



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
w Warszawie**

RWA-41-03/06/KS

Warszawa, dnia 28 grudnia 2011 r.

DECYZJA nr RWA-26/2011

I. Na podstawie art. 10 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn.: Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 z późn. zm.) w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.) oraz stosownie do art. 28 ust. 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów i § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 lipca 2007 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. Nr 134 poz. 939 ze zm.) oraz § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. Nr 107 poz. 887 ze zm.) w zw. z art. 136 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, po przeprowadzeniu na wniosek Polenergii S.A. z siedzibą w Warszawie postępowania antymonopolowego

– w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

uznaje się za ograniczającą konkurencję praktykę stosowaną przez RWE Polska S.A. z siedzibą w Warszawie polegającą na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku dystrybucji energii elektrycznej na terenie sieci elektroenergetycznej RWE Polska S.A. poprzez:

1. wyłączenie możliwości tworzenia przez przedsiębiorstwa obrotu energią elektryczną inne niż RWE Polska S.A., zbiorczych grafików dla odbiorców korzystających z zasady TPA, co przeciwdziała ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania i rozwoju konkurencji na krajowym rynku obrotu energią elektryczną – a tym samym stanowi naruszenie art. 8 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów
2. wprowadzenie uciążliwego obowiązku tworzenia i przedstawiania RWE Polska S.A., przez przedsiębiorstwa obrotu energią elektryczną inne niż RWE Polska, oddzielnych grafików dla każdego z odbiorców korzystających z zasady TPA, przy jednoczesnym zbiorczym rozliczaniu RWE Polska S.A. w relacjach z operatorem systemu przesyłowego, umożliwiające osiągnięcie przez RWE Polska, nieuzasadnionych korzyści – co stanowi naruszenie art. 8 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów

i stwierdza się zaniechanie jej stosowania z dniem 1 stycznia 2007 r.

II. Na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz stosownie do art. 28 ust. 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. i § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 lipca 2007 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. Nr 134 poz. 939 ze zm.) oraz § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. Nr 107 poz. 887 ze zm.) w zw. z art. 136 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego z urzędu

– w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

nakłada się na RWE Polska S.A. z siedzibą w Warszawie karę pieniężną w wysokości 6.362.876 zł (słownie: sześć milionów trzysta sześćdziesiąt dwa tysiące osiemset siedemdziesiąt sześć złotych), płatną do budżetu państwa, z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 i 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, w zakresie opisanym w punkcie I sentencji niniejszej decyzji.

UZASADNIENIE

W dniu 24 lutego 2006 r. do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury w Warszawie (zwanego dalej: „Prezesem Urzędu”, „Prezesem UOKiK”) wpłynął wniosek Polenergia S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanej dalej „Polenergia”, „Wnioskodawca”) o wszczęcie postępowania antymonopolowego w związku z podejrzeniem nadużywania pozycji dominującej przez RWE Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanej dalej również jako „RWE Polska”, „Spółka”).

Wnioskodawca wskazał, że prowadzi działalność w zakresie dostaw energii elektrycznej na rzecz odbiorców uprawnionych do wyboru sprzedawcy energii elektrycznej (odbiorców TPA). Polenergia wyjaśniła, że w celu przetransportowania energii elektrycznej do swoich odbiorców znajdujących się na obszarze sieci dystrybucyjnej RWE Polska, korzystała z usług RWE Polska, która była właścicielem tej sieci.

Polenergia wskazała, że zobowiązana była do przekazywania RWE Polska dziennych grafików (w rozbiciu na każdą godzinę doby), które przedstawiały zapotrzebowanie Wnioskodawcy na energię elektryczną, osobno dla każdego z jego klientów oraz do osobnego rozliczania odchyłeń od pozycji kontraktowej tych klientów. Wnioskodawca wskazał, że RWE Polska nie zgadzała się na zgłaszanie sumarycznych grafików (obejmujących wszystkich klientów Polenergii przyłączonych do sieci dystrybucyjnej RWE Polska) i zbiorcze rozliczanie odchyłeń. Natomiast wg Wnioskodawcy RWE Polska zgłaszała swoich klientów (podmioty, na rzecz których prowadziła sprzedaż energii elektrycznej) na podstawie jednego zbiorczego grafiku, który uwzględniał również Polenergię i jej klientów. Zdaniem Wnioskodawcy konieczność sporządzania odrębnych grafików powodowała po stronie Polenergii dodatkowe koszty jej funkcjonowania.

W ocenie Wnioskodawcy opisane wyżej wprowadzenie uciążliwego obowiązku tworzenia i przedstawiania RWE Polska oddzielnych grafików dla każdego z odbiorców uprawnionych do wyboru sprzedawcy energii elektrycznej, przy jednoczesnym zbiorczym rozliczaniu RWE Polska w relacjach z operatorem systemu przesyłowego umożliwiało osiągnięcie przez RWE Polska, nieuzasadnionych korzyści. W opinii Wnioskodawcy, z uwagi

na fakt, że Spółka uwzględniała grafiki Polenergii przy sporządzaniu swojego grafiku dla operatora systemu przesyłowego (tzn. uwzględniając dane z grafików Wnioskodawcy, mogła przy rozliczaniu odchyłeń skorzystać z ilości energii zagrafikowanej przez Wnioskodawcę). Tym samym w ocenie Polenergii, RWE Polska miała możliwość z tego tytułu uzyskać wymierne korzyści finansowe wynikające, bądź to z braku konieczności dokupienia energii, bądź to z możliwości sprzedaży ewentualnej jej nadwyżki.

Zdaniem Wnioskodawcy, opisane działanie RWE Polska naruszało zakaz przeciwdziałania ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji (art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów) oraz zakaz narzucania przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści (art. 8 ust. 2 pkt 6 ww. ustawy).

Wniosek o wszczęcie postępowania antymonopolowego został następnie przez Wnioskodawcę uzupełniony pismem z dnia 12 kwietnia 2006 r.

Na podstawie uzyskanych informacji i dokumentów Prezes UOKiK uznał, że okoliczności badanej sprawy stwarzają podejrzenie naruszenia przez RWE Polska S.A. zakazów stosowania praktyk ograniczających konkurencję określonych w art. 8 ust. 1 i 2 pkt 5 i 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

Wobec powyższego, postanowieniem z dnia 25 sierpnia 2006 r. zostało wszczęte postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem nadużywania przez RWE Polska S.A. z siedzibą w Warszawie pozycji dominującej poprzez:

1. przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania i rozwoju konkurencji poprzez wyłączenie możliwości tworzenia przez przedsiębiorców obrotu energią elektryczną innych niż RWE Polska S.A. zbiorczych grafików dla odbiorców korzystających z zasady TPA – co może stanowić naruszenie art. 8 ust. 1 i 2 pkt. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

2. wprowadzenie uciążliwego obowiązku tworzenia i przedstawiania RWE Polska S.A., przez przedsiębiorstwa obrotu energią elektryczną inne niż RWE Polska, oddzielnych grafików dla każdego z odbiorców końcowych korzystających z zasady TPA, przy jednoczesnym zbiorczym rozliczaniu RWE Polska S.A. w relacjach z operatorem systemu przesyłowego, umożliwiające osiąganie przez RWE Polska, nieuzasadnionych korzyści – co może stanowić naruszenie art. 8 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania RWE Polska uznała kierowane pod jej adresem zarzuty nadużywania pozycji dominującej za bezpodstawne.

W toku postępowania antymonopolowego Prezes UOKiK uzyskał od RWE Polska i od Polenergii dokumenty oraz informacje niezbędne do ustalenia stanu faktycznego oraz do oceny sprawy w aspekcie zarzutów stawianych w postanowieniu o wszczęciu niniejszego postępowania.

W toku postępowania Prezes Urzędu uzyskał również od operatora systemu przesyłowego – Polskich Sieci Elektroenergetycznych Operator S.A. z siedzibą w Konstancinie - Jeziornej (zwany dalej „PSE – Operator”) informacje i dokumenty dotyczące zasad bilansowania użytkowników systemu elektroenergetycznego na rynku bilansującym.

Ponadto Prezes UOKiK załączył do akt postępowania opinię Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z dnia 27 czerwca 2006 r. dotyczącą problemu grupowania użytkowników systemu elektroenergetycznego (opinia uzyskana w toku postępowania prowadzonego przed Prezesem UOKiK Delegatura UOKiK w Krakowie sygnatura akt. RKR-411-4/06/WJ).

Dodatkowo, w trakcie postępowania Wnioskodawca pismem z dnia 16 maja 2007 r. określił rynek właściwy w sprawie jako rynek dystrybucji energii elektrycznej.

Z uwagi na powyższe, Prezes UOKiK postanowieniem z dnia 6 października 2011 r., doprecyzował definicję rynku właściwego w niniejszym postępowaniu, który został określony jako lokalny rynek dystrybucji energii elektrycznej obejmujący teren sieci elektroenergetycznej RWE Polska S.A.

Pismem z dnia 6 grudnia 2011 r. strony postępowania zostały zawiadomione o zakończeniu zbierania materiału dowodowego w niniejszym postępowaniu oraz o możliwości zapoznania się z materiałem zgromadzonym w aktach sprawy w siedzibie Delegatury UOKiK w Warszawie.

W dniu 13 grudnia 2011 r. RWE Polska zapoznała się z zebrany w sprawie materiałem dowodowym. W piśmie z dnia 16 grudnia 2011 r. Spółka podtrzymała wszystkie wnioski i twierdzenia sformułowane w pismach przedstawionych w toku niniejszego postępowania.

Polenergia nie skorzystała z prawa do zapoznania się z materiałem zgromadzonym w aktach sprawy.

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił, co następuje:

I. Strony postępowania

Polenergia S.A. z siedzibą w Warszawie 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 Polenergia zakupuje energię od jej wytwórców w celu dalszej odsprzedaży, uczestnicząc w ten sposób w konkurencyjnym rynku obrotu energią elektryczną na terenie całej Polski.

RWE Polska S.A. z siedzibą w Warszawie – w dacie wszczęcia niniejszego postępowania była przedsiębiorstwem energetycznym zintegrowanym pionowo¹. RWE Polska S.A. posiadała koncesję na obrót energią elektryczną obowiązującą na terenie całej Polski oraz koncesję na dystrybucję energii na obszarze swojej sieci elektroenergetycznej obejmującej zasięgiem m.st. Warszawę oraz okoliczne gminy. Na podstawie koncesji na obrót energią RWE Polska prowadziła działalność związaną z zakupem i odsprzedażą energii elektrycznej. Z kolei w związku z posiadaniem koncesji na dystrybucję energii, RWE Polska pełniła funkcję operatora systemu dystrybucyjnego na terenie swojej sieci elektroenergetycznej.

¹ Spółka występowała wtedy pod nazwą Stoen S.A. z siedzibą w Warszawie. Zmiana nazwy na RWE Polska nastąpiła w 2008 r.

Na skutek zmiany ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (tekst jedn. Dz. U. z 2006 r., Nr 89, poz. 625, z późn. zm.) – które weszły w życie z dnia 1 lipca 2007 r.², RWE Polska dokonała rozdzielenia działalności w zakresie dystrybucji energii elektrycznej od działalności związanej z obrotem energią. Rozdział ten polegał na wydzieleniu ze struktur RWE Polska spółki dystrybucyjnej - RWE Stoen Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, która przejęła obowiązki operatora sieci dystrybucyjnej wraz z własnością elektroenergetycznej sieci dystrybucyjnej.

W tym stanie rzeczy podmiotem prowadzącym działalność w zakresie obrotu energią elektryczną jest od 1 lipca 2007 r. wyłącznie spółka RWE Polska, natomiast RWE Stoen Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jest od ww. daty operatorem systemu dystrybucyjnego, wyłącznie odpowiedzialnym za świadczenie usług dystrybucji energii na terenie swojej sieci elektroenergetycznej.

II. Charakterystyka polskiego sektora energii elektrycznej

Polski sektor energii elektrycznej dzieli się na cztery podsektory: wytwarzania, przesyłu, dystrybucji i obrotu energią elektryczną.

Głównymi podmiotami występującymi na rynku energii elektrycznej są zatem: wytwórcy energii elektrycznej (podsektor wytwarzania), operator systemu przesyłowego (podsektor przesyłu), spółki dystrybucyjne (podsektor dystrybucji), przedsiębiorstwa obrotu (podsektor obrotu) oraz odbiorcy, tj. otrzymujący lub pobierający energię elektryczną na podstawie umowy z ww. przedsiębiorstwami energetycznymi (por.: art. 3 pkt 13 Prawa energetycznego), w tym odbiorcy końcowi zakupujący energię wyłącznie na własny użytek (por.: art. 3 pkt 13a Prawa energetycznego).

Podsektor wytwarzania energii elektrycznej obejmuje przede wszystkim kilkadziesiąt elektrowni i elektrociepłowni, które wprowadzają energię do krajowego systemu elektroenergetycznego.

Podsektor przesyłu energii elektrycznej obejmuje sieć elektroenergetyczną najwyższych lub wysokich napięć (por.: art. 3 pkt 11a Prawa energetycznego), tj. napięć wielkości od 220 do 400 kV, a nawet 750 kV. Przesyłanie energii elektrycznej oznacza jej transport sieciami przesyłowymi do sieci dystrybucyjnych bądź do odbiorców, przyłączonych do sieci przesyłowej. Przesył energii elektrycznej odbywa się na podstawie umowy o świadczenie usług przesyłowych. Za prawidłowe funkcjonowanie sieci przesyłowej odpowiada operator systemu przesyłowego (por.: art. 3 pkt 24 Prawa energetycznego), aktualnie funkcję taką pełni PSE – Operator S.A.

Podsektor dystrybucji energii elektrycznej obejmuje sieć elektroenergetyczną wysokich, średnich i niskich napięć (por.: art. 3 pkt 11b Prawa energetycznego), tj. napięć na poziomie 110 kV i poniżej tej wielkości. Dystrybucja energii elektrycznej oznacza jej transport siecią dystrybucyjną do odbiorców, przyłączonych do sieci dystrybucyjnej. Sieci dystrybucyjne zarządzane są przez podmioty określone jako operatorzy systemów dystrybucyjnych (OSD). Świadczenie usług dystrybucyjnych wymaga zawarcia umowy między przedsiębiorstwem dystrybucyjnym a odbiorcą.

Podsektor obrotu energią elektryczną, obejmuje handel hurtowy lub detaliczny, czyli

² Wprowadzonych ustawą z dnia 4 marca 2005 r. o zmianie ustawy - Prawo energetyczne oraz ustawy – Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2005 r., Nr 62, poz. 552).

sprzedaż energii przez podmiot zajmujący się jej wytwarzaniem lub odsprzedaż energii przez podmiot zajmujący się jej obrotem (por.: art. 3 pkt 6 i 6a Prawa energetycznego).

Należy wyjaśnić, iż zarówno handel hurtowy, jak i detaliczny rynku energii elektrycznej funkcjonuje na dwóch obszarach: konkurencyjnym i regulowanym.

W obszarze regulowanym rynku energii elektrycznej – obrót energią odbywa się według taryf, zatwierdzanych przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki (zwanego dalej „Prezesem URE”). Do momentu dokonania podziału przedsiębiorstw energetycznych zintegrowanych pionowo osobno na spółki zajmujące się dystrybucją i osobno na takie, które zajmują się sprzedażą energii, odbiorcy taryfowi dokonywali zakupu energii elektrycznej wraz z usługą jej dostawy od przedsiębiorstwa energetycznego, do którego sieci byli przyłączeni. Po rozdzieleniu działalności handlowej i dystrybucyjnej przedsiębiorstw energetycznych, każdy klient na rynku energii kupuje osobno energię i usługę jej dostarczenia. Kupując energię na rynku regulowanym, klienci będący gospodarstwami domowymi rozliczani są jedynie za zużytą energię, a pozostali klienci dodatkowo za ustalony poziom mocy elektrycznej, przekroczenie którego wiąże się z koniecznością uiszczenia dodatkowych opłat.

Natomiast w obszarze konkurencyjnym, odbiorcy energii elektrycznej korzystają z prawa dostępu do sieci i wyboru dostawcy. Realizacji tego prawa służy zasada TPA (Third Party Access), czyli zasada dostępu stron trzecich do sieci elektroenergetycznej. Oznacza ona możliwość korzystania z sieci danego przedsiębiorstwa energetycznego, bez obowiązku kupowania od niego energii. Zgodnie z nią bowiem odbiorcy mają prawo zakupu energii elektrycznej od wybranego przez siebie sprzedawcy. Natomiast z usługi dystrybucji energii rozliczają się według obowiązujących taryf przedsiębiorstwa dystrybucyjnego, do którego sieci są przyłączeni. Możliwość wyboru sprzedawcy energii uzyskali na początku odbiorcy o największym rocznym zużyciu energii, następnie każdego roku grupa uprawnionych powiększała się o kolejnych, coraz mniejszych odbiorców. Od 1 lipca 2004 r. prawo to przysługuje wszystkim odbiorcom energii poza gospodarstwami domowymi, a od 1 lipca 2007 r. również tym ostatnim. W celu zapewnienia odbiorcom energii aktywnej możliwości korzystania z zasady TPA, przedsiębiorstwa przesyłowe i dystrybucyjne zobowiązane zostały do świadczenia usług związanych z dostępem stron trzecich do ich sieci na zasadzie równoprawnego traktowania wszystkich dostawców i odbiorców.

Na polskim rynku energia elektryczna może być kupowana w drodze:

- kontraktów dwustronnych (umów) zawieranych pomiędzy wytwórcami energii a spółkami obrotu oraz klientami finalnymi,
- transakcji giełdowych, czyli zakupów i sprzedaży energii elektrycznej na specjalnie w tym celu zorganizowanej Towarowej Giełdzie Energii, prowadzonej w formie spółki akcyjnej,
- transakcji na rynku bilansującym.

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie jest działalność związana z rynkiem bilansującym w związku z powyższym należy mu w tym miejscu poświęcić więcej uwagi.

