



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

DOK1-411/1/10/PK/MF

Warszawa, 5 lipca 2012 r.

DECYZJA nr DOK-2/2012

I Na podstawie art. 11 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **uznaje za praktykę ograniczającą konkurencję** na krajowym rynku sprzedaży detalicznej gazu ziemnego i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 2 ww. ustawy działania Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa S.A. z siedzibą w Warszawie polegające na nadużywaniu pozycji dominującej na krajowym rynku hurtowej sprzedaży gazu ziemnego poprzez ograniczanie zbytu ze szkodą dla kontrahentów lub konsumentów poprzez odmowę sprzedaży gazu ziemnego na zasadach umowy kompleksowej na rzecz przedsiębiorcy zamierzającego dokonywać dalszej odsprzedaży, tj. NowyGaz sp. z o.o. w Warszawie, oraz **stwierdza zaniechanie jej stosowania** z dniem 30 listopada 2010 r.

II Na podstawie art. 11 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **uznaje za praktykę ograniczającą konkurencję** i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 5 ww. ustawy działania Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa S.A. z siedzibą w Warszawie polegające na nadużywaniu pozycji dominującej na krajowym rynku hurtowej sprzedaży gazu ziemnego poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na krajowym rynku sprzedaży detalicznej gazu ziemnego wskutek odmowy sprzedaży tego paliwa gazowego na zasadach umowy kompleksowej na rzecz przedsiębiorcy zamierzającego dokonywać dalszej odsprzedaży, tj. NowyGaz sp. z o.o. w Warszawie, oraz **stwierdza zaniechanie jej stosowania** z dniem 30 listopada 2010 r.

III Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, Prezes Urzędu Ochrony konkurencji Konsumentów nakłada na Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. z siedzibą w Warszawie karę pieniężną w wysokości **60.016.474,40 zł** (słownie: sześćdziesiąt milionów

szesnaście tysięcy czterysta siedemdziesiąt cztery złote i czterdzieści groszy) płatną do budżetu państwa, z tytułu naruszenia zakazów, o których mowa w pkt I i II sentencji decyzji.

IV Na podstawie art. 77 ust. 1 oraz art. 80 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów obciąża Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. z siedzibą w Warszawie kosztami postępowania antymonopolowego w wysokości **119,85 zł** (słownie: sto dziewiętnaście złotych osiemdziesiąt pięć groszy) i zobowiązuje do ich uiszczenia na rzecz Prezesa Urzędu.

Uzasadnienie

W dniu 7 lipca 2010 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: „Prezes UOKiK”, „organ antymonopolowy”) wszczął z urzędu postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnego ustalenia, czy odmowa Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa S.A. w Warszawie (dalej: „PGNiG”, „Spółka”) zawarcia umowy sprzedaży paliwa gazowego na rzecz NowyGaz Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: „NowyGaz”, „Skarżący”) narusza przepisy ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (dalej: „Ustawa”), uzasadniając wszczęcie postępowania antymonopolowego, w tym czy sprawa ma charakter antymonopolowy. Powyższe postępowanie zakończone zostało postanowieniem z dnia 10 grudnia 2010 r.

W następstwie powyższego postępowania wyjaśniającego Prezes UOKiK wszczął z urzędu w dniu 28 grudnia 2010 r. postępowanie antymonopolowe w sprawie nadużywania przez Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. w Warszawie pozycji dominującej na krajowym rynku hurtowej sprzedaży gazu ziemnego, polegającego na:

- a) ograniczaniu zbytu ze szkodą dla kontrahentów lub konsumentów poprzez odmowę sprzedaży tego paliwa gazowego na zasadach umowy kompleksowej na rzecz przedsiębiorcy zamierzającego dokonywać dalszej odsprzedaży gazu ziemnego, tj. NowyGaz sp. z o.o. w Warszawie, co może stanowić praktykę określoną w art. 9 ust. 2 pkt 2 ww. ustawy,
- b) przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji poprzez odmowę sprzedaży tego paliwa gazowego na zasadach umowy kompleksowej na rzecz przedsiębiorcy zamierzającego dokonywać dalszej odsprzedaży gazu ziemnego, tj. NowyGaz sp. z o.o. w Warszawie, co może stanowić praktykę określoną w art. 9 ust. 2 pkt 5 ww. ustawy.

Pismem z dnia 28 grudnia 2010 r. Prezes UOKiK zawiadomił PGNiG S.A. o wszczęciu wzmiankowanego postępowania antymonopolowego oraz zaliczeniu w poczet dowodów części dokumentów zebranych w toku poprzedzającego je

postępowania wyjaśniającego, a także wezwał Spółkę do ustosunkowania się do ww. zarzutów.

Postanowieniem z dnia 5 czerwca 2012 r. Prezes Urzędu zmienił postanowienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego poprzez doprecyzowanie zarzutów zawartych w sentencji postanowienia polegające na dodaniu fragmentu: „*ograniczającą konkurencję na krajowym rynku sprzedaży detalicznej gazu ziemnego i naruszającą zakaz, o którym mowa*” w zakresie zarzutu opisanego w pkt a) postanowienia oraz „*na krajowym rynku sprzedaży detalicznej gazu ziemnego*” w zakresie zarzutu opisanego w pkt b) postanowienia.

Strona postępowania została poinformowana o zakończeniu zbierania przez Prezesa UOKiK materiału dowodowego i o możliwości zapoznania się z materiałem zgromadzonym w aktach sprawy w siedzibie Urzędu oraz przedstawienia ostatecznego stanowiska w sprawie.

Pismem z dnia 29 czerwca 2012 r. strona niniejszego postępowania przedstawiła ostateczne stanowisko w sprawie.

W tym miejscu należy wskazać, że część informacji i dokumentów, w oparciu o które Prezes Urzędu wydał niniejszą decyzję, stanowią prawnie chronione tajemnice, które nie mogą być ujawniane do wiadomości publicznej. Wobec powyższego Prezes Urzędu uznał, że w treści jawnej wersji decyzji administracyjnej nie powinny być ujawnione tego rodzaju informacje. Sprzeciwia się temu w szczególności art. 71 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, zgodnie z którym pracownicy Urzędu są obowiązani do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również innych informacji, podlegających ochronie na podstawie odrębnych przepisów, o których powzięli wiadomość w toku postępowania.

Powyższe okoliczności wyznaczają kształt niniejszej decyzji, która składa się z decyzji właściwej, której przyporządkowany jest załącznik z informacjami niejawnymi, które są jawne dla strony postępowania.

Informacje zawarte we wskazanym załączniku stanowią integralną część niniejszej decyzji.

**Organ antymonopolowy na podstawie zebranego materiału dowodowego ustalił,
co następuje:**

Sprawa niniejsza dotyczy praktyk PGNiG S.A. polegających na odmowie sprzedaży paliwa gazowego na zasadach umowy kompleksowej na rzecz przedsiębiorcy zamierzającego dokonywać dalszej odsprzedaży gazu ziemnego, tj. NowyGaz sp. z o.o. w Warszawie.

Strona postępowania

PGNiG jest spółką akcyjną wpisaną do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy XII Wydział Gospodarczy pod numerem KRS 0000059492. Zgodnie z odpisem z Krajowego Rejestru Sądowego przedmiot działalności Spółki obejmuje m.in.:

- wydobywanie gazu ziemnego,
- wytwarzanie i przetwarzanie produktów rafinacji ropy,
- wytwarzanie, przesył i dystrybucję energii elektrycznej,
- wytwarzanie i dystrybucję paliw gazowych w systemie sieciowym,
- sprzedaż detaliczna i hurtowa paliw stałych, ciekłych gazowych oraz produktów pochodnych.

Dowód:

- Odpis z Krajowego Rejestru Sądowego z dnia 29 października 2010 r., k. 139-153 akt adm.

PGNiG S.A. jest spółką z większościowym udziałem Skarbu Państwa (72,44% akcji), od dnia 23 września 2005 r. notowaną na Giełdzie Papierów Wartościowych w Warszawie. PGNiG S.A. jest podmiotem dominującym w Grupie Kapitałowej PGNiG, w skład której wchodzi oprócz spółki-matki 37 spółek o profilu produkcyjnym i usługowym, bezpośrednio lub pośrednio zależnych od PGNiG S.A.

Obrót i dystrybucja paliwem gazowym stanowią, obok wydobywania paliwa gazowego i ropy naftowej, podstawową działalność grupy PGNiG. W 2007 r. w efekcie wymogów związanych z dostosowaniem polskiego rynku energii do regulacji prawa unijnego, doszło do rozdzielenia działalności handlowej od dystrybucji paliwa gazowego. W rezultacie działalnością w zakresie sprzedaży paliwa gazowego zajmuje się obecnie PGNiG, zaś za dystrybucję paliw gazowych odpowiedzialnych jest sześć regionalnych spółek gazownictwa działających w ramach grupy PGNiG.

Dowód:

- Raport Roczny PGNiG za 2010 r.: <http://www.pgnig.pl/reports/raportroczny2010/>

PGNiG jest największym w kraju sprzedawcą gazu ziemnego wprowadzanego do systemu przesyłowego i dystrybucyjnego, a główni klienci Spółki pod względem wolumenu sprzedaży gazu to odbiorcy reprezentujący przemysł chemiczny, hutnictwo, energetykę. Z kolei najliczniejszą grupę odbiorców stanowią odbiorcy w gospodarstwach domowych (ok. 6,4 mln m³, ok. 97% klientów). Spółka jest również największym polskim importerem gazu ziemnego, sprowadzając gaz z Rosji (w ramach tzw. kontraktu jamalskiego) oraz z Niemiec, Czech i Ukrainy.

Inni przedsiębiorcy

Podmiotami działającymi na rynku gazowym istotnymi z punktu widzenia analizowanej w niniejszym postępowaniu praktyki PGNiG są: Mazowiecka Spółka Gazownictwa sp. z o.o. w Warszawie (dalej: „MSG”), NowyGaz sp. z o.o. oraz Entrade Grupa sp. z o.o. (dalej: „Entrade Grupa”).

Mazowiecka Spółka Gazownictwa sp. z o.o.

MSG jest spółką zależną PGNiG (udział całościowy) i na terenie swojej działalności, zgodnie z posiadaną koncesją, pełni funkcję Operatora Systemu Dystrybucyjnego (OSD). MSG zasięgiem swojego działania obejmuje obszar województw: mazowieckiego, łódzkiego, podlaskiego, a także częściowo lubelskiego, warmińsko-mazurskiego i świętokrzyskiego. Przedmiot jej działalności to przede wszystkim: dystrybucja gazu ziemnego, kompleksowa realizacja sieci gazowej i przyłączy, określanie warunków przyłączania do sieci gazowej, uzgadnianie projektów budowlanych sieci gazowych i ich odbiór. MSG obsługuje 1,5 mln odbiorców, a łączna długość sieci przesyłowych i rozdzielczych wynosi ponad 26 tys. km.

Sposób prowadzenia ww. działalności przez MSG określa Instrukcja Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej (dalej: „IRiESD”, „Instrukcja”) stanowiąca regulamin w zakresie świadczenia i korzystania z usługi dystrybucji paliwa gazowego. IRiESD określa standardy świadczenia usługi dystrybucji, prawa i obowiązki stron umowy o świadczenie usług dystrybucji, zgłaszanie ww. umów do realizacji, sposób rozliczania usług, procedury reklamacji usług dystrybucji, zgłaszanie nominacji i renominacji, metody alokacji, zarządzanie ograniczeniami w systemie dystrybucyjnym, sposób postępowania w sytuacjach awaryjnych, prowadzenie pomiarów rozliczeniowych, procedury zmiany sprzedawcy oraz przyłączanie podmiotów do systemu dystrybucyjnego¹. Instrukcja jest dokumentem sporządzanym przez OSD na podstawie art. 9g ust. 1 *Prawa energetycznego*, określającym kwestie wymienione w art. 9g ust. 3 ww. ustawy i zatwierdzanym decyzją Prezesa URE (art. 9g ust. 8 w zw. z art. 23 ust. 2 pkt 8 *Prawa energetycznego*).

Istotne z punktu widzenia przedmiotu niniejszego postępowania postanowienia IRiESD MSG zostały omówione w dalszej części niniejszej decyzji.

NowyGaz sp. z o.o.

NowyGaz jest przedsiębiorcą zajmującym się sprzedażą gazu ziemnego odbiorcom końcowym już przyłączonym do sieci dystrybucyjnych na obszarze województwa mazowieckiego. Prowadząc przedmiotową działalność, spółka daje swoim odbiorcom końcowym pobierającym paliwo gazowe z sieci MSG możliwość skorzystania z powszechnego prawa do zmiany obecnego dostawcy gazu. NowyGaz nie dysponuje własnymi gazociągami, ale zamierza korzystać z prawa dostępu do infrastruktury gazowej przesyłowej i dystrybucyjnej, celem realizacji dostaw gazu do klientów obsługiwanych przez spółki posiadające status OSD.

Dowód:

- Pismo NowyGaz z dnia 22 kwietnia 2010 r., k. 8-30 akt adm.,
- Informacje podane na stronie internetowej: <http://nowygaz.pl>

¹ Informacje za: www.msgaz.pl

Entrade Grupa sp. z o.o.

Entrade Grupa jest większościowym udziałowcem spółki NowyGaz (99% udziałów), powstałym w 2006 r. i prowadzącym działalność w zakresie zakupów, importu, obrotu hurtowego i dostawy do odbiorcy końcowego gazu ziemnego oraz gazu płynnego (LPG), planowaniem i nadzorem nad realizacją projektów ko-generacyjnych i tri-generacyjnych oraz świadczeniem usług doradczych w zakresie audytu energetycznego instalacji i urządzeń klientów. Entrade Grupa prowadzi działalność w oparciu o udzielone przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki koncesje na obrót paliwami gazowymi (OPG), obrót gazem ziemnym z zagranicą (OGZ) oraz obrót paliwami ciekłymi (OPC)².

Dowód:

- Umowa kompleksowa Nr 142/2011 pomiędzy PGNiG a Entrade Grupa, k. 813-820 akt adm.

Funkcjonowanie rynku gazu ziemnego w Polsce

Prowadzenie działalności gospodarczej w sektorze gazowym podlega przepisom ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. *Prawo energetyczne* (t.j.: Dz. U. z 2006 r. nr 89, poz. 625 z późn. zm.), która w myśl art. 1 ust. 1 określa zasady kształtowania polityki energetycznej państwa, zasady i warunki zaopatrzenia i użytkowania paliw i energii, w tym ciepła oraz działalności przedsiębiorstw energetycznych, a także określa organy właściwe w sprawach gospodarki paliwami i energią.

Centralnym organem administracji rządowej realizującym, zgodnie z art. 21 ust. 1 ustawy *Prawo energetyczne*, zadania z zakresu regulacji gospodarki paliwami i energią oraz promowania konkurencji jest Prezes Urzędu Regulacji Energetyki („Prezes URE”).

Ustawa *Prawo energetyczne* reguluje sprzedaż gazu ziemnego realizowaną z sieci dystrybucyjnej i przesyłowej, zaś ceny tego gazu ustalane są na podstawie taryf zatwierdzanych przez Prezesa URE.

Celem uzyskania pełnego obrazu funkcjonowania sektora gazowego konieczne jest wyjaśnienie podstawowych pojęć związanych z jego funkcjonowaniem.

Zgodnie z art. 3 pkt 3 i 3a ustawy *Prawo energetyczne* przez paliwa rozumieć należy m. in. **paliwa gazowe**, do których zaliczają się gaz ziemny wysokometanowy lub zaazotowany, w tym skroplony gaz ziemny oraz propan butan lub inne rodzaje gazu palnego, dostarczane za pomocą sieci gazowej, a także biogaz rolniczy, niezależnie od ich przeznaczenia.

Zgodnie z art. 3 ust. 4 *Prawa energetycznego* **przesyłanie** oznacza transport: (a) paliw gazowych oraz energii elektrycznej sieciami przesyłowymi w celu ich dostarczania do

² Informacje za: <http://www.entrade.pl/>

sieci dystrybucyjnych lub odbiorcom końcowym przyłączonym do sieci przesyłowych, (b) paliw ciekłych siecią rurociągów, (c) ciepła siecią ciepłowniczą do odbiorców przyłączonych do tej sieci - z wyłączeniem sprzedaży tych paliw lub energii.

Działalność przesyłową w zakresie gazu w Polsce realizuje Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. w Warszawie, mający status Operatora Systemu Przesyłowego (OSP) i zarządzający sieciami wysokiego ciśnienia o długości 9 768 km (wg stanu na 31 grudnia 2010 r.)³. Kluczowym zadaniem tego podmiotu jest transport paliw gazowych na terenie całego kraju, w celu ich dostarczenia do sieci dystrybucyjnych oraz do odbiorców końcowych podłączonych do systemu przesyłowego.

Z kolei przez **dystrybucję** rozumieć należy w myśl art. 3 ust. 5 *Prawa energetycznego*: (a) transport paliw gazowych oraz energii elektrycznej sieciami dystrybucyjnymi w celu ich dostarczania odbiorcom, (b) rozdział paliw ciekłych do odbiorców przyłączonych do sieci rurociągów, (c) rozdział ciepła do odbiorców przyłączonych do sieci ciepłowniczej - z wyłączeniem sprzedaży tych paliw lub energii.

Dystrybucją gazu ziemnego zajmuje się sześć, należących do grupy kapitałowej PGNiG, regionalnych spółek gazownictwa⁴ odpowiedzialnych (jako Operatorzy Systemu Dystrybucyjnego) za dostarczanie gazu do odbiorców domowych, przemysłowych i hurtowych, jak również za eksploatację remonty i rozbudowę gazociągów oraz kilkunastu niewielkich operatorów systemów dystrybucyjnych, działających w oparciu o lokalne sieci, w przypadku których podłączona liczba użytkowników i wprowadzane ilości gazu ziemnego są ograniczone. Obowiązek wydzielenia prawnego i organizacyjnego operatorów systemów dystrybucyjnych gazowych funkcjonujących w przedsiębiorstwie pionowo zintegrowanym (rozdzielenie dystrybucji gazu od działalności handlowej) wszedł w życie 1 lipca 2007 r. i wynikał z konieczności implementacji dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 czerwca 2003 r. nr 2003/55/EC *dotyczącej wspólnych zasad wewnętrznego rynku gazu ziemnego oraz uchylającej dyrektywę 98/30/EC*.

Analizując otoczenie regulacyjne sektora energetycznego, podkreślić należy, że bardzo istotnym przepisem z punktu widzenia funkcjonowania sektora (w szczególności jego liberalizacji) jest art. 4 ust. 2 ustawy *Prawo energetyczne*, zgodnie z którym przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się przesyłaniem lub dystrybucją paliw gazowych lub energii jest obowiązane zapewnić wszystkim odbiorcom oraz przedsiębiorstwom zajmującym się sprzedażą paliw gazowych lub energii, na zasadzie równoprawnego traktowania, świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji paliw gazowych lub energii, na zasadach i w zakresie określonym w ustawie; świadczenie

³ Informacja za: <http://www.gaz-system.pl/system-przesylowy/przesyl-w-liczbach.html>

⁴ Dolnośląska Spółka Gazownictwa sp. z o.o., Górnośląska Spółka Gazownictwa sp. z o.o., Karpacka Spółka Gazownictwa sp. z o.o., Mazowiecka Spółka Gazownictwa sp. z o.o., Pomorska Spółka Gazownictwa sp. z o.o. i Wielkopolska Spółka Gazownictwa sp. z o.o.

usług przesyłania lub dystrybucji tych paliw lub energii odbywa się na podstawie umowy o świadczenie tych usług.

Przytoczony przepis stanowi implementację zasady dostępu stron trzecich (*Third Party Access* – TPA) przyznającej odbiorcom **prawo swobodnego wyboru sprzedawcy energii** oferującego najkorzystniejsze warunki handlowe, przy jednoczesnym, dalszym korzystaniu z sieci Operatora Systemu Dystrybucyjnego. Celem wprowadzenia zasady TPA jest stymulowanie rozwoju konkurencji na rynkach powiązanych ze zmonopolizowanymi rynkami przesyłu lub dystrybucji energii i paliw gazowych poprzez zapewnienie uprawnionym odbiorcom możliwości realizacji zasady swobody umów zobowiązaniowych wyrażonej w art. 353¹ k.c., w tym w zakresie swobody zawarcia umowy poprzez wybór kontrahenta⁵.

Według ustaleń Prezesa UOKiK w latach 2009-2010 żaden przedsiębiorca nie prowadził działalności polegającej na nabywaniu gazu ziemnego od PGNiG i następnie jego sprzedaży do odbiorców końcowych przyłączonych do sieci dystrybucyjnej przedsiębiorcy mającego status OSD. Żaden przedsiębiorca (poza NowyGaz) planujący dostarczać gaz do odbiorców końcowych na zasadach TPA w ww. okresie nie zwracał się do Spółki o zawarcie umowy kompleksowej. Co za tym idzie, nie miała miejsca sytuacja, w której paliwo gazowe byłoby wprowadzane do systemu dystrybucyjnego w jednym punkcie przez co najmniej dwóch Zlecających Usługę Dystrybucji („ZUD”), z których jeden nabywałby paliwo gazowe od PGNiG w ramach umowy kompleksowej w punkcie wejścia do sieci MSG. OSD nigdy zatem wcześniej nie rozliczał ilości paliwa gazowego przekazanego do tego samego punktu wejścia lub odbieranego na tym samym punkcie wyjścia z jego sieci przez co najmniej dwa podmioty. Jedynym bowiem ZUD, dla którego MSG świadczyła usługę dystrybucji przed zawarciem umowy z NowyGaz był PGNiG.

Dowód:

- Pismo PGNiG z dnia 29 listopada 2010 r., k. 110-112 akt adm.,
- Pismo Prezesa URE z dnia 26 listopada 2010 r., k. 122 akt adm.,
- Pismo MSG z dnia 23 września 2010 r., k. 82-88 akt adm.

W tym miejscu należy wskazać, że z punktu widzenia niniejszej sprawy, która dotyczy możliwości prowadzenia sprzedaży paliwa gazowego do końcowych odbiorców przez konkurencyjnego wobec PGNiG przedsiębiorcę, istotne znaczenie ma **kwestia alokacji i bilansowania pobranego przez ZUD paliwa gazowego**. Odsprzedawanie przez przedsiębiorcę kupowanego od PGNiG hurtowo paliwa gazowego prowadzić bowiem będzie do sytuacji, w której paliwo gazowe wprowadzane jest do systemu dystrybucyjnego w jednym punkcie przez (co najmniej) dwóch Zlecających Usługę Dystrybucji. Z tego względu każdy z takich ZUD wzajemnie musi mieć możliwość rozliczenia ilości paliwa gazowego wprowadzanego przez siebie do sieci Operatora Systemu Dystrybucyjnego i odebranego przez ostatecznych użytkowników, którym paliwo to jest dostarczane.

⁵ Z. Muras, M. Swora (red.) „Prawo energetyczne. Komentarz”, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 327.

Zasady alokacji i bilansowania wzajemnych rozliczeń określone są w instrukcjach ruchu i eksploatacji sieci dystrybucyjnej OSD. Zgodnie z art. 9g ust. 1 *Prawa energetycznego* operator systemu przesyłowego i operator systemu dystrybucyjnego są obowiązani do opracowania odpowiednio instrukcji ruchu i eksploatacji sieci przesyłowej lub instrukcji ruchu i eksploatacji sieci dystrybucyjnej. Z kolei w myśl ust. 8 wskazanego przepisu operator systemu dystrybucyjnego, w terminie 60 dni od dnia ogłoszenia zatwierdzonej instrukcji ruchu i eksploatacji sieci przesyłowej, przedkłada Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki do zatwierdzenia, w drodze decyzji, instrukcję wraz z informacją o zgłoszonych przez użytkowników systemu uwagach oraz sposobie ich uwzględnienia. Operator zamieszcza te dokumenty na swojej stronie internetowej.

Ponieważ w niniejszej sprawie NowyGaz dążył do zawarcia z PGNiG umowy kompleksowej w celu wprowadzania paliwa gazowego do systemu dystrybucyjnego Mazowieckiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o., wskazać należy, że mające znaczenie w niniejszej sprawie kwestie alokacji i bilansowania paliwa gazowego określa Instrukcja Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej MSG, stanowiąca regulamin w zakresie świadczenia i korzystania z usługi dystrybucji paliwa gazowego.

Obowiązująca obecnie IRiESD MSG zatwierdzona została decyzją Prezesa URE z dnia 9 grudnia 2008 r., sygn. akt DPK-7111-42(17)/2007/8/MS, ustalającą datę wejścia w życie IRiESD na 1 stycznia 2009 r. Wyjaśnić należy, iż w okresie następującym po wszczęciu niniejszego postępowania antymonopolowego Instrukcja nie była zmieniana, aczkolwiek w dniu 28 listopada 2011 r. MSG przedłożyła Prezesowi URE do zatwierdzenia projekt nowej IRiESD - postępowanie administracyjne prowadzone w tym zakresie nie zostało jednak do chwili obecnej zakończone.

Z uwagi na kluczowe znaczenie wskazanego problemu alokacji pobranego przez ZUD paliwa gazowego, niezbędne jest zatem przedstawienie zasad alokacji ilości paliwa gazowego zawartych w rozdziale 4 cz. II Instrukcji MSG.

