając zapewniony systematyczny zbył.

Po trzecie, w postępowaniu poprzedzającym wydanie zaskarżonej decyzji nie zostało dowiedzione, że warunki działalności gospodarczej powoda odpowiadają średniej. grupy kapitałowej, a także, że warunki zawartych i zrealizowanych przez powoda umów odpowiadają tej średniej. Brak porównywalności warunków działania i zawieranych umów czyni bezprzedmiotowym porównywanie średnich cen.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, należało uznać, że zasadny jest zarzut powoda, iż pozwany błędnie założył i przyjął, że powód nie działa na konkurencyjnym rynku energii elektrycznej.

Skutkiem tego pozwany naruszył przepis art. 30 ust. 1 Ustawy o rozwiązaniu KDT i art. 32 tejże Ustawy, a w efekcie obliczył wielkość korekty rocznej kosztów osieroconych powoda niezgodnie z wzorami matematycznymi zawartymi w art. 30 ust. 1 Ustawy i skorygował korektę roczną kosztów osieroconych powoda niezgodnie z zasadami dotyczącymi wytwórców wchodzących w skład grupy kapitałowej zawartymi w art. 32 Ustawy o rozwiązaniu KDT.

Naruszeniem powyższych norm było również nieuwzględnienie w kalkulacji rocznej kosztów osieroconych powoda ponoszonych kosztów uprawnień do emisji CO<sub>2</sub>. Stosownie do art. 35d ust. 1 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz.U.09.152.1223 j.t. ze zm. ), rezerwy tworzy się m. in. na pewne lub o dużym stopniu prawdopodobieństwa przyszłe zobowiązania, których kwotę można w sposób wiarygodny oszacować. W szczególności rezerwy przygotowywane są na straty z transakcji gospodarczych w toku, w tym z tytułu udzielonych gwarancji, poręczeń, operacji kredytowych lub skutków toczącego się postępowania sądowego. Rezerwy te, zalicza się odpowiednio do pozostałych kosztów operacyjnych, kosztów finansowych lub strat nadzwyczajnych, zależnie od okoliczności, z którymi przyszłe zobowiązania się wiążą (art. 35d ust. 2 ustawy o rachunkowości). Pozwany nie kwestionuje, co do zasady, że powód będzie zmuszony nabyć uprawnienia do emisji CO<sub>2</sub>, gdyż jego emisja roczna przekracza posiadany limit. Zakup uprawnień wiąże się niewątpliwie z powstaniem zobowiązania z tytułu zapłaty za te uprawnienia. Ustanowienie rezerwy z tego tytułu było zatem obowiązkiem powoda.

Wysokość utworzonej rezerwy jest rezultatem oszacowania wysokości przyszłego zobowiązania, a zatem podstawą do ewentualnego kwestionowania wysokości rezerwy, jest podważenie poprawności przeprowadzonych szacunków. Jednak Prezes URE w tym zakresie

zgłosił jedynie gołosłowne wątpliwości, niepoparte wnioskami dowodowymi, powołując się na zdarzenia późniejsze. Należy podkreślić, że faktyczna wysokość zobowiązania może być różna od wysokości utworzonej rezerwy, gdyż rezerwa z zasady opiera się na wielkości szacowanej. Powstanie zobowiązania, na które uprzednio utworzono rezerwę, zmniejsza rezerwę. Niewykorzystane rezerwy, wobec zmniejszenia lub ustania ryzyka uzasadniającego ich utworzenie, zwiększają na dzień, na który okazały się zbędne, odpowiednio pozostałe przychody operacyjne przychody finansowe lub zyski nadzwyczajne (art. 35d ust. 3 i 4 ustawy o rachunkowości).

W ocenie Sądu ustanowiona na podstawie powyższych przepisów rezerwa stanowi koszt o którym mowa w art.4 pkt 12 Ustawy o rozwiązaniu KDT.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia art.6 k.p.a., art. 19 k.p.a. , art. 20 k.p.a. art. 7 k.p.a., art. 77 § 1 k.p.a. , art. 80 k.p.a., art. 9 k.p.a., art. 10 k.p.a. , art. 73 k.p.a. ,74 k.p.a. oraz art. 107 § 1 i 3 k.p.a. oraz art. 80 k.p.a. zważyć należało, że zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie poglądem (vide: Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 1991 roku sygn. akt III CRN 120/91 OSNC 1992 Nr 5, poz. 87; Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 października 1998 roku sygn. akt I CKN 265/98 OSP 2000 Nr 5 poz. 68; Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 sierpnia 1999 roku sygn. akt 351/99 OSNC 2000 Nr 3 poz. 47; Wyrok

Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2001 roku sygn. akt I CKN 1036/98 LEX Nr 52708; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 września 2005 roku, sygn. akt III SZP 2/05 OSNP 2006/19-20/312) Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie może ograniczyć sprawy wynikającej z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu tylko do funkcji sprawdzającej prawidłowość postępowania administracyjnego, które poprzedza postępowania sądowe. Celem postępowania sądowego nie jest przeprowadzenie kontroli postępowania administracyjnego, ale merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy, której przedmiotem jest spór między stronami powstający dopiero po wydaniu decyzji przez Prezesa Urzędu. Postępowanie sądowe przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest postępowaniem kontradyktoryjnym, w którym uwzględnia się materiał dowodowy zebrany w postępowaniu administracyjnym, co nie pozbawia jednak stron możliwości zgłoszenia nowych twierdzeń faktycznych i nowych dowodów, według zasad obowiązujących w postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych. Sąd antymonopolowy jest sądem cywilnym i prowadzi sprawę cywilną wszczętą w wyniku wniesienia odwołania od decyzji Prezesa Urzędu, w tym wypadku Urzędu Regulacji Energetyki, według reguł kontradyktoryjnego postępowania cywilnego, a nie sądem legalności decyzji administracyjnej, jak to czynią sądy administracyjne w postępowaniu sądowno-administracyjnym. Tylko takie odczytanie relacji pomiędzy postępowaniem administracyjnym i postępowaniem sądowym może uzasadniać dokonany przez racjonalnego ustawodawcę wybór między drogą postępowania cywilnego i drogą postępowania sądowno-administracyjnego dla wyjaśnienia istoty sprawy.

Sąd uznał, że nawet gdyby przyjąć, że w postępowaniu administracyjnym doszło do uchybień proceduralnych to nie mogą one być przedmiotem postępowania sądowego mającego na celu merytoryczne rozstrzygnięcie sporu, bowiem Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zobowiązany jest do wszechstronnego zbadania wszystkich istotnych okoliczności sprawy, przy uwzględnieniu zasad rozkładu ciężaru dowodu i obowiązków stron w postępowaniu dowodowym.

Mając na uwadze przedstawione okoliczności Sąd Okręgowy zmienił zaskarżoną decyzję orzekając zgodnie z wnioskiem powoda (art.479<sup>53</sup> § 2 k.p.c.).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sporu, zasądając od pozwanego na rzecz powoda koszty postępowania według norm przepisanych (art.98 k.p.c.)