Rynek bilansujący jest zarządzany przez operatora systemu przesyłowego, którym jest PSE – Operator S.A. W ramach rynku bilansującego następuje bilansowanie produkcji z rzeczywistym zapotrzebowaniem na energię elektryczną oraz niwelowanie nieplanowanych odchyłeń po stronie podaży lub popytu. Wszyscy uczestnicy rynku bilansującego zobowiązani są zatem zgłaszać do realizacji umowy sprzedaży energii elektrycznej w postaci grafików (zwanymi dalej również: grafikami handlowymi), określających zapotrzebowanie na energię elektryczną. Z uwagi na godzinowy model rynku bilansującego, jego uczestnicy zobowiązani są do zgłaszania w ramach tych grafików zapotrzebowanie na energię

elektryczną w każdej godzinie doby, siedem dni w tygodniu. W przypadku rozbieżności pomiędzy energią zadeklarowaną a faktycznie odebraną zachodzi konieczność rozliczenia różnicy energii z PSE – Operatorem (czyli dokupienia lub odsprzedaży energii). Rozliczanie różnic pomiędzy wielkościami zamówienia i zużycia energii (tzw. bilansowanie handlowe) jest dokonywane na każdą godzinę, każdej doby. Mechanizm finansowy rynku bilansującego jest niekorzystny dla podmiotów, które przeszacowały lub niedoszacowały swoje prognozy. W przypadku rozbieżności pomiędzy energią zamówioną a odebraną przez odbiorcę zachodzi potrzeba dokonania rozliczeń z PSE Operator. W ramach takich rozliczeń energia elektryczna (w przypadku jej niedokontraktowania) dokupowana jest przez odbiorcę po cenie znacznie wyższej od jej średniej ceny na rynku konkurencyjnym, a odsprzedawana (w przypadku przekontraktowania) po cenie znacznie niższej. Przykładową różnicę pomiędzy ceną sprzedaży i zakupu energii elektrycznej na rynku bilansującym w losowo wybranym dniu obrazuje poniższa tabela:

Tabela: Ceny energii PSE Operator na rynku bilansującym w dniu 1 czerwca 2006 r.³

godzina	cena sprzedaży (PLN/MWh)	cena zakupu (PLN/MWh)
1	138,49	87,82
2	138,49	85,14
3	138,49	83,75
4	138,49	81,73
5	138,49	77,08
6	138,49	77,54
7	138,76	94,25
8	140,16	90,38
9	150,14	117,49
10	151,34	117,49
11	151,00	117,49
12	150,24	117,49
13	150,47	117,49
14	147,60	117,49
15	150,69	117,49
16	154,65	117,49
17	152,14	115,72
18	150,77	116,10
19	153,06	116,32
20	148,01	117,49
21	154,36	117,49

³ dane zamieszczone na stronie Internetowej: <http://www.pse-operator.pl/index.php?dzid=83>

22	153,31	117,49
23	140,09	104,34
24	139,11	92,35

Obecnie obowiązujące zasady funkcjonowania rynku bilansującego zostały sprecyzowane przez operatora sieci przesyłowej PSE Operator SA w Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Przesyłowej obowiązującej od **1 czerwca 2006 r.** Data ta **wyznacza granice obowiązywania różnych zasad bilansowania użytkowników systemu elektroenergetycznego na rynku bilansującym.**

Model bilansowania zawarty w poprzednich Instrukcjach Ruchu i Eksploatacji Sieci Przesyłowej (obowiązujących kolejno do 31 maja 2006 r.) opierał się na założeniu, że użytkownik systemu, którego urządzenia i instalacje były fizycznie przyłączone do sieci objętej obszarem rynku bilansującego mógł uczestniczyć bezpośrednio w tym rynku (takim podmiotem był m.in. operator systemu dystrybucyjnego) natomiast **użytkownik systemu, którego urządzenia lub instalacje nie były przyłączone do sieci objętej rynkiem bilansującym (tj. odbiorca korzystający z zasady TPA) mógł uczestniczyć w tym rynku wyłącznie pośrednio, tzn. poprzez właściwego operatora systemu dystrybucyjnego, do sieci którego był przyłączony i z którym miał zawartą umowę dystrybucji energii elektrycznej.** Tacy użytkownicy zgłaszali do realizacji umowy sprzedaży energii elektrycznej w postaci grafików handlowych określających zapotrzebowanie na energię elektryczną oraz rozliczali się ze swoich odchyleń z właściwym operatorem systemu dystrybucyjnego.

Z kolei w aktualnej **Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Przesyłowej**, tj. obowiązującej od **1 czerwca 2006 r.** Przyjęto rozwiązanie oparte na koncepcji wyznaczania podmiotów odpowiedzialnych za bilansowanie (funkcję tę pełnią Uczestnicy Rynku Bilansującego – URB). **Każdy użytkownik systemu ma prawo wybrać na rynku podmiot (spełniający określone przez PSE Operator warunki, w szczególności dotyczące posiadania odpowiedniego systemu pomiarowo – rozliczeniowego i infrastruktury teleinformatycznej), który będzie rozliczał jego odchylenia i reprezentował na rynku bilansującym.**

Należy wskazać, iż podstawowa różnica pomiędzy rozwiązaniem obowiązującym od 1 czerwca 2006 r., a rozwiązaniem przyjętym w poprzednich Instrukcjach Ruchu i Eksploatacji Sieci Przesyłowej, polega na tym, że użytkownicy systemu nieprzyłączeni do sieci objętej obszarem rynku bilansującego (tj. odbiorcy korzystający z zasady TPA) bilansują się w ramach grup tworzonych przez podmioty odpowiedzialne za bilansowanie przy czym:

- użytkownicy systemu nie bilansują się za pośrednictwem właściwego operatora systemu dystrybucyjnego,
- funkcje podmiotu odpowiedzialnego za bilansowanie użytkowników systemu z obszaru danego operatora systemu dystrybucyjnego są wykonywane przez Uczestników Rynku Bilansującego wybranych przez tych użytkowników,
- w ramach jednostki graficznej URB mogą być skupieni użytkownicy systemu przyłączeni do sieci różnych operatorów systemów dystrybucyjnych.

W tym miejscu należy również wyjaśnić, iż zasady bilansowania na rynkach lokalnych uregulowane są w poszczególnych Instrukcjach Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnych opracowanych przez operatorów systemów dystrybucyjnych. Przyjęte w tych Instrukcjach rozwiązania, zgodnie z art. 9 g ust. 5 Prawa energetycznego, powinny być zgodne z Instrukcją Ruchu i Eksploatacji Sieci Przesyłowej. Tym samym w wyniku wejścia w życie z dniem 1 czerwca 2006 r. Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Przesyłowej spółki dystrybucyjne

miały obowiązek przyjąć nowe Instrukcje Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej, które zmieniały zasady bilansowania energii elektrycznej.

III. Argumentacja stron postępowania dotycząca zarzutów antymonopolowych

Polenergia wyjaśniła, iż prowadzi, jako spółka obrotu, działalność w zakresie sprzedaży energii elektrycznej na rzecz odbiorców uprawnionych do wyboru sprzedawcy. Polenergia wskazała, iż w celu przetransportowania energii elektrycznej do swoich odbiorców znajdujących się na obszarze sieci dystrybucyjnej RWE Polska, nie miała innej możliwości, niż skorzystanie w tym celu z usług RWE Polska (która do 31 czerwca 2007 r. była właścicielką tej sieci). Z uwagi na powyższe pomiędzy Polenergią a RWE Polska zawarta została w dniu 22 lutego 2006 r. umowa nr HK-C/105/2006 o świadczenie usług dystrybucji. Zgodnie z przedmiotową umową, strony przyjęły, iż podstawę do ustalenia i realizacji warunków świadczenia usług dystrybucji będzie stanowiła Instrukcja Ruchu i Eksploatacji Sieci Rozdzielczej Stoen S.A. z dnia 13 września 2001 r., gdzie między innymi znajdowały się postanowienia dotyczące bilansowania i rozliczeń w sieci dystrybucyjnej.

Odnosnie obowiązku bilansowania zapotrzebowania na energię elektryczną Wnioskodawca wyjaśnił, iż konsekwencją korzystania z prawa wyboru dostawcy przez klientów Polenergii był obowiązek bilansowania różnic pomiędzy wielkościami zamówionej i faktycznie zużytej energii przez odbiorców. Zgodnie z obowiązującymi ówczesnie zasadami bilansowania, Polenergia oraz jej klienci nie mogli uczestniczyć bezpośrednio w rynku bilansującym a wyłącznie za pośrednictwem RWE Polska, która była bezpośrednim uczestnikiem rynku bilansującego.

Polenergia wyjaśniła, że RWE Polska zobowiązała Wnioskodawcę do składania dziennych grafików (w rozbiciu na każdą godzinę doby), które przedstawiały zapotrzebowanie Wnioskodawcy na energię elektryczną, osobno dla każdego z jej klientów i w konsekwencji osobnego rozliczania odchyleń od pozycji kontraktowej każdego klienta. Polenergia wskazała, że przyjmując taki sposób rozliczania zapotrzebowania odbiorca końcowy kupujący energię elektryczną od Polenergii musiał zaplanować swoje rzeczywiste zużycie energii elektrycznej. W przypadku rozbieżności pomiędzy energią zamówioną a odebraną przez odbiorcę zachodziła potrzeba wyjątkowo niekorzystnych finansowo rozliczeń z PSE Operator. W ramach takich rozliczeń energia elektryczna (w przypadku jej niedokontraktowania) dokupowana była po cenie znacznie wyższej od jej średniej ceny na rynku konkurencyjnym, a odsprzedawana (w przypadku przekontraktowania) po cenie znacznie niższej.

W ocenie Wnioskodawcy żądanie sporządzania oddzielnych grafików handlowych dla każdego z odbiorców końcowych było nieuzasadnione. Polenergia wyjaśniła, iż operator systemu przesyłowego – PSE Operator, nie wymagał od RWE Polska przedstawiania oddzielnych grafików w rozbiciu na każdy podmiot z którym miała ona podpisaną umowę, gdyż Spółka ta była traktowana jako jeden podmiot i w ten sposób dokonywane było jej rozliczenie. Polenergia wyjaśniła, iż RWE Polska - będąc bezpośrednim uczestnikiem rynku bilansującego - zgłaszała PSE Operator –sumaryczną planowaną ilość energii elektrycznej, a następnie rozliczanie odchyleń od pozycji kontraktowej odbiorców odbywało się także wspólnie dla wszystkich podmiotów przyłączonych do sieci RWE Polska (niezależnie od tego, czy byli oni odbiorcami uprawnionymi do korzystania ze swobodnego wyboru sprzedawcy, czy też nie).

Wnioskodawca wskazał, iż konieczność sporządzania odrębnych grafików, a co za tym idzie, indywidualne bilansowanie każdego klienta powodowało po stronie Polenergii dodatkowe koszty jej funkcjonowania, które w konsekwencji powinny być przeniesione na

klientów Wnioskodawcy. Niemniej Polenergia wskazała, że nie miała możliwości choćby częściowego pokrycia tych kosztów przez odbiorców z uwagi na fakt, że tego rodzaju przeniesienie kosztów mogłoby spowodować, że oferta Polenergii okazałaby się nieatrakcyjna dla jej klientów. Zdaniem Wnioskodawcy, opisane zachowanie RWE Polska przeciwdziałało ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. Ponadto, w ocenie Wnioskodawcy opisane wyżej wprowadzenie uciążliwego obowiązku tworzenia i przedstawiania RWE Polska oddzielnych grafików dla każdego z odbiorców uprawnionych do wyboru sprzedawcy energii elektrycznej, przy jednoczesnym zbiorczym rozliczaniu RWE Polska w relacjach z PSE Operator umożliwiało osiąganie przez RWE Polska, nieuzasadnionych korzyści. W opinii Wnioskodawcy, z uwagi na fakt, że Spółka uwzględniała grafiki Polenergii S.A. przy sporządzaniu swojego grafiku dla operatora systemu przesyłowego tzn. uwzględniając dane z grafików Wnioskodawcy, mogła przy rozliczaniu odchyłeń skorzystać z ilości energii zagrafikowanej przez Wnioskodawcę. Spółka miała możliwość z tego tytułu uzyskać wymierne korzyści finansowe wynikające bądź to z braku konieczności dokupienia energii, bądź to z możliwości sprzedaży ewentualnej nadwyżki.

Polenergia zaznaczyła również, iż RWE Polska miała możliwość wspólnego rozliczania odchyłeń od pozycji kontraktowej łącznie wszystkich odbiorców Wnioskodawcy, zlokalizowanych na terenie sieci RWE Polska. Na dowód powyższego Polenergia podniosła, iż jeden z jej klientów – Tesco Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie miał cztery obiekty zlokalizowane w różnych miejscach na terenie sieci energetycznej RWE Polska a jego odchylenia rozliczane były na podstawie jednego zgłoszenia.

W ocenie Wnioskodawcy praktyka stosowana przez RWE Polska polegająca na wymuszeniu konieczności tworzenia odrębnych grafików dla każdego z klientów Polenergii i osobnego ich rozliczania była bezprawna. W ocenie Polenergii, w świetle obowiązującego stanu prawnego, Wnioskodawca mógł zgłaszać do realizacji jeden grafik handlowy dla wszystkich swoich odbiorów korzystających z zasady TPA na terenie sieci energetycznej RWE Polska oraz bilansować łącznie ich odchylenia.

Polenergia w piśmie z dnia 28 grudnia 2006 r. przedstawiła kopię pism z dnia 9 września 2005 r. i 2 lutego 2006 r. w których zwróciła się do RWE Polska z wnioskiem o umożliwienie wspólnego rozliczania jej odbiorców na terenie działalności sieciowej RWE Polska. Ponadto, w drugim z ww. pism Wnioskodawca zwrócił RWE Polska uwagę, iż uniemożliwianie agregacji zgłoszeń może stanowić naruszenia przez Spółkę art. 8 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r.

Polenergia oświadczyła, iż pismo z dnia 9 września 2005 r. RWE Polska pozostawiła bez rozpoznania. Natomiast w przekazanej Prezesowi UOKiK odpowiedzi RWE Polska z dnia 13 lutego 2006 r. udzielonej na drugie z ww. pism, Spółka odmówiła możliwości sumarycznego rozliczania odbiorców Polenergii, powołując się na postanowienia Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Rozdzielczej Stoen S.A. jak i § 21 rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 20 grudnia 2004 r. w sprawie szczegółowych warunków przyłączenia podmiotów do sieci elektroenergetycznych, ruchu i eksploatacji tych sieci (Dz.U. z 2005 r. Nr 2, poz. 6), dalej jako rozporządzenie przyłączeniowe.

Ponadto, w celu szczegółowego wyjaśnienia negatywnych konsekwencji dla Wnioskodawcy obowiązku indywidualnego bilansowania odbiorców, Polenergia w pismach z dnia 12 kwietnia 2006 r. oraz 2 października 2006 r. przedstawiła dane ilustrujące – w jej ocenie – stratę Spółki w okresie kwiecień 2005 r.– grudzień 2005 r. Przedstawione dane dotyczą dwóch wybranych podmiotów (GTC Mars Sp. z o.o. w Warszawie, Reform Company Sp. z o.o. w Warszawie), którym Polenergia sprzedawała w tym czasie energię elektryczną na obszarze sieci RWE Polska.

Wnioskodawca przedstawił miesięczne koszty (obejmujące okres od kwietnia 2005 r. do grudnia 2005 r.), jakie rzeczywiście poniósł w związku z koniecznością osobnego rozliczania odchyleń od pozycji kontraktowej dwóch swoich odbiorców. Wyliczenie to objęło koszty z tytułu zakupu i odsprzedaży energii na rynku bilansującym. Saldo rozliczeń w okresie kwiecień 2005 r. - grudzień 2005 r. wyniosło: - 45.446,06 zł. (Polenergia S.A. zakupiła energię o wartości: 253.915,72 zł a odsprzedała energię o wartości: 208.469,66 zł). Zatem kwota jaką Polenergia (spółka obrotu) otrzymała za odsprzedaną energię na rynku bilansującym była niższa od kwoty zapłaconej za zakupioną energię.

Powyższe dane zostały porównane z kosztami, jakie Polenergia S.A. poniosłaby w tym okresie, gdyby miała możliwość wspólnego rozliczania tych odbiorców. Według kalkulacji Polenergii S.A. saldo rozliczeń w okresie kwiecień-grudzień 2005 r. wyniosłoby: 15.854,76 zł. (Polenergia S.A. musiałaby dokupić na rynku bilansującym energię o wartości: 152.082,94 zł. Natomiast odsprzedałaby energię o wartości: 167.937,71 zł.). Tym samym kwota jaką Polenergia (spółka obrotu) otrzymałaby za odsprzedaną energię na rynku bilansującym byłaby wyższa od kwoty zapłaconej za zakupioną energię. Polenergia S.A. wskazała w przedmiotowych wyliczeniach, iż z tytułu braku możliwości stosowania rozliczeń zagregowanych dwóch odbiorców poniosła stratę w wysokości 61.300,82 zł. Jednocześnie, w ocenie Wnioskodawcy, wyliczona przez Spółkę strata stanowiła zysk RWE Polska.

Ponadto, Polenergia S.A. w piśmie z dnia 16 maja 2007 r. przedstawiła dane ilustrujące – w jej ocenie – stratę Wnioskodawcy w okresie styczeń 2006 r. – grudzień 2006 r. Wnioskodawca wyjaśnił, iż do obliczeń przyjął sumę zgłoszeń umów przesyłowych wszystkich klientów, którym Polenergia sprzedawała w tym czasie energię elektryczną na obszarze sieci RWE Polska oraz sumę rzeczywistego zużycia energii przez ww. klientów. Polenergia S.A. w zestawieniu przedstawiła miesięczne koszty (obejmujące okres od stycznia 2006 r. do grudnia 2006 r.), jakie rzeczywiście poniosła w związku z koniecznością osobnego rozliczania odchyleń od pozycji kontraktowej swoich odbiorców. Saldo rozliczeń Spółki w ww. okresie wyniosło: - 52.979,80 zł. (Polenergia S.A. zakupiła na rynku bilansującym energię o wartości: 754.523,36 zł a odsprzedała energię o wartości: 701.543,56 zł). Zatem kwota jaką Polenergia otrzymała za odsprzedaną energię na rynku bilansującym jest niższa od kwoty zapłaconej za zakupioną energię.