Zgodnie z pkt 1.2 IRiESD MSG przez **alokację** rozumieć należy przypisanie poszczególnym Zleceniodawcom Usługi Dystrybucji (ZUD) ilości paliwa gazowego przekazanego do dystrybucji w punkcie wejścia lub odbieranego w punkcie wyjścia, gdy w danym punkcie paliwo gazowe jest przekazywane lub odbierane na podstawie więcej niż jednej umowy o świadczenie usług dystrybucji. Przy czym jako **umowa o świadczenie usług dystrybucji** zdefiniowana została umowa zawarta między ZUD a OSD, na podstawie której OSD świadczy usługi dystrybucji na rzecz ZUD. Wyjaśnienia wymaga również pojęcie **nominacji**, która zgodnie z IRiESD MSG oznacza oświadczenie przekazywane do OSD dotyczące ilości paliwa gazowego, które będzie dostarczane w określonym czasie do systemu dystrybucyjnego w umownych punktach wejścia.

W myśl pkt 4.1.2 Instrukcji alokacje wykorzystywane są na potrzeby rozliczeń usługi dystrybucji oraz w celu sprawdzania zgodności nominacji otrzymanych od Operatora Systemu Współpracującego (OSW)⁶ z realizacją zleceń dystrybucji.

W stosunku do każdego punktu wejścia do systemu dystrybucyjnego, OSD może zawrzeć z co najmniej jednym ZUD będącym użytkownikiem takiego punktu porozumienie, na mocy którego wyrazi zgodę na przypisanie mu różnicy pomiędzy ilościami paliwa gazowego określonymi w nominacjach zatwierdzonych przez OSP i przekazanymi do dystrybucji w tym punkcie (pkt 4.1.6).

Zgodnie z IRiESD szczegółowe warunki alokacji w danym punkcie wejścia do systemu dystrybucyjnego określone są w porozumieniach pomiędzy OSD a wszystkimi ZUD realizującymi zlecenia dystrybucji w tym punkcie wejścia (pkt 4.1.7). Porozumienie takie powinno umożliwiać całkowity podział ilości paliwa gazowego przekazanego do dystrybucji w danym punkcie wejścia do systemu dystrybucyjnego oraz określenie maksymalnych godzinowych ilości paliwa gazowego dla poszczególnych ZUD w danym punkcie.

W przypadku niezawarcia żadnego z porozumień, o których mowa powyżej (tj. w pkt 4.1.6 i 4.1.7), różnice pomiędzy całkowitymi ilościami paliwa gazowego ustalonymi we wszystkich zatwierdzonych nominacjach dla danego punktu wejścia a ilościami przekazanymi do dystrybucji w tym punkcie wejścia zostaną przypisane temu ZUD, któremu przysługuje co najmniej 70% całkowitej mocy godzinowej paliwa zamówionej w tym punkcie. Powyższe zasady nie mają jednak zastosowania w przypadku niezapewnienia w danym punkcie wejścia minimalnego ciśnienia dostawy lub wymaganych parametrów jakościowych paliwa gazowego (pkt 4.1.9).

W przypadku niezawarcia porozumień, o których mowa w pkt 4.1.6 i 4.1.7 IRiESD, a także braku możliwości realizacji postanowień pkt 4.1.9 IRiESD, ilości paliwa gazowego przekazane do dystrybucji w danym punkcie wejścia zostaną przypisane poszczególnym ZUD proporcjonalnie do nominacji zatwierdzonych przez OSP dla tego punktu wejścia. Ponadto maksymalne godzinowe ilości paliwa gazowego w danym miesiącu gazowym, zostaną określone dla poszczególnych ZUD na podstawie całkowitej maksymalnej godzinowej ilości paliwa gazowego przekazanego do systemu dystrybucyjnego w danym punkcie, proporcjonalnie do zatwierdzonych nominacji obowiązujących w dniu, w którym nastąpiła największa całkowita godzinowa ilość paliwa gazowego przekazanego do systemu dystrybucyjnego (pkt 4.1.10).

W przypadku gdy w danym punkcie wejścia do systemu dystrybucyjnego usługi dystrybucyjne realizowane są na rzecz podmiotu, który jest ZUD, jednak nie jest jednocześnie zlecającym usługę przesyłania, OSD w ramach zawartego porozumienia

⁶ Zgodnie z IRiESD, OSW oznacza operatora systemu przesyłowego lub innego niż OSD (tj. innego niż MSG) operatora systemu dystrybucyjnego współpracującego z systemem dystrybucyjnym OSD. Na gruncie niniejszej sprawy OSW jest Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A.

ureguluje zasady alokowania paliwa gazowego wprowadzanego i odbieranego do/z systemu dystrybucyjnego dla tego podmiotu (pkt 4.1.12).

Z kolei w sytuacji, gdy ZUD nie podpisze w danym punkcie wejścia porozumień, o których mowa w pkt 4.1.7 albo 4.1.12 IRiESD oraz nie ma możliwości wykonania alokacji zgodnie z pkt 4.1.10 IRiESD, ZUD będzie zobowiązany do przekazywania do OSD, na swój koszt wyników pomiarów we wszystkich punktach wyjścia do odbiorców końcowych, do których realizowana jest usługa dystrybucji z danego punktu wejścia, do godziny (8:00) za poprzednią dobę gazową. Zasady przekazywania danych pomiarowych określone zostaną w umowie o świadczenie usług dystrybucji (pkt 4.2.1).

Dowód:

- IRiESD MSG cz. II, k. 47-61 akt adm.,

- pismo MSG z dnia 19 kwietnia 2012 r., k. 905-908 akt adm.

Działania przedsiębiorców związane z kwestionowaną praktyką PGNiG

Jak wynika z ustalonego w sprawie stanu faktycznego, NowyGaz w 2010 r. rozpoczął starania o zawarcie z PGNiG kompleksowej umowy sprzedaży gazu, tj. umowy, na której podstawie zgodnie z art. 5 ust. 3 *Prawa energetycznego* odbywa się dostarczanie paliw gazowych, a która zawiera postanowienia umowy sprzedaży i umowy o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji tych paliw. Ponadto umowa ta może zawierać także postanowienia umowy o świadczenie usług magazynowania paliw gazowych.

Pismem z dnia **14 stycznia 2010 r.** NowyGaz zwrócił się do PGNiG z zapytaniem o zawarcie umowy sprzedaży i dostawy gazu ziemnego na określony punkt wyjścia systemu przesyłowego na warunkach umowy kompleksowej, wyjaśniając, iż zamierza dostarczać paliwo zakupione od dostawcy (tj. od PGNiG) klientom końcowym obsługiwanym przez Operatora Systemu Dystrybucyjnego (OSD), tj. MSG. W dniu **26 stycznia 2010 r.** PGNiG w celu poprawnego rozpatrzenia wniosku wezwał NowyGaz do uzupełnienia przesłanych informacji, co Skarżący uczynił w piśmie z dnia **21 lutego 2010 r.**

Dowód:

- Pismo NowyGaz z dnia 22 kwietnia 2010 r., k. 8-30 akt adm.

W dniu **23 lutego 2010 r.** MSG wystąpiła w wnioskiem do Prezesa URE o aktualizację IRiESD, mającą dotyczyć zasad bilansowania paliwa gazowego w systemie dystrybucyjnym MSG przedstawiając projekt karty aktualizacji nr 14/09, wskazując w uzasadnieniu m.in., iż dotychczasowa wersja Instrukcji nie rozstrzyga, jakie rozwiązania powinien przyjąć OSD w odniesieniu do bilansowania handlowego systemu dystrybucyjnego.

Dowód:

Następnie w dniu **15 marca 2010 r.** miało miejsce spotkanie dwustronne pomiędzy NowyGaz i PGNiG dotyczące szczegółów rozliczeń za pobrane paliwo gazowe. W toku spotkania PGNiG zadeklarował chęć sprzedaży paliwa gazowego na rzecz NowyGaz jednak zaznaczył, że nie ma możliwości rozliczenia dostarczonych do Skarżącego ilości paliwa na stacji I stopnia. NowyGaz z kolei wyjaśnił, iż chciałby aby strumień gazu dostarczany do jego klientów był tak samo rozliczany jak w przypadku PGNiG, tj. na podstawie danych pomiarowych z MSG i sposobu alokacji ustalonego przez MSG, a zgodnego z Instrukcją. Skarżący podkreślił także, iż według informacji uzyskanych od MSG, po stronie OSD nie ma żadnych technicznych problemów, które uniemożliwiałyby rozliczenie strumienia gazu odbieranego przez NowyGaz od PGNiG. Skarżący odrzucił także propozycję Spółki sprzedaży paliwa na punkcie wyjścia systemu dystrybucyjnego, wyjaśniając, iż jako spółka obrotu gazem jest zainteresowana współpracą na zasadach umowy kompleksowej na stacji I stopnia, tj. na punkcie wyjścia z systemu przesyłowego, tak by przy wykorzystaniu systemu dystrybucyjnego dostarczać paliwo gazowe do swoich klientów.

Ponieważ, wobec zgłaszanej przez PGNiG konieczności znalezienia rozwiązania rozliczenia sprzedanego NowyGaz paliwa gazowego na punkcie wyjścia z systemu przesyłowego, spotkanie nie doprowadziło do żadnych konstruktywnych ustaleń, spółki postanowiły zorganizować, celem omówienia szczegółowych możliwości rozliczania gazu pobieranego przez NowyGaz i wyjaśnienia wątpliwości PGNiG, spotkanie trójstronne z udziałem właściwego OSD, tj. Mazowieckiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o.

Dowód:

- Pismo NowyGaz z dnia 22 kwietnia 2010 r., k. 8-30 akt adm.

Spotkanie takie odbyło się w dniu **19 marca 2010 r.** Na przedmiotowym spotkaniu:

- MSG zadeklarował, że nie widzi żadnych technicznych problemów w rozliczaniu gazu pobieranego na stacji I stopnia⁷ przez NowyGaz i dostarczanego do klientów końcowych. OSD zadeklarował zarazem, że będzie to robił w taki sam sposób, jak ma to miejsce w stosunku do PGNiG, tzn. na podstawie wskazań liczników odczytywanych comiesięcznie oraz na podstawie szacunkowych odczytów dokonywanych w oparciu o krzywe poboru i algorytmy służące do szacowania comiesięcznego zużycia dla odbiorców w tych grupach taryfowych, w których odczyty dokonywane są w okresach dłuższych niż 1 miesiąc,
- w odpowiedzi na powyższe stanowisko MSG, PGNiG podniósł niewskazany wcześniej argument, że w celu realizacji wnioskowanej umowy, NowyGaz jako odbiorca paliwa ze stacji I stopnia powinien przekazywać PGNiG nominacje na planowane ilości paliwa. Ponadto PGNiG poinformował, że w tej sprawie musi uzyskać opinię prawną,

⁷ Stacja I stopnia – oznacza punkt wejścia do sieci OSD będący równocześnie punktem wyjścia z sieci Operatora Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A..

- Nowy Gaz zadeklarował, iż gotów jest dostarczać informacje na temat wielkości nominacji.

Dowód:

- *Pismo NowyGaz z dnia 22 kwietnia 2010 r., k. 8-30 akt adm.,*

- *Pismo MSG z 23 lipca 2010 r., k. 64-67 akt adm.*

Pismem z dnia **22 kwietnia 2010 r.** PGNiG poinformował NowyGaz, iż w obecnym stanie regulacji kwestii alokacji i rozliczania w Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej MSG **nie może zawrzeć ze Skarżącym umowy sprzedaży paliwa gazowego**. W ocenie PGNiG, IRiESD Mazowieckiej Spółki Gazownictwa nie zawiera precyzyjnych mechanizmów pozwalających na dokonanie rozliczenia i alokacji gazu w sieci ww. OSD, w sytuacji gdy ZUD (w tym wypadku NowyGaz) nie jest równocześnie Zlecającym Usługę Przesyłu („ZUP”).

Dowód:

- *Pismo PGNiG z dnia 22 kwietnia 2010 r., k. 33 akt adm.*

Jednocześnie pismem z dnia **22 kwietnia 2010 r.** (znak: DH/HB/BK/133/2010) PGNiG zwrócił się do MSG z prośbą o przedstawienie sposobu realizacji alokacji rozliczeń dla NowyGaz. W odpowiedzi MSG wyjaśniła w piśmie z dnia **30 kwietnia 2010 r.**, iż zasady alokacji wynikały będą z umowy kompleksowej między PGNiG z nowym ZUD (czyli NowyGaz), zaś rozliczanie usługi dystrybucji będzie odbywało się w oparciu o odczyty układu pomiarowego oraz metodologię opisaną w kartach aktualizacji IRiESD, co do których toczyło się wówczas postępowanie administracyjne przed Prezesem URE.

W związku z powyższym PGNiG wystąpił do MSG pismem z dnia **7 maja 2010 r.** z prośbą o doprecyzowanie przedstawionych w piśmie OSD z dnia 30 kwietnia 2010 r. sposobów alokacji i rozliczeń i wyjaśnienie zasad opisanych w IRiESD. Odpowiedź MSG została udzielona pismem z dnia **18 maja 2010 r.** (znak: DUU/MK/098/2010). OSD wyjaśnił, iż w jego ocenie PGNiG jako sprzedawca gazu powinien w ramach negocjacji umowy kompleksowej wypracować reguły akceptowalne dla kontrahenta w zakresie ilości oraz mocy paliwa gazowego, jakie gotowy jest sprzedać w punkcie wejścia do sieci dystrybucyjnej. Rolą MSG w zaistniałej sytuacji będzie uwzględnienie przyjętych zasad dla prowadzenia bilansowania handlowego systemu dystrybucyjnego w ramach zawartych umów o świadczenie usług dystrybucji gazu z PGNiG i NowyGaz.

MSG podniosło także, iż możliwe jest zawarcie trójstronnego porozumienia pomiędzy MSG, PGNiG a NowyGaz określającego zasady podziału ilości paliwa gazowego oraz mocy umownej w rozpatrywanym punkcie wejścia. Według OSD jednym z możliwych rozwiązań byłoby przyjęcie podziału ilości paliwa gazowego zmierzonego na punkcie wejścia proporcjonalnie do mocy umownej zamówionej przez NowyGaz, przy czym w ramach umowy przesyłowej z OGP Gaz-System PGNiG przypisana zostałaby moc na dotychczasowym poziomie, natomiast w ramach umowy

dystrybucyjnej byłaby ona zmniejszona o wielkość udostępnioną drugiemu ZUD. Alternatywnym rozwiązaniem byłaby metoda oparta na składanych przez NowyGaz nominacjach w ramach umowy kompleksowej. MSG zauważyło jednocześnie, że bez względu na przyjętą metodę alokacji ilość gazu określona dla dwóch ZUD w punkcie wejścia w ramach uzgodnionych zasad nie musi odpowiadać ilości wynikającej z odczytów rzeczywistych w układach pomiarowych w punktach wyjścia. Rozwiązanie powyższego problemu uwzględnione zostało, według MSG, w zasadach rozliczeń w ramach bilansowania handlowego opisanych w kartach aktualizacji IRiESD rozpatrywanych przez Prezesa URE.

Dowód:

- Pismo PGNiG z dnia 24 września 2010 r., k. 89-105 akt adm.,

- Pismo MSG z dnia 18 maja 2010 r., k. 99-100 akt adm.

Decyzją z dnia **22 czerwca 2010 r.** (znak DPK-7111-Z(3)/2010/MK) Prezes URE odmówił dokonania zmian w IRiESD MSG, mających dotyczyć zasad bilansowania paliwa gazowego w systemie dystrybucyjnym MSG.

W związku z niezatwierdzeniem w ww. decyzji Prezesa URE karty aktualizacji nr 14, PGNiG zwrócił się pismem z dnia **3 sierpnia 2010 r.** do MSG z prośbą o wskazanie źródła i zasad dotyczących rozliczeń paliwa gazowego w sytuacji różnych ilości paliwa gazowego wprowadzonego i odebranego z sieci MSG. W odpowiedzi, pismem z dnia **19 sierpnia 2010 r.**, DUU/MLK /149/2010, MSG wyjaśniła, iż w zaistniałej sytuacji zasady dotyczące rozliczeń w sytuacji różnych ilości paliwa gazowego wprowadzonego i odebranego z systemu dystrybucyjnego, będą przedmiotem umowy o świadczenie usług dystrybucji z danym ZUD.

W dniu **16 września 2010 r.** miało miejsce spotkanie przedstawicieli PGNiG oraz MSG, na którym omawiano problematykę zasad alokacji paliwa gazowego wprowadzonego przez NowyGaz do sieci MSG i wobec wskazania przez PGNiG katalogu problemów związanych z rozliczaniem gazu pomiędzy PGNiG, MSG a NowyGaz uczestnicy postanowili zorganizować kolejne spotkanie w dniu 12 października 2010 r.

Dowód:

- Pismo PGNiG z dnia 24 września 2010 r., k. 89-105 akt adm.

Na spotkaniu roboczym w dniu **12 października 2010 r.** pomiędzy PGNiG a MSG omawiano różne warianty świadczenia usługi dystrybucji paliwa gazowego oraz jej rozliczania m.in. w przypadku gdy jeden z ZUD kupuje paliwo gazowe od PGNiG w ramach umowy kompleksowej. W trakcie spotkania stwierdzono, iż w praktyce w zakresie zasad rozliczeń pomiędzy PGNiG a innym ZUD w danym punkcie wejścia do sieci dystrybucyjnej możliwe do zastosowania są różne warianty w zależności od wypracowanego porozumienia między zainteresowanymi stronami. I tak w przypadku gdy ZUD (NowyGaz) zleca usługę dystrybucji do jednego lub wielu punktów wejścia

wyposażonych w układy do telemetrycznego przekazywania danych, możliwe są dwa warianty:

- a) Ilość dobową oraz godzinową moc umowną, z jakiej PGNiG będzie rozliczała się z innym ZUD w danym punkcie wejścia do sieci MSG, odpowiadać będzie ilości, jaka będzie zmierzona w danej dobie i danej godzinie w punkcie wyjścia, do którego dany ZUD zleci usługę dystrybucji. W takiej sytuacji wartość niebilansowania handlowego drugiego ZUD wynosiłaby zero, a ilości gazu na wejściu do systemu MSG zostałyby pomniejszone o ilość gazu sprzedanego przez PGNiG drugiemu ZUD,
- b) Ilość dobową oraz godzinową moc umowną, jaką PGNiG sprzeda drugiemu ZUD w danym punkcie wejścia do sieci MSG, będzie wynikała z zasad alokacji i powinna być przedmiotem porozumienia między sprzedającym i kupującym, zaś MSG przyjąłaby poczynione ustalenia do realizacji usługi dystrybucji. Podział ilości gazu w punkcie wejścia mógłby odbywać się na dwa sposoby:
 - w zakresie ilości paliwa gazowego podział mógłby być wykonywany proporcjonalnie do nominacji złożonych do PGNiG przez drugiego ZUD w ramach umowy kompleksowej,
 - w zakresie mocy godzinowej alokacja mogłaby być wykonywana proporcjonalnie do mocy umownej zamówionej przez drugiego ZUD w ramach umowy kompleksowej.

Raz w miesiącu OSD sporządzałby bilans handlowy dla drugiego ZUD, porównując ilości wynikające z podziału w umowie kompleksowej z ilościami zmierzonymi w punkcie wyjścia wyposażonym w układ telemetrycznego przekazywania danych. Różnica bilansowa rozliczana byłaby w ramach umowy dystrybucyjnej zawartej między MSG a drugim ZUD. W przypadku gdyby ZUD wprowadził do sieci więcej gazu niż odebrał w punkcie wyjścia, to MSG musiałby kupować gaz na potrzeby bilansowania systemu w celu uzupełnienia powstałej straty od danego ZUD lub od PGNiG. W przypadku zaś gdyby ZUD wprowadził do sieci mniej gazu niż odebrał w punkcie wyjścia to ZUD płaciłby MSG za powstałą różnicę w wysokości wartości CRG (cena referencyjna gazu określana zgodnie z zapisami IRiESD).

Z kolei w sytuacji gdy ZUD zleciłby usługę dystrybucji do punktu wejścia niewyposażonego w układ do telemetrycznego przekazywania danych, ilość dobową oraz godzinową moc umowną, jaką PGNiG sprzeda drugiemu ZUD, wynikałaby z umowy kompleksowej. Podział ilości w punkcie wejścia mógłby być wykonywany proporcjonalnie do złożonych do PGNiG nominacji przez drugiego ZUD, a w zakresie mocy godzinowej alokacja mogłaby być wykonywana proporcjonalnie do zamówionej mocy umownej przez drugiego ZUD. Sposób alokacji powinien być ustalony pomiędzy kupującym a sprzedającym, zaś MSG przyjąłaby poczynione ustalenia do realizacji usługi dystrybucji dla obu ZUD. W zakresie bilansowania handlowego aby móc porównać ilości w punkcie wejścia i wyjścia niezbędne jest comiesięczne szacowanie realizacji usługi dystrybucji w punkcie wyjścia, według metodyki opisanej w umowie dystrybucyjnej zawartej pomiędzy MSG i ZUD. Różnica bilansowa byłaby

rozliczana w ramach wzmiankowanej umowy dystrybucyjnej według schematu opisanego w pkt b) powyżej.

Dowód:

- Pismo MSG z dnia 2 listopada 2010 r., k. 113-118 akt adm.

W piśmie do Prezesa UOKiK z dnia **29 października 2010 r.** PGNiG przedstawiło informacje dotyczące stanu sprawy zawarcia umowy kompleksowej z NowyGaz, a także określiło swoje stanowisko dotyczące możliwości zawarcia umowy z NowyGaz w sytuacji braku zmian w IRiESD MSG. Spółka wskazała, iż według niej w jednym z możliwych stanów faktycznych (w sytuacji, w której odbiorcy NowyGaz nie będą podmiotami odbierającymi paliwo gazowe w oparciu o układ pomiarowy wyposażony w dzienny odczyt ilości pobranego paliwa), „wydaje się niezbędne” wprowadzenie w tym zakresie odpowiednich zmian w IRiESD.

Dowód:

- Pismo PGNiG z dnia 29 października 2010 r., k. 110-112 akt adm.

Pismem z dnia **2 listopada 2010 r.** PGNiG zwróciło się do NowyGaz z prośbą o spotkanie celem omówienia spraw związanych z wnioskiem NowyGaz o zawarcie umowy kompleksowej. Spotkanie odbyło się **30 listopada 2010 r.** W jego trakcie PGNiG wyjaśnił, iż w jego ocenie istnieje możliwość rozliczania wolumenów gazu dostarczanych dla i odbieranych przez NowyGaz na stacjach I stopnia. Rozliczenie ilości paliwa dostarczanych przez PGNiG odbywałoby się na podstawie proporcji składanych przez NowyGaz nominacji w stosunku do rzeczywistego przepływu przez stację I stopnia. Rozliczenie zaś zamawianej mocy odbywałoby się w oparciu o raporty handlowe OGP Gaz-System S.A. i byłoby rozliczane proporcjonalnie do mocy zamawianej przez NowyGaz w stosunku do całej mocy zamawianej przez PGNiG. W odpowiedzi na powyższe stanowisko Spółki, Skarżący zwrócił się o udzielenie mu czasu na przeanalizowanie propozycji PGNiG i celem oceny przedstawionego przez Spółkę sposobu rozliczania gazu odbył w dniu 21 stycznia 2011 r. dwa spotkania o charakterze technicznym – z OGP Gaz-System i z MSG. Z ustaleń poczynionych przez Skarżącego w toku wzmiankowanych spotkań wynikało, iż na obecnym etapie rozwoju infrastruktury technicznej przedstawiony przez Spółkę system rozliczania gazu na stacji I stopnia jest możliwy do zastosowania.

Kolejne spotkanie między NowyGaz a PGNiG miało miejsce dnia **24 stycznia 2011 r.**, a w jego trakcie doprecyzowano i potwierdzono propozycje strony poczynione na spotkaniu w dniu 30 listopada 2010 r. oraz ustalono, że do dnia 3 lutego 2011 r. PGNiG przygotowuje dla NowyGaz projekt umowy kompleksowej, a kolejne spotkanie jej stron będzie miało miejsce 8 lutego 2011 r.

Dowód:

- Pismo NowyGaz z dnia 25 stycznia 2011 r., k. 156-160 akt adm.

Jednocześnie zgodnie z ustaleniami spotkania z dnia 24 stycznia 2011 r. Entrade Grupa poinformowała PGNiG, iż z uwagi na podnoszone w rozmowach ze Spółką kwestie wiarygodności finansowej, to ona (nie zaś NowyGaz) będzie stroną wnioskowanej umowy kompleksowej sprzedaży gazu.

Projekt umowy kompleksowej z Entrade Grupa PGNiG przedłożył kontrahentowi w dniu **4 lutego 2011 r.**, zaś **8 lutego 2011 r.** doszło między Entrade Grupa i PGNiG do spotkania, na którym miały miejsce wstępne negocjacje zapisów umowy, a także ustalono, że w dniu 3 marca 2011 r. będzie miało miejsce trójstronne spotkanie z MSG w celu omówienia zasad alokacji i rozliczania strumienia gazowego.

W dniu **16 lutego 2011 r.** PGNiG przesłał do Entrade Grupa kolejny projekt umowy kompleksowej zawierający ustalenia poczynione na spotkaniu w dniu 8 lutego, zaś w dniu **2 marca 2011 r.** miało miejsce trójstronne spotkanie z MSG dotyczące planowanego porozumienia o alokacji pomiędzy PGNiG, Entrade Grupa a MSG. Owocem ustaleń poczynionych na spotkaniu w dniu 2 marca 2011 r. była wersja porozumienia z dnia 16 marca 2011 r.