Powyższe dane zostały porównane przez Wnioskodawcę z kosztami, jakie Polenergia S.A. poniosłaby w tym okresie, gdyby miała możliwość wspólnego rozliczania swoich odbiorców. Według kalkulacji Wnioskodawcy saldo rozliczeń w okresie styczeń - grudzień 2006 r. wyniosłoby: - 23.662,05 zł. (Polenergia S.A. musiałaby dokupić energię o wartości: 418.932,63 zł. Natomiast odsprzedałaby energię o wartości: 395.270,58 zł.). Tym samym kwota jaką sprzedawca, czyli spółka obrotu otrzymałaby za odsprzedaną energię na rynku bilansującym byłaby niższa od kwoty zapłaconej za zakupioną energię, w związku z powyższym sprzedawca musiałby zapłacić 23.662,05 zł. Polenergia S.A. wskazała w przedmiotowych wyliczeniach, iż z tytułu braku możliwości stosowania rozliczeń zagregowanych dwóch odbiorców poniosła stratę w wysokości 29.317,75 zł.

RWE Polska S.A. stawiane jej zarzuty uznała za bezzasadne. W uzasadnieniu Spółka oświadczyła, iż obowiązek przedstawiania przez Polenergię S.A. oddzielnych grafików handlowych dla każdego z odbiorców końcowych był zwykłym i standardowym obowiązkiem spółki obrotu sprzedającej energię elektryczną na wolnym rynku. RWE Polska, wyjaśniła, że działając jako operator systemu dystrybucyjnego, była zobligowana do bilansowania odchyleń swoich odbiorców. Zgodnie z obowiązującym wówczas art. 9 c ust. 3 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne, RWE Polska wskazała, że była odpowiedzialna za usługę bilansowania systemu energetycznego i w ramach powyższego

obowiązku, na podstawie umowy, Spółka zobowiązała Wnioskodawcę, jako spółkę obrotu, do dokonywania zgłoszeń grafików handlowych.

RWE Polska wyjaśniła jednocześnie, że nie miała możliwości przyjęcia modelu sumarycznego zgłaszania grafików. Spółka zwróciła uwagę, iż zgodnie z § 21 ust. 1 i 3 rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 20 grudnia 2004 r. w sprawie szczegółowych warunków przyłączenia podmiotów do sieci elektroenergetycznych, ruchu i eksploatacji tych sieci (Dz.U. z 2005 r. Nr 2, poz. 6) obie strony umowy sprzedaży energii elektrycznej, czyli spółka obrotu oraz klient nabywający energię elektryczną, zgłaszają swoją umowę do realizacji w formie grafiku handlowego do operatora, do którego sieci przyłączona jest jednostka grafikowa, której dotyczą te grafiki.

Ponadto RWE Polska wskazała, iż kwestionowany przez Wnioskodawcę zakres regulacji, został RWE Polska narzucony przez operatora systemu przesyłowego – PSE Operator S.A. Zdaniem RWE Polska, obowiązująca wówczas Instrukcja Ruchu i Eksploatacji Sieci Przesyłowej nie przewidywała przyjęcia przez operatora systemu dystrybucyjnego modelu sumarycznego zgłaszania grafików. RWE Polska zwróciła przy tym uwagę i podkreśliła, że Instrukcja Ruchu i Eksploatacji Sieci Rozdzielczej Stoen, opracowywana przez operatora systemu dystrybucyjnego ma charakter następczy i musi być zgodna z Instrukcją Ruchu i Eksploatacji Sieci Przesyłowej.

RWE Polska wyjaśniła, iż zgodnie z pkt B.1.3. Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Rozdzielczej Stoen z dnia 1 października 2001 r. do dokonywania zgłoszeń umów sprzedaży energii elektrycznej zobligowani byli:

- a) klienci TPA, którzy uczestniczą w rynku bilansującym za pośrednictwem spółki obrotu,
- b) spółki obrotu uczestniczące na rynku bilansującym w zakresie umów zawieranych z tymi pierwszymi,
- c) spółki dystrybucyjne,
- d) wytwórcy.

Spółka wskazała, iż – ww. Instrukcja precyzowała, że do zgłaszania zobowiązane są obie strony umowy sprzedaży energii elektrycznej, a zgłoszenie następuje do operatora systemu dystrybucyjnego, do którego sieci odbiorca jest przyłączony. Spółka obrotu była zobowiązana do zgłaszania do operatora systemu przesyłowego umowy energii elektrycznej oddzielnie dla energii kupowanej i sprzedawanej dla każdej doby godziny. Ten zapis Instrukcji – w ocenie RWE Polska – stanowił realizację powołanego wyżej § 21 rozporządzenia przyłączeniowego i uniemożliwiał sumaryczne rozliczanie klientów Polenergii.

Dodatkowo, RWE doprecyzowała, iż sumaryczne zgłaszanie było dopuszczalne tylko gdy spółka obrotu zawarła więcej umów sprzedaży z tym samym klientem. W takiej sytuacji wartości tych umów można było w zgłoszeniu łączyć.

RWE Polska reasumując wywodziła, iż rozwiązanie przyjęte przez nią w Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Rozdzielczej Stoen – uniemożliwiające grupowanie różnych odbiorców energii elektrycznej w ramach jednej jednostki grafikowej – zgodne było z obowiązującymi w tym czasie przepisami ustawy Prawo energetyczne oraz rozporządzenia przyłączeniowego jak i postanowieniami Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Przesyłowej.

W ocenie RWE Polska przyjęcie modelu sumarycznego zgłaszania grafików prowadziłoby, poza wkraczaniem w kompetencje operatora systemu dystrybucyjnego oraz naruszeniem uregulowań systemowych do sytuacji, w której RWE Polska nie byłaby w stanie bilansować klientów Wnioskodawcy w prawidłowy sposób, ponieważ nie byłaby w stanie określić ich odchyleń.

W dalszej kolejności RWE Polska wyjaśniła, iż nie dokonywała zgłoszeń grafików do operatora systemu przesyłowego dla każdego swojego klienta z uwagi na fakt, iż obowiązek ten związany był wyłącznie z klientami korzystającymi z prawa wyboru

sprzedawcy. RWE Polska natomiast, działając jako spółka obrotu, sprzedawała energię tylko po cenach określonych w taryfie i tylko podmiotom nie mającym prawa wyboru sprzedawcy lub podmiotom, które z takiego prawa nie skorzystały. RWE Polska wyjaśniła, iż dokonywała swoich zgłoszeń do operatora systemu przesyłowego nie jako spółka obrotu, lecz jako operator systemu dystrybucyjnego, który rozlicza się z bilansowania całej swojej sieci dystrybucyjnej, a nie poszczególnych klientów.

Spółka podkreśliła nadto, iż świadczenie usług bilansowania zostało jej, jako operatorowi systemu dystrybucyjnego, narzucone i było wykonywane w realizacji funkcji publicznej i jako takie nie powinno być w ogóle oceniane w kontekście nadużywania pozycji dominującej.

Ponadto, RWE Polska w piśmie z dnia 8 maja 2007 r. doprecyzowała stanowisko odnośnie do zgodności zasad indywidualnego rozliczania klientów TPA z obowiązującą do 31 maja 2006 r. Instrukcją Ruchu i Eksploatacji Sieci Przesyłowej. Na dowód powyższego Spółka powołała następujące postanowienia przedmiotowej Instrukcji:

- „Obszar rynku bilansującego jest określany przez zbiory obiektów rynku bilansującego: zbiór miejsc dostarczania energii rynku bilansującego (MB) oraz zbiór jednostek graficznych (JG), które spełniają następujące warunki:

- (1) miejsca dostarczania energii rynku bilansującego (MB) muszą występować na wszystkich połączeniach uczestników rynku bilansującego z obszarem tego rynku (...))” (pkt. 1.3.5. Instrukcji);

- „Uczestnikiem rynku bilansującego jest podmiot, który ma zawartą umowę przesyłową z operatorem systemu przesyłowego, na mocy której realizuje dostawy energii elektrycznej w zakresie swoich jednostek graficznych poprzez obszar rynku bilansującego oraz podlega rozliczeniom działań bilansujących i dostosowawczych zgodnie z zasadami określonymi przez Regulamin Rynku Bilansującego” (pkt 1.4.2. Instrukcji);

- „Uczestnikiem rynku bilansującego są:

- (1) (...)

- (2) Odbiorcy (URBo) energii – podmioty przyłączone do sieci objęte obszarem rynku bilansującego, w tym: (2.1) odbiorcy końcowi (URBok)” (pkt 1.4.4. Instrukcji);

- „Podmiot, którego urządzenia lub instalacje nie są przyłączone do fragmentu sieci rozdzielczej objętej obszarem rynku bilansującego może uczestniczyć w rynku bilansującym poprzez właściwego operatora systemu dystrybucyjnego, do sieci którego jest przyłączony i z którym ma zawartą umowę przesyłową. Podmiot taki dokonuje zgłoszeń danych handlowych i technicznych oraz rozlicza się ze swoich odchyleń z właściwym operatorem systemu dystrybucyjnego” (art. 1.4.5. Instrukcji);

- „Fizyczny punkt pomiarowy (FPP) jest to miejsce w sieci, urządzeniu lub instalacji, w którym dokonywany jest pomiar przepływającej energii elektrycznej” (pkt 1.5.2. Instrukcji);

- „FPP są definiowane w umowie przesyłowej zawartej między uczestnikiem rynku bilansującego a operatorem systemu przesyłowego lub właściwym operatorem systemu dystrybucyjnego (pkt 1.5.3. Instrukcji).

Niezależnie od powyższego, w pismach z dnia 10 kwietnia 2007 r. i 29 lutego 2008 r. Spółka poinformowała, iż w dniu 1 stycznia 2007 r. wprowadziła w życie nową Instrukcję Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej, która zmienia zasady bilansowania energii elektrycznej. Zmiana ta jest konsekwencją wejścia w życie z dniem 1 czerwca 2006 r. Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Przesyłowej. RWE Polska wyjaśniła, iż zgodnie z nowymi zasadami bilansowania, przedsiębiorstwa energetyczne zajmujące się obrotem

energii elektryczną odpowiedzialne są samodzielnie za usługę bilansowania handlowego swoich odbiorców. Przedsiębiorstwa obrotu mogą to uczynić poprzez realizację bilansowania samodzielnie lub przez zakup tych usług na wolnym rynku, jakim jest obecnie rynek usług bilansowania handlowego. Operator systemu dystrybucyjnego, zgodnie z nowymi zasadami, nie świadczy usługi bilansowania handlowego, gdyż usługa ta nie jest już związana z ustawowymi obowiązkami operatora. Tym samym RWE Polska od dnia 1 stycznia 2007 r., nie nakłada na przedsiębiorstwa obrotu obowiązku tworzenia i przedstawiania oddzielnych grafików handlowych dla każdego klienta TPA.

W przypadku, gdy przedsiębiorstwo obrotu chce świadczyć usługę bilansowania handlowego użytkowników systemu przyłączonych do sieci RWE Polska zobowiązane jest, zgodnie z pkt A.4.2 Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej RWE Polska do zawarcia stosownej umowy o świadczenie usług dystrybucji energii elektrycznej. Warunkiem niezbędnym do podpisania powyższej umowy jest posiadanie przez dane przedsiębiorstwo obrotu umowy o świadczenie usług przesyłania z operatorem systemu przesyłowego.

Ponadto, Spółka poinformowała, iż z dniem 1 lipca 2007 r. RWE Polska zaprzestała świadczenia usług dystrybucji energii elektrycznej oraz sprawowania funkcji operatora systemu dystrybucyjnego. Obowiązki te, wraz z własnością elektroenergetycznej sieci dystrybucyjnej przejął RWE Stoen Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

RWE Polska wskazała, iż prowadzone przez Prezesa UOKiK postępowanie antymonopolowe dotyczy działalności operatora systemu dystrybucji do dnia 31 grudnia 2006 r. Wobec powyższego postępowanie to, w ocenie Spółki, w związku z art. 55 kodeksu cywilnego, powinno się toczyć się z udziałem RWE Stoen Operator Sp. z o.o., jako podmiotu który przejął od RWE Polska obowiązki związane z dystrybucją energii elektrycznej.

W związku z przedstawionymi powyżej argumentami, RWE Polska na podstawie art. 105 § 1 kodeksu postępowania administracyjnego, wniosła o umorzenie postępowania antymonopolowego jako bezprzedmiotowego.

Ponadto, RWE Polska w piśmie z dnia 8 maja 2007 r. wniosła o umorzenie postępowania w sprawie w związku z upływem terminu określonego w art. 93 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. W uzasadnieniu Spółka wyjaśniła, iż zarzucana przez Wnioskodawcę praktyka związana z procedurą zgłaszania grafików energii elektrycznej wynika z postanowień Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Rozdzielczej Stoen S.A. obowiązującej od 1 października 2001 r. do 31 grudnia 2006 r. Zawierane w tym okresie przez RWE Polska umowy o świadczenie usług dystrybucji lub sprzedaży energii elektrycznej przewidywały obowiązek stosowania ww. Instrukcji. W dniu 24 grudnia 2003 r. Polenergia zawarła z RWE Polska dwie umowy o świadczenie usług dystrybucji (według ówczesnego nazewnictwa „umowy o świadczenie usług przesyłowych”) regulujące świadczenie usług dystrybucji przez sieć dystrybucyjną RWE Polska na rzecz dwóch odbiorców, którym Polenergia sprzedawała energię elektryczną tj. PKP Energetyka S.A. oraz GTC Mars Sp. z o.o. W tych umowach Polenergia zobowiązała się do stosowania bez ograniczeń Instrukcję Ruchu i Eksploatacji Sieci Rozdzielczej Stoen S.A. RWE Polska wyjaśniła, iż Polenergia zawierając ww. umowy nie wniosła zastrzeżeń do modelu funkcjonowania na rynku bilansującym odbiorców przyłączonych do sieci dystrybucyjnej RWE Polska, przyjętego przez Spółkę. Tym samym, w ocenie RWE Polska, z momentem zawarcia przedmiotowych umów rozpoczął bieg termin określony w art. 93 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, który zgodnie z brzmieniem tego przepisu upłynął z dniem 31 grudnia 2004 r. W opinii RWE Polska, przekazana Prezesowi UOKiK przez Polenergię umowa nr HK-C/105/2006 z dnia 22 lutego 2006 r. o świadczenie usług dystrybucji energii elektrycznej zawarta pomiędzy RWE Polska a Polenergią nie kreowała żadnego nowego stosunku obligacyjnego pomiędzy Polenergią a RWE Polska.

Przedmiotowa umowa stanowiła wyłącznie przekształcenie dotychczasowych indywidualnych umów o świadczenie usług dystrybucji energii elektrycznej zawieranych przez RWE Polska z Polenergia w jedną umowę ramową.

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

W toku postępowania Prezes Urzędu uzyskał od Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Krakowie opinię Prezesa URE z dnia 27 czerwca 2006 r. dotyczącą problemu grupowania użytkowników systemu elektroenergetycznego i rozliczania odchyleń od pozycji kontraktowej odbiorców korzystających z prawa wyboru sprzedawcy. Przedmiotowa opinia została wydana w związku z postępowaniem antymonopolowym (sygn. akt: RKR-411-4/06/WJ) prowadzonym przeciwko Enion S.A. z siedzibą w Krakowie.

Odnosząc się do ustaleń poczynionych w treści opinii należy podnieść, co następuje. Z opinii Prezesa URE wynika że przepisy Prawa energetycznego (zarówno w brzmieniu przed nowelizacją z dnia 4 marca 2005 r. jak i po tej nowelizacji) i rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy w sprawie szczegółowych warunków przyłączenia podmiotów do sieci elektroenergetycznych, ruchu i eksploatacji tych sieci nie regulują szczegółowo kwestii rozliczania odchyleń od pozycji kontraktowej odbiorców (niezbilansowania), w tym możliwości prowadzenia wspólnych rozliczeń dla grupy odbiorców. Prezes URE podkreślił, iż wyżej powołane akty prawne nigdy nie uniemożliwiały 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 jednostki graficznej dla kilku odbiorców energii elektrycznej.

Prezes URE wskazał, iż zgodnie z art. 9g Prawa energetycznego zagadnienia związane z bilansowaniem systemu elektroenergetycznego (tj. warunki jakie muszą być spełnione w zakresie bilansowania, procedury bilansowania systemu, rozliczanie kosztów tego bilansowania oraz procedury zgłaszania i przyjmowania do realizacji umów sprzedaży energii) mają być uregulowane przez Instrukcję Ruchu i Eksploatacji Sieci Przesyłowej. Powyższe wymagania powinny zostać uwzględnione w Instrukcjach Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnych, które są opracowywane przez poszczególnych operatorów systemów dystrybucyjnych. Prezesa URE poinformował, iż, rozwiązania przyjęte w zatwierdzonej przez niego Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Przesyłowej obowiązującej od 1 czerwca 2006 r. nie ograniczają liczby odbiorców, którzy mogą być rozliczani w ramach jednej jednostki graficznej.

Jak ocenił Prezes URE, możliwość tworzenia grup bilansujących – czyli łącznego rozliczania kilku odbiorców w ramach jednej jednostki graficznej – była również z pewnością dopuszczalna przed 1 czerwca 2006 r. na gruncie obowiązującej w polskim porządku prawnym zasady swobody zawierania umów. Zgodnie bowiem z art. 353¹ kodeksu cywilnego, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) tego stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Prezes URE argumentował dalej, że zawarcie umowy, w której zainteresowane podmioty określają zasady współpracy w ramach grupy bilansującej odbiorców (tj. umowy tworzącej taką grupę) nie było zakazane przez żadne przepisy prawa. Zatem zawarcie umowy agregującej grupę odbiorców mieściło się w zakresie ich swobody kontraktowania.