Kolejne spotkanie trójstronne miało miejsce w dniu **22 marca 2011 r.**, po którym opracowano projekt porozumienia o alokacji w wersji z dnia 23 marca 2011 r. Po negocjacjach skutkujących opracowywaniem kolejnych wersji umowy i porozumienia w dniu **31 maja 2011 r.** doszło do zawarcia umowy kompleksowej pomiędzy PGNiG i Entrade Grupa oraz „Porozumienia określającego zasady alokacji paliwa gazowego w punkcie wejścia do systemu dystrybucyjnego” pomiędzy Entrade Grupa, PGNiG a MSG.

Dowód:

- Pismo NowyGaz z dnia 4 kwietnia 2011 r. , k. 372-376 akt adm.,
- Porozumienie określające zasady alokacji paliwa gazowego w punkcie wejścia do systemu dystrybucyjnego, k. 827-834 akt adm.,
- Umowa kompleksowa – dostarczania paliwa gazowego Nr 142/2011, k. 813-820 akt adm.

W myśl ww. umowy kompleksowej dostarczanie paliwa gazowego rozpoczęło się w dniu 1 lipca 2011 r., sama zaś umowa zawarta została **[informacje utajnione – pkt 1 załącznika do decyzji]**.

Dowód:

- Umowa kompleksowa nr 142/2011, k. 812-820 akt adm.

[informacje utajnione – pkt 2 załącznika do decyzji]

Ustalenia dokonane w wyniku analizy informacji i wyjaśnień Prezesa URE

Mając na względzie rolę Prezesa URE, będącego centralnym organem administracji rządowej realizującym zadania z zakresu regulacji gospodarki paliwami i energią oraz

promowania konkurencji, za istotne w sprawie uznano ustalenia dokonane w wyniku analizy informacji i wyjaśnień udzielonych przez Prezesa URE.

Za istotną w sprawie Prezes UOKiK uznał **opinię wydaną przez Prezesa URE** w odpowiedzi na wniosek NowyGaz z dnia 21 lipca 2010 r. o interpretację, czy warunki i zapisy IRiESD MSG są wystarczająco jasne i precyzyjne do podjęcia dostaw paliwa gazowego przez PGNiG na rzecz NowyGaz na warunkach umowy kompleksowej i aktualnej taryfy na stacji I stopnia, w oparciu o zasady alokacji strumienia gazu opisane w IRiESD MSG. W niewiążącej interpretacji z dnia 7 września 2010 r. (znak: DPK-7127(2)/2010/MK) Prezes URE stwierdził m.in., co następuje: „(...) w zatwierdzonej części Instrukcji szczegółowo została opisana w pkt 3 procedura zmiany sprzedawcy, zaś w pkt 4 zostały zamieszczone zapisy dotyczące zasad alokacji paliwa gazowego. Zarówno zapisy pkt 3 jak również pkt 4 jasno i precyzyjnie opisują procedurę zmiany sprzedawcy oraz metody alokacji paliwa gazowego przy zmianie sprzedawcy, w tym m.in.: (...)

- kto wykonuje alokacje i na podstawie jakich danych (pkt 4.1.1),
- kto z kim współpracuje w celu przypisania właściwych alokacji poszczególnym odbiorcom (pkt 4.1.2),
- wyznaczenie podmiotów odpowiadających za określenie szczegółowych zasad alokacji oraz określenie procedury alokacji w przypadku braku porozumienia pomiędzy podmiotami (pkt 4.1.7 i 4.1.9),
- wskazuje odpowiedzialny podmiot oraz sposób alokacji gazu na rzecz ZUD, który nie jest jednocześnie zlecającym usługę przesłania paliwa gazowego w sieci przesyłowej OSP (pkt 4.1.12).

W związku z powyższym należy stwierdzić, że zapisy IRiESD są wystarczające dla przeprowadzenia procedury zmiany sprzedawcy przez odbiorcę przyłączonego do sieci dystrybucyjnej.

Należy również nadmienić, że zatwierdzona przez Prezesa URE w lipcu br. IRiESD przedłożona przez MSG, była poddana konsultacjom społecznym poprzez opublikowanie w listopadzie 2009 r., projektów Kart Aktualizacji na stronie internetowej MSG. Użytkownicy systemu, do 31 grudnia 2009 r. mogli zgłaszać swoje uwagi do tego dokumentu. Procedura zgłaszania uwag do Instrukcji dawała możliwość uczestnikom rynku wpływania na zapisy Instrukcji i niwelowania barier uniemożliwiających wchodzenie na rynek nowym podmiotom”.

Dowód:

- Pismo Prezesa URE z dnia 7 września 2010 r., DPK-7127(2)/2010/MK, k. 79-81 akt adm.

Istotna w sprawie jest również ta okoliczność, że w decyzji DPK-7111-Z(3)/2010/MK z dnia 22 czerwca 2010 r. **Prezes URE odmówił dokonania zmian w IRiESD MSG**, mających dotyczyć zasad bilansowania paliwa gazowego w systemie dystrybucyjnym MSG. Z wnioskiem do Prezesa URE o aktualizację IRiESD w tym zakresie wystąpiła w dniu 23 lutego 2010 r. MSG, przedstawiając projekt karty aktualizacji nr 14/09. MSG w uzasadnieniu zaproponowanych zmian wskazała, iż dotychczasowa wersja Instrukcji nie rozstrzygała, jakie rozwiązania powinien przyjąć OSD w odniesieniu do bilansowania handlowego systemu dystrybucyjnego, a zaproponowana zmiana została

opracowana w związku z rozszerzeniem zasad bilansowania paliwa gazowego w systemie dystrybucyjnym i wynikających z tego zasad rozliczania niebilansowanych ilości paliwa gazowego. Jednak Prezes URE decyzją z dnia 22 czerwca 2010 r. odmówił zatwierdzenia karty aktualizacji nr 14/09, uzasadniając to faktem, iż opłaty wynikające z różnicy bilansowej (w tym straty sieciowe, niedokładność pomiaru) rozliczane są przez taryfę MSG.

Dowód:

- *Pismo Prezesa URE z dnia 22 marca 2011 r., DPK-0731-8(2)/2011/AP, k. 195-196 akt adm.*

Prezes UOKiK uwzględnił również stanowisko Prezesa URE zawarte w jego piśmie z dnia 22 marca 2011 r. (znak: DPK-0731-8(2)/2011/AP). W piśmie tym Prezes URE stanął na stanowisku, iż obecne (tj. nieuwzględniające zmian proponowanych w projekcie karty aktualizacji nr 14) brzmienie Taryfy MSG i IRiESD nie stanowi przeszkody dla rozliczenia ZUD w sytuacji, gdy w danym punkcie wejścia do systemu dystrybucyjnego gaz wprowadzany jest przez dwa podmioty posiadające status ZUD. Prezes URE wyjaśnił, iż Taryfa MSG określa stawki opłat za świadczenie dystrybucji paliw gazowych, zgodnie z kwalifikacją ZUD do grupy taryfowej, dokonywaną odrębnie dla każdego miejsca odbioru. Określone w Taryfie zasady rozliczeń nie odnoszą się więc do punktów wejścia do systemu dystrybucyjnego ale opierają się na ilości dystrybuowanego gazu dostarczonego do miejsca odbioru.

Prezes URE zwrócił uwagę, iż zgodnie z Instrukcją (pkt 4.1.1) MSG wykonuje alokacje na podstawie wyników pomiarów, informacji dostarczanych przez ZUD i OSP oraz na warunkach opisanych w IRiESD, wykorzystując je (alokacje) m.in. na potrzeby rozliczeń usługi dystrybucji. IRiESD przewiduje (pkt 4.1.7-4.1.14, 4.2.1-4.2.2) zawarcie porozumień pomiędzy OSD a wszystkimi ZUD, mającymi regulować szczegółowe warunki alokacji w danym punkcie wejścia do systemu, co więcej zapisy Instrukcji wskazują również sposób dokonania alokacji w przypadku niezawarcia takiego porozumienia.

Z kolei rozliczenie ZUD-ów, które korzystają z tego samego punktu wejścia, konieczne jest do bilansowania paliwa gazowego w systemie dystrybucyjnym. Zgodnie z pkt 5.1.1 Instrukcji ilość paliwa gazowego dostarczonego przez OSD na rzecz ZUD w ramach danego pojedynczego zlecenia dystrybucji do umownego punktu wyjścia odpowiada ilości paliwa dostarczonego przez ZUD do umownego punktu wejścia. Prezes URE zauważa, że w sytuacji gdy występują różnice w ilościach gazu dostarczonego i odebranego, niebilansowanie we współpracujących systemach gazowych rozliczane jest przez operatora systemu przesyłowego (OSP) - IRiESD stanowi bowiem (pkt 5.2.1), że OSD przekazuje operatorom systemów współpracujących informacje o zaalokowanych do poszczególnych ZUD ilościach paliwa gazowego w punktach wejścia znajdujących się na styku z systemami gazowymi tych operatorów. Regulator rynku energetycznego wskazuje przy tym, że punkt wejścia do systemu dystrybucyjnego jest punktem wyjścia z systemu przesyłowego, zaś kwestie związane z bilansowaniem systemu przesyłowego opisane zostały w Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Przesyłowej OGP Gaz-System S.A.

Dowód:

- Pismo Prezesa URE z dnia 22 marca 2011 r., DPK-0731-8(2)/2011/AP, k. 195-196 akt adm.

Stanowisko strony postępowania

PGNiG w toku postępowania podniosło przede wszystkim, iż błędna jest teza, jakoby Spółka odmówiła sprzedaży paliwa gazowego na rzecz NowyGaz – w szczególności zdaniem Spółki nie może być jako odmowa kontraktowania potraktowane pismo PGNiG do Skarżącego z dnia 22 kwietnia 2010 r., gdyż po jego wysłaniu Spółka kontynuowała działania zmierzające do wyjaśnienia problemów i wątpliwości związanych z uregulowaniem wzajemnych stosunków pomiędzy PGNiG, NowyGaz i MSG jako operatorem systemu dystrybucyjnego.

Oczekiwanie na dokonanie przez Prezesa URE aktualizacji IRiESD MSG

W ocenie PGNiG, wszystkie jego działania były obiektywnie uzasadnione i mogą być podzielone na dwa okresy:

- w pierwszym okresie (od złożenia wniosku o zawarcie umowy kompleksowej przez NowyGaz do wydania przez Prezesa URE w dniu 22 czerwca 2010 r. decyzji odmawiającej zatwierdzenia karty aktualizacji IRiESD nr 14) poszukiwano rozwiązań o charakterze uniwersalnym opartym o postanowienia Instrukcji – jednocześnie Spółka liczyła na możliwość szybkiego wdrożenia rozwiązań, co do których toczyło się postępowanie przed organem regulacyjnym;
- w drugim okresie, po negatywnej decyzji Prezesa URE, jasne stało się dla Spółki, że konieczne będzie wypracowanie rozwiązań, które nie będą miały umocowania w postanowieniach Instrukcji.

Precedensowy charakter sprawy

Podkreślając precedensowy charakter sprawy, Spółka wyjaśniła, iż wszystkie umowy, które do tej pory zawarła, przewidują wydanie paliw gazowych na wejściu do instalacji odbiorcy, przyłączonej do sieci przesyłowej lub dystrybucyjnej. Umowa kompleksowa zawierana z PGNiG, przewidująca wydanie paliwa gazowego na wejściu do instalacji odbiorcy, gwarantuje odpowiedzialność PGNiG także za organizację transportu tego paliwa.

W tych okolicznościach wniosek NowyGaz z dnia 14 stycznia 2010 r., zgodnie z którym wydanie paliwa ma nastąpić w punkcie wyjścia z systemu przesyłowego będącego jednocześnie punktem wejścia do systemu dystrybucyjnego (nie zaś na wejściu do instalacji odbiorcy) ma charakter precedensowy, gdyż tego typu rozwiązanie nie było jeszcze w Polsce stosowane. Przed zawarciem umowy kompleksowej ze spółką NowyGaz wyłącznie PGNiG wprowadzał paliwo gazowe do systemu dystrybucyjnego i z tego systemu go odbierał. Według PGNiG zawarcie umowy sprzedaży gazu na rzecz NowyGaz wymagało rozstrzygnięcia wielu złożonych

kwestii formalnych, technicznych i ekonomicznych, nieuregulowanych w przepisach prawa ani dokumentach zatwierdzonych przez Prezesa URE.

Próba wypracowania uniwersalnych rozwiązań

PGNiG dążył w powyższych okolicznościach do wypracowania modelu sprzedaży gazu na wyjściu z systemu przesyłowego i wejściu do systemu dystrybucyjnego tak, aby powstały zasady, które mogłyby stanowić standardowe rozwiązanie również dla innych takich przypadków. Kwestia ta jest skomplikowana z uwagi na fakt, iż PGNiG prowadzi działalność w oparciu o sześć różnych systemów dystrybucyjnych należących do różnych podmiotów, a wypracowane rozwiązanie odnoszące się do sprzedaży gazu na rzecz NowyGaz powinno być do zaakceptowania przez innych działających w Polsce OSD oraz dać się zastosować także w relacji do innych klientów PGNiG. Jednocześnie Spółka wyjaśniła, że prowadzone w powyższym zakresie prace nie były odnotowywane w żadnych rejestrach, nadto Spółka nie dysponuje żadnym dokumentem prezentującym badane zagadnienia czy wyniki przeprowadzanych analiz.

Problemy z rozliczeniem ilości gazu wprowadzanego do systemu w jednym punkcie przez dwa podmioty

Podnoszona przez PGNiG precedensowość sytuacji związanej z wnioskiem PGNiG wynikała także z faktu, iż w tym samym punkcie wejścia do systemu dystrybucyjnego paliwo gazowe do dystrybucji przekazywać miały dwa podmioty, tj. PGNiG i NowyGaz. Powyższe wiązało się z problemem różnicy w ilości paliwa gazowego kupionego przez NowyGaz od PGNiG i następnie sprzedanego odbiorcom (klientom) Skarżącego. Spółka podkreśliła, iż w przypadku dotyczącym relacji umownych z NowyGaz, w jednym punkcie wejścia do systemu dystrybucyjnego paliwo gazowe do dystrybucji przekazywać mieliby dwaj przedsiębiorcy. Tymczasem odczyt układu pomiarowego dla punktu wejścia do systemu wskazuje tylko całkowitą ilość paliwa gazowego, która przez ten punkt zostaje wprowadzona do systemu dystrybucyjnego. Celem ustalenia, jaką część ilości wskazanej przez układ pomiarowy należy przypisać PGNiG, a jaką NowyGaz, niezbędne jest zastosowanie zasad alokacji. PGNiG podkreślił jednocześnie, iż niezależnie od wynikających z Instrukcji lub przyjętych w porozumieniu zasad alokacji powstanie problem różnych ilości paliwa gazowego wprowadzonego i odebranego z systemu gazowego w tym samym okresie rozliczeniowym. PGNiG wskazał także, że IRIESD MSG nie regulowała zasad alokacji w sytuacji gdy na danym punkcie wejścia nie jest zapewnione minimalne ciśnienie paliwa gazowego.

PGNiG zaznaczył, że już w dniu 22 kwietnia 2010 r. podjął działania w celu wyjaśnienia powyższych zagadnień, przesyłając do MSG pismo z prośbą o przedstawienie sposobu, w jaki OSD zamierza dokonywać alokacji i rozliczeń pomiędzy MSG, PGNiG a NowyGaz. Kolejne pisma mające wyjaśnić kwestie alokacji i rozliczeń Spółka przesyłała w dniach: 7 maja 2010 r. i 3 sierpnia 2010 r., odbywając

także celem wyjaśnienia wątpliwości związanych z ww. kwestiami dwa robocze spotkania z MSG (w dniu 16 września 2010 r. i w dniu 12 października 2010 r.).

Ustosunkowując się do postawionych zarzutów, PGNiG podkreśla, iż wbrew tezom zawartym w piśmie MSG z dnia 18 sierpnia 2010 r. zasady dotyczące rozliczeń w sytuacji wystąpienia różnych ilości paliwa gazowego wprowadzonego i odebranego z systemu dystrybucyjnego przez NowyGaz, nie mogą być analogiczne do rozwiązań umownych obowiązujących pomiędzy MSG i PGNiG.

Zdaniem PGNiG, do relacji umownych pomiędzy PGNiG i MSG obok umowy o świadczenie usług dystrybucji zaliczyć należy także umowę sprzedaży paliwa gazowego na potrzeby własne MSG. Dzięki tej ostatniej umowie możliwe jest bilansowanie przez MSG w relacjach ze Spółką nadwyżki/niedoboru paliwa gazowego wprowadzonego przez PGNiG do systemu dystrybucyjnego. Rozliczenie niebilansowania następuje poprzez korektę zakupu paliwa przez MSG. NowyGaz tymczasem miał mieć zawartą tylko umowę kompleksową PGNiG oraz umowę o świadczenie usług dystrybucji z MSG. Przyjęcie zaś analogicznych zasad wymagałoby, aby MSG kupował paliwo gazowe od NowyGaz na potrzeby własne. NowyGaz jednak w pismach do PGNiG nie wskazywał, by część nabytego od Spółki gazu miał zamiar sprzedawać MSG. Spółka podkreśla w swoim stanowisku, iż zastosowanie analogicznych zasad do rozliczania NowyGaz wymagałoby nabywania przez Skarżącego paliwa gazowego celem odsprzedaży do MSG.

Dowód:

- Pismo PGNiG z dnia 24 stycznia 2011 r., k. 161-183 akt adm.,
- Pismo PGNiG z dnia 18 lipca 2011 r., k. 854-856 akt adm.,
- Pismo PGNiG z dnia 29 czerwca 2012, k. 961-965 akt adm.

Jednocześnie Spółka przedstawiła w toku postępowania dwie opinie specjalistów z zakresu funkcjonowania sektora gazowego, z których w ocenie Spółki wynika, iż IRIESD w jej obecnym kształcie nie umożliwia właściwego rozliczenia różnicy bilansowej w sytuacji gdy do systemu dystrybucyjnego w jednym miejscu paliwo gazowe wprowadza dwóch ZUD.

Dowód:

- Pismo PGNiG z dnia 1 czerwca 2011 r., k. 432-456 akt adm.

Znaczenie stanowiska Prezesa URE w sprawie

Spółka wyjaśniła, iż od momentu wpływu wniosku NowyGaz z dnia 14 stycznia 2010 r. (uzupełnionego pismem z dnia 21 lutego 2010 r.) w PGNiG trwały prace nad możliwym modelem umowy kompleksowej, a po wypracowaniu w toku wewnętrznych konsultacji rozwiązań dotyczących rozliczania różnic w ilości paliw gazowych wprowadzonych i odebranych z systemu dystrybucyjnego oraz możliwych warunków umownych PGNiG zwrócił się, pismem z dnia 2 listopada 2011 r., do NowyGaz z propozycją spotkania dotyczącego ww. kwestii. Wzmiankowane

spotkanie miało miejsce w dniu 30 listopada 2010 r., a po nim zaś doszło do kolejnego w dniu 24 stycznia 2011 r.

W ocenie Spółki nie ma merytorycznego znaczenia dla kwestii analizowanych w postępowaniu stanowisko Prezesa URE wyrażone w niewiążącej interpretacji z dnia 7 września 2010 r., organ regulacyjny nie ustosunkował się w nim bowiem do konkretnych problemów dotyczących rozliczenia, które PGNiG podnosił w toku postępowania. Spółka podniosła, iż „*trudno oczekiwać aby Prezes URE przyznał, że zatwierdzone przez niego dokumenty zawierają braki i nie regulują wszystkich kwestii, które winny regulować. Wydając bowiem decyzję administracyjną zatwierdzającą IRiESD Prezes URE niejako potwierdza, że regulacja w niej zawarta jest właściwa*”. Jak zauważył PGNiG, kwestiom bilansowania poświęcony jest tylko jeden punkt (pkt 5) Instrukcji, obok zaś czynności związanych z brakami IRiESD występowały dodatkowe okoliczności mające wpływ na czas potrzebny do wypracowania należytych rozwiązań. W szczególności chodzi o Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 2 lipca 2010 r. w *sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemu gazowego* (Dz. U. Nr 133, poz. 891), które zgodnie z delegacją ustawową miało określać także zasady bilansowania systemu, a jego treść mogła mieć istotne znaczenie dla planowanych rozwiązań.

Dowód:

- Pismo PGNiG z dnia 24 stycznia 2011 r., k. 161-183 akt adm.

Istnienie alternatywnych dostawców, od których NowyGaz mógłby nabywać paliwo gazowe

PGNiG wskazało także w toku postępowania, że Spółka nie jest jedynym podmiotem, od którego NowyGaz mógłby nabywać paliwo gazowe, wskazując, iż inni potencjalni dostawcy gazu to: FX Energy Poland Sp. z o.o. w Warszawie, Calenergy Resources Poland sp. z o.o. w Warszawie, DPV Service sp. z o.o. w Warszawie, Aurelian Oil & Gas Poland w Warszawie, Trias sp. z o.o. w Warszawie (sprzedawcy gazu ze złóż), EWE Energia sp. z o.o. w Międzyrzeczu, Biuro Techniczne w Rzepinie (sprzedawcy gazu na granicy RP), Laryco Polska sp. z o.o. w Słupsku, Gospodarstwo Rolne Biogaz T. Z. Śmiechowscy sp. z o.o., agriKomp Polska sp. z o.o. w Ostrzeszowie, Rafol Biznes Konsulting w Lubinie, Eko Biogaz sp. z o.o. w Słupcy, Verbio Vereinigte Bioenergie AG w Lipsku, City Consulting S. Najnigier sp. j. we Wrocławiu, Termall sp. z o.o. w Bełchatowie (biogazownie). Na poparcie powyższej tezy Spółka złożyła przygotowaną przez Instytut Studiów Energetycznych sp. z o.o. na zlecenie PGNiG analizę możliwości zakupu paliwa gazowego w Polsce w latach 2010-2011.

Dowód:

- Pismo PGNiG z dnia 7 marca 2011 r., k. 189-192 akt adm.,

- załącznik nr 2 do pisma PGNiG z dnia 20 lutego 2011 r., k. 885-899 akt adm.

Stanowisko NowyGaz

Prezes UOKiK uwzględnił również wyjaśnienia i informacje przekazane przez spółkę NowyGaz, na której sytuację gospodarczą bezpośrednio wpływało kwestionowane działanie PGNiG.

Popierając zasadność stawiania PGNiG zarzutu nadużywania pozycji dominującej, NowyGaz wyjaśniła, iż zwrócił się do PGNiG z wnioskiem o zawarcie umowy kompleksowej sprzedaży gazu ziemnego z uwagi na fakt, iż nie miał technicznych ani handlowych możliwości zakupu gazu od innych dostawców na terenie Polski, co wynika z monopolistycznej pozycji Spółki na hurtowym rynku gazu w Polsce.

Dowód:

- *Pismo NowyGaz z dnia 22 kwietnia 2010 r., k. 8-30 akt adm.,*
- *Pismo NowyGaz z dnia 25 czerwca 2010 r., k. 36-37 akt adm.*

Skarżący podniósł, iż argumentacja PGNiG dotycząca braku możliwości rozliczenia ilości odbieranych przez NowyGaz na stacji I stopnia pozbawiona jest podstaw z uwagi na fakt, iż sposoby rozliczania paliwa gazowego przez OSD w sytuacji, kiedy paliwo gazowe jest transportowane dla więcej niż jednego ZUD są szczegółowo opisane w Instrukcji, np. w pkt 4.1.

Dowód:

- *Pismo NowyGaz z dnia 22 kwietnia 2010 r., k. 8-30 akt adm.*

NowyGaz ocenił, że kwestia ewentualnego zakupu przez Skarżącego dodatkowych ilości paliwa gazowego, celem ich odsprzedaży MSG na potrzeby bilansowania nadwyżki/niedoboru paliwa jest nieadekwatna i nieistotna z punktu widzenia przedmiotu niniejszego postępowania antymonopolowego. Zdaniem NowyGaz, MSG jako operator systemu dystrybucyjnego jest odpowiedzialna za ruch systemu dystrybucji gazu i jego zbilansowanie, wynikające w głównej mierze ze strat technicznych (nieszczelności, kradzieże). MSG ma obowiązek rozliczyć niezbilansowanie wynikające z różnicy pomiędzy ilościami zanominowanymi przez ZUDy do usługi dystrybucji, a ilościami faktycznie odebranymi przez odbiorców końcowych ZUDa. MSG odpowiedzialny jest również za bilansowanie techniczne systemu dystrybucyjnego i w związku z tym może dokonać zakupu paliwa gazowego na potrzeby zbilansowania systemu od któregokolwiek podmiotu mającego możliwość dostaw gazu. Kwestia ta nie ma jednak żadnego związku z problemem rozliczeń za dostarczone przez PGNiG do stacji I stopnia paliwo.

NowyGaz wskazał ponadto Prezesowi UOKiK, iż w jego ocenie uzależnienie przez PGNiG zawarcia umowy kompleksowej od zawarcia trójstronnego porozumienia o alokacji pomiędzy PGNiG, Entrade Grupa a MSG jest niezgodne z obowiązującymi przepisami. Skarżący podkreśla, że przychylił się do propozycji PGNiG dotyczącej zawarcia trójstronnego porozumienia w sprawie alokacji z intencją zawarcia umowy kompleksowej w jak najkrótszym czasie.

Dowód:

- Pismo NowyGaz z dnia 4 kwietnia 2011 r., k. 372-376 akt adm.

Skarżący wskazał, iż zwrócił się z wnioskiem o zawarcie umowy sprzedaży gazu ziemnego do PGNiG, ponieważ żaden inny podmiot działający na rynku gazu nie mógłby zagwarantować warunków handlowych i technicznych dostawy gazu, które umożliwiłyby spółce NowyGaz odsprzedaż gazu odbiorcy końcowemu na konkurencyjnych warunkach. Aby Skarżący mógł oferować gaz odbiorcy końcowemu podłączonemu do systemu dystrybucyjnego, musi on zostać nabyty w oparciu o umowę kompleksową, tj. umowę obejmującą swoim zakresem dostawę gazu wraz z bilansowaniem, magazynowaniem i przesyłem do punktu odbioru. Żaden inny poza PGNiG podmiot nie był w stanie zagwarantować takiej umowy podmiotom chcącym dostarczyć gaz odbiorcom końcowym podłączonym do sieci OSD. Tym samym Skarżący nie mógł kupić gazu ziemnego od żadnego z podmiotów wskazanych w piśmie Spółki z dnia 7 marca 2011 r.

Dowód:

- Pismo NowyGaz z dnia 12 stycznia 2012 r., k. 877-879 akt adm.

Stanowisko MSG

W ocenie Prezesa UOKiK istotne w niniejszej sprawie jest stanowisko Mazowieckiej Spółki Gazownictwa jako Operatora Systemu Dystrybucyjnego, z którego usług korzystają zarówno NowyGaz jak i PGNiG, wprowadzając paliwo gazowe do tego samego punktu wejścia.

Udział MSG w niniejszej sprawie rozpoczął się od spotkania, jakie miało miejsce w dniu 19 marca 2010 r. pomiędzy MSG, NowyGaz a PGNiG i dotyczyło możliwości świadczenia przez OSD usługi dystrybucji na rzecz Skarżącego w przypadku nabywania przez niego paliwa gazowego od PGNiG S.A. w ramach zawartej między nimi umowy kompleksowej.

W toku spotkania MSG stwierdziło, iż nie widzi przeszkód w realizacji umowy o świadczenie usług dystrybucji paliwa gazowego na rzecz NowyGaz oraz realizacji obowiązującej analogicznej umowy z PGNiG, w przypadku gdy Spółka sprzeda na podstawie umowy kompleksowej Skarżącemu paliwo gazowe w punkcie wejścia do sieci MSG.

Dowód:

- Pismo MSG z dnia 23 lipca 2010 r., k. 64-67 akt adm.,

- Pismo NowyGaz z dnia 22 kwietnia 2010 r., k. 8-30 akt adm.

Także na spotkaniu roboczym w dniu 12 października 2010 r. odbytym z inicjatywy PGNiG, MSG przedstawiła swoje stanowisko, z którego wynikało, że nie widzi ona przeszkód w realizacji umowy o świadczenie usług dystrybucji paliwa gazowego na

rzecz innego ZUD oraz jednoczesnej realizacji obowiązującej umowy dystrybucyjnej z PGNiG, w sytuacji gdy zostanie zawarta umowa kompleksowa pomiędzy Spółką a innym ZUD, na podstawie której PGNiG sprzedaje paliwo w punkcie wejścia do sieci MSG. W toku powyższego spotkania omówiono różne warianty zasad rozliczeń paliwa gazowego wprowadzonego do sieci OSD i z niego pobranego, opisane już wcześniej w niniejszej decyzji.

Dowód:

- Pismo MSG z dnia 2 listopada 2010 r., k. 113-118 akt adm.

W ocenie MSG przedstawionej w piśmie z dnia 23 lipca 2010 r. szczegółowe zasady rozliczania usługi dystrybucji w analizowanym przypadku wynikałyby z zasad określonych w Instrukcji, „Taryfie dla usług dystrybucji paliwa gazowego MSG sp. z o.o.” oraz zapisów Kart Aktualizacji IRiESD przedstawionych Prezesowi URE w celu zatwierdzenia.

MSG wyjaśniło, że we wzmiankowanych Kartach Aktualizacji IRiESD zostały określone m.in. zasady bilansowania handlowego polegające na porównaniu ilości paliwa gazowego w punktach wejścia i punktach wyjścia z systemu dystrybucyjnego dla danego ZUD oraz sposób rozliczania poszczególnych podmiotów w przypadku powstania niebilansowania. Podstawą do określenia ilości paliwa gazowego w punkcie wejścia do sieci MSG byłyby ilości paliwa gazowego, wynikające z zawartej umowy kompleksowej NowyGaz-PGNiG lub zasady wynikające z trójstronnego porozumienia NowyGaz-PGNiG-MSG, do którego odwoływałyby się umowa o świadczenie usług dystrybucji zawarta pomiędzy MSG a NowyGaz. MSG stwierdziła, iż w ramach ww. porozumienia jednym z możliwych do zastosowania rozwiązań byłoby przyjęcie zasady podziału ilości paliwa gazowego zmierzonego w punkcie wejścia proporcjonalnie do mocy umownej zamówionej przez Skarżącego (przy czym w ramach umowy przesyłowej z OGP GAZ-SYSTEM S.A., PGNiG miałaby zamówioną moc całkowitą na dotychczasowym poziomie, natomiast w ramach umowy dystrybucyjnej byłaby ona zmniejszona o wielkość udostępnioną NowyGaz). Innym rozwiązaniem mogłaby być metoda podziału strumienia gazu na wejściu do systemu dystrybucyjnego, w oparciu o nominacje składane przez NowyGaz w ramach umowy kompleksowej.

Jednocześnie MSG wyjaśniło, iż w sytuacji gdyby karty aktualizacji IRiESD nie zostały zatwierdzone przez Prezesa URE, zapisy dotyczące reguł rozliczania musiałyby znaleźć się w umowie dystrybucyjnej zawartej ze Skarżącym.

Dowód:

- Pismo MSG z dnia 23 lipca 2010 r., k. 64-67 akt adm.

MSG podkreśliło, iż jedynym ZUD, dla którego świadczyło usługę dystrybucji przed zawarciem umowy z NowyGaz był PGNiG, w związku z czym tylko dla PGNiG MSG rozliczała ilości paliwa gazowego wprowadzone w punkcie wejścia i odebrane w punkcie wyjścia z sieci. Rozliczenie to następowało poprzez comiesięczne

sporządzenie bilansu handlowego gazu, w którym określano m.in. tzw. różnicę bilansową czyli wartość niezbilansowania ilości gazu dostarczonego i pobranego z systemu dystrybucyjnego. Jak podała MSG, z uwagi na brak zapisów dotyczących bilansowania w IRiESD algorytm, na podstawie którego wyliczano wartość różnicy bilansowej był przedmiotem umowy o świadczenie usług dystrybucji, zaś finansowy sposób rozliczenia ilości gazu wynikających z wyliczonej różnicy bilansowej, określony był w umowie o zakup paliwa gazowego na potrzeby własne, zawartej z PGNiG.

Odnosząc się do kwestii alokacji, MSG wyjaśniło, iż w przypadku braku porozumienia pomiędzy poszczególnymi ZUD w sprawie zasad podziału ilości paliwa gazowego w danym punkcie oraz braku możliwości zastosowania reguł wynikających z zapisów rozdziału 4 części II Instrukcji, MSG jako operator systemu dystrybucyjnego powinna określić zasady alokacji z zachowaniem zasady równoprawnego traktowania użytkowników systemu i przedstawić je zainteresowanym podmiotom. Co do rozwiązań technicznych to jedną z możliwości byłby podział ilości gazu proporcjonalnie do zamówionej mocy umownej na danym punkcie bądź podział strumienia na podstawie zatwierdzonych nominacji.

Dowód:

- Pismo MSG z dnia 23 września 2010 r., k. 82-88 akt adm.

Nadmienić jednocześnie należy, iż w piśmie do PGNiG z dnia 19 sierpnia 2010 r. MSG stwierdziła, iż wobec odmowy zatwierdzenia przez Prezesa URE karty aktualizacji IRiESD nr 14, zasady dotyczące rozliczeń w sytuacji wystąpienia różnych ilości paliwa gazowego wprowadzonego i odebranego z systemu dystrybucyjnego, będą przedmiotem ewentualnej umowy o świadczenie usług dystrybucji z danym ZUD. Spółka stwierdziła ponadto, iż zasady dotyczące rozliczeń paliwa gazowego i powstałego niezbilansowania będą analogiczne do tych wynikających z relacji umownych funkcjonujących pomiędzy MSG a PGNiG.

Dowód:

- Pismo MSG do PGNiG z dnia 19 sierpnia 2010 r., k. 102 akt adm.

Zdaniem MSG zawarcie trójstronnego porozumienia z dnia 31 maja 2011 r. było konieczne z powodu braku możliwości określenia przez strony umowy kompleksowej, tj. Entrad oraz PGNiG S.A. ilości paliwa gazowego będącego przedmiotem tej umowy – tj. w umowy kupna-sprzedaży paliwa gazowego w punkcie wejścia do sieci MSG, będącym punktem wyjścia z sieci przesyłowej. MSG zaproponowała trzy warianty określenia zasad alokacji w punkcie wejścia do systemu dystrybucyjnego, zbieżne z mechanizmami przewidzianymi w IRiESD MSG oraz propozycjami przedstawianymi w tamtym okresie zainteresowanym podmiotom. Ostatecznego wyboru konkretnego rozwiązania dokonali przedstawiciele obu ZUD. Zdaniem MSG zasady alokacji wynikające z porozumienia z dnia 31 maja 2012 r. nie różnią się od mechanizmów przewidzianych w IRiESD MSG oraz propozycji przedstawianych ZUD przez MSG. W odniesieniu zaś do zasad bilansowania paliwa gazowego MSG podniosła, iż umowa

o świadczenie usług dystrybucji jedynie uściśla i doprecyzowuje zasady przedstawione we wcześniejszej korespondencji z Prezesem UOKiK oraz PGNiG.

Dowód:

- Pismo MSG z dnia 23 maja 2012 r., k. 925-927 akt adm.,

W oparciu o przedstawiony stan faktyczny, Prezes Urzędu zważył, co następuje

I. Interes publiczny

Podstawą do zastosowania przez Prezesa Urzędu przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, jest ustalenie, czy w rozpatrywanej sprawie doszło do naruszenia interesu publicznoprawnego. Zgodnie bowiem z art. 1 ust. 1 ww. ustawy określa ona warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Wobec powyższego uznać należy, że regulacja ta należy do sfery prawa publicznego, a zatem instrumenty w niej przewidziane mogą być stosowane jedynie wówczas, gdy na skutek działań przedsiębiorców naruszony został interes publicznoprawny.

Interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym i w każdej sprawie powinien on być ustalony i konkretyzowany. Prezes Urzędu powinien być w toku postępowania i przy wydawaniu decyzji rzecznikiem tego interesu, albowiem wynika to z jego zadań w strukturze administracji publicznej⁸. Ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* ma zastosowanie, gdy jest zagrożony lub naruszony interes publiczny, polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku⁹. Jedynie bowiem w warunkach nieznieskształconej konkurencji przedsiębiorcy i konsumenci mają gwarancję realizacji konstytucyjnej wolności gospodarczej i ochrony swoich praw, której istotą jest współzawodnictwo przedsiębiorców w celu uzyskania przewagi na rynku, pozwalającej na osiągnięcie maksymalnych korzyści ekonomicznych ze sprzedaży towarów i usług oraz maksymalne zaspokojenie potrzeb konsumentów przy jak najniższej cenie.

Zarazem należy podkreślić, że istnienie interesu publicznego musi być oceniane przez pryzmat szerszego spojrzenia, uwzględniającego całość negatywnych skutków działań przedsiębiorców na określonym rynku¹⁰. Ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* chroni konkurencję jako zjawisko o charakterze instytucjonalnym, charakteryzujące funkcjonowanie gospodarki. Dobrem objętym ochroną przez przepisy ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* jest samo istnienie konkurencji jako atmosfery, w jakiej prowadzona jest działalność gospodarcza. Realizowana jednocześnie ochrona konsumentów, jako nabywców dóbr i usług oferowanych

⁸ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 4 lipca 2001 r., sygn. akt: XVII Ama 108/00.

⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2001 r., sygn. akt: I CKN 1217/98.

¹⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2003 r., sygn. akt: I CKN 496/01, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2008 r., sygn. akt: III SK 40/07.

w warunkach konkurencji jest prowadzona niejako przy okazji, jakkolwiek stanowi ostateczny cel i przyczynę działań zmierzających do ochrony konkurencji.

Naruszenie interesu publicznego ma miejsce wówczas, gdy zachowanie przedsiębiorcy, będące przedmiotem postępowania antymonopolowego wywołało lub mogło wywołać na rynku niekorzystne – z punktu widzenia celów ustawodawstwa antymonopolowego – skutki w postaci wpływu na ilość, jakość, cenę towarów lub zakres wyboru dostępny konsumentom lub innym nabywcom. Z punktu widzenia dopuszczalności zastosowania ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* liczba podmiotów dotkniętych skutkami praktyki ograniczającej konkurencję jest nieistotna, wystarczającym jest bowiem, że zachowanie przedsiębiorcy wyczerpuje znamiona antykonkurencyjnej praktyki¹¹.

Odnosząc powyższe wywody do niniejszej sprawy, należy podnieść, że ograniczanie przez przedsiębiorcę mającego – jak w niniejszej sprawie – niemalże monopolistyczną pozycję na rynku sprzedaży hurtowej gazu, możliwości zawarcia umowy dostawy gazu ziemnego przedsiębiorcy zamierzającemu w zakresie dalszej odsprzedaży gazu ziemnego prowadzić działalność konkurencyjną względem monopolisty, może wywierać negatywny wpływ na powstanie i rozwój konkurencji na rynku. Negatywne oddziaływanie opisanego działania dominanta nie tylko ogranicza możliwość wejścia na rynek konkurenta, jak i może skutecznie odwozić potencjalnych konkurentów dominanta od zamiaru wejścia na rynek, a tym samym blokować powstanie lub rozwój konkurencji w zakresie sprzedaży paliwa gazowego.

Nie ma przy tym znaczenia, że kwestionowana praktyka dotyczy relacji PGNiG z tylko jednym kontrahentem tego przedsiębiorcy. Należy bowiem wskazać, że działania PGNiG dotyczą kontrahenta, który – w wyniku zawarcia umowy z PGNiG – miał rozpocząć również działalność konkurencyjną względem PGNiG na rynku detalicznej sprzedaży gazu ziemnego. Kwestionowana praktyka oddziałuje zatem zarówno bezpośrednio na NowyGaz, jak i na jego potencjalnych klientów. Tym samym może naruszać interes publiczny. Zgodnie bowiem z orzecznictwem, *„nawet jednostkowa odmowa zawarcia umowy przez dominanta daje podstawy do uznania, że działanie takie naruszyło interes publiczny. Naruszenie to wynika nie tylko z naruszenia interesów kontrahentów [przedsiębiorcy, któremu dominant odmawia zawarcia umowy], którym ograniczona została możliwość wyboru, ale również z naruszenia konkurencji jako takiej z powodu ingerencji przez [dominanta] w strukturę podmiotową rynku”*¹².

Wskazać również należy, że ochrona konkurencji *„obejmuje także istnienie samego stanu realnego zagrożenia dla zasad swobodnej konkurencji. Stan takiego potencjalnego zagrożenia jest bowiem oceniany z punktu widzenia interesu publicznego (...) jako stan niewłaściwy, a tym samym niedopuszczalny”*¹³. W myśl

¹¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 października 2008 r., sygn. akt: III SK 2/08.

¹² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 20 listopada 2008 r., VI ACa 1577/07. Por. również wyrok Sądu Najwyższego z 26 lutego 2004 r. (III SK 2/2004), OSNP 2004/19/343.

¹³ Wyrok SN z 24 lipca 2003 r., I CKN 496/01, Dz.Urz.UOKiK 2004/1/283.

powyższej zasady uznać należy, że w niniejszej sprawie interes publiczny został naruszony, gdyż praktyka PGNiG zarówno bezpośrednio oddziaływała na konkretnego przedsiębiorcę, a zarazem pośrednio mogła wywrzeć wpływ na nieoznaczoną liczbę przedsiębiorców potencjalnie zainteresowanych świadczeniem przedmiotowej działalności.

Wobec powyższego Prezes UOKiK uznał za bezspeczne naruszenie w niniejszej sprawie interesu publicznego, a zarazem istnienie podstaw do rozstrzygnięcia tej sprawy w postępowaniu antymonopolowym.

II. Strona postępowania

Postępowanie antymonopolowe w sprawie praktyk ograniczających konkurencję może być wszczęte wobec podmiotów posiadających status przedsiębiorcy. Przy pomocy norm prawa antymonopolowego realizowana jest bowiem ochrona konkurencji i uczestników rynku przed antykonkurencyjnymi praktykami podejmowanymi przez przedsiębiorców.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 4 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* pod **pojęciem „przedsiębiorcy”** należy rozumieć przedsiębiorcę w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. *o swobodzie działalności gospodarczej* (t.j.: Dz.U. z 2007 r. Nr 155, poz. 1095 ze zm.) oraz: a) osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej; b) osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu; c) osobę fizyczną, która posiada kontrolę nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziła działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, jeżeli podejmuje dalsze działania podlegające kontroli koncentracji; d) związek przedsiębiorców.

Dla uznania danego podmiotu za przedsiębiorcę w rozumieniu art. 4 pkt 1 *in initio* ww. ustawy istotny jest art. 2 i art. 4 ustawy *o swobodzie działalności gospodarczej*. Zgodnie z tymi przepisami, przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy *o swobodzie działalności gospodarczej* jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą, tj. zarobkową działalność wytwórczą, budowlaną, handlową, usługową oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodową, wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły.

Za przedsiębiorcę uznaje się więc podmiot, który spełnia łącznie określone tymi przepisami kryteria podmiotowe i przedmiotowe: po pierwsze jest osobą fizyczną, osobą prawną lub jednostką organizacyjną niebędącą osobą prawną, której ustawa

przyznaje zdolność prawną, po drugie wykonuje we własnym imieniu działalność gospodarczą. Zgodnie z ww. definicją pojęcie działalności gospodarczej obejmuje zaś działania mające łącznie następujące enumeratywnie wymienione cechy: działalności wytwórczej, budowlanej, handlowej, usługowej, poszukiwania, rozpoznawania i wydobywania kopalin ze złóż lub działalności zawodowej; działalności wykonywanej w sposób zorganizowany; działalności wykonywanej w sposób ciągły.

Mając powyższe na uwadze należy zauważyć, że jest spółką akcyjną wpisaną do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy XII Wydział Gospodarczy pod numerem KRS 0000059492. PGNiG faktycznie prowadzi działalność gospodarczą, oferując towary i usługi na rynku. Wobec tego PGNiG niewątpliwie ma status przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 *in initio* ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a zatem jest biernie legitymowany w postępowaniu antymonopolowym w sprawie zarzutu naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję.

III. Rynek właściwy w sprawie

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się zawsze na rynku, przy czym nie chodzi tu o rynek rozumiany ogólnie (w znaczeniu ekonomicznym), ale o rynek relewantny w danej sprawie, tzw. rynek właściwy. Stawiając przedsiębiorcy zarzut nadużywania pozycji dominującej należy określić rynek właściwy dla oceny konkretnej sprawy. Art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów definiuje pojęcie rynku właściwego jako rynku towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.

Rynek właściwy w sprawie należy rozpatrywać w dwóch ujęciach: produktowym i geograficznym. Pojęcie rynku właściwego produktowo odnosi się do wszystkich towarów jednego rodzaju, które ze względu na swoje szczególne właściwości odróżniają się od innych towarów w taki sposób, że nie istnieje możliwość dowolnej ich zamiany. Wynika stąd, że rynek właściwy produktowo obejmuje wszystkie towary, które służą zaspokajaniu tych samych potrzeb nabywców, mają zbliżone właściwości, podobne ceny i reprezentują podobny poziom jakości¹⁴. Natomiast wyznaczenie geograficznego aspektu rynku właściwego oznacza zidentyfikowanie obszaru, na którym warunki konkurencji dotyczące danego towaru i jego substytutów są jednakowe dla wszystkich konkurentów – tj. warunki konkurencji są dostatecznie jednorodne – i który można odróżnić od obszarów sąsiadujących.

Prezes Urzędu uznał, że w rozpatrywanej sprawie rynkiem właściwym, na którym PGNiG stosuje kwestionowaną praktykę, jest krajowy rynek hurtowej sprzedaży gazu

¹⁴ E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydawnictwo TWIGGER, Warszawa 2002, s. 49.

ziemnego. Zarazem Prezes Urzędu uznał, że kwestionowana w niniejszym postępowaniu praktyka PGNiG oddziałuje na krajowy rynek detalicznej sprzedaży tego paliwa gazowego.

III.1. Rynek właściwy w ujęciu produktowym

W ujęciu produktowym rynek właściwy obejmuje gaz ziemny. Zgodnie z art. 3 pkt 3a ustawy *prawo energetyczne* poprzez paliwo gazowe należy rozumieć gaz ziemny wysokometanowy lub zaazotowany, w tym skroplony gaz ziemny oraz propan-butan lub inne rodzaje gazu palnego, dostarczane za pomocą sieci gazowej, a także biogaz rolniczy, niezależnie od ich przeznaczenia. Gaz ziemny jest naturalnym paliwem wydobywanym ze złóż znajdujących się w skorupie ziemskiej. Stanowi mieszaninę gazów - metanu z innymi gazami palnymi oraz związkami niepalnymi zawierającą znaczne ilości metanu. Gaz ziemny jest paliwem wykorzystywanym szeroko w przemyśle (przede wszystkim chemicznym i hutniczym), do ogrzewania, do wytwarzania energii elektrycznej i ciepła. Gaz wysokometanowy zawiera ok. 98% metanu i ma wyższą niż gaz zaazotowany wartość opałową. Gaz zaazotowany zawiera ok. 40% azotu. W praktyce oznacza to, że zużycie gazu zaazotowanego będzie większe niż gazu wysokometanowego. Z drugiej strony, gaz zaazotowany jest tańszy. Stąd ceny eksploatacji gazu wysokometanowego i zaazotowanego są porównywalne.

Ceny gazu ziemnego kształtowane są na podstawie taryf zatwierdzanych przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki. Działalność gospodarcza w zakresie obrotu paliwami gazowymi w świetle art. 32 ustawy *prawo energetyczne* nie może być prowadzona bez uzyskania koncesji. Jest to więc działalność regulowana, która doznaje ograniczeń wynikających z reżimu prowadzenia działalności koncesjonowanej.

Biorąc pod uwagę specyfikę produktu, jakim jest ww. paliwo gazowe organ uznał, że tworzy ono oddzielny rynek w ujęciu produktowym i nie posiada substytutów wśród innych źródeł energii. Powyższe zostało wielokrotnie stwierdzone w dotychczasowej praktyce orzeczniczej Prezesa Urzędu i Komisji Europejskiej¹⁵.

Jednocześnie w ramach produktu, jakim jest gaz ziemny wyróżnić należy rynek sprzedaży od rynków związanych z infrastrukturą gazową, tj. dystrybucją i przesyłem¹⁶. Zgodnie z art. 3 pkt 4 ppkt a ustawy *prawo energetyczne* poprzez przesył paliw gazowych należy rozumieć ich transport sieciami przesyłowymi w celu ich dostarczania do sieci dystrybucyjnych lub odbiorcom końcowym przyłączonym do sieci przesyłowych. Natomiast poprzez dystrybucję gazu ziemnego, zgodnie z art. 3 pkt 5 ustawy *prawo energetyczne*, należy rozumieć transport sieciami dystrybucyjnymi w celu ich dostarczania odbiorcom. Działalności polegające na dystrybucji i przesyśle gazu ziemnego są wykonywane w oparciu o sieć i zasadniczo wykonywane w formie

¹⁵ Np. decyzja Prezesa UOKiK z dnia 11 października 2010 r. nr DKK 104/2010, decyzja Prezesa Urzędu z dnia 9 sierpnia 2005 r. nr DOK 91/05, decyzja Komisji Europejskiej z dnia 4 maja 2010 r. nr COMP/39.317 *E.ON Gas*, decyzja Komisji Europejskiej z dnia 29 września 2010 r. nr COMP/39.315 *ENI*, decyzja Komisji Europejskiej z dnia 3 grudnia 2009 r. nr COMP/39.316 *Gaz de France*.

¹⁶ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 14 listopada 2006 r. nr COMP/M.4180 *Gaz de France/Suez*, decyzja Komisji Europejskiej z dnia 8 października 2004 r. nr COMP/M.3410 *Total/Gaz de France*.

monopolu naturalnego z uwagi na konieczność świadczenia wysoce kapitałochłonnych instalacji i infrastruktury, co pociąga za sobą wysoki udział kosztów stałych. Z tego powodu jest nieracjonalnym, z ekonomicznego punktu widzenia, powielanie sieci przesyłowych i dystrybucyjnych na danym obszarze, w celu umożliwienia świadczenia usług przesyłowych przez kilka podmiotów równolegle. W odróżnieniu od tych działalności sprzedaż gazu ziemnego jest działalnością, w obszarze której może zaistnieć efektywna konkurencja. Przedmiotowa sprawa dotyczy aktywności PGNiG w zakresie sprzedaży ww. paliwa gazowego.