Zdaniem Prezesa URE, tego ustawowego uprawnienia nie mogła ograniczać instrukcja sieci rozdzielczej (dystrybucyjnej), jako dokument wewnętrzny każdej spółki dystrybucyjnej. Prezes URE doprecyzował dodatkowo, że z punktu widzenia operatora systemu

dystrybucyjnego grupa bilansująca powinna w zasadzie być traktowana jako tzw. odbiorca rozproszony, czyli jeden odbiorca dysponujący wieloma punktami odbioru. W imieniu takiej grupy rozliczenia z operatorem prowadziłby jeden podmiot – np. spółka obrotu (sprzedawca) lub podmiot (odbiorca) zarządzający grupą – który zgłaszałby sumaryczne grafiki poboru energii przez wszystkich przedsiębiorców (odbiorców) objętych wspólnym rozliczaniem.

Ponadto Prezes URE stwierdził, że uniemożliwienie wspólnego rozliczania odchyleń od pozycji kontraktowej kilku odbiorców energii w ramach jednej jednostki grafikowej, poprzez obowiązek tworzenia oddzielnych grafików dla poszczególnych odbiorców – jak miało to miejsce w niniejszej sprawie – prowadziło do pośredniego włączenia tych odbiorców do centralnego mechanizmu bilansowania (przeznaczonego dla wytwórców energii elektrycznej i dużych podmiotów działających na rynku hurtowym). Praktyka taka – w ocenie Prezesa URE – wiązała się z nałożeniem na odbiorców dodatkowych obowiązków (np. prognozowania zużycia energii, zgłaszania grafików, przebudowy układów pomiarowych i transmisji danych), które powodowały dodatkowe koszty. Ponadto, przedsiębiorstwo energetyczne mogło czerpać w takich przypadkach nieuzasadnione korzyści finansowe wynikające z odrębnego rozliczania każdego odbiorcy, podczas, gdy w istocie sumaryczne odchylenia często wzajemnie znosiły się, redukując znacząco koszty wynikające z niezbilansowania przedsiębiorstwa energetycznego. Oznacza to, że przedsiębiorstwo takie otrzymywało w niektórych godzinach większe należności z tytułu odchyleń poszczególnych odbiorców korzystających z zasady TPA, niż wynosiły jego zobowiązania wobec PSE – Operatora z tytułu jego sumarycznych odchyleń.

Reasumując Prezes URE podkreślił, że – w jego ocenie – brak możliwości grupowania odbiorców, w znacznym stopniu opóźnił faktyczne otwarcie rynku energii elektrycznej dla małych odbiorców.

V. Ustalenia dokonane w wyniku analizy dokumentów i wyjaśnień otrzymanych od PSE – Operator S.A.

W trakcie postępowania Prezes Urzędu uzyskał również od operatora systemu przesyłowego PSE – Operator S.A. informacje i dokumenty dotyczące zasad bilansowania użytkowników systemu elektroenergetycznego.

W piśmie z dnia 2 marca 2007 r. PSE – Operator wyjaśnił, że na podstawie art. 9g Prawa energetycznego opracował nową Instrukcję Ruchu i Eksploatacji Sieci Przesyłowej, obowiązującą od 1 czerwca 2006 r. PSE Operator poinformował, iż zarówno w poprzednio obowiązujących jak i w aktualnej Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Przesyłowej nie jest wymagane, aby zgłoszenia danych handlowych i technicznych (w odniesieniu do odbiorców dotyczy to zgłoszeń umów sprzedaży energii) na rynek bilansujący były dokonywane w rozbiciu na każdego odbiorcę TPA. Zgłoszenia te muszą dotyczyć jednostki grafikowej⁴, reprezentującej uczestników systemu, w tym odbiorców TPA i muszą być rozbite na poszczególne godziny danej doby kalendarzowej. Tylko w szczególnym przypadku z uwagi na relacje handlowe pomiędzy uczestnikami rynku energii, może zaistnieć sytuacja powodująca konieczność dokonania na rynku bilansującym zgłoszenia umowy sprzedaży energii dla pojedynczego odbiorcy TPA. Wystąpi ona wtedy, gdy odbiorca TPA jest jedynym kontrahentem w ramach danej jednostki grafikowej podmiotu sprzedającego mu energię a podmiot ten jest reprezentowany na rynku bilansującym w ramach innej jednostki grafikowej, niż ta zawierająca odbiorcę TPA będącego jego kontrahentem.

⁴ rozumiana jak jeden z obiektów rynku bilansującego, w odniesieniu do którego realizowane są podstawowe operacje z zakresu bilansowania systemu i zarządzania ograniczeniami systemowymi, takie jak: zgłoszenia umów sprzedaży energii, rozliczanie dostaw lub odbioru energii

PSE – Operator wyjaśnił, iż model bilansowania zawarty w poprzednich Instrukcjach opierał się na założeniu, że bilansowanie użytkowników systemu, których urządzenia bądź instalacje nie są przyłączone do fragmentu sieci rozdzielczej objętej obszarem rynku bilansującego (tj. w szczególności odbiorców TPA), odbywał się poprzez ich udział w rynku bilansującym za pośrednictwem właściwego operatora systemu dystrybucyjnego, do sieci którego użytkownik był przyłączony i z którym miał zawartą umowę przesyłową. Tacy użytkownicy systemu dokonywali zgłoszeń danych handlowych i technicznych oraz rozliczali się ze swoich odchyleń (niezbilansowania) z właściwym operatorem systemu dystrybucyjnego (uczestnikiem rynku bilansującego). Operator mógł posiadać jedną lub więcej jednostek graficznych, w ramach których mogli być zgrupowani użytkownicy systemu, których urządzenia bądź instalacje nie są przyłączone do fragmentu sieci rozdzielczej z obszaru właściwego dla tego operatora. Zgłoszenia na rynek bilansujący danych handlowych i technicznych były dokonywane przez operatora systemu dystrybucyjnego do operatora systemu przesyłowego dla każdej jednostki graficznej w podziale na poszczególne godziny doby.

Podsumowując i systematyzując powyższy problem, PSE – Operator wywodził, iż poprzednie Instrukcje Ruchu i Eksploatacji Sieci Przesyłowej przewidywały możliwość grupowania użytkowników systemu z terenu jednego operatora systemu dystrybucyjnego (dla celów rozliczeń ich niezbilansowania w tym dokonywania zgłoszeń umów sprzedaży energii), umożliwiając jednocześnie implementację tego rozwiązania z wykorzystaniem jednego z dwóch mechanizmów:

- 1) w ramach obiektów rynku bilansującego, poprzez utworzenie odrębnej jednostki graficznej operatora systemu dystrybucyjnego, reprezentującej zgrupowanych użytkowników systemu oraz
- 2) poza rynkiem bilansującym, w ramach wewnętrznych zasad lokalnego rynku.

PSE - Operator wyjaśnił, iż w aktualnej Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Przesyłowej odbiorcy korzystający z prawa wyboru sprzedawcy, z obszaru danego operatora systemu dystrybucyjnego mogą być grupowani w ramach jednostek graficznych należących do różnych typów URB (tj. Uczestników Rynku Bilansującego, czyli podmiotów odpowiedzialnych za bilansowanie) z wyłączeniem operatorów systemu dystrybucyjnego. Możliwe jest przy tym, aby w ramach pojedynczej jednostki graficznej należącej do danego URB byli grupowani użytkownicy systemu przyłączeni do obszarów różnych operatorów systemów dystrybucyjnych. Powyższe w pewnym uproszczeniu oznacza, iż zgodnie z aktualną Instrukcją przedsiębiorstwo obrotu energią elektryczną, może posiadać jednostkę graficzną odbiorczą grupującą użytkowników systemu (odbiorców energii, mających prawo wyboru sprzedawcy). W powyższym zakresie przedsiębiorstwo obrotu energią jest odpowiedzialne za bilansowanie handlowe na rynku bilansującym, użytkowników systemu skupionych w ramach swojej jednostki graficznej. Należy przy tym zaznaczyć, że przedsiębiorstwo obrotu zgłasza grafiki handlowe i rozlicza niezbilansowanie bezpośrednio z operatorem systemu przesyłowego (w odróżnieniu od poprzednich Instrukcji, w ramach których zgłaszanie danych handlowych i rozliczanie niezbilansowania mogło być realizowane tylko za pośrednictwem operatora systemu dystrybucyjnego).

VI. Ustalenia Prezesa Urzędu w zakresie przedstawionej przez strony argumentacji co do postawionych zarzutów antymonopolowych.

Mając na uwadze wyżej opisane informacje i wyjaśnienia stron postępowania oraz uwzględniając materiał dowodowy przedstawiony przez Prezesa URE oraz PSE – Operator S.A. Prezes Urzędu dokonał następujących ustaleń w zakresie postawionych zarzutów antymonopolowych.

W pierwszej kolejności Prezes UOKiK dokonał analizy postanowień rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy w sprawie szczegółowych warunków przyłączenia podmiotów do sieci elektroenergetycznych, ruchu i eksploatacji tych sieci⁵ w zakresie dopuszczalności tworzenia jednostek grafikowych dla kilku odbiorców energii elektrycznej.

W ocenie Prezesa UOKiK, rozporządzenie to nie reguluje w sposób szczegółowy problemu grupowania użytkowników systemu elektroenergetycznego, czyli spraw związanych z możliwością tworzenia jednej jednostki grafikowej dla kilku odbiorców energii elektrycznej w celu wspólnego rozliczania odchyleń od pozycji kontraktowej tych odbiorców. Przepisy kluczowe rozporządzenia przyłączeniowego odnoszące się do przedmiotowej kwestii to:

- § 2 pkt 14 rozporządzenia, który definiuje jednostkę grafikową jako zbiór rzeczywistych bądź wirtualnych miejsc dostarczania lub odbioru energii elektrycznej,
- § 2 pkt 16 rozporządzenia, który definiuje grafiki handlowe jako zbiór danych określających ilość energii elektrycznej wynikającą z umów sprzedaży energii elektrycznej przypisaną jednostce grafikowej, oddzielnie dla poszczególnych okresów rozliczeniowych rynku bilansującego,
- § 21 ust. 1 i 3 w zw. § 14 ust. 3 rozporządzenia zgodnie z którym, strony umowy sprzedaży energii elektrycznej, czyli spółka obrotu oraz nabywca energii korzystający z prawa wyboru sprzedawcy, zgłaszają swoją umowę do realizacji w formie grafiku handlowego do operatora do którego sieci przyłączona jest jednostka grafikowa, której dotyczą te grafiki.

Zdaniem Prezesa Urzędu powołane wyżej przepisy nie nakładają obowiązku tworzenia oddzielnych grafików przedstawiających zapotrzebowanie na energię elektryczną dla każdego z odbiorców korzystających z prawa wyboru sprzedawcy. Zgodnie z powołanymi postanowieniami, zgłoszenia umów sprzedaży energii w postaci grafików handlowych muszą dotyczyć jednostki grafikowej, która może uwzględniać więcej punktów dostaw/odbioru energii.

Tym samym – w ocenie Prezesa UOKiK – w świetle ww. rozporządzenia dozwolone było tworzenie jednej jednostki grafikowej dla kilku odbiorców energii elektrycznej w celu wspólnego rozliczania odchyleń od pozycji kontraktowej tych odbiorców.

Następnie Prezes Urzędu dokonał analizy postanowień Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Przesyłowej PSE – Operator S.A, obowiązującej od 1 stycznia 2006 r do 31 maja 2006 r.⁶.

Zasady grupowania i bilansowania użytkowników systemu na rynku bilansującym oparte były na następujących założeniach:

- użytkownik systemu, którego urządzenia i instalacje są fizycznie przyłączone do sieci objętej obszarem rynku bilansującego mógł uczestniczyć bezpośrednio w tym rynku (pkt 1.4.3. Instrukcji),
- użytkownik systemu, którego urządzenia lub instalacje nie są przyłączone do sieci objętej rynkiem bilansującym mógł uczestniczyć w tym rynku wyłącznie pośrednio, tzn. poprzez właściwego operatora systemu dystrybucyjnego, do sieci którego był przyłączony

⁵ Rozporządzenie to obowiązywało do 13 czerwca 2007 r.

⁶ Analizowane postanowienia Instrukcji, dotyczące grupowania i bilansowania użytkowników systemu elektroenergetycznego istniały również we wcześniej obowiązujących Instrukcjach z roku: 2001, 2002 oraz w czterech następujących po sobie Instrukcjach wprowadzonych w życie w roku 2003, jak również w dwóch następujących po sobie Instrukcjach obowiązujących w ostatnich miesiącach roku 2004 oraz w całym roku 2005.

i z którym miał zawartą umowę dystrybucji energii elektrycznej. Tacy użytkownicy dokonywali zgłoszeń danych handlowych i technicznych oraz rozliczali się ze swoich odchyleń z właściwym operatorem systemu dystrybucyjnego (pkt 1.4.5. Instrukcji).

- operator systemu dystrybucyjnego uczestniczył w administrowaniu rynkiem bilansującym w zakresie jednostek grafikowych z obszaru zarządzanej przez siebie sieci. Działania operatora systemu dystrybucyjnego były ograniczone do ustalania ilości dostaw dla zarejestrowanych u niego jednostek grafikowych i rozliczania odchyleń od planowanych i rzeczywistych ilości energii (pkt. 1.7.3. Instrukcji).

Zdaniem Prezesa Urzędu przyjęte w analizowanej Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Przesyłowej rozwiązania umożliwiały operatorowi systemu dystrybucyjnego posiadanie na rynku bilansującym, obsługiwanym przez PSE – Operator jednej lub więcej jednostek grafikowych, w ramach których mogli być grupowani odbiorcy energii przyłączeni do jego sieci. Jak wynika z powyższego oraz omówionych w pkt V części ustalającej niniejszej decyzji wyjaśnień PSE – Operator, **RWE Polska**, będąc operatorem systemu dystrybucyjnego, a więc bezpośrednim uczestnikiem rynku bilansującego – **miała możliwość zgłaszania operatorowi systemu przesyłowego sumarycznej planowanej ilości energii elektrycznej, a następnie mogła rozliczać odchylenia od pozycji kontraktowej jej własnych odbiorców również wspólnie dla wszystkich podmiotów przyłączonych do sieci RWE Polska**. Ponadto, w modelu bilansowania obowiązującym w analizowanej Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Przesyłowej PSE – Operator **istniały podstawy do wprowadzenia do Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Rozdzielczej Stoen regulacji zezwalających na tworzenie przez przedsiębiorstwa obrotu energią elektryczną jednej jednostki grafikowej dla kilku odbiorców energii, w celu wspólnego rozliczania odchyleń od pozycji kontraktowej tych odbiorców**.

Prezes Urzędu dokonał również analizy postanowień Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Rozdzielczej Stoen obowiązującej od 1 października 2001 r. do 31 grudnia 2006 r. w zakresie dopuszczalności tworzenia jednostek grafikowych dla kilku odbiorców oraz sumarycznego rozliczania ich odchyleń. Zgodnie z postanowieniami regulaminu bilansowania i rozliczeń sieci rozdzielczej, który stanowi załącznik nr 6 do Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Rozdzielczej Stoen, zgłoszenie umowy sprzedaży energii elektrycznej jest zestawieniem ilości energii elektrycznej planowanej do wprowadzenia do sieci rozdzielczej lub planowanej do pobrania z sieci rozdzielczej, w miejscach dostarczania danego podmiotu, dla poszczególnych godzin doby, z podaniem podmiotów do których energia ta ma być dostarczona, lub przez które ma być wprowadzona do sieci (pkt B.1.2. Instrukcji).

Zgodnie z pkt B.1.3. Instrukcji do dokonywania zgłoszeń umów sprzedaży energii elektrycznej zobligowani są:

- a) odbiorcy uprawnieni do korzystania z usług przesyłowych i korzystający z tego prawa, nie uczestniczący bezpośrednio w rynku bilansującym,
- b) odbiorcy przyłączeni do sieci rozdzielczej i uczestniczący bezpośrednio w rynku bilansującym w zakresie umów zawartych z podmiotami nie uczestniczącymi bezpośrednio w rynku bilansującym,
- c) spółki dystrybucyjne,
- d) wytwórcy.

Instrukcja precyzuje, że do zgłaszania zobowiązane są obydwie strony umowy sprzedaży energii elektrycznej, a zgłoszenie następuje do operatora systemu dystrybucyjnego, do którego sieci odbiorca jest przyłączony (pkt B.1.4 Instrukcji). Przedsiębiorstwa obrotu zgłaszają do operatora systemu dystrybucyjnego umowy energii elektrycznej oddzielnie dla energii kupowanej i sprzedawanej dla każdej godziny doby (pkt B.1.7. Instrukcji).

Prezes UOKiK uznał, iż powołane wyżej postanowienia Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Rozdzielczej Stoen nie regulowały problemu grupowania użytkowników systemu elektroenergetycznego, czyli spraw związanych z tworzeniem jednostek grafików. W punkcie B.1.2. Instrukcji mowa jest jedynie o miejscach dostarczania danego podmiotu, niemniej pojęcie to nie zostało doprecyzowane. Przepisy omawianej Instrukcji nie wskazują, czy w skład jednostki grafikowej może wejść jedno, czy więcej miejsc dostarczania energii elektrycznej.

Niemniej jak wynika z analizy materiału dowodowego, RWE Polska interpretowała pkt B.1.3. i B.1.4 Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Rozdzielczej Stoen jako uniemożliwiające tworzenie jednej jednostki grafikowej dla kilku odbiorców energii elektrycznej zlokalizowanych na terenie sieci dystrybucyjnej RWE Polska w celu wspólnego rozliczania ich odchyleń od pozycji kontraktowej.

Prezes UOKiK ustalił również, iż w dniu 1 stycznia 2007 r. RWE Polska wprowadziła w życie nową Instrukcję Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej, która zmienia zasady bilansowania energii elektrycznej. Zmiana ta jest konsekwencją wejścia w życie z dniem 1 czerwca 2006 r. Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Przesyłowej PSE Operator. W Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej, RWE Polska przyjęła rozwiązanie oparte na koncepcji wyznaczania podmiotów odpowiedzialnych za bilansowanie - Uczestników Rynku Bilansującego (URB).