Na sposób określenia rynku właściwego w sprawie wpływa także to, że zgodnie z orzecznictwem SOKiK przy określaniu rynku właściwego należy obok produktu na nim oferowanego wziąć również pod uwagę szczebel obrotu towarowego¹⁷. PGNiG działa zarówno na szczeblu sprzedaży detalicznej, jak i hurtowej. Należy wskazać, że są to oddzielne szczeble obrotu. Szczebel sprzedaży hurtowej obejmuje relacje sprzedawcy z odbiorcą zajmującym się dalszą odsprzedażą gazu ziemnego do odbiorców końcowych, natomiast szczebel sprzedaży detalicznej obejmuje sprzedaż ww. paliwa gazowego do odbiorców końcowych zużywających zakupiony gaz.

W związku z powyższym uznać należało, że rynek właściwy, na którym PGNiG podejmuje działania analizowane w aspekcie nadużywania pozycji dominującej, stanowi **hurtowy rynek sprzedaży gazu ziemnego**, gdyż na tym rynku PGNiG zawiera z innymi przedsiębiorcami umowy umożliwiające tym przedsiębiorcom dalszą odsprzedaż gazu odbiorcom końcowym. Natomiast rynkiem, na który kwestionowana praktyka PGNiG oddziałuje, jest rynek detalicznej sprzedaży ww. paliwa gazowego, gdyż działania PGNiG wpływają na możliwość podjęcia działalności przez konkurentów PGNiG w zakresie sprzedaży gazu ziemnego do odbiorców końcowych.

III.2. Rynek właściwy w ujęciu geograficznym

Rynek geograficzny sprzedaży gazu ziemnego ma wymiar krajowy zarówno odnośnie do sprzedaży na szczeblu detalicznym, jak i hurtowym. Powyższe zostało wielokrotnie potwierdzone w orzecznictwie Komisji Europejskiej i Prezesa Urzędu¹⁸. O krajowym wymiarze hurtowego rynku sprzedaży gazu ziemnego decyduje głównie sposób realizacji dostaw tego paliwa gazowego poprzez system sieciowy oraz stopień integracji krajowego systemu z systemami sąsiednimi - obecnie brak jest wystarczającej ilości połączeń transgranicznych systemu przesyłowego, niewystarczająca jest także przepustowość istniejących połączeń. Powoduje to, że obszar geograficzny tego rynku paliwa gazowego ograniczony jest do obszaru, na którym położona jest użytkowana sieć, w przedmiotowej sprawie do terenu Polski.

¹⁷ Wyrok SOKiK z dnia 23 marca 2006 r., sygn. akt: XVII Ama 130/04.

¹⁸ Np.: decyzja Prezesa Urzędu z dnia 11 października 2010 r. nr DKK 104/2010, decyzja Komisji Europejskiej z dnia 29 września 2010 r. nr COMP/39.315 *ENI*, decyzja Komisji Europejskiej z dnia 17 grudnia 2002 r. nr COMP/M.2822 *EnBV/ENI/GVS*.

Dodatkowo należy zauważyć, iż zgodnie z informacjami opublikowanymi w Raporcie rocznym Prezesa URE z 2011 r. na wszystkich punktach wejścia do polskiego systemu przesyłowego udział mocy zarezerwowanych przez PGNiG wynosi prawie 100%. Obrót gazem ziemnym realizowany jest wyłącznie w ramach kontraktów dwustronnych, a forma sprzedaży gazu za pośrednictwem giełdy – istotna z punktu widzenia wymiany handlowej, nie funkcjonuje w Polsce.¹⁹ Wobec powyższego brak jest w chwili obecnej podstaw do przyjęcia, iż rynek hurtowej sprzedaży gazu może mieć szerszy niż krajowy zasięg geograficzny. Jednocześnie nie występują przesłanki uzasadniające węższe jego ujęcie. Warunki w tym zakresie są całkowicie jednorodne na obszarze całego kraju.

W przypadku rynku detalicznej sprzedaży gazu ziemnego czynnikiem odróżniającym krajowy system od systemów sąsiednich jest fakt zatwierdzania przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki taryf na ceny paliwa gazowego, co stanowi barierę wejścia na krajowy rynek. Brak jest jednocześnie uzasadnienia dla węższego niż krajowy określenia tego rynku, np. ograniczenia go do obszaru sieci dystrybucyjnej MSG. Należy zauważyć, iż odbiorcy końcowi gazu ziemnego przyłączeni do sieci dystrybucyjnej MSG, jak i innych OSD, dysponują swobodą wyboru (potencjalnego) dostawcy paliwa gazowego. Także sprzedawcy gazu ziemnego (potencjalni) mogą sprzedawać to paliwo dowolnemu odbiorcy na terenie całego kraju. Nie istnieją w tym zakresie jakiejkolwiek bariery prawne, a dotychczasowy brak mobilności klientów wynika wyłącznie ze struktury podmiotowej rynku sprzedaży gazu ziemnego w kraju i braku dotychczas alternatywnej oferty wobec oferty PGNiG.

Podsumowując, w niniejszej sprawie jako rynek właściwy, na którym ma miejsce nadużywanie pozycji dominującej przez PGNiG, należy uznać krajowy rynek sprzedaży hurtowej gazu ziemnego. Z kolei rynkiem, na którym ma miejsce ograniczenie konkurencji jest krajowy rynek sprzedaży detalicznej gazu ziemnego.

IV. Pozycja dominująca PGNiG na rynku właściwym

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, w art. 4 pkt 10, definiuje pozycję dominującą jako pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym stopniu niezależnie od konkurentów, kontrahentów i konsumentów. Domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział na rynku przekracza 40%.

W toku postępowania antymonopolowego wykazane zostało, że PGNiG posiada pozycję dominującą w rozumieniu art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów na krajowym rynku sprzedaży hurtowej gazu ziemnego (na którym zarzucone zostało PGNiG nadużywanie pozycji dominującej). Na marginesie należy również wskazać, że PGNiG posiada również pozycję dominującą na krajowym rynku

¹⁹ www.ure.gov.pl/download/1/4527/Raport_2011_na_strone.pdf

sprzedaży detalicznej ww. paliwa gazowego, tj. na rynku niższego szczebla, na który zarzucana praktyka oddziałuje.

Zgodnie z informacjami zamieszczonymi w raporcie rocznym Prezesa URE z 2011 r. wysoki poziom koncentracji na rynku hurtowej sprzedaży gazu w Polsce powoduje, że udział aktywnych, niezależnych uczestników rynku jest znikomy i wynosi ok. 2%. Wobec wskazanej już powyżej informacji, iż na wszystkich punktach wejścia do polskiego systemu przesyłowego udział mocy zarezerwowanych przez PGNiG wynosi prawie 100% oraz wobec tego, iż prawie 100% krajowego wydobycia gazu jest realizowane i wprowadzane do obrotu przez PGNiG, należy uznać, iż konkurencja, z jaką spotyka się ten przedsiębiorca na rynku krajowym ma charakter śladowy.

Należy wskazać, że przedsiębiorca, którego udział w rynku sięga 98%, posiada tak znaczącą pozycję na rynku w stosunku do swoich kontrahentów i konkurentów, że zasadniczo niemożliwym jest uznanie, że nie posiada on pozycji dominującej. Zgodnie z poglądem doktryny europejskiego prawa konkurencji tak wysoki udział w rynku, który utrzymuje się przez pewien czas powinien być sam w sobie postrzegany jako dowód posiadania pozycji dominującej przez przedsiębiorcę²⁰. Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że bardzo duże udziały w rynku są ważnym dowodem na występowanie pozycji dominującej²¹, a udziały w wysokości 70% – 80% wystarczają dla uznania pozycji dominującej przedsiębiorcy²². W literaturze wskazuje się nawet na pozycję tzw. *quasi-monopolisty*, któremu konkurenci nie są w stanie zagrozić ze względu na skalę przewagi siły rynkowej, pozycja ta została zdefiniowana jako pozycja przedsiębiorcy dysponującego ponad 90% udziałem w rynku²³. Badając pozycję dominującą PGNiG Prezes Urzędu przeanalizował także jego pozycję w stosunkach z konkurentami. Za posiadaniem przez PGNiG pozycji dominującej z tego punktu widzenia przemawiają istniejące bariery wejścia i ekspansji. W doktrynie podnosi się, że skutkiem istnienia takich barier jest ograniczenie konkurentom, potencjalnym i rzeczywistym, możliwości reagowania na zachowania przedsiębiorcy posiadającego silną pozycję na rynku, co zwiększa jego możliwości działania niezależnego od innych uczestników rynku²⁴.

Wobec powyższego posiadanie pozycji dominującej przez PGNiG na krajowym rynku hurtowej sprzedaży gazu ziemnego nie budzi wątpliwości, nie jest także kwestionowane przez stronę przedmiotowego postępowania.

Strona postępowania posiada jednocześnie pozycję dominującą na rynku sprzedaży detalicznej gazu ziemnego, na który oddziałuje kwestionowana w niniejszej sprawie

²⁰ J. Faull, A. Nikpay. *The EC Law of Competition*, Oxford 2007, s. 325.

²¹ Wyrok TS z dnia 13 lutego 1979 r. w sprawie Hoffman – La Roche & Co. AG (sprawa nr 85/76).

²² Wyrok TS z dnia 2 marca 1994 r. w sprawie Hilti AG (sprawa nr 53/92), wyrok TS z dnia 14 listopada 1996 r. w sprawie Tetra Pak International SA (sprawa nr 333/94).

²³ *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod. red. T. Skoczego, A. Jurkowskiej, D. Miąsika, Warszawa 2009, s. 239.

²⁴ *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod. red. C. Banasińskiego i E. Pionka, LexisNexis, Warszawa 2009 r., s. 132.

praktyka PGNiG. Na przedmiotowym rynku oprócz PGNiG funkcjonuje kilkadziesiąt innych podmiotów odsprzedających gaz ziemny – głównie nabywany od PGNiG – odbiorcom końcowym. Ich łączny udział w rynku wynosi jednak tylko ok. 2%, a co do zasady przedsiębiorcy ci prowadzą sprzedaż gazu za pośrednictwem własnych lokalnych sieci dystrybucyjnych. Zgodnie z ww. Raportem Prezesa URE w 2010 r.²⁵ na rynku detalicznym działalność prowadził tylko jeden podmiot nie posiadający sieci, realizując sprzedaż gazu ziemnego z wykorzystaniem zasady TPA. Wobec powyższego należy uznać, iż PGNiG, analogicznie jak na rynku hurtowym, posiada także pozycję dominującą na krajowym rynku detalicznej sprzedaży gazu.

Podsumowując, należy stwierdzić, że posiadana przez PGNiG pozycja na krajowym rynku hurtowej sprzedaży ww. paliwa gazowego, daje temu przedsiębiorcy możliwość zapobiegania skutecznej konkurencji na rynku detalicznej sprzedaży gazu ziemnego oraz działania w znacznym stopniu niezależnie od swoich konkurentów oraz kontrahentów. Należy więc uznać, że wykazane zostało, że PGNiG posiada pozycję dominującą w rozumieniu art. 4 pkt 10 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* na krajowym rynku sprzedaży hurtowej gazu ziemnego. Jednocześnie wykazane zostało, że PGNiG posiada również pozycję dominującą na krajowym rynku sprzedaży detalicznej gazu ziemnego, na który to przedmiotowa praktyka PGNiG oddziałuje.

V. Nadużywanie pozycji dominującej

Sam fakt posiadania pozycji dominującej na rynku właściwym nie stanowi jeszcze naruszenia prawa, podobnie jak jej legalne wzmacnianie wskutek wzrostu potencjału ekonomicznego. Bezprawne jest dopiero nadużywanie przez przedsiębiorcę takiej pozycji.

Zakazując nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców (art. 9 ust. 1), Ustawa w art. 9 ust. 2 zawierającym przykładowy katalog praktyk ograniczających konkurencję, za przejawy nadużywania pozycji dominującej uznaje w szczególności: ograniczenie produkcji, zbytu lub postępu technicznego ze szkodą dla kontrahentów lub konsumentów oraz przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

W niniejszej sprawie PGNiG postawiono zarzut naruszenia zakazu nadużywania pozycji dominującej na krajowym rynku hurtowej sprzedaży gazu ziemnego polegającego na:

- a) ograniczaniu zbytu ze szkodą dla kontrahentów lub konsumentów poprzez odmowę sprzedaży tego paliwa gazowego na zasadach umowy kompleksowej na rzecz przedsiębiorcy zamierzającego dokonywać dalszej odsprzedaży gazu ziemnego, tj. NowyGaz sp. z o.o., co może stanowić praktykę ograniczającą

²⁵ http://www.ure.gov.pl/ftp/Biuletyny_URE/2011/2011_06_30-biuletyn_nr2.pdf

konkurencję na krajowym rynku sprzedaży detalicznej gazu ziemnego i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 2 pkt 2 Ustawy,

- b) przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na krajowym rynku sprzedaży detalicznej gazu ziemnego poprzez odmowę sprzedaży tego paliwa gazowego na zasadach umowy kompleksowej na rzecz przedsiębiorcy zamierzającego dokonywać dalszej odsprzedaży gazu ziemnego, tj. NowyGaz sp. z o.o., co może stanowić praktykę określoną w art. 9 ust. 2 pkt 5 Ustawy.

Jak wynika z powyższego, podstawą postawionych w przedmiotowym postępowaniu antymonopolowym zarzutów jest odmowa sprzedaży gazu na zasadach umowy kompleksowej. Wykazać należy zatem na wstępie, że w niniejszej sprawie miała miejsce odmowa zawarcia umowy sprzedaży gazu – w szczególności biorąc pod uwagę fakt, iż PGNiG zaprzecza, jakoby taka odmowa miała miejsce.

V.1 Naruszenie art. 9 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 2 Ustawy - ograniczanie zbytu ze szkodą dla kontrahentów lub konsumentów

Prezes UOKiK zarzucił PGNiG nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym polegające na ograniczaniu zbytu ze szkodą dla kontrahentów lub konsumentów poprzez odmowę sprzedaży gazu ziemnego na rzecz NowyGaz – przedsiębiorcy zamierzającego dokonywać dalszej odsprzedaży, co może stanowić praktykę określoną w art. 9 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 2 Ustawy.

Art. 9 ust. 2 pkt 2 Ustawy zakazuje nadużywania pozycji dominującej przez jednego lub kilku przedsiębiorców poprzez ograniczenie produkcji, zbytu lub postępu technicznego ze szkodą dla kontrahentów lub konsumentów. Ograniczenia powyższe (tzw. „ustalanie kontyngentów”) zakazane są w sytuacjach, gdy nie są uzasadnione racjonalnymi przesłankami, takimi jak np. zmiany popytu²⁶. Jak podnosi się w doktrynie prawa antymonopolowego, skrajną postacią praktyki określonej w art. 9 ust. 2 pkt 2 Ustawy jest odmowa kontraktowania, która nie stanowi jednak nadużycia pozycji dominującej *per se*. Uznanie odmowy zawarcia umowy za nadużycie pozycji dominującej stanowi wyjątek od zasad swobody zawierania umów, stąd może nastąpić jedynie w wyjątkowych okolicznościach²⁷.

Wskazać należy zarazem, że zgodnie z poglądami doktryny praktyka ograniczająca konkurencję, o której mowa w art. 9 ust. 2 pkt 2 Ustawy, powinna być interpretowana niezwykle szeroko²⁸. Do antykonkurencyjnego ograniczania zbytu przez dominanta dochodzić może w sytuacji, gdy „*dominujący przedsiębiorca odmawia kontrahentowi*

²⁶ E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydawnictwo TWIGGER, Warszawa 2002, s. 106, A. Jurkowska w: T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.) „*Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*”, C.H.BECK, Warszawa 2009, s. 639.

²⁷ A. Jurkowska w: T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.) „*Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*”, C.H.BECK, Warszawa 2009, s. 639, także: A. Stawicki w: Aleksander Stawicki, Edward Stawicki (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2011 r., s. 358 i nast.

²⁸ M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Oficyna 2010, pkt 4.2.4.

(będącemu bardzo często konkurentem dominanta) dostarczania potrzebnych mu produktów”²⁹.

Dla stwierdzenia praktyki z art. 9 ust. 2 pkt 2 Ustawy niezbędne jest spełnienie dwóch przesłanek: **zaistnienie ograniczenia zbytu** oraz **wystąpienie szkody u kontrahentów przedsiębiorcy dominującego lub konsumentów**. Ograniczenia takie są zakazane o tyle, o ile nie można uzasadnić ich żadnymi racjonalnymi przesłankami, takimi jak zmiany popytu, a sam dominant dysponuje potencjałem wystarczającym dla zaspokojenia tego popytu³⁰.

W ocenie Prezesa UOKiK analizowana w niniejszym postępowaniu antymonopolowym odmowa PGNiG zawarcia kompleksowej umowy sprzedaży gazu z NowyGaz była antykonkurencyjna, brak jest dla niej obiektywnego uzasadnienia i jako taka naruszyła zakaz z art. 9 ust. 2 pkt 2 Ustawy.

Wskazać należy, że odmowa sprzedaży na rzecz konkurenta rodzi problemy z punktu widzenia prawa konkurencji w takich przypadkach, w których jest ona próbą wykorzystania pozycji dominującej na jednym rynku w celu oddziaływania na inny rynek powiązany, na którym dominant też jest obecny, względnie próbą niedopuszczenia do wykształcenia się nowego rynku powiązanego (*leveraging*), właśnie poprzez pozbawienie konkurentów dostępu do produktów lub usług, które są im niezbędne do konkurowania z dominantem³¹. W niniejszej sprawie zachodzi taka sytuacja - PGNiG posiada pozycję dominującą na rynku wyższego szczebla, tj. na krajowym rynku hurtowej sprzedaży paliwa gazowego i przenosi ją na rynek niższego szczebla, tj. krajowy rynek detalicznej sprzedaży paliwa gazowego, w celu niedopuszczenia do rozwoju tego rynku.

V.2 Odmowa zawarcia umowy

Mając na względzie stan faktyczny przedstawiony w ustalającej części decyzji, Prezes UOKiK uznaje, iż w rozpatrywanej sprawie PGNiG odmówiło NowyGaz zawarcia umowy kompleksowej.

W uzasadnieniu należy wskazać, że w odpowiedzi na wniosek Skarżącego z dnia 14 stycznia 2010 r. (uzupełniony w dniu 21 lutego 2010 r.) o zawarcie takiej umowy, po odbyciu dwóch spotkań merytorycznych z NowyGaz (w tym jednego także z udziałem MSG), pismem z dnia 22 kwietnia 2010 r. PGNiG poinformował NowyGaz, że obowiązujące zasady alokacji opisane w Instrukcji MSG nie umożliwiają prawidłowego rozliczenia sprzedaży gazu. W związku z powyższym Spółka stwierdziła, że *„do momentu ustalenia dokładnych zapisów regulujących w/w sprawy nie możemy zawrzeć ze spółką NowyGaz umowy sprzedaży paliwa gazowego”*.

²⁹ M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Oficyna 2010, pkt 4.2.2.

³⁰ A. Jurkowska w: T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.) *„Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz”*, C.H.BECK, Warszawa 2009, s. 639.

³¹ A. Stawicki, komentarz do art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, E-LEX 2010.

W piśmie z dnia 3 sierpnia 2010 r. skierowanym do Prezesa UOKiK, Spółka zadeklarowała, iż wyrażała w przeszłości wolę zawarcia z NowyGaz umowy kompleksowej, podtrzymuje nadal takie stanowisko, ale stwierdziła jednocześnie, że *„Zawarcie umowy uniemożliwiają jednak przyczyny natury obiektywnej, związane z brakiem regulacji, które pozwoliłyby PGNiG S.A. nawiązać współpracę z NowyGaz na warunkach proponowanych przez ten podmiot. Kluczowym problemem jest brak możliwości rozliczania paliwa gazowego”*.

Z kolei w piśmie z dnia 29 października 2010 r. do Prezesa UOKiK, PGNiG stwierdził, że *„rozmowy w sprawie możliwości sprzedaży paliwa gazowego spółce NowyGaz sp. z o.o. (...) zostały wstrzymane do czasu wprowadzenia zmian w Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej (...), które umożliwiałyby rozliczanie oraz dokonywanie alokacji w sytuacji gdy w jednym punkcie wejścia do systemu dystrybucyjnego, paliwo gazowe było przekazywane przez MSG także do innego podmiotu, obok PGNiG S.A.”*. Zarazem, mimo że decyzją z dnia 22 czerwca 2010 r. (znak DPK-7111-Z(3)/2010/MK) Prezes URE odmówił dokonania zmian w IRiESD MSG (uznając że nie są one konieczne dla rozliczenia ZUD w sytuacji, gdy w danym punkcie wejścia do systemu dystrybucyjnego gaz wprowadzany jest przez dwa podmioty posiadające status ZUD), PGNiG wskazała Prezesowi UOKiK, iż według niej w dalszym ciągu w jednym z możliwych stanów faktycznych (w sytuacji, w której odbiorcy NowyGaz nie będą podmiotami odbierającymi paliwo gazowe w oparciu o układ pomiarowy wyposażony w dzienny odczyt ilości pobranego paliwa), dla zawarcia umowy z NowyGaz „wydaje się niezbędne” wprowadzenie odpowiednich zmian w IRiESD.

W dniu 30 listopada 2010 r., na spotkaniu z NowyGaz, PGNiG wyjaśnił, iż w jego ocenie istnieje możliwość rozliczania wolumenów gazu dostarczanych dla i odbieranych przez NowyGaz na stacjach I stopnia. W wyniku przedstawionej przez PGNiG propozycji oraz dalszych uzgodnień pomiędzy zainteresowanymi, w dniu 31 maja 2011 r. doszło ostatecznie do zawarcia przedmiotowej umowy kompleksowej sprzedaży paliwa gazowego.

Z powołanych powyżej pism PGNiG skierowanych do NowyGaz oraz do Prezesa UOKiK *expressis verbis* wynika, iż Spółka odmawiała zawarcia ze skarżącym wnioskowanej umowy sprzedaży paliwa gazowego.

Uznania, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z odmową przez PGNiG zawarcia umowy sprzedaży paliwa gazowego nie zmienia fakt, iż ostatecznie umowa taka została zawarta. Okoliczność taka wpływa bowiem jedynie na ustalenia co do długości okresu stosowania przez PGNiG praktyki ograniczającej konkurencję.

Oceny działań PGNiG jako odmowy zawarcia umowy sprzedaży paliwa gazowego nie zmienia również okoliczność, że w dniu 15 marca 2010 r. PGNiG zadeklarował chęć sprzedaży NowyGaz paliwa gazowego na punkcie wyjścia z systemu dystrybucyjnego. Takiej propozycji nie można uznać za alternatywę wobec kompleksowej umowy sprzedaży gazu ziemnego w punkcie wejścia do systemu

dystrybucyjnego. Proponowana przez PGNiG umowa umożliwiałaby bowiem tylko odbiór gazu ziemnego przez ostatecznego odbiorcę, nie umożliwiałaby natomiast dalszego obrotu gazem.

Oceny zachowania PGNiG w kategoriach odmowy zawarcia ze spółką NowyGaz umowy sprzedaży paliwa gazowego nie zmienia także fakt, iż PGNiG, wskazując ww. przedsiębiorcy, że nie może zawrzeć z nim umowy sprzedaży paliwa gazowego, powoływała się równocześnie na okoliczności faktyczne i prawne mające uzasadnić tę odmowę. Jak zostanie wykazane poniżej, argumenty PGNiG nie mogą być uznane za obiektywnie uzasadnione.

V.3 Brak obiektywnego uzasadnienia odmowy PGNiG

Zdaniem Prezesa UOKiK odmowa przez PGNiG zawarcia umowy z NowyGaz nie obiektywnie uzasadniona.

a) Ad argument PGNiG - Oczekiwanie na dokonanie przez Prezesa URE aktualizacji IRiESD MSG

Jak wynika z powołanych pism PGNiG, Spółka **odmówiła** zawarcia wnioskowanej przez NowyGaz umowy kompleksowej, powołując się na niekompletność regulacji IRiESD. Podkreślić należy, że negatywne stanowisko co do możliwości sprzedaży gazu Skarżącemu PGNiG zawarł także w pismach skierowanych do Prezesa UOKiK cytowanych powyżej. Oceny organu antymonopolowego w tej mierze nie zmieniają deklaracje Spółki o woli zawarcia przedmiotowej umowy. O tym, iż w rzeczywistości brak było woli zawarcia przedmiotowej umowy świadczy fakt, iż ostatecznie umowa taka została zawarta, przy niezmiennych zapisach Instrukcji MSG. Prezes UOKiK zaznacza jednocześnie, iż także po wydaniu przez Prezesa URE decyzji odmawiającej akceptacji karty aktualizacji IRiESD nr 14 PGNiG stał na stanowisku, iż dla rozliczenia ilości paliwa gazowego w sytuacji gdy w jednym punkcie wejścia do systemu dystrybucyjnego, paliwo jest przekazywane przez OSD dla dwóch podmiotów, jest w niektórych sytuacjach niezbędne wprowadzenie odpowiednich postanowień do IRiESD³². Powyższe obrazuje, iż zarówno na etapie rozpatrywania przez Prezesa URE zasadności zaktualizowania Instrukcji MSG, jak i po podjęciu przez organ regulacyjny decyzji o braku takiej potrzeby, podnoszenie przez PGNiG niekompletności regulacji IRiESD MSG było wyłącznie pretekstem do odmawiania zawarcia wnioskowanej przez NowyGaz umowy.