Zgodnie z pkt. A.3.1.4. Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej wyróżnia się następujące typy URB:

- a) wytwórcy energii (URBw),
- b) odbiorcy energii (URBo), w tym:
 - odbiorcy końcowi (URB ok.),
 - odbiorcy sieciowi (URBs) – podmioty pełniące na obszarze poszczególnych operatorów systemów dystrybucyjnych funkcję sprzedawcy energii odbiorcom nie korzystającym z prawa wyboru sprzedawcy,
- c) przedsiębiorstwa obrotu (URBpo),
- d) giełdy energii (URBge),
- e) OSP jako przedsiębiorstwo bilansujące.

Zgodnie z Instrukcją Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej, Uczestnik Rynku Detalicznego (URD) będący wytwórcą lub odbiorcą korzystającym z prawa wyboru sprzedawcy ma prawo wskazać - odpowiedniemu do miejsca jego przyłączenia operatorowi systemu dystrybucyjnego, z którym ma on zawartą umowę o świadczenie usług dystrybucji – Uczestnika Rynku Bilansującego (URB), który w ramach swojej jednostki grafikowej będzie odpowiedzialny za bilansowanie handlowe tego URD na rynku bilansującym. W przypadku, gdy dany URD nie wskaże URB odpowiedzialnego za jego bilansowanie handlowe na rynku bilansującym, to odpowiedzialnym za jego bilansowanie handlowe w ramach swojej jednostki grafikowej będzie URBs działający na obszarze operatora systemu dystrybucyjnego, do sieci którego przyłączony jest URD i z którym ma on zawartą umowę o świadczenie usług dystrybucji (pkt A.3.3.4. Instrukcji).

Upraszczając powyższe należy wyjaśnić, iż każdy użytkownik systemu ma prawo wybrać na rynku podmiot (URB) inny niż operator systemu dystrybucyjnego, który będzie rozliczał jego niezbilansowanie i reprezentował na rynku bilansującym. URB może posiadać jednostkę grafikową grupującą więcej niż jednego odbiorcę energii. W przypadku odbiorców korzystających z prawa wyboru sprzedawcy, funkcję URB najczęściej będzie pełnić przedsiębiorstwo obrotu energią elektryczną, które będzie odpowiedzialne za bilansowanie handlowe tych odbiorców, w ramach swojej jednostki grafikowej.

Prezes UOKiK ustalił, iż wskutek omówionych powyżej zmian bilansowanie handlowe przestało być związane z usługą dystrybucji energii elektrycznej. Tym samym RWE Stoen Operator Sp. z o.o., który od dnia 1 lipca 2007 r. jest operatorem systemu dystrybucyjnego nie przejął od RWE Polska obowiązków związanych z bilansowaniem handlowym uczestników systemu elektroenergetycznego i nie świadczy tego rodzaju usługi. Jak wynika z analizowanej Instrukcji, w przypadku, gdy odbiorca korzystających z prawa wyboru sprzedawcy nie wskaże URB odpowiedzialnego za jego bilansowanie handlowe na rynku bilansującym, to odpowiedzialnym za jego bilansowanie handlowe w ramach swojej jednostki grafikowej będzie URBsd działający na obszarze operatora systemu dystrybucyjnego – czyli na obszarze sieci elektroenergetycznej należącej do RWE Stoen Operator Sp. z o.o. będzie to RWE Polska.

**Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
zważył, co następuje:**

I. Podstawa prawna decyzji

Postępowanie w niniejszej sprawie zostało wszczęte na podstawie przepisów ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn.: Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 z późn. zm.), dalej ustawa. RWE Polska S.A. postawiono zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 2 pkt 5 i 6 ustawy.

W dniu 21 kwietnia 2007 r. weszła w życie ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.). Zgodnie z jej art. 131 ust. 1, do postępowań wszczętych na podstawie ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów i niezakończonych do dnia wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe.

Wobec powyższego, pomimo wejścia w życie ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes UOKiK na potrzeby wydania niniejszej decyzji stosuje przepisy poprzednio obowiązującej ustawy antymonopolowej, tj. ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

II. Interes publiczny

Podstawą zastosowania przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest uprzednie stwierdzenie przez Prezesa UOKiK, iż w wyniku stosowania praktyki ograniczającej konkurencję doszło lub mogło dojść do naruszenia interesu publicznoprawnego.

Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ustawa ta określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Przepis ten przesądza o przynależności niniejszej ustawy do dziedziny prawa publicznego, jak również o wyłączeniu możliwości podejmowania przez organ antymonopolowy działań w celu ochrony interesów indywidualnych czy grupowych⁷. W czasie postępowania i przy wydawaniu decyzji Prezes UOKiK jest zatem rzecznikiem interesu publicznego. Rola ta wynika nie tylko z celu regulacji antymonopolowej, lecz również z jednej z naczelných

⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2001 r. (sygn. akt CKN 1217/98).

zasad postępowania administracyjnego, tj. zasady uwzględniania interesu społecznego i słusznego interesu obywateli, określonej w art. 7 K.p.a.

Publicznoprawny charakter ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oznacza, że nie wszystkie zachowania przedsiębiorców i ich związków, nawet formalnie podlegające literze prawa, uzasadniają uruchomienie przewidzianych przez nią instrumentów. Powinno to następować tylko wówczas, gdy w następstwie zachowań naruszających ustawę zagrożony jest interes ogólnospołeczny. Naruszenie zaś tego interesu ma miejsce wówczas, gdy skutkami działań sprzecznych z ustawą dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku, względnie, gdy te działania wywołują na rynku inne niekorzystne zjawiska⁸. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów chroni bowiem konkurencję jako zjawisko o charakterze instytucjonalnym. Za zagrożenie lub naruszenie konkurencji w takim rozumieniu należy uznać zaś jedynie takie działania, które dotyczą sfery interesów szerszego kręgu uczestników rynku gospodarczego, a więc, gdy dotyczą konkurencji rozumianej nie jako sytuacja pojedynczego przedsiębiorcy, lecz jako zjawisko charakteryzujące funkcjonowanie gospodarki⁹.

Wykazanie istnienia interesu publicznoprawnego w rozstrzygnięciu danej sprawy stanowi podstawową przesłankę zastosowania ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Należy przy tym podkreślić, że interes publicznoprawny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem stałym i jednolitym, w związku z czym w każdej sprawie winien zostać ustalony i skonkretyzowany. „Publicznoprawny” znaczy dotyczący ogółu, dostrzeżony przez nieokreśloną z góry liczbę osób, a nie jednostki, czy też określoną grupę¹⁰. Pojęcie naruszenia interesu publicznoprawnego nie może być jednak pojmowane w sposób mechaniczny i oceniane ilościowo.

Wszczynając postępowanie w sprawie stosowania przez RWE Polska praktyk ograniczających konkurencję Prezes Urzędu uznał, że działania tego przedsiębiorcy związane z bilansowaniem odbiorców energii korzystających z prawa wyboru sprzedawcy, mogły stać w sprzeczności z chronionymi prawnie regułami konkurencji. Według wstępnej analizy dokonanej przez Prezesa UOKiK, praktyki RWE Polska mogły spowodować zmianę struktury konkurencji na rynku obrotu energią, poprzez utrudnienie podmiotom obecnym na tym rynku sprawnego funkcjonowania, wpływając w konsekwencji na zdolność tych podmiotów do utrzymania się na rynku. Dodatkowo, oceniane działania RWE Polska mogły mieć wpływ na funkcjonowanie kontrahentów spółek obrotu energią, naruszając także i ich interesy.

W tym stanie rzeczy wszczynając postępowanie antymonopolowe w niniejszej sprawie Prezes UOKiK uznał za bezsprzeczną możliwość naruszenia interesu publicznego w wyniku kwestionowanych działań RWE Polska, a tym samym – istnienie podstaw do rozstrzygnięcia sprawy w postępowaniu antymonopolowym.

III. Rynek właściwy

Art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zawiera generalny zakaz nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. Nadużywanie pozycji dominującej, którego dotyczy powołany wyżej przepis, ujawnia się na rynku, na którym określona praktyka ma miejsce (rynek właściwy).

⁸ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 24 stycznia 1991 r. (sygn. akt XV Ama 8/90).

⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2001 r., j.w.

¹⁰ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 7 lipca 2001 r. (sygn. akt XVII 82/00).

Prawidłowe określenie rynku właściwego w sprawie jest zatem niezbędne dla oceny pozycji rynkowej przedsiębiorcy.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 4 pkt 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przez „rynek właściwy” rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości uznawane są przez ich nabywców za substytuty oraz oferowane są na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Przy wyznaczaniu rynku właściwego niezbędne jest zatem uwzględnienie szczególnych cech danego produktu (zidentyfikowanie rynku produktowego) oraz określenie obszaru, na którym jest on dystrybuowany i gdzie warunki konkurencji są wystarczająco jednorodne (zidentyfikowanie rynku geograficznego).

Rynek w znaczeniu produktowym odnosi się do towarów. Pojęcie „towarów” obejmuje przy tym zarówno rzeczy, jak energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane (art. 4 pkt 6 ustawy). Rynek relewantny produktowo obejmuje zatem wszystkie wyroby (usługi) jednego rodzaju, które ze względu na swoje szczególne właściwości odróżniają się od innych wyrobów (usług) w taki sposób, że nie istnieje możliwość dowolnej ich zamiany. Prawidłowe ustalenie rynku relewantnego produktowo wymaga oceny substytutowości zarówno po stronie popytu, jak i podaży. Z punktu widzenia popytu, aby produkt lub usługa mogły być uznane za stanowiące przedmiot rynku dostatecznie wyodrębnionego, muszą być odpowiednio zindywidualizowane poprzez swoje cechy szczególne, które czynią je zdolnymi do zaspokajania potrzeb odbiorców produktów lub usług. Nadto produkt (usługa) musi dostatecznie różnić się od innych w ten sposób, że jest mało zamienny i ulega konkurencji innych produktów w stopniu nieistotnym. Zamiennność po stronie podaży oznacza natomiast, że dobro lub usługa uznawane za niezamienne z punktu widzenia popytu może być z łatwością wytwarzane lub świadczone przez konkurentów działających w tej samej branży. Identyfikacja rynku właściwego produktowo wymaga w niektórych sytuacjach uwzględnienia w ocenie rynków sąsiednich lub powiązanych.

Drugim niezbędnym elementem rynku właściwego jest jego wymiar geograficzny, co przesądza o konieczności wskazania obszaru, na którym warunki konkurencji, mające zastosowanie do określonych towarów, są jednakowe dla wszystkich konkurentów. Definicja ustawowa każe odnosić rynek geograficzny do „obszaru, na którym, ze względu na ich [towarów, usług] rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji”.

Zgodnie z krajowym i wspólnotowym orzecznictwem, rynek właściwy należy co do zasady definiować wąsko, biorąc pod uwagę w szczególności substytutowość towarów po stronie popytowej. Przy wyznaczaniu rynku właściwego istotne znaczenie ma wymienialność towarów oceniana z punktu widzenia rozsądnego nabywcy, którego potrzeby dobra te mają zaspokajać. Takie definiowanie rynku ma na celu realizację celu, w jakim w każdej sprawie antymonopolowej określany jest rynek właściwy – zaś celem tym jest zidentyfikowanie poziomu konkurencji na rynku, a w rezultacie ustalenie, czy przedsiębiorca działający na rynku ma lub może uzyskać dostateczną przewagę nad innymi uczestnikami rynku¹¹.

¹¹ E. Modzelewska, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 51 i n.

III. 1. Rynek produktowy

Postępowanie w niniejszej sprawie dotyczy działań RWE Polska związanych z bilansowaniem odbiorców energii korzystających z prawa wyboru sprzedawcy na terenie sieci elektroenergetycznej Spółki.

Zgodnie z obowiązującymi do 1 stycznia 2007 r. zasadami bilansowania na terenie sieci RWE Polska określonymi przez: Instrukcję Ruchu i Eksploatacji Sieci Rozdzielczej Stoen S.A. z dnia 1 października 2001 r., odbiorcy energii korzystający z prawa wyboru sprzedawcy na terenie sieci elektroenergetycznej RWE Polska zobowiązani byli do zgłaszania RWE Polska do realizacji umów sprzedaży energii elektrycznej oraz rozliczania się z różnic pomiędzy wielkościami zamówionej i faktycznie zużytej energii za pośrednictwem Spółki. Powyższe spowodowane było faktem, iż bilansowanie odbiorców energii korzystających z prawa wyboru sprzedawcy na rynku bilansującym mogło odbywać się wyłącznie poprzez ich udział w tym rynku za pośrednictwem operatora systemu dystrybucyjnego, który był bezpośrednim uczestnikiem rynku bilansującego, czyli w przedmiotowym przypadku przez RWE Polska. Tym samym, do czasu zmiany zasad bilansowania, która została szczegółowo omówiona w części ustalającej niniejszej decyzji, czynność bilansowania była nierozdzielnie związana z usługą dystrybucji. Powyższe było zgodne z obowiązującym wówczas art. 9 c ust. 3 Prawa energetycznego¹², który stanowił, iż operator systemu dystrybucyjnego jest odpowiedzialny za prowadzenie z użytkownikami systemu dystrybucyjnego rozliczeń wynikających z niezbilansowania energii elektrycznej dostarczonej do systemu dystrybucyjnego i pobranej z tego systemu.

Z uwagi na powyższe Prezes UOKiK uznał, iż w rozpatrywanej sprawie rynkiem w ujęciu produktowym - jest rynek dystrybucji energii elektrycznej, tzn. transportu energii elektrycznej sieciami dystrybucyjnymi, w celu jej dostarczenia odbiorcom, z wyłączeniem sprzedaży tej energii (taka definicja dystrybucji zawarta jest w art. 3 pkt 5 lit. a Prawa energetycznego). Należy wyjaśnić, iż działalność w tym zakresie może być prowadzona wyłącznie przez przedsiębiorstwo energetyczne posiadające status operatora systemu dystrybucyjnego. Zgodnie bowiem z art. 3 pkt 25 Prawa energetycznego, operatorem systemu dystrybucyjnego jest przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się dystrybucją energii elektrycznej, odpowiedzialne za: ruch sieciowy w systemie dystrybucyjnym elektroenergetycznym, bieżące i długookresowe bezpieczeństwo funkcjonowania tego systemu, eksploatację, konserwację, remonty oraz niezbędną rozbudowę sieci dystrybucyjnej, w tym połączeń z innymi systemami elektroenergetycznymi.

Czynnikiem przesądzającym o takim zakresie rynku produktowego w niniejszej sprawie jest okoliczność braku substytutów dla usługi dystrybucji energii elektrycznej.

W okolicznościach faktycznych przedmiotowej decyzji, towarem oferowanym przez RWE Polska do 30 czerwca 2007 r. były usługi dystrybucji energii elektrycznej za pomocą elektroenergetycznej sieci dystrybucyjnej, które nie mają substytutów, natomiast do 1 stycznia 2007 r. z tą usługą łączył się obowiązek bilansowania klientów przyłączonych do sieci elektroenergetycznej RWE Polska.

III. 2. Rynek geograficzny

Rynkiem właściwym geograficznie w przedmiotowej sprawie jest obszar dystrybucyjnej sieci elektroenergetycznej RWE Polska, czyli teren m.st. Warszawy i okolicznych gmin.

¹² Powołany przepis został uchylony na mocy ustawy z dnia 12 stycznia 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo energetyczne (DZ.U. z 2007 r. Nr 21 poz. 124).

Istotnym argumentem przemawiającym za takim wyznaczeniem rynku jest to, że w sposób naturalny infrastruktura służąca do dystrybucji (transportu i rozdziału) energii elektrycznej do podmiotów przyłączonych do sieci RWE Polska znajdowała się na terenie sieci dystrybucyjnej Spółki. Sieciowy charakter urządzeń i instalacji RWE Polska, służących do dostarczania energii elektrycznej powodował, iż potencjalni odbiorcy zlokalizowani w ich obrębie, którzy chcieli dokonać zakupu energii nawet od innego - niż operator systemu dystrybucyjnego - sprzedawcy, zmuszeni byli do korzystania z oferty RWE Polska w zakresie dystrybucji. Ponadto należy wskazać, iż na obszarze tym obowiązywały jednakowe zasady w zakresie sprzedaży energii elektrycznej i korzystania ze skorelowanych z nią usług dystrybucji energii, uwarunkowane opracowanymi i wprowadzonymi przez RWE Polska obowiązującymi dokumentami, tj. Instrukcją Ruchu i Eksploatacji Sieci Rozdzielczej oraz umową dystrybucyjną RWE Polska.

Wskazane powyżej okoliczności przemawiają za tym, by za rynek właściwy w niniejszej sprawie uznać **lokalny rynek dystrybucji energii elektrycznej na terenie sieci elektroenergetycznej RWE Polska.**

IV. Pozycja dominująca

Możliwość stwierdzenia naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję, o którym mowa w art. 8 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, uzależniona jest od uprzedniego stwierdzenia, iż przedsiębiorca posiada pozycję dominującą na zidentyfikowanym w sprawie rynku właściwym.

Ustalając, czy RWE Polska miała, na rynku właściwym zidentyfikowanym w niniejszej sprawie pozycję dominującą należy mieć na uwadze definicję zawartą w art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z przywołanym przepisem, przez „pozycję dominującą” rozumie się pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym stopniu niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów; domniemywa się przy tym, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku przekracza 40%.

RWE Polska pełniła do 30 czerwca 2007 r. funkcję operatora systemu dystrybucyjnego na terenie zarządzanej przez siebie sieci elektroenergetycznej, obejmującej obszar m. st. Warszawy oraz okolicznych gmin. W związku z powyższym wyłącznie RWE Polska mogła świadczyć usługę dystrybucji energii elektrycznej na ww. terenie. Tym samym RWE Polska była monopolistą naturalnym i nie spotykał się z żadną konkurencją.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Prezes UOKiK stwierdził, iż RWE Polska na zidentyfikowanym w niniejszej sprawie rynku właściwym, tj. lokalnym rynku dystrybucji energii elektrycznej na terenie sieci elektroenergetycznej **RWE Polska, posiadała do 30 czerwca 2007 r. – jako monopolista – kwalifikowaną pozycję dominującą.**

V. Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 i 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów

Samo posiadanie pozycji dominującej nie stanowi jeszcze naruszenia prawa, podobnie jak jej wzmacnianie wskutek wzrostu potencjału ekonomicznego. Bezprawne jest dopiero nadużywanie przez przedsiębiorcę takiej pozycji¹³.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów zakazuje nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców (art. 8 ust. 1 ustawy), uznając takie działanie za praktykę ograniczającą konkurencję. Ustawodawca nie zdefiniował pojęcia „nadużywania pozycji dominującej”. Niemniej należy zauważyć, że zachowania będące postacią nadużycia są, co do zasady, legalne, delegalizuje je zaś szczególnie pozycja przedsiębiorcy i wynikająca stąd jego siła rynkowa¹⁴.

W art. 8 ust. 2 ustawy został zawarty przykładowy katalog najbardziej typowych praktyk ograniczających konkurencję. W katalogu tym za przejawy nadużywania pozycji dominującej uznano w szczególności: przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji (art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy), narzucanie przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści (art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy).

W niniejszej sprawie RWE Polska postawiono zarzut nadużywania pozycji dominującej na lokalnym rynku dystrybucji energii elektrycznej na terenie jej sieci elektroenergetycznej poprzez:

1. wyłączenie możliwości tworzenia przez przedsiębiorstwa obrotu energią elektryczną inne niż RWE Polska S.A., zbiorczych grafików dla odbiorców korzystających z zasady TPA, co może przeciwdziałać ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania i rozwoju konkurencji na krajowym rynku obrotu energią elektryczną i tym samym stanowić naruszenie zakazu określonego w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

2. wprowadzenie uciążliwego obowiązku tworzenia i przedstawiania RWE Polska S.A., przez przedsiębiorstwa obrotu energią elektryczną inne niż RWE Polska, oddzielnych grafików dla każdego z odbiorców korzystających z zasady TPA, przy jednoczesnym zbiorczym rozliczaniu RWE Polska S.A. w relacjach z operatorem systemu przesyłowego, umożliwiające osiągnięcie przez RWE Polska, nieuzasadnionych korzyści – co może stanowić naruszenie art. 8 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

Uzasadniając postawione zarzuty należy wskazać, co następuje.

Ad 1.

Przepis art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazuje nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji. Istotą tej praktyki jest dyskryminowanie przez przedsiębiorcę jej kontrahentów. Określony w powoływanym przepisie zakaz, nakłada na przedsiębiorców obowiązek takiego działania, by nie stwarzało to innym uczestnikom obrotu barier ograniczających ich możliwość skutecznego konkurowania w warunkach gospodarki rynkowej. Tak określona praktyka ma więc charakter

¹³ Wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 22 lutego 2008 r. (sygn. akt VI ACa 985/07).

¹⁴ E. Modzelewska, *op. cit.*, s. 95.

antykonkurencyjny i określa sytuację, w której przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą na danym rynku negatywnie oddziałuje na stan konkurencji na tym rynku.

W świetle orzecznictwa, praktyka „polega zarówno na faktycznym uniemożliwieniu rozpoczęcia lub dalszego prowadzenia działalności na danym rynku, jak i na uczynieniu tej działalności nieopłacalną lub mniej opłacalną niż w warunkach panujących na rynku konkurencyjnym, jak i na podejmowaniu działań niezwiązanych z merytoryczną rywalizacją między konkurentami a ukierunkowaną na zniechęcenie konkurenta do dalszej ekspansji na rynku, na którym działa”¹⁵. Negatywny wpływ dominanta na konkurencję może przejawiać się m.in. w stwarzaniu barier wejścia na rynek¹⁶, podejmowaniu działań zniechęcających konkurentów do ekspansji na rynku, na którym działają¹⁷, i eliminowaniu potencjalnej możliwości powstania konkurencji na rynku¹⁸. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów zakazuje zarówno działania, jak i zaniechania¹⁹, o opisanym celu lub skutku, niezależnie od intencji przedsiębiorcy i świadomości naruszenia zakazu. Uzasadnieniem tego zakazu jest potrzeba zachowania skutecznej konkurencji na rynku (funkcjonowania mechanizmu konkurencji).

Należy przy tym zwrócić uwagę, iż określona w art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy praktyka ograniczająca konkurencję może zarazem wywoływać skutki zarówno na rynku, na którym działa przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą, jak i na innych rynkach.

Oznacza to, że dla zastosowania art. 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie jest konieczne istnienie związku przyczynowego między posiadaniem pozycji dominującej na określonym rynku a godzącymi w konkurencję skutkami zachowań danego przedsiębiorcy, które ujawniły się na innych rynkach (niezdominowanych). Wystarczającą podstawą zastosowania powołanego wyżej artykułu jest istnienie po stronie danego przedsiębiorcy zasobów ekonomicznych, dających mu władzę (siłę) rynkową na jakimkolwiek obszarze stanowiącym rynek relewantny. W sytuacji, gdy przedsiębiorca prowadzi działalność na kilku rynkach, z których nie wszystkie są przez niego zdominowane, może on dysponować możliwością wywierania nacisku na uczestników rynków niezdominowanych, jeśli na rynku zdominowanym występują między nim a tymi uczestnikami relacje zależności.

Taka sytuacja ma miejsce w rozpatrywanym przypadku. Niniejsza sprawa dotyczy bowiem zarzutu antykonkurencyjnego oddziaływania przez RWE Polska na rynek obrotu energią elektryczną wskutek wykorzystania pozycji dominującej na rynku dystrybucji energii.

Należy wskazać, że RWE Polska, w okresie którego dotyczy przedmiotowe postępowanie, prowadziła działalność gospodarczą w obrębie niekonkurencyjnego rynku dystrybucji energii elektrycznej, będąc jedynym jej dystrybutorem na terenie własnej sieci elektroenergetycznej oraz na podstawie koncesji na obrót energią prowadziła działalność związaną z zakupem i odsprzedażą energii elektrycznej. Należy wskazać, iż w tym czasie rynek obrotu energią elektryczną był już rynkiem konkurencyjnym, na którym działało wiele spółek obrotu (w tym Wnioskodawca), mogących sprzedawać energię odbiorcy korzystającemu z zasady TPA. Oznacza to, iż odbiorcy uprawnieni do wyboru sprzedawcy, znajdujący się na terenie sieci dystrybucyjnej RWE Polska, mogli realnie korzystać i korzystali z usług innych niż RWE Polska przedsiębiorców sprzedających energię elektryczną. Pozwala to stwierdzić, że RWE Polska poddana była konkurencji ze strony

¹⁵ Wyrok SN z dnia 13 maja 2008 r. (sygn. akt III SK 30/07).

¹⁶ Wyrok SOKiK z dnia 19 grudnia 2006 r. (sygn. akt XVII AmA 36/06).

¹⁷ Wyrok SN z dnia 13 maja 2008 r. (sygn. akt III SK 30/07).

¹⁸ T. Skoczny, D. Miąsik, A. Jurkowska (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, C.H. Beck 2009, s. 682.

¹⁹ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 15 maja 1996 r. (sygn. akt XVII Amr 21/96).

pozostałych, działających na terenie Polski przedsiębiorców trudniących się obrotem energią elektryczną, którzy byli w stanie przedstawić konkurencyjną ofertę i pozyskać klientów przyłączonych do sieci dystrybucyjnej RWE Polska.

Ponadto, należy zwrócić uwagę, iż siła rynkowa, jaką RWE Polska posiadała na rynku dystrybucji energii elektrycznej na terenie jej sieci elektroenergetycznej była czynnikiem, który pozwalał Spółce wpływać na warunki konkurencji na rynku obrotu energią elektryczną. Inaczej mówiąc, względy natury organizacyjnej technicznej i technologicznej (własność sieci dystrybucyjnej, sprawowanie funkcji operatora systemu dystrybucyjnego), pozwalały RWE Polska oddziaływać na stan konkurencji na rynku obrotu energią.

Jak już było to wskazane wcześniej, spółki obrotu, w tym Polenergia, chcąc sprzedawać energię odbiorcom znajdującym się na obszarze sieci dystrybucyjnej RWE Polska, nie miały innej możliwości niż skorzystanie z usług RWE Polska w celu przetransportowania sprzedawanej energii. Pomimo, iż RWE Polska faktycznie udostępniła sieć elektroenergetyczną spółkom obrotu, jednak w rzeczywistości – w ocenie Prezesa UOKiK – odbywało się to ze znacznymi utrudnieniami ze strony RWE Polska.

Utrudnianie Polenergii przez RWE Polska korzystania z jej sieci dystrybucyjnej, przejawiało się w uniemożliwieniu spółce obrotu sumarycznego rozliczania odchyleń jej klientów przyłączonych do sieci rozdzielczej RWE Polska. Powyższa polityka Spółki ograniczyła przedsiębiorstwu obrotu możliwość skutecznego konkurowania na rynku obrotu energią na zasadach wolnorynkowych.

Należy wskazać, iż na podstawie rozwiązań przyjętych w obowiązującej do 31 maja 2006 r. Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Przesyłowej PSE – Operator, RWE Polska – jako bezpośredni uczestnik rynku bilansującego – mogła zgłaszać PSE – Operatorowi całość zakontraktowanej, z wszystkimi łącznie odbiorcami przyłączonymi do jej sieci dystrybucyjnej, energii elektrycznej. Następnie rozliczanie odchyleń od pozycji kontraktowej tych odbiorców odbywało się także wspólnie dla wszystkich z nich (niezależnie od tego, czy byli odbiorcami uprawnionymi do korzystania ze swobodnego wyboru sprzedawcy, czy nie i czy w ogóle mogli korzystać z zasady TPA). W ten sposób, ilość energii zamówionej i dostarczanej do wszystkich odbiorców zaopatrywanych bezpośrednio przez RWE Polska, która była rozliczana w ramach jednej jednostki graficznej, wzajemnie się bilansowała w tej jednostce – jeżeli nie w całości, to przynajmniej w części. Tak więc jeżeli nawet jeden (kolejny) z odbiorców zamówił za dużo energii to istniała możliwość, że drugi (kolejny) wykorzystał jej za dużo. W tym stanie rzeczy, ta energia, której nie zużył pierwszy, została wykorzystana przez drugiego. Obsługa takich wzajemnie bilansujących się w ramach jednej jednostki graficznej odbiorców była znacznie mniej kosztowna, niż odbiorców rozliczanych osobno, (tj. każdy w swojej własnej jednostce rozliczeniowej).

Natomiast, zgodnie z przyjętymi przez RWE Polska zasadami rozliczeń w Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Rozdzielczej Stoen, Polenergia nie miała możliwości dokonywania sumarycznych rozliczeń swoich klientów. Spółka obrotu za każdym razem musiała tworzyć odrębne jednostki graficzne dla każdego odbiorcy energii oraz osobno rozliczać odchylenia od pozycji kontraktowej tych odbiorców. Oznaczało to, że każdy odbiorca końcowy kupujący energię elektryczną od Polenergii musiał zaplanować swoje rzeczywiste zużycie energii elektrycznej. W przypadku rozbieżności pomiędzy energią zamówioną a odebraną przez odbiorcę zachodziła potrzeba wyjątkowo niekorzystnych finansowo rozliczeń spółki obrotu z PSE Operator. W ramach takich rozliczeń energia elektryczna (w przypadku jej niedokontraktowania) dokupowana była po cenie znacznie wyższej od jej średniej ceny na rynku konkurencyjnym, a odsprzedawana (w przypadku przekontraktowania) po cenie znacznie niższej.

Scharakteryzowana powyżej praktyka postępowania RWE Polska, dyskryminująca sprzedawców energii, winna być – w ocenie Prezesa Urzędu – kwalifikowana jako przykład bariery prawidłowego, nieskrępowanego rozwoju konkurencji, negatywnie oddziałującej na rynek właściwy. Niewątpliwie omówione działania monopolisty sieciowego, miały skutek antykonkurencyjny na rynku obrotu energią elektryczną. Ustalone przez RWE Polska, zasady rozliczania odchyleń odbiorców końcowych korzystających z zasady TPA, wymuszały bowiem uczestnictwo spółek obrotu na rynku obrotu energią na zasadach mniej korzystnych niż warunki, na jakich mogła działać RWE Polska. Były to warunki mniej korzystne niż wynikające z działania nieskrępowanych mechanizmów rynkowych funkcjonujących w warunkach wolnej konkurencji.

W związku z powyższym za potwierdzony uznać należy zarzut stosowania przez RWE Polska praktyki ograniczającej konkurencję, naruszającej zakaz przeciwdziałania ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji wynikający z art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

Ad 2.

Obok zarzutu naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów RWE Polska zarzucono również stosowanie praktyki, o której mowa w art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy. Zgodnie z ww. przepisem zakazane jest narzucanie przez dominanta uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści.

Praktyka taka jest działaniem o charakterze eksploatacyjnym, polegającym na wyzyskiwaniu przez dominanta przewagi kontraktowej nad kontrahentami. Jej przejawem jest konieczność akceptowania przez nich warunków umów proponowanych przez przedsiębiorcę dominującego, które są obiektywnie nierównoprawne. Dominant wykorzystuje bowiem przymusową sytuację kontrahenta wynikającą z braku rzeczywistych alternatyw na rynku, proponując mu zawarcie umowy, która w warunkach zrównoważonych relacji między stronami – ze względu na treść postanowień – nie zostałaby sfinalizowana.

Dla stwierdzenia stosowania praktyki ograniczającej konkurencję zdefiniowanej powyżej konieczne jest wykazanie kumulatywnego zaistnienia następujących przesłanek:

- a) narzucanie określonych warunków umów,
- b) uciążliwy charakter tych warunków,
- c) osiąganie przez przedsiębiorcę narzucającego warunki nieuzasadnionych korzyści.

Ad a narzucanie warunków umów

Narzucanie warunków ma miejsce wówczas, gdy dominant, wykorzystując sytuację przymusową kontrahenta, wynikającą z braku rzeczywistych alternatyw na rynku, wymusza na nim określone zachowania.

Bezspornym jest w przedmiotowej sprawie fakt, iż RWE Polska posiadając pozycję monopolistyczną na rynku dystrybucji energii elektrycznej na terenie swojej sieci dystrybucyjnej, była w stanie narzucać uciążliwe warunki umów. W sytuacji braku realnej możliwości skorzystania z usług innego podmiotu, spółka obrotu była bowiem zdana na konieczność podpisania umowy na warunkach przedstawionych przez RWE Polska, mając jako alternatywę jedynie powstrzymanie się od podpisania umowy. Tym samym RWE Polska miała możliwość narzucenia wprost Wnioskodawcy - poprzez odpowiednie zapisy umowy dystrybucji energii elektrycznej, zwłaszcza zaś uzupełniającej ją i stanowiącej jej integralną część Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Rozdzielczej – reguł na jakich będzie on rozliczał swoich klientów tj. nabywców energii elektrycznej. Polenergia nie miała żadnych innych możliwości dostarczania energii elektrycznej do własnych odbiorców, przyłączonych do

dystrybucyjnej sieci elektroenergetycznej RWE Polska, jak tylko z wykorzystaniem tej sieci. W wyniku powyższego w oczywisty sposób była zobligowana do zawarcia z RWE Polska umowy dystrybucji dostarczanej jej klientom energii.

W przedmiotowej sprawie istotnym jest również, iż Polenergia podjęła próby negocjacji zmierzające do zmiany niekorzystnych warunków umownych. Jak wynika z uzyskanych w toku postępowania dokumentów, Wnioskodawca dwukrotnie zwracał się do Spółki o umożliwienie Polenergii wspólnego rozliczania jej odbiorców na terenie działalności sieciowej RWE Polska (pisma z dnia 9 września 2005 r i 2 lutego 2006 r.). Pierwsze z pism RWE Polska pozostawiła bez rozpoznania natomiast w odpowiedzi udzielonej na drugie pismo RWE Polska odmówiła możliwości sumarycznego rozliczania odbiorców Polenergii (pismo z dnia 13 lutego 2006 r.).

Uwzględniając powyższe okoliczności Prezes UOKiK stwierdził, że w analizowanym przypadku wystąpił w stosunkach pomiędzy stronami postępowania antymonopolowego element przymusu.

Ad b uciążliwy charakter warunków umów

Za uciążliwy warunek, o którym mowa w art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uznaje się każdy warunek oznaczający dla jednej ze stron stosunku – kontrahenta, ciężar większy od powszechnie przyjętych w stosunkach danego rodzaju. Dokonując analizy uciążliwości warunków, zasadnicze znaczenie ma ustalenie, czy w warunkach istnienia konkurencji na danym rynku właściwym, a więc w sytuacji istnienia niczym nieskrępowanej swobody kontraktowej, dominant byłby w stanie wynegocjować takie postanowienia umów (por. wyroki sądu antymonopolowego z 29 grudnia 1993 r., XVII Amr 68/93 oraz z 23 czerwca 1999 r. XVII Ama 28/99).

Oceniając przesłankę uciążliwości warunku umownego, należy w pierwszej kolejności wskazać, iż zgodnie z zawartą w dniu 22 lutego 2006 r. umową pomiędzy RWE Polska a Polenergią, podstawę do ustalenia i realizacji warunków świadczenia usług dystrybucji stanowiła Instrukcja Ruchu i Eksploatacji Sieci Rozdzielczej Stoen S.A. z dnia 1 października 2001 r., gdzie między innym znajdowały się postanowienia dotyczące bilansowania i rozliczeń w sieci dystrybucyjnej.

Przechodząc do analizy konkretnych zapisów ww. Instrukcji dotyczących zasad rozliczania odbiorców energii, należy odwołać się do treści zapisu pkt B.1.3., zgodnie z którym do dokonywania zgłoszeń umów sprzedaży energii elektrycznej zobligowani są:

- a) odbiorcy uprawnieni do korzystania z usług przesyłowych i korzystający z tego prawa, nie uczestniczący bezpośrednio w rynku bilansującym,
- b) odbiorcy przyłączeni do sieci rozdzielczej i uczestniczący bezpośrednio w rynku bilansującym w zakresie umów zawartych z podmiotami nie uczestniczącymi bezpośrednio w rynku bilansującym,
- c) spółki dystrybucyjne,
- d) wytwórcy.