W ocenie organu antymonopolowego (w pełni zgodnej ze stanowiskiem Prezesa URE przedstawionym w pismach powołanych w części ustalającej decyzji) obecne zapisy Instrukcji MSG pozwalają na dokonanie alokacji w sytuacji zaistniałej w niniejszej sprawie. Jak już wzmiankowano w niniejszej decyzji, zgodnie z pkt 1.2 IRiESD MSG alokacja oznacza przypisanie poszczególnym ZUD ilości paliwa gazowego przekazanego do dystrybucji w punkcie wejścia lub odbieranego w punkcie wyjścia

³² Pismo Spółki z dnia 29 października 2010 r., k. 110-112 akt adm.

gdy w danym punkcie paliwo gazowe jest przekazywane lub odbierane na podstawie więcej niż jednej umowy o świadczenie usług dystrybucji.

Wskazać należy, iż cytowane powyżej zapisy pkt 4.1. IRiESD MSG przewidują kilka wariantów rozwiązania problemów alokacji paliwa gazowego wprowadzonego do systemu dystrybucyjnego MSG przez poszczególne podmioty mające status Zleceniodawcy Usługi Dystrybucji. Przede wszystkim zgodnie z pkt 4.1.7 cz. II Instrukcji szczegółowe warunki alokacji w danym punkcie wejścia do systemu dystrybucyjnego określone są w porozumieniach pomiędzy OSD a wszystkimi ZUD wprowadzającymi paliwo do systemu.

Po wtóre, w przypadku niezawarcia porozumienia, o którym mowa w punkcie 4.1.7. ilości paliwa gazowego przekazane do dystrybucji w danym punkcie wejścia zostaną przypisane poszczególnym ZUD proporcjonalnie do nominacji zatwierdzonych przez OSP dla tego punktu wejścia (pkt 4.1.10).

W sytuacji zaś gdy nie ma możliwości zastosowania powyższych wariantów, ZUD będzie zobowiązany do przekazywania do OSD, na swój koszt wyników pomiarów we wszystkich punktach wyjścia do odbiorców końcowych, do których realizowana jest usługa dystrybucji z danego punktu wejścia, do godziny (8:00) za poprzednią dobę gazową.

W tym miejscu należy odnieść się do przedstawionych przez PGNiG dwóch opinii zawierających analizę możliwości rozliczenia różnicy bilansowej na podstawie IRiESD OSD, autorstwa prof. dr hab. inż. Andrzeja J. Osiadacza oraz dra Jacka Jaworskiego (obydwie z maja 2011 r.). Zdaniem Prezesa UOKiK obydwie ww. opinie nie mogą wpływać na zmianę przedstawionej oceny sprawy. Z wniosków zawartych w obu tych opiniach wynikać ma, że nie jest możliwa wyłącznie na podstawie postanowień IRiESD OSP sytuacja, w której do sieci gazowej, której operatorem jest OSD, wprowadzają paliwo gazowe jednocześnie PGNiG oraz inna spółka obrotu. Należy zauważyć, że wbrew ww. tezie zawartej w opiniach, w dacie ich powstania PGNiG uznał możliwość rozliczania wolumenów gazu dostarczanych do i odbieranych przez NowyGaz na stacjach I stopnia. Oznaczać to może, że decyzja o podjęciu negocjacji prowadzących do zawarcia umowy z NowyGaz podjęta została niezależnie od ww. zamówionych opinii.

b) Ad argument PGNiG - problemy z rozliczeniem ilości gazu wprowadzanego do systemu w jednym punkcie przez dwa podmioty

Nie zasługuje na uwzględnienie także zarzut PGNiG, jakoby IRiESD MSG nie regulowała zasad alokacji w sytuacji gdy na danym punkcie wejścia nie jest zapewnione minimalne ciśnienie paliwa gazowego. Jak bowiem jasno wynika z pkt 4.1.10 w zw. z pkt 4.1.9 cz. II Instrukcji, w przypadku niezapewnienia w danym punkcie wejścia minimalnego ciśnienia dostawy oraz braku stosownych porozumień pomiędzy OSD a ZUD-ami, ilości paliwa gazowego przekazane do dystrybucji

w danym punkcie wejścia zostaną przypisane poszczególnym ZUD proporcjonalnie do nominacji zatwierdzonych przez OSP dla tego punktu wejścia.

Ponadto podkreślić należy, iż jak wyjaśniła w piśmie z dnia 23 września 2010 r. MSG, fakt niezapewnienia w danym punkcie wejścia do systemu dystrybucyjnego minimalnego ciśnienia gazu nie jest równoznaczny z niemożliwością dokonania alokacji paliwa. Możliwa jest bowiem sytuacja, w której mimo niezapewnienia minimalnego kontraktowego ciśnienia paliwa gazowego, ciśnienie gazu będzie wystarczające do bezproblemowej realizacji usługi transportu gazu do wszystkich odbiorców.

Z analizy zapisów Instrukcji wynika jasno, że nie zasługuje na uwzględnienie również argument PGNiG, według którego w analizowanej sytuacji trudności w rozliczaniu i alokacji paliwa gazowego wynikać będą także z faktu, iż w przedmiotowej sytuacji ZUD (czyli NowyGaz) nie będzie jednocześnie Zlecającym Usługę Przesyłu (ZUP).

Zauważyć bowiem należy, iż zgodnie z pkt 4.1.12 cz. II IRiESD w przypadku, gdy w danym punkcie wejścia do systemu dystrybucyjnego, usługi dystrybucyjne realizowane są na rzecz podmiotu, który jest ZUD, jednak nie jest jednocześnie zlecającym usługę przesyłania, OSD w ramach zawartego z nim porozumienia ureguluje zasady alokowania paliwa gazowego wprowadzanego i odbieranego do/z systemu dystrybucyjnego dla tego podmiotu.

W przypadku zaś niepodpisania przez ZUD-a porozumienia, o którym mowa powyżej, ZUD nie mający jednocześnie statusu ZUP będzie zobowiązany do przekazywania do OSD, na swój koszt, wyników pomiarów we wszystkich punktach wyjścia do odbiorców końcowych, do których realizowana jest usługa dystrybucji z danego punktu wejścia, do godziny (8:00) za poprzednią dobę gazową (zgodnie z 4.2.1 cz. II IRiESD).

Mając na względzie powyższy wywód, Prezes UOKiK stwierdza, iż IRiESD przewidywała kilka alternatywnych wariantów alokacji paliwa gazowego wprowadzanego do systemu dystrybucyjnego w tym samym punkcie wejścia przez dwa (lub więcej) podmioty posiadające status ZUD. Co więcej w Instrukcji uregulowano także sposoby rozwiązania sytuacji szczególnych, np. opisane zostały zasady alokacji gazu w przypadku niezapewnienia w danym punkcie wejścia minimalnego ciśnienia dostawy, czy też alokacja gazu odbieranego przez Zleceniodawcę Usługi Dystrybucji (ZUD) nie będącego Zleceniodawcą Usługi Przesyłu (ZUP).

Instrukcja przewiduje więc wbrew twierdzeniom PGNiG, odpowiednie procedury (ogólne ramy) współpracy w zakresie alokacji między zainteresowanymi podmiotami w sytuacji zaistniałej w niniejszej sprawie (tj. gdy dwaj przedsiębiorcy wprowadzają paliwo gazowe w tym samym punkcie wejścia do sieci zarządzanej przez tego samego OSD). IRiESD wskazuje bowiem jaki podmiot, z kim i w jakiej formie powinien dokonać uzgodnień w zakresie poszczególnych kwestii związanych z alokacją.

c) Ad argument PGNiG - Znaczenie stanowiska Prezesa URE w sprawie

Powyższa ocena organu antymonopolowego zgodna jest ze stanowiskiem Prezesa URE przedstawionym w cytowanych w niniejszej decyzji pismach. Jak organ regulacyjny wyjaśnił w piśmie z dnia 7 września 2010 r. skierowanym, do NowyGaz:

„Zarówno zapisy pkt 3 jak również pkt 4 jasno i precyzyjnie opisują procedurę zmiany sprzedawcy oraz metody alokacji paliwa gazowego przy zmianie sprzedawcy, w tym m.in.: (...)

- kto wykonuje alokacje i na podstawie jakich danych (pkt 4.1.1),*
- kto z kim współpracuje w celu przypisania właściwych alokacji poszczególnym odbiorcom (pkt 4.1.2),*
- wyznaczenie podmiotów odpowiadających za określenie szczegółowych zasad alokacji oraz określenie procedury alokacji w przypadku braku porozumienia pomiędzy podmiotami (pkt 4.1.7 i 4.1.9),*
- wskazuje odpowiedzialny podmiot oraz sposób alokacji gazu na rzecz ZUD, który nie jest jednocześnie zlecającym usługę przesłania paliwa gazowego w sieci przesyłowej OSP (pkt 4.1.12)”.*

Powyższe stanowisko Prezes URE podtrzymał w piśmie do Prezesa UOKiK z dnia 22 marca 2011 r., w którym, odnosząc się do treści pkt 4 cz. II IRiESD, stwierdził, iż *„Kolejne punkty (por. pkt 4.1.7-4.1.14, 4.2.1-4.2.2 IRiESD) przewidują zawarcie porozumień między OSD a wszystkimi ZUD. Porozumienia te mają regulować szczegółowe warunki alokacji w danym punkcie wejścia do systemu. Zapisy IRiESD MSG wskazują również sposób dokonywania alokacji w przypadku nie zawarcia takiego porozumienia”.*

Biorąc pod uwagę przeprowadzoną powyżej przez Prezesa UOKiK analizę zapisów IRiESD oraz zbieżną z nią ocenę Prezesa URE, stwierdzić należy, iż zastrzeżenia PGNiG do zapisów Instrukcji dotyczących alokacji nie zasługują na uwzględnienie.

d) Ad argument PGNiG – Precedensowy charakter sprawy

Dla oceny zasadności odmowy zawarcia przez Spółkę umowy sprzedaży paliwa gazowego Skarżącemu z uwagi na podnoszone braki Instrukcji i precedensowy charakter sprawy konieczne jest także odniesienie się do stanowiska prezentowanego w niniejszej sprawie przez MSG.

Jak wynika z części ustalającej niniejszej decyzji, Operator Systemu Dystrybucyjnego od początku swojego udziału w sprawie wnioskowanej przez Skarżącego kompleksowej umowy sprzedaży gazu – prezentował stanowisko, iż w świetle obowiązujących zapisów IRiESD możliwe jest dokonanie alokacji i rozliczenia wprowadzonego do systemu dystrybucyjnego paliwa – *vide* notatka ze spotkania PGNiG-NowyGaz-MSG w dniu 19 marca 2010 r. oraz pismo MSG z dnia 30 kwietnia 2010 r. do PGNiG. Operator Systemu Dystrybucyjnego już w piśmie z dnia 18 maja 2010 r. do Spółki stwierdził, iż PGNiG jako sprzedawca gazu powinien w ramach

negocjacji umowy kompleksowej wypracować reguły akceptowalne dla kontrahenta w zakresie ilości oraz mocy sprzedawanego paliwa, zaś rolą MSG będzie uwzględnienie przyjętych zasad dla prowadzenia bilansowania handlowego systemu dystrybucyjnego w ramach zawartych umów o świadczenie usług dystrybucji. Ponadto MSG stwierdził w powołanym piśmie, iż *„W momencie uzyskania przez spółkę NowyGaz statusu ZUD możemy (...) zaproponować w odrębnym trójstronnym porozumieniu podpisanym przez MSG, PGNiG oraz NowyGaz zasadę podziału ilości paliwa gazowego oraz mocy umownej w punkcie wejścia Słomczyn-Konstancin”*.

Jak więc z powyższego wynika, MSG już w maju 2010 r. wskazywał na możliwości rozwiązań, które zostały ostatecznie przyjęte ponad rok później. Po pierwsze MSG wskazywał bowiem, iż bilansowanie handlowe (rozliczenie) gazu jest kwestią „obciążającą” OSD i regulowaną w umowie dystrybucyjnej pomiędzy MSG a ZUD. Po drugie, MSG w piśmie z dnia 18 maja 2010 r. wskazywał na możliwość uregulowania szczegółowych kwestii związanych z alokacją gazu wprowadzanego przez PGNiG i NowyGaz w tym samym punkcie wejścia do sieci dystrybucyjnej, w odrębnym trójstronnym porozumieniu.

Także w piśmie z dnia 19 sierpnia 2010 r. MSG stwierdziło, iż wskutek odmowy zatwierdzenia przez Prezesa URE karty aktualizacji IRiESD nr 14 „(...) **zasady dotyczące rozliczeń** w sytuacji wystąpienia różnych ilości paliwa gazowego wprowadzonego i odebranego z systemu dystrybucyjnego, **będą przedmiotem ewentualnej umowy o świadczenie usług dystrybucji** z danym Zleceniodawcą Usługi Dystrybucji” (podkr. Prezesa UOKiK).

Również w toku spotkania roboczego w dniu 12 października 2010 r. Operator Systemu Dystrybucyjnego stanął na stanowisku, iż bilansowanie handlowe mogłoby być przeprowadzane poprzez comiesięczne szacowanie realizacji usługi dystrybucji w punkcie wyjścia, według metodyki opisanej w umowie dystrybucyjnej zawartej pomiędzy MSG i ZUD, a różnica bilansowa byłaby rozliczana w ramach tej umowy.

Podkreślić należy, że ostatecznie problematyka bilansowania systemu dystrybucyjnego uregulowana została w umowie o świadczenie usług dystrybucyjnych pomiędzy MSG a Entrade Grupa, zaś zagadnienie alokacji uregulowano w trójstronnym porozumieniu z dnia 31 maja 2011 r.

Organ antymonopolowy zwraca uwagę, iż już w piśmie z dnia 18 maja 2010 r. do PGNiG Mazowiecka Spółka Gazownictwa podniosła że *„jednym z możliwych do zastosowania rozwiązań jest przyjęcie podziału ilości paliwa gazowego zmierzonego w punkcie wejścia proporcjonalnie do mocy umownej zamówionej u Państwa przez NowyGaz, przy czym w ramach umowy przesyłowej z OGP Gaz-System byłaby to dla Państwa moc na obecnym poziomie, natomiast w ramach umowy dystrybucyjnej byłaby ona zmniejszona o wielkość udostępnioną drugiemu ZUD”*.

Wskazać w tym miejscu należy, iż ostateczny kształt rozwiązań przewidzianych w porozumieniu z dnia 31 maja 2011 r. dotyczącym alokacji polega na przyjęciu, iż

alokacja miesięcznych i dobowych ilości paliwa odbywać się będzie według algorytmów (wzorów) opartych na proporcji nominacji składanych przez NowyGaz do całości paliwa gazowego przepływającego w danym punkcie wejścia. Także na spotkaniu roboczym pomiędzy PGNiG i NowyGaz w dniu 30 listopada 2010 r. PGNiG wyjaśnił, iż rozliczanie ilości paliwa dostarczanych przez Spółkę odbywałoby się na podstawie proporcji składanych przez NowyGaz nominacji w stosunku do rzeczywistego przepływu przez stację I stopnia. Rozliczenie z zamawianej mocy odbywałoby się w oparciu o raporty handlowe OGP Gaz-System S.A. i byłoby rozliczane proporcjonalnie do mocy zamawianej przez NowyGaz w stosunku do całej mocy zamawianej przez PGNiG.

Jak z powyższego wynika, Operator Systemu Dystrybucyjnego od początku swego udziału w niniejszej sprawie stał na stanowisku, iż ewentualne problemy z alokacją i bilansowaniem paliwa gazowego mogą zostać rozwiązane w toku dwu lub trójstronnych ustaleń pomiędzy PGNiG, NowyGaz i MSG. Stanowiska MSG w tym zakresie nie zmieniła negatywna decyzja Prezesa URE w przedmiocie zatwierdzenia karty aktualizacji IRiESD nr 14 dotyczącej kwestii bilansowania paliwa. Podkreślić należy, iż już w piśmie z dnia 18 maja 2010 r. OSD wskazał na możliwość zawarcia trójstronnego porozumienia pomiędzy PGNiG, NowyGaz i MSG oraz metodologię alokacji gazu wprowadzanego do sieci w jednym punkcie wejścia przez dwóch ZUD-ów. Tymczasem PGNiG m.in. w piśmie z dnia 29 października 2010 r. informował Prezesa UOKiK, iż do czasu wprowadzenia odpowiednich zmian w IRiESD dotyczących alokacji i bilansowania, rozmowy w sprawie sprzedaży gazu do NowyGaz zostały wstrzymane, zaś odmowna decyzja Prezesa URE sprawiła, iż *„niezbędne okazały się bezpośrednie spotkania pomiędzy PGNiG a MSG celem omówienia powstałej sytuacji”*.

W ocenie Prezesa UOKiK, PGNiG, znając stanowisko MSG i NowyGaz w sprawie alokacji i bilansowania paliwa odbieranego w tym samym punkcie wejścia przez dwóch ZUD-ów, powinien był najpóźniej po dniu 18 maja 2010 r. przystąpić do negocjacji umowy kompleksowej ze Skarżącym oraz porozumienia trójstronnego dotyczącego alokacji.

PGNiG jako warunek zawarcia umowy kompleksowej z NowyGaz wskazywał konieczność poznania zasad bilansowania paliwa gazowego. Tymczasem, jak wynika ze zgromadzonego materiału dowodowego, MSG trzykrotnie wskazywał, iż zasady bilansowania określone zostaną w umowie o świadczeniu usług dystrybucyjnych pomiędzy MSG a NowyGaz (pisma do PGNiG z dnia 18 maja 2010 r. oraz z dnia 19 sierpnia 2010 r. oraz pismo z dnia 2 listopada 2010 r. do Prezesa UOKiK zawierające opis stanowiska MSG przedstawiony na spotkaniu roboczym z PGNiG w dniu 12 października 2010 r.). Co więcej, MSG wyjaśnił we wzmiarkowanym piśmie z dnia 18 maja 2010 r., iż zawarcie przez NowyGaz umowy kompleksowej z PGNiG jest wymogiem formalnym podpisania przez OSD ze Skarżącym umowy o świadczenie usług dystrybucji – co wprost wynika z cz. I IRiESD (pkt 7.3.1).

Prezentując opisane powyżej stanowisko, PGNiG chciałby w istocie znać przed zawarciem umowy sprzedaży gazu rozwiązania umowy o świadczenie usług dystrybucji podpisanej przez OSD z ZUD. Wskazać jednak należy, iż jest to niemożliwe, gdyż Spółka oczekiwała przedstawienia konkretnych rozstrzygnięć przyjętych w umowie jeszcze nie zawartej. Jednocześnie wskazać należy, iż odmawiając zawarcia kompleksowej umowy sprzedaży gazu, PGNiG w praktyce uniemożliwia Skarżącemu zawarcie umowy o świadczenie usług dystrybucji i porozumienie się w ten sposób z OSD co do zasad rozliczeń w sytuacji wystąpienia różnych ilości paliwa gazowego wprowadzonego i odebranego z systemu dystrybucyjnego.

Wobec powyższego nie zasługuje na uwzględnienie podnoszony przez PGNiG argument o precedensowym charakterze przedmiotowego wniosku NowyGaz. Pomimo tego, iż dotychczas nie miała miejsce sytuacja, w której do PGNiG wystąpiłby z wnioskiem o sprzedaż paliwa gazowego w punkcie wejścia do systemu dystrybucyjnego przedsiębiorca zamierzający dokonywać dalszej odsprzedaży tego paliwa na rzecz odbiorców przyłączonych do sieci dystrybucyjnej, PGNiG powinien był być przygotowanym na taką ewentualność lub też powinien był w takiej sytuacji poszukiwać możliwego w danym stanie regulacyjnym rozwiązania. Fakt, iż ostatecznie przyjęto rozwiązanie bez dokonania w międzyczasie jakichkolwiek zmian przepisów prawa lub postanowień IRiESD MSG świadczy o tym, iż znalezienie stosownego rozwiązania dla realizacji wniosku NowyGaz było od początku możliwe. PGNiG po otrzymaniu wniosku NowyGaz zasłaniał się jednak precedensowym charakterem sprawy i brakiem stosownych regulacji prawnych, zamiast dążyć do zrealizowania wniosku NowyGaz.

Mając na względzie powyższe, stwierdzić należy, iż argument PGNiG braku w IRiESD stosownych uregulowań w przedmiocie alokacji i bilansowania paliwa gazowego i precedensowego charakteru sprawy jako powód odmowy zawarcia wnioskowanej przez NowyGaz umowy nie zasługuje na uwzględnienie.

e) Ad argument PGNiG - Próba wypracowania uniwersalnych rozwiązań

Nie zasługuje także na uwzględnienie argumentacja PGNiG, zgodnie z którą Spółka dążyła do wypracowania rozwiązań o uniwersalnym charakterze, które mogłyby stanowić standardowe rozwiązanie również dla innych takich przypadków, odnoszących się do innych systemów dystrybucyjnych, w oparciu o rozwiązania, co do których toczyło się postępowanie przed organem regulacyjnym. W szczególności należy zauważyć, iż Spółka nie mogła mieć pewności, że Prezes URE zatwierdzi aktualizację Instrukcji MSG, a ponadto wniosek NowyGaz dotyczył konkretnego punktu wejścia do konkretnego systemu dystrybucyjnego i wniosek ten wymagał rozpatrzenia w takim zakresie, w jakim był sformułowany.

Podkreślić należy także, iż pomimo stosownego wezwania Prezesa UOKiK, PGNiG nie przedstawił w toku niniejszego postępowania żadnych dowodów (analiz, raportów, prezentacji, pism pomiędzy komórkami organizacyjnymi Spółki) dokumentujących

prowadzone w powyższym zakresie prace studyjne. Każę to poddać w wątpliwość fakt ich prowadzenia. Co więcej, na gołosłowność PGNiG w tym zakresie wskazują przedstawione w piśmie z dnia 1 czerwca 2011 r. dwie opinie zawierające analizę możliwości rozliczenia różnicy bilansowej na podstawie IRiESD OSP, autorstwa prof. dr hab. inż. Andrzeja J. Osiadacza i dra Jacka Jaworskiego. Obie te opinie zostały sporządzone dopiero w maju 2011 r., a nadto PGNiG nie przedstawił dokumentów wskazujących na zlecenie podobnych ekspertyz w terminie wcześniejszym, tj. takim, w którym powinien był podjąć decyzję co do możliwości zawarcia umowy ze spółką NowyGaz.

f) Ad argument PGNiG - Istnienie alternatywnych dostawców, od których NowyGaz mógłby nabywać paliwo gazowe

Przedmiotowy argument nie zasługuje na uwzględnienie. Prezes Urzędu odniósł się już do niego w części decyzji dotyczącej rynku właściwego i posiadanej na nim przez PGNiG pozycji dominującej. W tym miejscu należy jedynie powtórzyć, iż wskazywane przez PGNiG podmioty łącznie posiadają ok. 2% udziału w krajowym rynku hurtowej sprzedaży paliwa gazowego, podczas gdy PGNiG posiada pozostałą część rynku, tj. ok. 98% i zajmuje na nim nie budzącą wątpliwości pozycję dominującą. Jednocześnie podmioty wskazane przez Spółkę, nie są w stanie realizować dostaw paliwa gazowego na zasadach wnioskowanych przez NowyGaz, tj. na zasadach umowy kompleksowej sprzedaży paliwa gazowego w punkcie wejścia do systemu dystrybucyjnego MSG.

Prezes UOKiK stwierdza zatem, iż odmowa PGNiG zawarcia umowy sprzedaży gazu na rzecz NowyGaz nie była obiektywnie uzasadniona, co w świetle poglądów przedstawicieli doktryny oraz orzecznictwa jest jedną z przesłanek uznania jej za nadużycie pozycji dominującej³³.

Jednocześnie odnieść się należy do przesłanego przez Stronę pismem z dnia 20 lutego 2012 r. dokumentu sporządzonego przez Instytut Studiów Energetycznych pt. „Analiza czy w latach 2010-2011 istniała możliwość zakupu gazu ziemnego (gaz) od konkurencji PGNiG oraz transportu go sieciami przesyłowymi Operatora Sieci Przesyłowej (OSP) do sieci dystrybucyjnej (OSD) – Mazowieckiej Spółki Gazownictwa (MSG) w celu dalszej sprzedaży lub użycia w celach bilansowych”.

Mając na względzie już sam tytuł powołanego opracowania, organ antymonopolowy podnosi, iż Skarżący był zainteresowany zakupem gazu ziemnego **w konkretnym punkcie wejścia do systemu dystrybucyjnego MSG** (będącego jednocześnie punktem wyjścia z systemu przesyłowego) **na podstawie umowy kompleksowej zawartej z PGNiG**.

³³ A. Jurkowska w: T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.) „Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz”, C.H.BECK, Warszawa 2009, s. 641, także: A. Stawicki w: Aleksander Stawicki, Edward Stawicki (red.) „Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz”, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2011 r., s. 362. Identycznie wyrok TS z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-418/01 (*IMS Health*), wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 6 lutego 2007 r., VI ACa 810/06.

Tymczasem tytuł ww. opracowania, jak i jego przedmiot wskazany na str. 3 (k. 890 akt adm.) wskazują, że celem analizy było zbadanie możliwości zakupu gazu ziemnego od podmiotu innego niż PGNiG i transportu paliwa **sieciami przesyłowymi** do sieci OSD. Takie rozwiązanie (zakładając hipotetycznie, że byłoby możliwe do przeprowadzenia) wymagałoby dodatkowo (tj. oprócz wspomnianej umowy dystrybucyjnej z MSG) m.in. zawarcia umowy o świadczenie usług przesyłowych z OGP Gaz System celem dostarczenia gazu do sieci OSD, o którym mowa. Byłyby to zupełnie inne warunki, niż wynikające z zawarcia umowy kompleksowej z PGNiG. Umowa kompleksowa obejmuje bowiem swoim zakresem dostawę gazu wraz z bilansowaniem, magazynowaniem i przesyłem do punktu odbioru.

Podnieść należy także, iż z treści omawianego opracowania nie wynika by gaz ziemny zakupiony od wskazanych podmiotów (sprzedawców alternatywnych wobec PGNiG) mógł być dostarczony do punktu wejścia do sieci MSG, w którym Skarżący chciał je do tej sieci wprowadzić. Z samej bowiem analizy wynika, że mogła mieć miejsce sytuacja, iż przesył gazu z określonego punktu wejścia do systemu przesyłowego do stacji I stopnia Konstancin-Słomczyn nie byłby możliwy (str. 7 opracowania, k. 892 akt adm.).

Mając na względzie powyższe, Prezes UOKiK uznaje, iż przedmiotowa analiza nie przekonuje co do możliwości zakupu gazu ziemnego przez NowyGaz celem jego dalszej odsprzedaży na szczeblu detalicznym, od podmiotów innych niż PGNiG.

V.4 Szkoda dla kontrahentów lub konsumentów

Prezes UOKiK zwraca uwagę na fakt, iż kupno i odbiór gazu na stacji I stopnia były obiektywnie konieczne dla Skarżącego, by mógł on prowadzić działalność konkurencyjną względem PGNiG w zakresie dostaw paliwa do odbiorców końcowych. Odmowa zawarcia umowy sprzedaży ze strony Spółki uniemożliwiła NowyGaz wejście na rynek sprzedaży gazu klientom końcowym pozbawiając tych ostatnich przyznanego im ustawą prawa zmiany dostawcy.

Zwracając się do PGNiG o zawarcie umowy sprzedaży gazu, Skarżący zamierzał korzystać z prawa dostępu do gazowej infrastruktury przesyłowej i dystrybucyjnej w celu prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie dostaw gazu do klientów końcowych obsługiwanych przez Operatorów Systemów Dystrybucyjnych. W świetle zebranego materiału dowodowego PGNiG był (i nadal jest) jedynym podmiotem mogącym zagwarantować dostawę paliwa gazowego w punkcie wejścia do systemu dystrybucyjnego (będącego jednocześnie punktem wyjścia z systemu przesyłowego) co umożliwiałoby NowyGaz sprzedaż i dostawę gazu odbiorcom końcowym podłączonym do sieci właściwego miejscowo OSD. Tylko PGNiG może zagwarantować taką dostawę gazu w ramach oferowanych swoim klientom umów kompleksowych (tj. umów zawierających postanowienia nie tylko umowy sprzedaży ale także przesyłania lub dystrybucji oraz magazynowania paliw gazowych).

Skarżący nie miał zatem alternatywnych źródeł zaopatrzenia w paliwo gazowe, dzięki którym mógłby je dostarczać za pośrednictwem sieci dystrybucyjnej MSG do klientów końcowych, a co za tym idzie odmowa sprzedaży gazu przez PGNiG uniemożliwiała mu prowadzenie działalności konkurencyjnej wobec dominanta. Praktyka PGNiG prowadziła zatem do zakazanego ograniczenia konkurencji na skutek ograniczenia NowyGaz możliwości zaistnienia na rynku poprzez sprzedaż gazu kupowanego od PGNiG. Takie działanie ma niewątpliwie skutek zniekształcający konkurencję (opóźniający rozwój konkurencji) na rynku detalicznej sprzedaży gazu ziemnego. Wobec monopolistycznej pozycji PGNiG na rynku hurtowej sprzedaży gazu ziemnego, a co za tym idzie, ograniczonego dostępu potencjalnych konkurentów PGNiG do innych źródeł zaopatrzenia w paliwo gazowe, dla rozwoju konkurencji w zakresie sprzedaży detalicznej gazu ziemnego niezbędne jest umożliwienie potencjalnym konkurentom PGNiG zaopatrywania się (celem dalszej odsprzedaży) w gaz ziemny w PGNiG.

Zwrócić należy bowiem uwagę na fakt, iż odmowa PGNiG sprzedaży Skarżącemu paliwa gazowego stanowiąca nadużycie pozycji dominującej na krajowym rynku hurtowej sprzedaży gazu powoduje ograniczenie konkurencji na rynku sąsiednim (powiązanym), tj. krajowym rynku detalicznej sprzedaży gazu, na który starał się wejść NowyGaz. Zatem PGNiG dopuszczając się zarzucanej mu praktyki przenosił swoją siłę rynkową na rynek powiązany, na którym jest również obecny, zajmując na nim pozycję dominującą.

W ocenie Prezesa UOKiK wykazane ograniczanie przez Spółkę zbytu gazu ziemnego poprzez odmowę zawarcia z NowyGaz umowy kompleksowej nastąpiło ze szkodą dla konsumentów i kontrahentów, co jest wymogiem uznania tej praktyki za sprzeczną z Ustawą (art. 9 ust. 2 pkt 2 *in fine*). Wskazać w tym miejscu należy, iż wobec braku alternatywnego dostawcy paliwa gazowego na wejściu do systemu dystrybucyjnego, szkodą poniesioną przez kontrahentów Spółki (w rozpatrywanym przypadku NowyGaz) był brak możliwości prowadzenia planowanej działalności gospodarczej. Organ antymonopolowy podkreśla przy tym, że ze względu na opisany powyżej precedensowy charakter sprawy praktyka PGNiG mogła mieć także efekt „odstraszący” wobec innych potencjalnych konkurentów, zniechęcając ich do prób wejścia na rynek detalicznej sprzedaży gazu ziemnego i blokować na długi czas powstanie i rozwój konkurencji na tym szczeblu obrotu gazem.

W ocenie Prezesa UOKiK opisany powyżej brak możliwości wejścia na rynek detaliczny podmiotów konkurencyjnych wobec PGNiG jest szkodliwy dla konsumentów (odbiorców końcowych gazu). Odmowa sprzedaży gazu Skarżącemu skazuje bowiem konsumentów na zakup paliwa jedynie w PGNiG, tymczasem posiadanie przez nich alternatywnego dostawcy gazu mogłoby skutkować obniżką cen paliwa oraz poprawą jakości świadczonych usług.

Biorąc pod uwagę powyższe (w szczególności brak obiektywnych przesłanek odmowy sprzedaży gazu na rzecz NowyGaz) Prezes UOKiK uznaje, iż dopuszczając się zarzucanej praktyki PGNiG działał w celu niedopuszczenia do rynku lub co najmniej

opóźnienia wejścia na rynek podmiotu konkurencyjnego. W ocenie organu antymonopolowego Spółka dążyła do petryfikacji rynku detalicznej sprzedaży paliwa gazowego i zahamowania procesu jego liberalizacji.

Zarzucana Spółce praktyka miała zatem charakter antykonkurencyjny i naruszyła zakaz ustanowiony w art. 9 ust. 1 w związku z art. 9 ust. 2 pkt 2 Ustawy ograniczając zbyt paliwa gazowego ze szkodą dla kontrahentów i konsumentów.

V.5 Naruszenie art. 9 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 5 - przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji

W ocenie organu antymonopolowego odmowa zawarcia przez PGNiG umowy sprzedaży gazu na rzecz NowyGaz naruszyła również art. 9 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 5 Ustawy, zgodnie z którym wykazane we wcześniejszej części decyzji nadużywanie pozycji dominującej może polegać w szczególności na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. Wskazać przy tym należy, że podstawą stwierdzenia naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 5 Ustawy było to samo zachowanie PGNiG, które było podstawą stwierdzenia wykazanego wyżej naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 2 Ustawy.

Art. 9 ust. 2 pkt 5 Ustawy zakazuje przedsiębiorcom posiadającym pozycję dominującą na rynku stwarzania barier dla powstania, bądź rozwoju konkurencji. Wskazać należy, że ustawa antymonopolowa nie definiuje, co należy rozumieć przez pojęcie konkurencja. Korzystając z literalnej definicji tego hasła, jako „konkurencję” należy rozumieć współzawodnictwo niezależnie działających przedsiębiorstw³⁴. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego III SK 15/06 z dnia 19 października 2006 r. *pod pojęciem konkurencji należy rozumieć proces rywalizacji niezależnych przedsiębiorstw, który prowadzi do podniesienia poziomu dobrobytu konsumentów*. Jest to więc mechanizm (proces) regulujący zachowania rynkowe przedsiębiorców prowadzący do maksymalnie możliwej efektywności (alokacyjnej, produkcyjnej, dynamicznej) działań przedsiębiorców. Konkurencja wywołuje presję na dotychczasowych uczestników rynku, by stale podnosili produkcyjną i dynamiczną efektywność działania.³⁵

Ograniczeniem konkurencji jest w tym kontekście zredukowanie uczestnikom rynku możliwości rywalizacji, przez co zahamowaniu ulega proces prowadzący do wzrostu produkcji lub sprzedaży, obniżenia cen, postępu technicznego oraz poszerzenia oferty rynkowej, zwiększenia zakresu wyboru dostępnego konsumentom. Zgodnie z art. 9 ust. 2 pkt 5 Ustawy, za przejaw nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym uznaje się takie działanie przedsiębiorcy, które przeciwdziała ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji. Określony w tym

³⁴ T. Ławicki *Wielka encyklopedia Prawa* Warszawa – Białystok 2000, str. 366, podobnie: Konrad Kohutek, Małgorzata Sieradzka w: *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2008 r., str. 45

³⁵ D. Miąsik, T. Skoczny w: T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.) *„Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz”*, C.H.BECK, Warszawa 2009, s. 42.

przepisie zakaz nakłada na przedsiębiorców obowiązek takiego działania, które nie stwarza innym uczestnikom obrotu rynkowego barier ograniczających możliwość skutecznego konkutowania w warunkach gospodarki rynkowej. Istotą tej praktyki jest więc negatywne oddziaływanie przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą na rynek, „które zapobiega ukształtowaniu się na rynku sytuacji, która pozwala na wejście na ten rynek nowych podmiotów lub umożliwia ekonomicznie uzasadnione funkcjonowanie i rozwój pozostałych uczestników rynku”³⁶. W świetle orzecznictwa, praktyka ta „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”³⁷. Negatywny wpływ dominanta na konkurencję może przejawiać się m.in. w stwarzaniu barier wejścia na rynek³⁸, podejmowaniu działań zniechęcających konkurentów do ekspansji na rynku, na którym działają³⁹ i eliminowaniu potencjalnej możliwości powstania konkurencji na rynku⁴⁰. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów zakazuje zarówno działania jak i zaniechania⁴¹ 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).

W ocenie Prezesa UOKiK przedmiotowa praktyka Spółki przeciwdziałała powstaniu tak zdefiniowanej konkurencji na rynku detalicznej sprzedaży paliwa gazowego. Praktyka polegająca na odmowie sprzedaży paliwa gazowego przez PGNiG na rzecz NowyGaz, tj. przedsiębiorcy zamierzającego podjąć działalność konkurencyjną wobec działalności Spółki na rynku detalicznej sprzedaży paliwa gazowego utrudnia, czy wręcz uniemożliwia w obecnych realiach krajowego rynku gazu pojawienie się na tym rynku konkurentów dominanta.

Uzasadniając odmowę zawarcia z NowyGaz umowy kompleksowej, Spółka stwierdziła wielokrotnie, iż wynika to z braku stosownych regulacji w IRiESD MSG dotyczących kwestii alokacji i bilansowania paliwa gazowego w sytuacji wprowadzania go do sieci dystrybucyjnej OSD w tym samym punkcie wejścia przez dwa podmioty o statusie ZUD. Jednakże Prezes UOKiK wykazał powyżej, iż powołane argumenty Spółki nie zasługują na uwzględnienie, a rozpatrywana odmowa kontraktowania nie miała obiektywnego uzasadnienia.

Jak organ antymonopolowy już wskazał w niniejszej decyzji, NowyGaz zapewniając sobie dzięki wnioskowanej umowie kompleksowej z PGNiG dostawy gazu ziemnego w punkcie wejścia do sieci dystrybucyjnej MSG, planował prowadzić sprzedaż gazu

³⁶ D. Miąsik (w:) T. Skoczny, D. Miąsik, A. Jurkowska (red.), *op. cit.*, s. 670.

³⁷ Wyrok SN z dnia 13 maja 2008 r., sygn. akt III SK 30/07.

³⁸ Wyrok SOKiK z dnia 19 grudnia 2006 r., sygn. akt XVII AmA 36/06.

³⁹ Wyrok SN z dnia 13 maja 2008 r., sygn. akt III SK 30/07.

⁴⁰ D. Miąsik (w:) T. Skoczny, D. Miąsik, A. Jurkowska (red.), *op. cit.*, s. 682.

⁴¹ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 15 maja 1996 r., sygn. akt XVII Amr 21/96.

odbiorcom końcowym podłączonym do tej sieci. Zatem Skarżący planował wejście na rynek detalicznej sprzedaży gazu i podjęcie działalności konkurencyjnej wobec obecnego na nim PGNiG.

W tym kontekście Prezes UOKiK uznaje, iż odmowa zawarcia umowy kompleksowej ze Skarżącym przy braku dla niego alternatywnego źródła zaopatrzenia miała na celu ograniczenie konkurencji i utrzymanie *status quo* na szczeblu detalicznego obrotu gazem. PGNiG działał bowiem z myślą o utrzymaniu dotychczasowych i zdobyciu nowych klientów przy jednoczesnym wykluczeniu możliwości ich przejęcia przez inny podmiot sprzedający paliwo gazowe na wyjściu z sieci dystrybucyjnej.

W ocenie organu antymonopolowego praktyka Spółki oprócz posiadania antykonkurencyjnego celu wywarła także antykonkurencyjne skutki na rynku powiązanym z rynkiem właściwym. Wskazać należy, że w okresie jej stosowania Skarżący miał zablokowaną możliwość wejścia na rynek detalicznej sprzedaży gazu ziemnego odbiorcom końcowym przyłączonym do sieci dystrybucyjnej MSG. Co więcej, odmowa PGNiG nawiązania współpracy z NowyGaz na zasadach umowy kompleksowej mogła zniechęcać innych potencjalnych konkurentów Spółki od podjęcia próby wejścia na rynek powiązany. Podkreślenia wymaga także fakt, iż w czasie stosowania przez PGNiG zarzucanej praktyki odbiorcy końcowi kupujący gaz na własne potrzeby pozbawieni byli możliwości wyboru dostawcy nabywanego paliwa i zmuszeni byli pozostać przy dotychczasowym sprzedawcy.

Prezes UOKiK zwraca przy tym uwagę na fakt, iż praktyka dominanta wymierzona była bezpośrednio w konkurenta Spółki, a więc w podmiot, który mógłby przynajmniej potencjalnie ograniczyć jego władzę rynkową, przejąć część klientów, a poprzez spowodowanie tego rodzaju zagrożenia wymusić swoją działalnością na rynku niższego szczebla zwiększenie efektywności działalności PGNiG, w tym polepszenie warunków świadczenia usług odbiorcom końcowym, w tym także warunków cenowych. Co prawda ceny na przedmiotowym rynku podlegają administracyjnej kontroli przez organ regulacyjny, jednakże są odrębnie kalkulowane w oparciu o planowane do poniesienia w okresie obowiązywania taryfy uzasadnione koszty prowadzenia działalności przez każde przedsiębiorstwo energetyczne i mogą się istotnie różnić.

Wskazać również należy, że praktyka PGNiG była wprawdzie skierowana wobec konkretnego przedsiębiorcy (NowyGaz), jednak zarazem pośrednio mogła wywrzeć wpływ na nieoznaczoną liczbę przedsiębiorców potencjalnie zainteresowanych świadczeniem podobnej co NowyGaz działalności, konkurencyjnej w stosunku do PGNiG. Zwrócić bowiem należy, że dotychczas żaden inny przedsiębiorca faktycznie nie prowadził na rynku gazowym działalności na zasadach, o jakie ubiegał się NowyGaz. Według bowiem przywoływanych już wyżej ustaleń Prezesa UOKiK, w latach 2009-2010 żaden przedsiębiorca nie prowadził działalności polegającej na nabywaniu gazu ziemnego od PGNiG i następnie jego sprzedaży do odbiorców końcowych przyłączonych do sieci dystrybucyjnej przedsiębiorcy mającego status OSD. Tym bardziej stwierdzoną odmowę PGNiG należy rozpatrywać w szerszym

kontekście, jako działanie wymierzone na utrzymanie rynkowego *status quo* i uniemożliwiające lub co najmniej opóźniające wykształcenie się nowego obszaru dla konkurencji o detalicznego odbiorcę paliwa gazowego.

W ocenie organu antymonopolowego do rozwoju konkurencji na rynku powiązanim z rynkiem właściwym, tj. na rynku detalicznej sprzedaży gazu, konieczne jest nawiązanie przez podmioty zainteresowane sprzedażą ww. paliwa odbiorcom końcowym, współpracy z PGNiG w ramach umów kompleksowych. Tylko w sytuacji nabycia gazu ziemnego od PGNiG w punkcie wejścia do systemu dystrybucyjnego zarządzanego przez jedną z sześciu regionalnych spółek gazownictwa, podmioty takie jak NowyGaz będą w stanie oferować go konsumentom. Jak wynika z ustaleń Prezesa UOKiK, żaden przedsiębiorca (przed Entrade Grupa) nie prowadził działalności polegającej na nabywaniu gazu ziemnego od PGNiG i następnie jego sprzedaży do odbiorców końcowych przyłączonych do sieci dystrybucyjnej przedsiębiorcy mającego status OSD. Zatem odmawiając zawarcia umowy sprzedaży gazu Spółka blokuje powstanie na szczelbu detalicznym jakiegokolwiek konkurencji.

Mając na względzie powyższe, należy stwierdzić, iż zarzucana PGNiG praktyka ma charakter antykonkurencyjny i narusza zakaz ustanowiony w art. 9 ust. 1 w związku z art. 9 ust. 2 pkt 5 Ustawy, przeciwdziałając ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

V.6 Czas stosowania i zaniechanie zarzuczanych praktyk

Jak wynika z zebranego w niniejszej sprawie materiału dowodowego, NowyGaz zwrócił się z zapytaniem o zawarcie umowy kompleksowej do PGNiG pismem z dnia 14 stycznia 2010 r. Z uwagi na niekompletność informacji zawartych w ww. piśmie, Skarżący w odpowiedzi na wezwanie Spółki pismem z dnia 21 lutego 2010 r. uzupełnił swój wniosek, przesyłając PGNiG żądane informacje niezbędne do zawarcia umowy kompleksowej. Po otrzymaniu wyżej wskazanego uzupełnienia PGNiG nie kontaktował się ze Skarżącym w sprawie jakichkolwiek innych informacji koniecznych do nawiązania wnioskowanej przez Skarżącego współpracy - przyjąć więc należy, iż po otrzymaniu pisma NowyGaz z dnia 21 lutego 2010 r. (co nastąpiło w dniu 22 lutego 2010 r.) Spółka posiadała komplet danych niezbędnych do nawiązania współpracy z przyszłym kontrahentem, zaś Skarżący miał prawo oczekiwać, że w stosownym czasie zostanie podpisana wnioskowana umowa lub co najmniej niezwłocznie rozpoczną się negocjacje zmierzające do jej finalizacji. Jednakże PGNiG odmawiał zawarcia przedmiotowej umowy sprzedaży, powołując się na niedostatki zawartych w Instrukcji postanowień dotyczących alokacji i bilansowania. Jak Prezes UOKiK wykazał powyżej, argumentacja Spółki w tym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie, a odmowa zawarcia z NowyGaz umowy kompleksowej ogranicza konkurencję, naruszając zakaz przewidziany w art. 9 Ustawy.

Jednocześnie organ antymonopolowy stwierdza, że praktyki PGNiG ustały z dniem 30 listopada 2010 r., kiedy to na spotkaniu roboczym ze Skarżącym, Spółka

przedstawiła możliwe do zastosowania w przypadku podpisania umowy sprzedaży gazu zasady alokacji paliwa gazowego wprowadzanego do sieci dystrybucyjnej w tym samym punkcie wejścia przez oba podmioty. Po odbyciu spotkań wyjaśniających z operatorami systemów: przesyłowego i dystrybucyjnego (odpowiednio: OGP Gaz-System i MSG), NowyGaz przyjął proponowane rozwiązania i po ich doprecyzowaniu w toku kolejnych spotkań i negocjacji stały się one podstawą rozwiązań przyjętych w porozumieniu dotyczącym alokacji zawartym w dniu 31 maja 2011 r. pomiędzy PGNiG, NowyGaz i MSG.

Przyjąć zatem należy, iż z dniem 30 listopada 2010 r. ustała praktyka Spółki polegająca na odmowie sprzedaży gazu ziemnego na rzecz przedsiębiorcy zamierzającego dokonywać dalszej odsprzedaży, tj. NowyGaz sp. z o.o. w Warszawie, naruszająca art. 9 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 2 oraz 9 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 5 Ustawy. Nie sposób bowiem stwierdzić, że po tej dacie PGNiG odmawiał skarżącemu zawarcia wnioskowanej umowy.

Zgodnie z art. 11 ust. 1 Ustawy nie wydaje się decyzji, o której mowa w art. 10 (tj. decyzji o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazującej jej zaniechania), jeżeli zachowanie rynkowe przedsiębiorcy przestało naruszać zakazy określone w art. 6 lub 9 ustawy lub w art. 81 lub 82 Traktatu WE. W myśl ust. 2 cytowanego przepisu, w przypadku określonym w ust. 1 tego przepisu Prezes UOKiK wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdzającą zaniechanie jej stosowania.

W związku z powyższym w zaistniałej sytuacji wydać należało zgodnie z art. 11 ust. 2 Ustawy decyzję o uznaniu praktyk zarzucanych PGNiG za ograniczające konkurencję i stwierdzić zaniechanie ich stosowania z dniem 30 listopada 2010 r.

VI. Kara pieniężna

Art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* stanowi, że organ antymonopolowy 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. 9 tej ustawy.

Za udowodnione należy uznać, że w przedmiotowej sprawie doszło do nadużywania pozycji dominującej przez PGNiG na krajowym rynku hurtowej sprzedaży paliwa gazowego poprzez ograniczanie zbytu ze szkodą dla kontrahentów lub konsumentów oraz poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji wskutek odmowy sprzedaży gazu ziemnego na rzecz przedsiębiorcy zamierzającego dokonywać dalszej jego odsprzedaży. PGNiG zatem dopuścił się naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 9 ust. 2 pkt 2 oraz art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Zdaniem Prezesa Urzędu okoliczności sprawy wskazują, że celowe i uzasadnione jest nałożenie kary pieniężnej na tego przedsiębiorcę, jako tego, który dopuścił się naruszenia ww. przepisów.

VI.1 Przesłanka „co najmniej nieumyślnego” naruszenia przepisów

Rozstrzygnięcie w przedmiocie nałożenia przez Prezesa Urzędu, na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, administracyjnej kary pieniężnej za naruszenie zakazu określonego w art. 9 ustawy ma fakultatywny charakter, przy czym możliwość nałożenia na przedsiębiorcę tej kary wymaga stwierdzenia, że naruszenie zakazu określonego w ww. przepisach ustawy było „co najmniej nieumyślne”.

Zdaniem Prezesa Urzędu okoliczności sprawy uzasadniają, by w niniejszym przypadku, wobec stwierdzenia stosowania przez PGNiG opisaną w sentencji decyzji praktyki ograniczającej konkurencję, nałożyć na tego przedsiębiorcę karę pieniężną. Zdaniem Prezesa Urzędu w sprawie spełniona została przesłanka „co najmniej nieumyślnego” naruszenia przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

Dokonując oceny zaistnienia w sprawie przesłanki „co najmniej nieumyślnego” naruszenia przepisów ustawy przez PGNiG, Prezes Urzędu wziął pod uwagę, że zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego element subiektywny w postaci umyślności lub nieumyślności naruszenia przepisów ustawy wyraża się w tym, że przedsiębiorca działa mając świadomość, że swoim zachowaniem narusza zakaz praktyk ograniczających konkurencję, lub gdy jako profesjonalny uczestnik obrotu mógł (powinien był) taką świadomość mieć⁴². Prezes Urzędu uwzględnił również treść art. 83 Konstytucji RP, zgodnie z którym każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej, a także stanowisko Sądu Najwyższego, który uznaje, że przedsiębiorcy będący profesjonalnymi uczestnikami obrotu rynkowego mają możliwość prawidłowego określenia ryzyka prawnego przy podejmowaniu określonych decyzji biznesowych⁴³. Istotne znaczenie ma także stanowisko SOKiK, który przyjął w jednej ze spraw, że nie jest możliwe, aby przedsiębiorca o znacznej renomie i długim okresie funkcjonowania na rynku nie zdawał sobie sprawy ze swoich czynności⁴⁴.

Biorąc pod uwagę ww. okoliczności, Prezes Urzędu uznał, że stwierdzone niniejszą decyzją naruszenie zakazu określonego w art. 9 ust. 2 pkt 2 oraz art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* ma **charakter umyślny**.

W uzasadnieniu należy wskazać, że strona postępowania jest profesjonalnym uczestnikiem obrotu rynkowego, który bez wątpienia musi posiadać wiedzę prawniczą i ekonomiczną umożliwiającą mu rozpoznanie swoich działań jako naruszających prawo ochrony konkurencji. Działania Spółki były umyślne, ponieważ poprzez odmowę sprzedaży gazu przedsiębiorcy zamierzającemu dokonywać dalszej jego odsprzedaży do odbiorców końcowych świadomie dążyła do ograniczenia konkurencji

⁴² Wyrok SN z 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III SK 45/10, niepubl.

⁴³ Wyrok SN z 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III SK 45/10, niepubl.

⁴⁴ Wyrok SOKiK z 11 kwietnia 2011 r., sygn. akt XVII AmA 62/08, niepubl.

na poziomie detalicznej odsprzedaży paliwa gazowego. Należy wskazać, że zachowanie Spółki polegające na odmowie sprzedaży gazu na szczeblu hurtowym przedsiębiorcy zainteresowanemu działalnością na rynku niższego szczebla, tj. sprzedaży detalicznej ma jednoznacznie antykonkurencyjny charakter i prowadzi do petryfikacji sytuacji rynkowej w zakresie detalicznej sprzedaży paliwa gazowego, tj. utrzymania obecnej pozycji rynkowej przez PGNiG i niedopuszczenia do powstania i rozwoju konkurencji w tym obszarze.

Prezes Urzędu uwzględnił w dalszej kolejności okoliczność, że stwierdzone tą decyzją naruszenie dotyczyło **praktyk nazwanych**, określonych wprost w ustawowym katalogu praktyk zakazanych. Stwierdzone przez Prezesa Urzędu naruszenia, polegające na odmowie sprzedaży, należy wręcz do najbardziej typowych (najbardziej ewidentnych) naruszeń ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

Wszystkie wskazane okoliczności świadczą za umyślnością działań spółki PGNiG.

Wobec wykazanej umyślności działania PGNiG, należy uznać, że **spełnione zostało kryterium „co najmniej nieumyślnego” naruszenia** zakazu określonego w art. 9 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Wobec tego Prezes Urzędu jest uprawniony do nałożenia na stronę tego postępowania kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy.

VI.2 Wysokość kary pieniężnej

W niniejszej sprawie Prezes UOKiK stwierdził naruszenie przez PGNiG art. 9 ust. 2 pkt 2 i art. 9 ust. 2 pkt 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* (pkt I i II sentencji decyzji). Podkreślenia jednak wymaga, że podstawą stwierdzenia naruszenia ww. dwóch odrębnych przepisów ustawy było to samo zachowanie PGNiG, a więc odmowa sprzedaży gazu ziemnego na zasadach umowy kompleksowej na rzecz przedsiębiorcy zamierzającego dokonywać dalszej odsprzedaży. W konsekwencji na PGNiG nakładana jest jedna kara pieniężna.

Ustalając wysokość nakładanej kary pieniężnej, Prezes Urzędu uwzględnił, że ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* nie zawiera zamkniętego katalogu przesłanek, od których uzależniana jest wysokość nakładanych na przedsiębiorców kar. W tym względzie Prezes Urzędu wziął zarazem pod uwagę art. 111 ww. ustawy, zgodnie z którym przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy. Prezes Urzędu uwzględnił też interpretację przesłanek branych pod uwagę w tych okolicznościach, zawartą w *Wyjaśnieniach w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję*⁴⁵.

Mając na względzie, że ww. ustawa nie zawiera zamkniętego katalogu przesłanek, od których uzależniana jest wysokość nakładanych na przedsiębiorców kar, Prezes

⁴⁵ Dz. Urz. UOKiK z 2008 r. Nr 4, poz. 33.

Urzędu wziął również pod uwagę, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, element subiektywny w postaci umyślności naruszenia przepisów ustawy. W orzecznictwie wyraźnie bowiem stwierdzono, że niezależnie od tego, że przesłanka ta brana jest pod uwagę już na etapie podejmowania decyzji o nałożeniu kary⁴⁶, również wysokość nakładanej kary musi odzwierciedlać stopień zawinienia, z jakim związane jest naruszenie zakazu⁴⁷.

Prezes Urzędu uwzględnił również, że – zgodnie z orzecznictwem – w przypadku kar za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję przesłankami, które należy brać pod uwagę są stopień naruszenia interesu publicznego⁴⁸, a także potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy, skutki praktyki dla konkurencji lub kontrahentów, dopuszczalny poziom kary wynikający z przepisów ustawy oraz cele, jakie kara ma osiągnąć⁴⁹. Nałożona przez organ antymonopolowy kara pieniężna powinna pełnić funkcję represyjną (tj. stanowić dolegliwość za naruszenie przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*), ale także prewencyjną, dyscyplinującą (tj. zapobiegając podobnym naruszeniom w przyszłości)⁵⁰.

Dokonując oceny wagi stwierdzonego naruszenia, organ wziął w pierwszej kolejności pod uwagę, że o wadze (szkodliwości) 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 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 Urzędu **w niniejszej sprawie doszło do poważnego naruszenia prawa konkurencji**. Należy zauważyć, iż stwierdzona praktyka ma charakter antykonkurencyjny. W postępowaniu ustalono, że stosowana przez PGNiG praktyka polega na odmowie sprzedaży gazu ziemnego na rzecz przedsiębiorcy zamierzającego dokonywać dalszej jego odsprzedaży. W ocenie Prezesa Urzędu dokonując wagi

⁴⁶ Wyrok SN z 21 kwietnia 2011 r. sygn. akt III SK 45/10, niepubl.

⁴⁷ Wyrok SOKiK z dnia 24 maja 2006 r., sygn. akt XVI Ama 17/05.

⁴⁸ Wyrok SOKiK z dnia 24 maja 2006 r., sygn. akt XVII Ama 17/05.

⁴⁹ Wyrok SN z dnia 27 czerwca 2000 r., sygn. akt I CKN 793/98.

⁵⁰ Por. wyrok SOKiK z dnia 4 maja 2006 r., sygn. akt: XVII Ama 119/04 (za:) K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, s. 1015.

przedmiotowego naruszenia należy uwzględnić sytuację istniejącą na rynku na którym doszło do nadużywania pozycji dominującej oraz na rynku, na który przedmiotowa praktyka oddziałuje. Jak wskazano we wcześniejszej części decyzji PGNiG zajmuje na obydwu tych rynkach, tj. na krajowym rynku hurtowej oraz detalicznej sprzedaży paliwa gazowego pozycję dominującą, bliską pozycji monopolistycznej. Udział rynkowy PGNiG na obydwu rynkach sięga około 98%. PGNiG nie spotyka się w zasadzie z żadną konkurencją w zakresie sprzedaży paliwa gazowego odbiorcom końcowym. W takiej sytuacji odmowa sprzedaży gazu na rzecz podmiotu, który zamierzał podjąć działalność konkurencyjną względem PGNiG w zakresie detalicznej sprzedaży gazu odbiorcom końcowym przyłączonym do sieci dystrybucyjnej, z samej swej natury powoduje istotne ograniczenie konkurencji, poprzez opóźnianie wejścia konkurentów na przedmiotowy rynek, wstrzymanie tym samym procesów prowadzących do zwiększenia efektywności zachowań rynkowych przedsiębiorców działających na tym rynku, wyeliminowanie presji ze strony potencjalnego konkurenta), czy też uniemożliwienie zwiększenia zakresu wyboru dostępnego odbiorcom końcowym.

Należy uznać, iż przedmiotowa praktyka będąc bezpośrednio wymierzona w przedsiębiorcę NowyGaz, faktycznie wymierzona była we wszystkich potencjalnych konkurentów dominanta, którzy byliby zainteresowani prowadzeniem działalności na takich zasadach jak NowyGaz. Przedmiotowa praktyka, gdyby nie została zaniechana, potencjalnie mogłaby, w obecnych realiach rynkowych, tj. przy braku alternatywnych dostawców paliwa gazowego dla podmiotów zainteresowanych dalszym jego odsprzedażaniem, spowodować petryfikację rynkowego *status quo*, tj. brak jakiegokolwiek realnej konkurencji dla PGNiG w zakresie działalności detalicznej.

Należy zatem stwierdzić, że stwierdzoną praktykę PGNiG, tj. absolutnego dominanta rynkowego, wpływająca na możliwość rozpoczęcia działalności konkurencyjnej przez innego przedsiębiorcę należy zakwalifikować do kategorii wymienionej powyżej, tj. poważnych naruszeń prawa konkurencji.

Ze względu na powyższe Prezes Urzędu uznał, że uzasadnione jest sklasyfikowanie zarzucanej stronie niniejszego postępowania praktyki jako naruszenia poważnego i określenie wysokości kar pieniężnych w przedziale powyżej 0,2% do 1% przychodu.

Jednocześnie badając naturę naruszenia organ antymonopolowy bada również zamiar przedsiębiorcy oraz czy naruszenie prawa było przemyślane i zaplanowane. Prezes Urzędu uznał, że przedmiotowa praktyka PGNiG polegająca na odmowie sprzedaży paliwa gazowego miała miejsce w nowych nie zaistniałych dotychczas na krajowym rynku gazu okolicznościach. Wniosek NowyGaz z dnia 14 stycznia 2010 r., zgodnie z którym wydanie paliwa miało nastąpić w punkcie wyjścia z systemu przesyłowego będącego jednocześnie punktem wejścia do systemu dystrybucyjnego (nie zaś na wejściu do instalacji odbiorcy) miał charakter precedensowy w tym sensie, iż tego typu rozwiązanie nie było jeszcze w Polsce stosowane. Przed zawarciem umowy kompleksowej ze spółką NowyGaz wyłącznie PGNiG wprowadzał paliwo gazowe do

systemu dystrybucyjnego i z tego systemu go odbierał, w celu dostarczania odbiorcom końcowym.

Z drugiej strony podkreślić należy, że powszechnie obowiązujące przepisy prawa przewidują funkcjonowanie na polskim rynku przedsiębiorców podejmujących taką jak Skarżący działalność w zakresie sprzedaży paliwa gazowego w konkurencji do PGNiG. Z myślą o działalności gospodarczej podmiotów takich właśnie jak NowyGaz (Entrade Grupa) wprowadzony został do *Prawa energetycznego* art. 4 ust. 2 stanowiący implementację zasady TPA przyznającej odbiorcom prawo swobodnego wyboru sprzedawcy energii oferującego najkorzystniejsze warunki handlowe. Tymczasem PGNiG stosując stwierdzoną w mniejszej decyzji antykonkurencyjną praktykę uniemożliwiał odbiorcom końcowym korzystanie z dobrodziejstwa zasady dostępu stron trzecich oraz blokował wejście na rynek podmiotu konkurencyjnego.

Przedstawione powyższe okoliczności przemawiają za zmiarkowaniem wagi przedmiotowego naruszenia. Podobnie wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 6 lutego 2007 r. (*nota bene* w sprawie dotyczącej nadużywania przez PGNiG pozycji dominującej na rynku), w którym uznał, iż za ustaleniem przez organ antymonopolowy kary pieniężnej na odpowiednio niższym poziomie przemawia m.in. fakt, iż *[p]owód nadużył pozycji dominującej w ramach zdarzenia incydentalnego (...), przedstawiony mu wniosek nie miał typowego charakteru (o przyłączenie do sieci) i sposób jego załatwienia nie był wprost regulowany przez przepisy(...)*⁵¹. W tym kontekście można uznać, iż praktyka PGNiG w niniejszej sprawie również miała – w powyższym sensie – charakter incydentalny, jakkolwiek nie wpływa to na ocenę sprawy w zakresie wykazanego wyżej naruszenia interesu publicznego. Również bowiem działanie dominanta skierowane w stosunku do jednego przedsiębiorcy – kontrahenta będącego zarazem potencjalnym konkurentem – narusza interes publiczny poprzez możliwe pośrednie oddziaływanie na nieoznaczoną liczbę przedsiębiorców potencjalnie zainteresowanych świadczeniem podobnej działalności, konkurencyjnej względem dominanta.

Mając na uwadze wszystkie powyższe okoliczności, Prezes Urzędu przyjął za właściwe określenie wysokości kar pieniężnych zgodnie z danymi przedstawionymi w poniższej tabeli.

podmiot	wymiar kary (% przychodu)
	natura naruszenia
PGNiG	[informacje utajnione – pkt 3 załącznika do decyzji]

Tab. 1 Pierwszy etap naliczania wysokości kary pieniężnej

⁵¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 6 lutego 2007 r., sygn. VI Aca 810/06.

Organ antymonopolowy określając wysokość kary nakładanej w przypadku naruszenia ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, wychodzi z założenia, że wymiar kary nie może abstrahować od specyfiki rynku właściwego oraz działalności przedsiębiorcy na tym rynku, a zatem powinna ona podlegać dalszej modyfikacji. Kierując się oceną wpływu naruszenia na rynek, Prezes Urzędu może zwiększyć lub zmniejszyć ustaloną powyżej kwotę maksymalnie o 80 %.

Nadużywanie pozycji dominującej przez PGNiG miało miejsce na krajowym rynku hurtowej sprzedaży paliwa gazowego, natomiast praktyka oddziaływała na krajowy rynek detalicznej sprzedaży paliwa gazowego. Przy określaniu kary na tym etapie Prezes Urzędu wziął pod uwagę, że obydwa ww. rynki charakteryzują się bardzo wysokim stopniem koncentracji, PGNiG posiada na nich pozycję dominującą bliską kwalifikowanej pozycji monopolistycznej.

Dodatkowo, należy uznać, iż paliwo gazowe jako jeden z podstawowych nośników energii jest ważnym produktem dla odbiorców końcowych, zarówno przemysłowych, jak i w gospodarstwach domowych. Specyfika rynku i produktu przemawiają więc za podwyższeniem wymiaru kary. Jednocześnie jednak należy zauważyć, iż brak konkurencji na przedmiotowym rynku powoduje, iż rynek ten pozostaje w sferze regulacji – ceny paliwa gazowego kalkulowane w taryfach są zatwierdzane przez Prezesa URE. Oznacza to, iż odbiorcy paliwa gazowego są chronieni przed nieuzasadnionym wzrostem cen gazu, do którego mogłoby prowadzić niedopuszczanie przez dominanta do zaistnienia na rynku konkurencji. Co więcej, należy uznać, iż wobec relatywnie krótkiego okresu stosowania przez PGNiG przedmiotowej praktyki i jej zaniechanie przez PGNiG (a w konsekwencji zawarcie umowy z Entrade Grupa), w wyniku praktyki doszło jedynie do odsunięcia w czasie procesu otwierania rynku detalicznej sprzedaży paliwa gazowego dla konkurentów PGNiG. Przemawia to za obniżeniem wymiaru kary na tym etapie jej kalkulowania.

Całokształt wskazanych wyżej okoliczności powoduje, że w opinii Prezesa Urzędu zasadne jest **zwiększenie wysokości kary na tym etapie o 10 %** w stosunku do kary ustalonej w etapie pierwszym.

podmiot	wymiar kary (% przychodu)		
	natura naruszenia	specyfika rynku oraz działalności przedsiębiorcy	Razem
PGNiG	[informacje utajnione – pkt 4 załącznika do decyzji]	↑ 10 %	[informacje utajnione – pkt 4 załącznika do decyzji]

Tab. 2 Drugi etap naliczania wysokości kary pieniężnej

Kolejnym czynnikiem, który Prezes Urzędu uwzględnia przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej jest długotrwałość naruszenia prawa. Uwzględniając okres naruszenia, Prezes Urzędu może zwiększyć kwotę bazową kar, jeśli długotrwałość stosowania praktyki ograniczającej konkurencję prowadzi do zwielokrotnienia jej negatywnych skutków, w szczególności, gdy wpływa na wysokość korzyści uzyskiwanych przez przedsiębiorcę dopuszczającego się naruszenia lub szkody ponoszone przez innych uczestników rynku. Jako długotrwałe traktowane są naruszenia trwające dłużej niż rok. Biorąc powyższe pod uwagę, dla odzwierciedlenia wpływu długotrwałości naruszenia na wysokość kar, Prezes Urzędu może zwiększyć w przypadku nadużywania pozycji dominującej na rynku kwotę bazową maksymalnie o 100%.

Przedmiotowe naruszenie prawa trwało krócej niż 1 rok. Taki okres stosowania praktyki ograniczającej konkurencję nie może być oceniony jako długotrwały. Tym samym **brak jest podstaw do zwiększania wymiaru kary z tytułu długotrwałości naruszenia** ponieważ taka okoliczność nie zachodzi w przedmiotowej sprawie.

podmiot	wymiar kary (% przychodu)			
	natura naruszenia	specyfika rynku oraz działalności przedsiębiorcy	długotrwałość naruszenia	razem
PGNiG	[informacje utajnione – pkt 5 załącznika do decyzji]	↑ 10 %	bez zmian	[informacje utajnione – pkt 5 załącznika do decyzji]

Tab. 3 Trzeci etap naliczania wysokości kary pieniężnej

Organ antymonopolowy, ustalając wysokość kary, powinien także wziąć pod uwagę okoliczności mające wpływ na zwiększenie (okoliczności obciążające) lub zmniejszenie (okoliczności łagodzące) wymiaru kary. Okoliczności łagodzące i obciążające są oceniane łącznie, indywidualnie dla każdej sprawy oraz dla każdego przedsiębiorcy. Poszczególne okoliczności łagodzące lub obciążające mogą mieć różną wagę. Ustalona na wcześniejszym etapie wysokość kary może ulec zwiększeniu/zmniejszeniu maksymalnie o 50%.

Zdaniem Prezesa Urzędu **okolicznością łagodzącą** w przedmiotowej sprawie jest **zaniechanie** przez PGNiG stwierdzonej praktyki (w dniu 30 listopada 2010 r.) jeszcze przed wszczęciem postępowania antymonopolowego (w dniu 28 grudnia 2010 r.), przy czym już w trakcie trwania postępowania wyjaśniającego w przedmiotowej sprawie (wszczęte w dniu 7 lipca 2010 r.).

Jednocześnie Prezes Urzędu uznał, zgodnie z art. 111 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, występowanie w sprawie **okoliczności obciążającej w postaci**

uprzedniego naruszenia przepisów ustawy. W tym przypadku Prezes Urzędu uznał okoliczność prawomocnego uznania, że PGNiG nadużywało pozycji dominującej na rynku właściwym poprzez zwlekanie z wydaniem warunków technicznych przyłączenia istniejącej kotłowni do istniejącej stacji pomiarowej wbrew obowiązкови wydania tych warunków (decyzja Prezesa Urzędu nr RLU-30/04 z dnia 29 września 2004 r., utrzymana w mocy wyrokiem Sądu Apelacyjnego z dnia 6 lutego 2007 r., sygn. akt VI Aca 810/06). Dodatkowo jako okoliczność obciążającą należy wskazać **umyślność działania PGNiG.** Fakt, iż w dotychczasowej praktyce PGNiG nie spotkał się z analogiczną sytuacją nie stanowi, iż jego zachowaniu nie można przypisać umyślności. Jak wykazał w niniejszej decyzji Prezes Urzędu, PGNiG miał wszystkie niezbędne instrumenty do pozytywnego rozpatrzenia wniosku NowyGaz o zawarcie umowy kompleksowej sprzedaży paliwa gazowego, a jednak zasłaniając się brakami regulacji IRiESD oraz precedensowym charakterem sprawy odmawiał zawarcia przedmiotowej umowy, dążąc do ograniczenia konkurencji poprzez uniemożliwianie i opóźnianie podjęcia działalności przez NowyGaz.

W świetle powyższego uzasadnione jest zdaniem organu antymonopolowego **zwiększenie wysokości kary na tym etapie o 10 %.**

podmiot	wymiar kary (% przychodu)				
	natura naruszenia	specyfika rynku i działalności przedsiębiorcy	długotrwałość naruszenia	okoliczności łagodzące / obciążające	Razem
PGNiG	[informacje utajnione – pkt 6 załącznika do decyzji]	↑ 10 %	bez zmian	↑10%	[informacje utajnione – pkt 6 załącznika do decyzji]

Tab. 4 Czwarty etap naliczania wysokości kary pieniężnej

Mając na uwadze wszystkie powyższe okoliczności, Prezes Urzędu uznał, że waga stwierdzonego niniejszą decyzją naruszenia ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* przesądza o ustaleniu wysokości kary pieniężnej dla przedsiębiorcy będącego stroną postępowania, w oparciu o przedstawione przez stronę informacje na temat osiągniętych przychodów w 2011 r., w następującej wysokości:

podmiot	przychód (zł) ⁵²	wymiar kary (procent przychodu)	odsetek kary maksymalnej przewidzianej w przepisach ustawy, jaki stanowi nałożona kara	wysokość kary pieniężnej (zł)
---------	-----------------------------	---------------------------------	--	-------------------------------

⁵² Organ antymonopolowy wziął pod uwagę dane wynikające z przedstawionego przez PGNiG zeznania podatkowego CIT-8.

PGNiG	[informacje utajnione – pkt 7 załącznika do decyzji]	[informacje utajnione – pkt 7 załącznika do decyzji]	[informacje utajnione – pkt 7 załącznika do decyzji]	60.016.474,40
-------	--	--	--	---------------

Tab. 5 Wysokość nałożonej kary pieniężnej

W podsumowaniu wywodów dotyczących sposobu ustalania kary pieniężnej w niniejszej sprawie, należy podkreślić, że zdaniem Prezesa Urzędu kara w ustalonej wysokości pozwoli osiągnąć cele, jakie są związane z tym rodzajem sankcji. Nakładając karę pieniężną, organ antymonopolowy kieruje się bowiem założeniem, że powinna ona spełniać funkcję represyjną, jak i prewencyjną (dyscyplinującą). Nałożone kary pieniężne powinny przyczynić się do zapewnienia trwałego zaprzestania w przyszłości naruszania przez stronę postępowania reguł konkurencji. Aby skutecznie zapobiegać próbom pojawienia się w przyszłości takich niekorzystnych zjawisk, kara musi więc być ostrzeżeniem odczuwalnym. Wobec powyższego w niniejszej sprawie kara pieniężna powinna być na tyle dolegliwa, by inicjator stwierdzonego porozumienia odczuł ją w sposób wymierny. Kara w ustalonej wysokości spełnia wszystkie wymienione powyżej cele.

Udowodnione decyzją nadużywanie pozycji dominującej przez PGNiG miało charakter antykonkurencyjny. Przy ocenie zachowania strony zostały uwzględnione wszelkie znane organowi antymonopolowemu okoliczności pozwalające na określenie wymiaru kary. Dlatego też, zdaniem Prezesa Urzędu, kara pieniężna w określonej w decyzji wysokości, spełni wszystkie zakładane wobec niej cele.

VII. Koszty postępowania

Zgodnie z art. 77 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, jeżeli w wyniku postępowania Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przepisów ustawy, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, jest obowiązany ponieść koszty postępowania. Natomiast w świetle art. 80 tej ustawy, Prezes Urzędu rozstrzyga o kosztach w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie.

Z ustawy nie wynika, co składa się na koszty postępowania, o których mowa w art. 77 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Wobec wyrażonego w art. 83 ww. ustawy generalnego odesłania w sprawach nieuregulowanych do przepisów ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – *Kodeks postępowania administracyjnego* (tekst jednolity: Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 ze zm.; dalej: k.p.a.) należy przyjąć, iż zakres tych kosztów wyznacza art. 263 § 1 k.p.a. W jego świetle do kosztów postępowania zalicza się: (1) koszty podróży i inne należności świadków i biegłych oraz stron, (2) koszty doręczania stronom pism procesowych, (3) inne koszty bezpośrednio związane z rozstrzygnięciem sprawy.

W punkcie I i II sentencji niniejszej decyzji stwierdzono stosowanie przez PGNiG postępowania praktyki ograniczającej konkurencję zakazanej na podstawie art. 9 ust. 2 pkt 2 i 5 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Na koszty Prezesa UOKiK w niniejszym postępowaniu składają się wydatki w kwocie 119,85 zł (słownie: sto dziewiętnaście złotych osiemdziesiąt pięć groszy), które są związane z prowadzoną w toku postępowania korespondencją.

W związku z powyższym postanowiono obciążyć PGNiG kosztami w wysokości 119,85 zł (słownie: sto dziewiętnaście złotych osiemdziesiąt pięć groszy), na które składają się koszty doręczania 18 listów zwykłych w cenie 5,65 zł oraz 3 listów priorytetowych w cenie 6,05 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeka się jak w sentencji.

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Karę pieniężną należy uiścić na następujące konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: **NBP O/O Warszawa 51101010100078782231000000**.

Przy dokonywaniu wpłaty na powyższe konto należy dopisać numer decyzji Prezesa Urzędu stanowiącej podstawę jej dokonania.

Od niniejszej decyzji przysługuje stronie odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy w zw. z art. 479 (28) k.p.c. – za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia niniejszej Decyzji.

W przypadku kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach postępowania, stosownie do treści art. 81 ust. 1 i ust. 5 w związku z art. 83 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* i art. 264 § 2 k.p.a. oraz art. 479²⁸ w związku z art. 479³² k.p.c. – na postanowienie o kosztach postępowania przysługuje zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie tygodniowym od dnia doręczenia decyzji, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

*Z up. Prezesa
Urzędu Ochrony Konkurencji
i Konsumentów*

[Grzegorz Materna, dyrektor departamentu]

Otrzymuje:

1. PGNiG S.A. z siedzibą w Warszawie
reprezentowane przez
r. pr. Aleksandra Stawickiego
Wierciński, Kwieciński, Baehr sp.k.
ul. Paderewskiego 67
61-770 Poznań
2. a/a