Instrukcja precyzuje, że do zgłaszania zobowiązane są obydwie strony umowy sprzedaży energii elektrycznej, a zgłoszenie następuje do operatora systemu dystrybucyjnego, do którego sieci odbiorca jest przyłączony (B.1.4).

Jak wynika z analizy materiału dowodowego, strony zawartej w dniu 22 lutego 2006 r. umowy interpretowały pkt. B.1.3. i B.1.4 Instrukcji jako uniemożliwiający tworzenie jednej jednostki graficznej dla kilku odbiorców energii elektrycznej zlokalizowanych na terenie sieci dystrybucyjnej RWE Polska w celu wspólnego rozliczania ich odchyleń od pozycji

kontraktowej. Tym samym dla oceny niniejszej sprawy, trzeba przyjąć, iż zgodnie z zawartą przez Polenergię z RWE Polska umową, Polenergia nie mogła rozliczać łącznie odchyleń od pozycji kontraktowej swoich klientów przyłączonych do sieci elektroenergetycznej RWE Polska. Bez wątpienia taki warunek umowy był dla Wnioskodawcy uciążliwy.

W ocenie Prezesa UOKiK zastosowanie modelu rozliczeń wymuszonego przez RWE Polska powodowało, iż Polenergia ponosiła wyższe koszty bilansowania swoich odbiorców aniżeli poniosłaby przy rozliczaniu sumarycznym swoich klientów przyłączonych do sieci elektroenergetycznej RWE Polska. W przypadku rozbieżności pomiędzy energią zamówioną a odebraną przez każdego odbiorcę zachodziła potrzeba dokonania wyjątkowo niekorzystnych rozliczeń z PSE Operator. W ramach takich rozliczeń energia elektryczna (w przypadku jej niedokontraktowania) dokupowana była na rynku bilansującym przez spółkę obrotu po cenie znacznie wyższej od jej średniej ceny na rynku konkurencyjnym, a odsprzedawana (w przypadku przekontraktowania) po cenie znacznie niższej. Niekorzystna, dla spółki obrotu, różnica pomiędzy ceną sprzedaży i zakupu energii elektrycznej na rynku bilansującym została zobrazowana w pkt 2 części ustalającej niniejszej decyzji.

Zdaniem Prezesa UOKiK wykazanie faktycznie poniesionych przez Polenergię strat w związku z koniecznością indywidualnego bilansowania jej klientów jest niemożliwe do wykazania z uwagi na godzinowy model rynku bilansującego.

W ocenie Prezesa UOKiK – nie można przyjąć, iż Polenergia udowodniła rzeczywistą stratę jaką poniosła w okresie kwiecień 2005 r. – grudzień 2005 r. oraz w okresie styczeń 2006 r. – grudzień 2006 r. z tytułu obowiązku przedstawiania przez Wnioskodawcę oddzielnych grafików handlowych dla swoich odbiorców podłączonych do sieci elektroenergetycznej RWE Polska S.A. Należy wskazać, iż w przedstawionych w pismach z dnia 12 kwietnia 2006 r., 2 października 2006 r. oraz 16 maja 2007 r. wyliczeniach Polenergia, Polenergia wskazała jedynie miesięczne koszty, jakie poniosła w związku z koniecznością zakupu bądź odsprzedaży energii na rynku bilansującym. Powyższe dane zostały porównane z miesięcznymi kosztami, jakie Polenergia poniosłaby w tym okresie, gdyby miała możliwość wspólnego rozliczania swoich odbiorców. Prezes UOKiK uznał, iż nie można przyjąć, iż dane te przedstawiają rzeczywistą stratę, jaką poniósł Wnioskodawca, z uwagi na fakt, iż bilansowanie różnic pomiędzy energią zamówioną a wykorzystaną przez odbiorców odbywa się dla każdej godziny doby. Tym samym aby udowodnić faktyczną stratę z tytułu obowiązku przedstawiania przez Wnioskodawcę oddzielnych grafików handlowych, Polenergia musiałaby przedstawić koszty, jakie poniosła w związku z koniecznością zakupu bądź odsprzedaży energii na rynku bilansującym dla wszystkich swoich klientów przyłączonych do sieci RWE Polska w rozbiciu na poszczególne godziny doby. Powyższe dane powinny zostać porównane z kosztami (w rozbiciu na poszczególne godziny doby), jakie Polenergia S.A. poniosłaby w tym okresie, gdyby miała możliwość wspólnego rozliczania tych odbiorców. Niemniej, zdaniem Prezesa Urzędu, Wnioskodawca niewątpliwie ponosił wyższe koszty z uwagi na konieczność tworzenia oddzielnych jednostek grafików dla każdego ze swoich klientów.

Należy zauważyć, iż gdyby Polenergia miała możliwość rozliczeń sumarycznych - zawsze kiedy odchylenia odbiorców rozlicznych wspólnie od ich pozycji kontraktowej następowałyby w przeciwnych kierunkach (tj. chociaż jeden z odbiorców odsprzedawałby energię, gdy inni dokupywaliby lub na odwrót) wówczas model zagregowanych jednostek grafików byłby korzystniejszy od stosowanego przez RWE Polska. W każdym bowiem przypadku prowadziłby do wzajemnego bilansowania się różnic pomiędzy energią zamówioną a wykorzystaną przez poszczególnych odbiorców danej jednostki rozliczeniowej. W dobowo – godzinowym systemie bilansowania odbiorców, jaki przyjęty jest w Polsce zdecydowanie częstsze są przypadki, w których odbiorcy odchylają się w kierunkach przeciwnych, jeżeli nie w ciągu doby X, to w dobie następnej, poprzedniej, albo kolejnych.

Wynika to z wielokrotnie powoływanej w ramach niniejszej decyzji reguły, że zakontraktowanie (zamawianie) energii elektrycznej dla poszczególnych odbiorców i jej wykorzystanie przez nich, a następnie rozliczanie różnic pomiędzy wielkościami zamówienia i zużycia energii (czyli bilansowanie odbiorców) jest dokonywane na każdą godzinę każdej doby. Zatem w ciągu doby musiały wystąpić takie godziny, w których rozliczani wspólnie odbiorcy zbilansowaliby w części bądź w całości zamawiane przez siebie i rzeczywiście wykorzystywane ilości energii. Z logicznego punktu widzenia nie jest możliwe, aby każdy z grupy odbiorców rozliczanych w ramach wspólnej dla nich jednostki grafikowej zawsze - w każdej z 24 godzin doby – zamawiał za dużo energii w stosunku do swoich potrzeb, ewentualnie zawsze każdy z nich zamawiał jej za mało. Przynajmniej w pojedynczych, jednostkowych godzinach doby któryś z takich odbiorców rozliczanych wspólnie odchyliłby się w innym kierunku w zakresie zakontraktowania lub wykorzystałby mniej energii niż pozostali z tych odbiorców.

Uwzględniając powyższe Prezes UOKiK stwierdził, że w analizowanym przypadku narzucane warunki umów były uciążliwe.

Ad c nieuzasadnione korzyści

Osiągane przez przedsiębiorcę stosującego praktykę ograniczającą konkurencję nieuzasadnione korzyści, są odpowiednikiem uciążliwych warunków umów w warunkach ekwiwalentności wzajemnych świadczeń stron umowy i oznaczają sytuację korzystniejszą od powszechnie przyjętych w stosunkach danego rodzaju. Nieuzasadnione korzyści powinny pozostawać w logicznym związku przyczynowym z narzuconymi kontrahentowi uciążliwymi warunkami umowy.

Nieuzasadnione korzyści mogą pojawić się po stronie przedsiębiorcy narzucającego uciążliwe warunki umów już w chwili zawarcia umowy lub też w okresie późniejszym, gdy zaistnieją okoliczności przewidziane w umowie pozwalające na wykorzystanie uciążliwego zapisu. Należy podkreślić, iż sama możliwość wystąpienia skutków praktyki ograniczającej konkurencję (w tym przypadku faktycznego osiągnięcia przez Spółkę nieuzasadnionych korzyści z tytułu realizacji uciążliwych warunków umownych) nie stanowi przeszkody dla stwierdzenia naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Dla bytu praktyki nie jest bowiem konieczne wystąpienie negatywnego skutku w postaci eksploatacji pozycji rynkowej w warunkach ograniczonej konkurencji. Wystarczy, że zaistniało zagrożenie wystąpienia takiego skutku. Praktyką ograniczającą konkurencję jest już bowiem sama próba osiągnięcia przez przedsiębiorcę zajmującego pozycję dominującą na rynku określonego skutku (por. E. Modzelewska – Wąchał Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Wyd. Twigger, Warszawa 2002, s. 97).

Stanowisko takie znajduje odzwierciedlenie również w orzecznictwie antymonopolowym. W wyroku z dnia 20 lipca 2007 r. (sygn. akt XVII AmA 25/07) Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wskazał, że przesłanka osiągania nieuzasadnionych korzyści nie zostaje spełniona dopiero w sytuacji, gdy dane korzyści zostaną osiągnięte. Wystarczającym jest bowiem fakt realnego zagrożenia, iż ziszczenie się określonych w danych zapisach okoliczności spowoduje uzyskanie przez przedsiębiorcę nieuzasadnionych korzyści. W związku z tym w analizowanej sprawie, Sąd ten, stanął na stanowisku, że „zapis wyłączający odpowiedzialność odszkodowawczą powoda względem kontrahenta za przerwy w dostawie wody spowodowane brakiem wody na ujęciu i przerwami w zasilaniu energetycznym urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych daje mu możliwość takich nieuzasadnionych korzyści”.

Prezes Urzędu ma zatem obowiązek oceniać zachowania przedsiębiorcy od strony skutków, jakie zachowania te mogą nawet hipotetycznie wywołać na rynku. Z treści art. 1

ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wynika bowiem, że jej reżimowi podlegają nie tylko praktyki ograniczające konkurencję, które wywołały bądź aktualnie wywołują skutki na terenie Polski, ale również praktyki, które choćby tylko hipotetycznie, mogą wywoływać takie skutki. Takie też stanowisko wyraził Sąd Najwyższy, który w wyroku z dnia 12 maja 1997 r. (sygn. akt I CKN 114/97) wskazał, że istota rozpoznawanej sprawy nie sprowadza się do tego, czy przedsiębiorca, któremu postawiono zarzut naruszenia ustawy antymonopolowej odnosi korzyści z całości prowadzonej działalności gospodarczej, lecz do tego, czy w zawieranych umowach zastrzega sobie nieuzasadnione korzyści.

RWE Polska, niewątpliwie zagwarantowała sobie możliwość czerpania nieuzasadnionych korzyści z narzuconego spółce obrotu sposobu rozliczeń jej klientów.

Jak już wskazano powyżej, bilansowanie klientów Polenergii polegało na tym, że spółka obrotu przedstawiała RWE Polska odrębne grafiki dla każdego odbiorcy energii przyłączonego do sieci RWE Polska (w celu osobnego rozliczenia odchylenia od pozycji kontraktowej tych odbiorców) dla każdej godziny doby. Następnie RWE Polska przedstawiała PSE – Operatorowi własny grafik zapotrzebowania, będący w istocie sumą ilości energii zaplanowanej w grafikach odbiorców Polenergii i ilości energii planowanej przez spółkę dystrybucyjną na potrzeby jej pozostałych odbiorców (taryfowych i ewentualnie innych korzystających z zasady TPA)

W ocenie Prezesa Urzędu z uwagi na fakt, że RWE Polska uwzględniała dane z grafików Polenergii S.A. przy sporządzaniu swojego grafiku dla operatora systemu przesyłowego mogła przy rozliczaniu odchyleń skorzystać z ilości energii zagrafikowanej przez Wnioskodawcę. W związku z powyższym RWE Polska miała możliwość z tego tytułu uzyskiwać wymierne korzyści finansowe wynikające bądź to z braku konieczności dokupienia energii, bądź to z możliwości sprzedaży ewentualnej nadwyżki.

Argumentacja i wywody w zaprezentowanym powyżej zakresie potwierdzone zostały w zebranych w trakcie niniejszego postępowania materiale dowodowym, tj. w wyniku informacji i wyjaśnień uzyskanych od Prezesa URE. Jego zdaniem w analizowanym przypadku, spółka dystrybucyjna mogła czerpać nieuzasadnione korzyści finansowe wynikające z odrębnego rozliczania każdego odbiorcy, podczas gdyż w istocie sumaryczne odchylenia często wzajemnie znosiły się, redukując znacząco koszty wynikające z niezbilansowania samej spółki dystrybucyjnej. Oznacza to, że RWE Polska otrzymywała w niektórych godzinach większe należności z tytułu odchyleń poszczególnych odbiorców korzystających z zasady TPA, niż wynosiły jej zobowiązania wobec PSE – Operatora z tytułu sumarycznych odchyleń.

Reasumując, należy stwierdzić, iż powyższy zarzut spełnia wszystkie konieczne przesłanki określone w art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, do stwierdzenia, iż wprowadzenie uciążliwego obowiązku tworzenia i przedstawiania RWE Polska S.A., przez przedsiębiorstwa obrotu energią elektryczną inne niż RWE Polska, oddzielnych grafików dla każdego z odbiorców korzystających z zasady TPA, umożliwiało osiąganie przez RWE Polska, nieuzasadnionych korzyści.

Argumentacja przedstawiona przez RWE Polska – w ocenie Prezesa UOKiK – nie zasługuje na uwzględnienie. W tym miejscu należy dokonać oceny podstawowego argumentu, którym RWE Polska posługiwała się w trakcie postępowania antymonopolowego. RWE Polska utrzymywała mianowicie, że nie miała żadnych możliwości stworzenia warunków grupowania użytkowników systemu, ponieważ możliwość taka nie została przewidziana ani w ówczesnie obowiązujących przepisach prawa ani w obowiązującej Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Przesyłowej PSE – Operator. Wyżej przedstawione twierdzenia RWE Polska w całości nie zasługują na uwzględnienie. Zdaniem Prezesa Urzędu

ani obowiązujące przepisy prawa ani Instrukcja Ruchu i Eksploatacji Sieci Przesyłowej PSE – Operator nie nakładały obowiązku tworzenia oddzielnych grafików przedstawiających zapotrzebowanie na energię elektryczną dla każdego z odbiorców korzystających z prawa wyboru sprzedawcy, co zostało szczegółowo omówione w części ustalającej niniejszej decyzji. Należy podkreślić z całą stanowczością, iż powołane przez RWE Polska w piśmie z dnia 8 maja 2007 r. postanowienia Instrukcją Ruchu i Eksploatacji Sieci Przesyłowej – wbrew twierdzeniom Spółki – w żaden sposób nie wskazują na prawidłowość sposobu rozliczania odchyleń podmiotów przyłączonych do sieci dystrybucyjnej Spółki. Nie można uznać, iż pkt 1.3.5, 1.4.2, 1.4.4, 1.4.5, 1.5.2, 1.5.3 powołanej Instrukcji nakładały w sposób bezpośredni bądź pośredni na operatora systemu dystrybucyjnego obowiązek bilansowania każdego odbiorcy TPA oddzielnie. W ocenie Prezesa UOKiK, możliwość tworzenia grup bilansujących i sumarycznego rozliczania odbiorców przyłączonych do sieci danego operatora systemu dystrybucyjnego była dopuszczalna na gruncie obowiązującej w polskim porządku prawnym zasady swobody zawierania umów. Tego ustawowego uprawnienia nie mogła ograniczać Instrukcja Ruchu i Eksploatacji Sieci Rozdzielczej Stoen, która była dokumentem wewnętrznym spółki dystrybucyjnej.

Prezes UOKiK nie podzielił również stanowiska RWE Polska, iż przedmiotowe postępowanie powinno się toczyć przeciwko RWE Stoen Operator Sp. z o.o., jako podmiotowi, który przejął od RWE Polska obowiązki związane z dystrybucją energii elektrycznej. Należy podkreślić, iż postępowanie w niniejszej sprawie dotyczy działań RWE Polska związanych z bilansowaniem odbiorców energii korzystających z prawa wyboru sprzedawcy na terenie sieci elektroenergetycznej RWE Polska. Jak już było to wyjaśnione wcześniej, czynność ta była do 1 stycznia 2007 r. ściśle powiązana z usługą dystrybucji energii elektrycznej. Bilansowanie odbiorców energii korzystających z prawa wyboru sprzedawcy na rynku bilansującym mogło odbywać się wyłącznie poprzez ich udział w tym rynku za pośrednictwem operatora systemu dystrybucyjnego, który był bezpośrednim uczestnikiem rynku bilansującego. W związku z wprowadzoną przez RWE Polska w dniu 1 stycznia 2007 r. Instrukcją Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej bilansowanie handlowe przestało być związane z usługą dystrybucji energii elektrycznej. Na podstawie wprowadzonych w ww. Instrukcji przepisów, każdy użytkownik systemu ma prawo wybrać na rynku podmiot (URB) inny – niż operator systemu dystrybucyjnego – który będzie rozliczał jego niezbilansowanie i reprezentował na rynku bilansującym.

Tym samym RWE Stoen Operator, który od dnia 1 lipca 2007 r. jest operatorem systemu dystrybucyjnego nie przejął od RWE Polska obowiązków związanych z bilansowaniem handlowym uczestników systemu elektroenergetycznego. W związku z powyższym przedmiotowe postępowanie winno się toczyć przeciwko RWE Polska, która to jako operator systemu dystrybucyjnego – odpowiedzialny za bilansowanie odbiorców znajdujących się na terenie jej sieci dystrybucyjnej – dopuściła się zarzuczanych naruszeń.

Prezes UOKiK nie znalazł również podstaw do umorzenia postępowania ze względu na upływ terminu określonego w art. 93 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W opinii RWE Polska, umowa nr HK-C/105/2006 z dnia 22 lutego 2006 r. o świadczenie usług dystrybucji energii elektrycznej zawarta pomiędzy RWE Polska a Polenergią nie kreowała żadnego nowego stosunku obligacyjnego pomiędzy Polenergią a RWE Polska. Przedmiotowa umowa stanowiła wyłącznie przekształcenie dotychczasowych indywidualnych umów z dnia 24 grudnia 2003 r. o świadczenie usług dystrybucji energii elektrycznej zawieranych przez RWE Polska z Polenergią w jedną umowę ramową. W związku z powyższym – w ocenie RWE Polska – termin przedawnienia upłynął z dniem 31 grudnia 2004 r.

Prezes Urzędu nie podzielił powyższej argumentacji RWE Polska. W opinii Prezesa UOKiK termin przedawnienia o którym mowa w art. 93 ww. ustawy rozpoczął swój bieg w dniu 22 lutego 2006 r. tj. z momentem podpisania przez RWE Polska z Polenergią umowy nr HK-C/105/2006. Zdaniem Prezesa Urzędu umowa ta kreowała nowy stosunek prawny a kwestionowane przez Polenergię warunki w dniu tym zostały stronie ponownie narzucone. Należy podkreślić, iż postępowanie antymonopolowe w niniejszej sprawie zostało wszczęte dnia 25 sierpnia 2006 r. a więc przed upływem terminu o którym mowa w art. 93 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

VIII. Zaniechanie stosowania praktyki ograniczającej konkurencję

Okoliczność zaprzestania stosowania zarzucanej przedsiębiorcy praktyki ograniczającej konkurencję stanowi podstawę wydania decyzji, o której mowa w art. 10 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W myśl art. 10 ust. 1 ww. ustawy, nie wydaje się decyzji o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazującej zaniechanie jej stosowania, jeżeli zachowanie rynkowe przedsiębiorcy albo związku przedsiębiorców przestało naruszać zakazy określone w art. 5 lub w art. 8, w szczególności z powodu trwałego zmniejszenia ich udziału w rynku. W takim przypadku Prezes UOKiK wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdzającą zaniechanie jej stosowania (art. 10 ust. 2 ustawy).

Prezes UOKiK uznał, iż kwestionowane działanie RWE Polska, dotyczące nakładania na spółkę obrotu obowiązku tworzenia oddzielnej jednostki grafikowej dla każdego z odbiorców korzystających z zasady TPA miało miejsce do 1 stycznia 2007 r.

Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego niniejszej decyzji, w dniu 1 stycznia 2007 r. RWE Polska wprowadziła w życie nową Instrukcję Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej, która zmieniła zasady bilansowania energii elektrycznej. W Instrukcji tej RWE Polska przyjęła rozwiązanie oparte na koncepcji wyznaczania podmiotów odpowiedzialnych za bilansowanie. Według wprowadzonych zasad, każdy użytkownik systemu ma prawo wybrać na rynku podmiot inny - niż operator systemu dystrybucyjnego – który będzie rozliczał jego niezbilansowanie i reprezentował na rynku bilansującym. Uczestnik Rynku Bilansującego może posiadać jednostkę grafikową grupującą więcej niż jednego odbiorcę energii, co umożliwia mu łączne rozliczanie podmiotów przypisanych do takiej jednostki.

W ocenie Prezesa Urzędu wprowadzenie przedmiotowych zasad – umożliwiających spółkom obrotu bezpośrednie uczestnictwo w rynku bilansującym i sumaryczne rozliczanie nabywców korzystających z zasady TPA – należy uznać za równoznaczne z zaniechaniem stosowania przez RWE Polska praktyk ograniczającej konkurencję.

Mając na względzie powyższe okoliczności, należało w niniejszej sprawie – stosownie do art. 10 ust. 2 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów – wydać decyzję uznającą, że RWE Polska naruszyła zakaz stosowania praktyk ograniczających konkurencję określony w art. 8 ust. 1 i 2 pkt 5 i 6 ww. ustawy i zaniechała stosowania tych praktyk **z dniem 1 stycznia 2007 r.**

IX. Kara pieniężna:

Stosownie do art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 5, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 6 i art. 7, lub naruszenia zakazu określonego w art. 8.

Z powołanego wyżej przepisu wynika, że kara pieniężna ma charakter fakultatywny. Zatem o tym, czy w konkretnej sprawie w odniesieniu do wskazanego przedsiębiorcy zasadne jest nałożenie kary pieniężnej decyduje, w ramach uznania administracyjnego, Prezes Urzędu. Zwrócić należy uwagę, że przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie określają jakichkolwiek przesłanek, od których uzależnione byłoby podjęcie decyzji o nałożeniu kary. Skuteczna polityka karania wymaga jednak, aby w przypadku stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorcę praktyki ograniczającej konkurencję zasadą było nakładanie kary pieniężnej.²⁰

Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów nie zawiera zamkniętego katalogu przesłanek, od których uzależniana jest wysokość kar nakładanych na przedsiębiorców. Norma prawna wynikająca z art. 104 tej ustawy stanowi jedynie, iż przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa między innymi w jej art. 101 należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności uprzedniego naruszenia przepisów ustawy.

Jest jednak rzeczą oczywistą, iż na wysokość kary musi mieć także wpływ stopień zagrożenia lub naruszenia interesu publicznoprawnego stosowanymi praktykami ograniczającymi konkurencję. Ponadto w orzecznictwie wskazuje się, że w przypadku kar za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję, przesłankami, które należy brać pod uwagę są: potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy, skutki praktyki dla konkurencji lub kontrahentów, dopuszczalny poziom kary wynikający z przepisów ustawy oraz cele, jakie kara ma osiągnąć.²¹ Nałożona przez Prezesa UOKiK kara pieniężna powinna pełnić funkcję represyjną (tj. stanowić dolegliwość za naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów), a także prewencyjną i dyscyplinującą (tj. zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości).

Zdaniem Prezesa UOKiK zasadne jest nałożenie na RWE Polska kary pieniężnej, o której mowa w art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. W niniejszej sprawie skorzystanie z tej ustawowej kompetencji Prezesa UOKiK jest uzasadnione z uwagi na udowodnione naruszenie przez Spółkę zakazu określonego w art. 8 ww. ustawy i na charakter stwierdzonego naruszenia, determinujący stopień naruszenia interesu publicznoprawnego.

Nakładając karę pieniężną określoną w art. 101 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy Prezes UOKiK wziął pod uwagę konieczność spełnienia przesłanek podmiotowych, tj. stwierdzenia, że określone w ww. przepisie naruszenie dokonane było co najmniej nieumyślnie. W świetle obowiązujących przepisów prawa nieumyślność naruszenia przepisów ustawy nie wyklucza

²⁰ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 8 listopada 2004 r., sygn. akt XVII Ama 81/03.

²¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r., sygn. akt I CKN 793/98.

istnienia podstaw do nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej, choć zarazem może stanowić podstawę do tego, by nie zastrzegać wymiaru kary. Stwierdzenie nawet nieumyślnego naruszenia ustawy daje zatem podstawę do nałożenia kary pieniężnej, o której mowa w art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Jest to uzasadnione tym, że zgodnie z art. 83 Konstytucji RP, każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej. Obowiązek znajomości i przestrzegania norm prawa ciąży tym bardziej na profesjonalnych uczestnikach obrotu rynkowego. Podmioty profesjonalnie działające na rynku powinny przewidywać, że podejmowane przez nie działania będą uznane przez Prezesa UOKiK za praktykę ograniczającą konkurencję i nie mogą skutecznie dowodzić braku świadomości naruszenia zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Jeżeli przedsiębiorcy mimo to naruszają reguły konkurencji, uzasadnione jest zastosowanie wobec nich kar pieniężnych, już wówczas gdy mieli możliwość przewidzenia, że ich działania naruszają prawo antymonopolowe lub gdy nie dołożyli należytej staranności, by norm prawa ochrony konkurencji nie naruszyć.

Prezes UOKiK uznał, że okoliczności niniejszej sprawy wskazują na **umyślne naruszenie** przez RWE Polska zakazu praktyk ograniczających konkurencję. Zebrane wyjaśnienia i informacje wskazują, że po stronie RWE Polska musiała istnieć świadomość naruszenia reguł konkurencji (bezprawności zachowania zakwestionowanego przez Prezesa UOKiK). Zdaniem Prezesa Urzędu, wspomniane zachowanie dyktowane było potrzebą stworzenia Spółce lepszych warunków prowadzenia swej działalności, niż miałyby to miejsce w sytuacji poddawania ich regułom konkurencji.

Nie można mieć także wątpliwości, że Spółka musiała mieć świadomość antykonkurencyjnych skutków podjętych działań względem Polenergii. Należy zwrócić uwagę, iż Wnioskodawca w piśmie z dnia 2 lutego 2006 r. poinformował RWE Polska o możliwości naruszenia art. 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z podejmowanymi wobec Polenergii działaniami. Powyższe, w ocenie Prezesa UOKiK, powinno skłonić RWE Polska do zbadania ewentualnego ryzyka naruszenia przepisów ww. ustawy.

Wobec powyższych okoliczności Prezes UOKiK uznał naruszenie RWE Polska za **umyślne**. Umyślność naruszenia brana jest także, zgodnie z orzecznictwem, pod uwagę przy wazieniu wysokości kary²².

Art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przewiduje możliwość nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej w wysokości nie większej niż 10% przychodu, osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Przychód RWE Polska w 2010 r. wyniósł [...] zł

Ustalając wymiar kary pieniężnej Prezes UOKiK w pierwszej kolejności dokonał oceny **wagi naruszenia** stwierdzonego w niniejszej decyzji. Dokonując tej oceny Prezes UOKiK wziął pod uwagę, że o wadze naruszenia decydują dwie grupy okoliczności: dotyczące (a) natury naruszenia i (b) czynników związanych ze specyfiką rynku oraz działalnością przedsiębiorcy.

W kwestii **natury naruszenia** Prezes UOKiK wyróżnia (i) **naruszenia bardzo poważne**, do których należy zaliczyć przede wszystkim szczególnie szkodliwe horyzontalne ograniczenia konkurencji, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do eliminacji konkurencji na rynku, (ii) **naruszenia poważne**, do

²² Por. M. Król-Bogomilska (w:) T. Skoczny, D. Miąsik, A. Jurkowska (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009r., s. 1628-1629.

których należy zaliczyć przede wszystkim porozumienia horyzontalne niezaliczane do najpoważniejszych naruszeń, porozumienia pionowe wpływające na cenę lub warunki oferowania produktu, przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do istotnego ograniczenia konkurencji lub dotkliwej eksploatacji kontrahentów lub konsumentów, (iii) naruszenia mniej poważne niż wyżej wymienione (**naruszenia pozostałe**), do których należą m.in. porozumienia wertykalne niedotyczące ceny lub możliwości odsprzedaży towaru, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej o mniejszej wadze.

W ocenie Prezesa UOKiK naruszenie prawa stwierdzone w tej decyzji jest, ze swej natury, **naruszeniem poważnym**. Praktyka stosowana przez RWE Polska niewątpliwie miała charakter eksploatacyjny i antykonkurencyjny. Polegała ona na wykorzystywaniu posiadanej silnej pozycji rynkowej kosztem słabszych uczestników rynku. Ustalono przez RWE Polska, zasady rozliczania odchyleń odbiorców końcowych korzystających z zasady TPA, wymuszały bowiem uczestnictwo spółki obrotu na rynku obrotu energią na zasadach mniej korzystnych niż warunki, na jakich mogła działać RWE Polska. Ponadto, RWE Polska, niewątpliwie zagwarantowała sobie możliwość czerpania nieuzasadnionych korzyści z narzuconego spółce obrotu sposobu rozliczeń jej klientów.

Zdaniem Prezesa Urzędu, powyższe przesłanki decydują o zaliczeniu praktyki RWE Polska do poważnych naruszeń konkurencji i uzasadniają przyjęcie, jako podstawy do dalszych przeliczeń kary, wyjściowego odsetka przychodów Spółki w 2010 r. na poziomie [...] % tj. kwoty [...] zł.

Wychodząc z założenia, że wymiar kary pieniężnej nakładanej za stosowanie przez przedsiębiorcę praktyk ograniczających konkurencję powinien być uzależniony od **wpływu stwierdzonego naruszenia na rynek**, Prezes UOKiK rozważył, czy ustalona wyżej wartość kary za stwierdzoną praktykę ograniczającą konkurencję w związku ze specyfiką rynku i działalności przedsiębiorcy powinna podlegać dalszej modyfikacji. Dokonując tej oceny Prezes UOKiK wziął pod uwagę, iż kwestionowane naruszenie zostało wprowadzone przez RWE Polska w życie i obowiązywało w praktyce. Ponadto, naruszenie to miało rzeczywisty wpływ na konkurencję a nie tylko potencjalny.

Z drugiej jednak strony należy wskazać, iż działania RWE Polska zostały zaniechane z dniem 1 stycznia 2007 r. i nie mają one nieodwracalnych negatywnych skutków, zwłaszcza zaś po tej dacie RWE Polska nie ma już żadnych możliwości czerpania korzyści ze stwierdzonych naruszeń ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W związku z powyższym, Prezes Urzędu uznał, że ogólny bilans ww. okoliczności związanych z charakterystyką rynku oraz sposobem działania przedsiębiorcy uzasadnia podwyższenie kwoty wyjściowej kary o [...]tj. do kwoty [...] zł.

Prezes UOKiK uwzględnił następnie **okres trwania naruszenia**. Na taką potrzebę wskazuje wprost treść art. 104 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Prezes UOKiK uznał, że okres naruszenia może wpływać na zwiększenie wysokości kary, która wynika z oceny natury naruszenia i czynników związanych ze specyfiką rynku oraz działalnością przedsiębiorcy, jeżeli długotrwałość stosowania praktyki prowadziłaby do zwielokrotnienia jej negatywnych skutków.

Odnosząc to do rozpatrywanej sprawy Prezes UOKiK uznał, że okres stosowania przez RWE Polska zakwestionowanych zasad należy określić jako długotrwały (kwestionowane zasady rozliczania spółki obrotu obowiązywały od co najmniej 2004 r.), co uzasadnia wzrost kary o [...].

W dalszym etapie kalkulacji kary Prezes Urzędu rozważył, czy w sprawie występują okoliczności łagodzące lub obciążające oraz ocenił, jakie powinny mieć wpływ na wysokość kary.

Zdaniem Prezesa Urzędu, za okoliczność obciążającą uznać należy umyślność działania Spółki tj. bezpośredni zamiar nieuczciwego ograniczenia zdolności konkurencyjnej spółki obrotu, rywalizującej z RWE Polska w zakresie świadczenia usług sprzedaży energii elektrycznej.

Analizując natomiast okoliczności łagodzące, należy wskazać, że RWE Polska efektywnie współpracowała z Prezesem UOKiK w trakcie prowadzonego postępowania, nie stwarzając utrudnień i dostarczając terminowo wszystkie niezbędne dokumenty i informacje. Ponadto, w trakcie postępowania Spółka w pełni zaniechała stosowania stwierdzonych praktyk ograniczających konkurencję. RWE Polska dokonała stosownych zmian w treści Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej, co zaowocowało stwierdzeniem zaniechania stosowania zarzucanych Spółce praktyk. Wprawdzie pamiętać należy, że zaniechanie stosowania tej praktyki nie było wyrazem dobrowolnej zmiany zachowania RWE Polska, lecz zostało spowodowane okolicznościami zewnętrznymi, tj. zmianą stanu prawnego i zbliżającą się – ustawowo usankcjonowaną – koniecznością rozdzieleniem działalności operatorów systemów dystrybucyjnych na działalność związaną z dystrybucją energii oraz jej sprzedażą. Niemniej jednak wskazane wyżej zmiany następowały stopniowo, a ich ostateczne wejście w życie nastąpiło dopiero z dniem 1 lipca 2007 r. RWE Polska natomiast dokonała stosowanych zmian w zakresie kwestionowanej w niniejszej decyzji praktyki nieznacznie wcześniej, co niewątpliwie traktowane być powinno jako okoliczność łagodząca wymiar kary pieniężnej nakładanej na tego przedsiębiorcę.

Mając na uwadze wszystkie powyższe okoliczności obciążające oraz łagodzące - uzyskaną na poprzednim etapie wielkość kary należy zmniejszyć o [...]. W tym stanie rzeczy dotychczasowy wymiar kary, ustalony na poziomie [...]zł, należało zmniejszyć o wywiedzione [...], uzyskując w ten sposób kwotę 6.362.876 zł.

W tym świetle Prezes UOKiK uznał, że wadze naruszeń ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów udowodnionych RWE Polska odpowiada **kara w wysokości [...] przychodu RWE Polska** w roku 2010. Biorąc pod uwagę przekazane Spółkę informacje o wynikach finansowych tego przedsiębiorcy, wartość kwotowa tej kary pieniężnej wynosi 6.362.876 zł (słownie: sześć milionów trzysta sześćdziesiąt dwa tysiące osiemset siedemdziesiąt sześć złotych).

W ocenie Prezesa UOKiK ww. kara pieniężna w pełni odpowiada stopniowi zawinienia RWE Polska. Nakładając ją Prezes UOKiK wyszedł z założenia, iż powinna ona mieć charakter represyjny, jak i prewencyjny, przyczyniając się do zapewnienia trwałego zaniechania naruszania przez Spółkę w przyszłości reguł konkurencji.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów odnosi wysokość kary pieniężnej do procentowej wielkości przychodu przedsiębiorcy. Przy czym pod pojęciem przychodu należy rozumieć przychód uzyskany w roku podatkowym poprzedzającym dzień wszczęcia postępowania na podstawie ustawy, w rozumieniu obowiązujących przedsiębiorcę przepisów o podatku dochodowym.

Uwzględniając przychód RWE Polska w 2010 r., ustalony na podstawie przekazanych dokumentów finansowych, nałożona na Spółkę kara pieniężna mieści się w granicach wyznaczonych przez art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, gdyż nie przekracza 10% przychodu, osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary.

W świetle wskazanych okoliczności, nałożenie przedmiotowej kary, jak i jej wysokość, jest w pełni uzasadniona.

Mając powyższe na względzie, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 105 ust. 4 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji, na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie:

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

Stosownie do treści art. 78 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów i w zw. z art. 479²⁸ § 2 k.p.c., od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury UOKiK w Warszawie.

Dyrektor
Delegatury UOKiK w Warszawie
/podpis/

Otrzymują: