

O rzeczywistej potrzebie stosowania zasady TPA w ciepłownictwie

Spis treści

- I. Wstęp
- II. Ciepłownictwo jako monopol naturalny
- III. Charakterystyka rynków ciepła w Polsce
- IV. Struktura własności przedsiębiorstw ciepłowniczych
- V. Zasada dostępu strony trzeciej do sieci (TPA)
- VI. TPA w prawie energetycznym
- VII. Zasadność stosowania zasady dostępu strony trzeciej w ciepłownictwie
- VIII. Podsumowanie

Streszczenie

Celem niniejszego artykułu jest próba oceny zasadności wprowadzenia na rynek ciepła regulacji dotyczących dostępu strony trzeciej (*Third Party Access*; dalej: TPA). O ile zasada ta skutecznie realizowana jest na rynkach energii elektrycznej i paliw gazowych, o tyle powstaje wątpliwość czy specyfika rynków ciepła pozwala na jej pełne stosowanie. Istotne jest również zidentyfikowanie potencjalnych problemów związanych ze stosowaniem zasady TPA na lokalnych rynkach ciepła.

Słowa kluczowe: ciepłownictwo; sieć ciepłownicza; *Third Party Access*; przedsiębiorstwo ciepłownicze; przedsiębiorstwo zintegrowane pionowo.

I. Wstęp

Sektor energetyczny, jak każdy inny sektor, charakteryzuje się swoistymi parametrami, które odzwierciedlają jego specyfikę. Należą do nich m.in. jego struktura, stopień koncentracji, tempo wzrostu sektora, rentowność, pewność zaopatrzenia, bariery wejścia czy zaawansowanie technologiczne¹. W kontekście tego sektora za szczególnie specyficzne uznać należy ciepłownictwo, którego podstawową cechą wyróżniającą jest jego lokalny charakter. W tym przypadku nie można bowiem mówić o jednym rynku (np. krajowym), ale o bardzo wielu rynkach, których wielkość

* Doktorant w Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego WZ UW; adwokat; e-mail: ibork@wz.uw.edu.pl.

¹ M. Będkowski-Kozioł wskazuje także na inne istotne cechy sektora energetycznego, np. niemożność magazynowania energii elektrycznej i ograniczoną możliwość magazynowania paliw gazowych, co powoduje konieczność produkowania ich dokładnie w czasie rzeczywistym zapotrzebowań odbiorców, a w konsekwencji obowiązek zapewnienia odpowiedniego poziomu zdolności wytwórczych. Zob. M. Będkowski-Kozioł, *Kilka uwag o dogmatyce prawa energetycznego*, PUG 2012, nr 4 s. 11–12.

określa zasięg sieci ciepłowniczej. Zróżnicowanie na tych rynkach powoduje również trudności w ich analizowaniu i porównywaniu.

Takie ukształtowanie sektora powoduje, iż zasady zmierzające do liberalizacji sektora energetycznego i skutecznie wdrażane na rynkach energii elektrycznej i paliw gazowych, jak np. zasada TPA, mogą nie przystawać do warunków panujących na lokalnych rynkach ciepła. Może więc okazać się, że aplikacja tej zasady w sektorze ciepłowniczym będzie niepożądana bądź niemożliwa. Należałoby zatem zastanowić się czy stosowanie zasady dostępu strony trzeciej do sieci, pomimo jej niekwestionowanego prokonkurencyjnego charakteru, będzie działaniem korzystnym z punktu widzenia z jednej strony przedsiębiorstw ciepłowniczych, z drugiej zaś – odbiorców końcowych. Zagadnienie rzeczywistej potrzeby stosowania zasady TPA w ciepłownictwie wydaje się bowiem istotne z punktu widzenia interesów wszystkich uczestników danego lokalnego rynku ciepła.

II. Ciepłownictwo jako monopol naturalny

Monopol naturalny rozumiany jest jako sytuacja faktyczna wyznaczająca warunki prowadzenia racjonalnej działalności gospodarczej, która sprawia, że jest ona wyłączną własnością jednego podmiotu. W tym wypadku działalność innego podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą jest nieuzasadniona w świetle przyjętych kryteriów, wyznaczających racjonalność prowadzenia działalności gospodarczej². Traktowane jako monopol naturalny ciepłownictwo charakteryzuje się pewnymi standardowymi, dla tego rodzaju rynku, cechami³.

Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, to czy dana działalność stanowi monopol naturalny zależy od kombinacji warunków technologicznych, kosztowych oraz popytowych. Jedną z cech monopolu jest brak bliskich substytutów, co może mieć istotne znaczenie przy ocenie ciepłownictwa jako rynku zmonopolizowanego⁴. Tym samym, dostawcy ciepła są monopolistami naturalnymi na rynku, co uzasadnione jest sieciowym charakterem urządzeń służących do dostawy (sieci infrastrukturalnej). Takie ukształtowanie rynku wskazuje, iż jedyną możliwością przełamania monopolu sieciowego pozostaje tylko budowa alternatywnej (paralelnej) sieci⁵. Bariery kosztowe związane z duplikacją infrastruktury i rozpoczęciem wytwarzania oraz stworzeniem niezbędnej do przesyłu energii cieplnej sieci, co do zasady mogą jednak przerastać bądź wykluczać opłacalność takiej inwestycji.

III. Charakterystyka rynków ciepła w Polsce

W 2013 r. na polskim regulowanym rynku ciepła funkcjonowało 455 przedsiębiorstw⁶ posiadających koncesje udzielone przez Prezesa URE na działalność związaną z wytwarzaniem, przesyłaniem, dystrybucją lub obrotem ciepłem. Jak wynika z ogólnie dostępnych danych, liczba koncesjonowanych przedsiębiorstw ciepłowniczych zmniejszyła się o 46,9% od

² K. Strzyczkowski, *Prawo publiczne gospodarcze*, LexisNexis, Warszawa 2007, s. 237.

³ Odmiennego zdania jest W. Lisewicz. Zob.: W. Lisewicz, *Podobieństwa i różnice w regulacji działalności ciepłowniczej w Polsce i w Niemczech. Czy ciepłownictwo to monopol naturalny?*, PUG 2007, nr 7. Rozważania w tym przedmiocie przedstawiają również M. Boroń, M. Czarnecka i T. Oglódek, wskazując na treść art. 49 ust. 1 i 3 ustawy – Prawo Energetyczne. Czyt. więcej: M. Boroń, M. Czarnecka, T. Oglódek, *Taryfy w ciepłownictwie. Aspekty prawne*, C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 19–20.

⁴ M. Boroń, M. Czarnecka i T. Oglódek, *Taryfy...*, s. 13.

⁵ A. Walaszek-Pyziół, W. Pyziół, *Obowiązek zawarcia umowy świadczenia usług przesyłowych*, PUG 2002, nr 9, s. 2.

⁶ Przy czym na potrzeby niniejszego artykułu w odniesieniu do podmiotów działających na rynku ciepła systemowego przyjęto określenie „przedsiębiorstwo”.

pierwszego badania rynku przeprowadzonego przez URE w roku 2002 r.⁷. Wskazuje się przy tym, iż na malejącą liczbę podmiotów wpłynęły przede wszystkim procesy związane z przekształceniami własnościowymi (prywatyzacją) i restrukturyzacyjnymi, a także zmiany w przepisach prawa. Wydaje się jednak, że możliwości przekształceń własnościowych się wyczerpują (zob. tab. 1).

Tabela 1. Zmiany struktury przedsiębiorstw ciepłowniczych w Polsce w latach 2002–2013

| Forma prawna | 2002 | 2005 | 2012 | 2013 |
|------------------------------------|------|------|------|------|
| | % | | | |
| Jednostki samorządu terytorialnego | 9,0 | 7,9 | 1,9 | 2,0 |
| Spółki akcyjne | 26,1 | 22,1 | 20,1 | 20,4 |
| Spółki z o.o. | 54,4 | 62,1 | 73,7 | 73,2 |
| Spółdzielnie mieszkaniowe | 2,7 | 2,0 | 1,3 | 1,3 |
| Przedsiębiorstwa państwowe | 3,4 | 1,5 | 0,4 | 0,4 |
| Pozostałe przedsiębiorstwa | 4,4 | 4,4 | 2,6 | 2,7 |

Źródło: Urząd Regulacji Energetyki, *Energetyka ciepła w liczbach – 2013*, Warszawa, wrzesień 2013.

Przedsiębiorstwa ciepłownicze dysponują bardzo zróżnicowanym i rozdrobnionym potencjałem technicznym, determinowanym dwiema podstawowymi wielkościami: zainstalowaną mocą cieplną oraz długością sieci ciepłowniczej⁸. Ze względu na ogromne rozdrobnienie rynku wynikające z jego lokalnego charakteru (brak możliwości przesyłania ciepła na duże odległości w wyniku dużych strat przesyłowych), zdecydowaną przewagę ilościową mają źródła małe. Systemy ciepła sieciowego budowane są jedynie w aglomeracjach o wystarczająco dużym stopniu skupienia odbiorców (zagęszczenia zabudowy)⁹. Zgodnie z ogólnodostępnymi danymi, jedynie osiem przedsiębiorstw posiada w swoich źródłach wytwórczych osiągalną moc cieplną powyżej 1000 MW – łączna moc osiągalna wymienionych przedsiębiorstw stanowi ¼ mocy wszystkich źródeł koncesjonowanych na polskim rynku ciepłowniczym¹⁰. Cechą charakterystyczną rynku ciepła jest także jego olbrzymia zmienność w odniesieniu do zapotrzebowania na moc cieplną w skali roku¹¹. Przychody sektora determinowane są przede wszystkim przez czynnik zewnętrzny w postaci warunków pogodowych, co – ze względu na rodzaj determinanty – powoduje trudności w określeniu z dużym wyprzedzeniem potencjalnego (zakładanego) wolumenu wykorzystanego w danym okresie ciepła. Drugim czynnikiem wpływającym na zmienność zapotrzebowania na ciepło systemowe jest m.in. postępująca termomodernizacja budynków, która powoduje sukcesywne zmniejszanie się zapotrzebowania na ciepło systemowe.

⁷ Urząd Regulacji Energetyki, *Energetyka ciepła w liczbach – 2013*, Warszawa, wrzesień 2013, s. 10.

⁸ P. Bogusławski, *Taryfowanie ciepła – wymóg urzędniczy czy ekonomiczna konieczność*, „Biuletyn Urzędu Regulacji Energetyki” 2008, nr 6.

⁹ Dec. Prezesa UOKiK, Nr RKT - 69/2006 z dnia 28.09.2006 r., s. 12.

¹⁰ Urząd Regulacji Energetyki, *Energetyka...*, s. 11.

¹¹ J. Lewandowski, *Wpływ nowych źródeł w systemie ciepłowniczym na jego efektywność*, iKAR 2013, nr 6(2), s. 70.

IV. Struktura własności przedsiębiorstw ciepłowniczych

Koncesjonowane przedsiębiorstwa ciepłownicze w Polsce pozostają w większości przypadków zintegrowane pionowo¹², zajmując się zarówno wytwarzaniem, przesyłaniem ciepła, jak i jego dystrybucją, a także obrotem¹³. I tak np. w 2002 r. wszystkie rodzaje koncesjonowanej działalności ciepłowniczej prowadziło 17,5% przedsiębiorstw, natomiast w 2012 r. udział ten zmniejszył się do 12,9%¹⁴. O swoistym „pierwszeństwie” przedsiębiorstw jako zintegrowanych pionowo świadczy chociażby literalna definicja „przedsiębiorstw ciepłowniczych” zawarta w Rozporządzeniu Ministra Gospodarki w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemów ciepłowniczych, która stanowi, że jest to „przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się wytwarzaniem ciepła w eksploatowanych przez to przedsiębiorstwo źródłach ciepła, przesyłaniem i dystrybucją oraz sprzedażą ciepła wytworzonego w tych źródłach lub zakupionego od innego przedsiębiorstwa energetycznego”¹⁵. Dodatkowo, jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, ustawodawca uznał, iż w sektorze zaopatrzenia w ciepło nie występuje, co do zasady, rozdzielenie przesyłania ciepła od dystrybucji ciepła¹⁶. Przesył i dystrybucja określane są jako procesy komplementarne¹⁷.

Zasadniczo, w zintegrowaniu pionowym dopatrzeć się można przede wszystkim negatywnego oddziaływania na rozwój konkurencji. Stwarza ono bowiem możliwość i pokusę wspierania własnych oddziałów poprzez wykorzystywanie dominującej pozycji na danym rynku, skutecznie blokując potencjalną konkurencję¹⁸. Naturalnym wydaje się zatem niechęć przedsiębiorstw zintegrowanych pionowo do jakichkolwiek ustępstw na rzecz innych przedsiębiorstw.

Trend tworzenia zintegrowanej struktury przedsiębiorstw ciepłowniczych może ulec przyspieszeniu przede wszystkim ze względu na rozwój inwestycji typu *greenfield* (w drodze wewnętrznego wzrostu przedsiębiorstwa), a więc poprzez budowę całego łańcucha wartości (tj. działając w we wszystkich fazach procesu gospodarczego) bądź poprzez budowę jego wybranego ogniwa (fazy)¹⁹. Ponieważ rynki ciepła nie zostały poddane regulacji *unbundlingu*, brakuje zatem barier prawnych, które stałyby na przeszkodzie wewnętrznemu wzrostowi przedsiębiorstw ciepłowniczych. Należy jednak zauważyć, że poszczególne ogniwa łańcucha mogą pozostawać inwestycyjnie (biznesowo) atrakcyjne również dla innych przedsiębiorstw, które chciałyby np. wybudować nową

¹² Zgodnie z definicją zawartą w art. 3 pkt 12a ustawy z dnia 10.04.1997 r. – Prawo energetyczne (Dz. U. z 2006 r., Nr 89, poz. 625 z późn. zm.) przedsiębiorstwo zintegrowane pionowo to przedsiębiorstwo energetyczne lub grupa przedsiębiorstw, których wzajemne relacje są określone w art. 3 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. WE L 024 z 29.01.2004), zajmujące się:

- a) w odniesieniu do paliw gazowych:
 - przesyłaniem lub
 - dystrybucją, lub
 - magazynowaniem, lub
 - skraplaniem
 - oraz wytwarzaniem lub sprzedażą tych paliw, albo
- b) w odniesieniu do energii elektrycznej:
 - przesyłaniem lub
 - dystrybucją
 - oraz wytwarzaniem lub sprzedażą tej energii.

¹³ Urząd Regulacji Energetyki, *Energetyka...*, s. 11.

¹⁴ Urząd Regulacji Energetyki, *Energetyka ciepła w liczbach – 2012*, Warszawa, wrzesień 2012, s. 9.

¹⁵ Tak: § 2 ust. 1 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 15 stycznia 2007 r. w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemów ciepłowniczych (Dz. U. z dnia 1 lutego 2007 r.).

¹⁶ Przesyłanie i dystrybucja ciepła odbywają się tą samą lokalną siecią ciepłowniczą, która jest eksploatowana przez jedno (to samo) przedsiębiorstwo energetyczne. Tak: M. Zawiska [w:] M. Swora, Z. Muras (red.), *Prawo energetyczne. Komentarz*, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 181.

¹⁷ Tak np. w decyzji Prezesa UOKiK Nr RKT-69/2006, s. 11.

¹⁸ B. Nowak, *Rozdział przedsiębiorstw zintegrowanych pionowo w sektorze energii elektrycznej i gazu na podstawie Dyrektyw Elektroenergetycznej i Gazowej. Mit czy rzeczywistość?*, PUG 2007, nr 8, s. 2.

¹⁹ M. Romanowska, *Planowanie strategiczne w przedsiębiorstwie*, PWE, Warszawa 2010, s. 154.

jednostkę wytwarzającą ciepło i w konsekwencji korzystać z sieci przesyłowej przedsiębiorstwa zasiedziałego na rynku (*incumbent*).

V. Zasada dostępu strony trzeciej do sieci (TPA)

Koncepcja dostępu strony trzeciej (*Third Party Access*; dalej: TPA) bazuje na dorobku wypracowanej na początku XX w. w Stanach Zjednoczonych doktryny urządzeń kluczowych (*essential facilities*)²⁰. Zastosowania po raz pierwszy w 1912 r. w sprawie *Terminal Railroad*²¹, w której za urządzenia kluczowe uznano terminal dworca oraz dwa mosty znajdujące się w posiadaniu tej spółki, doktryna znalazła następnie zastosowanie w całym szeregu spraw rozstrzyganych przez amerykańskie sądy. Jej istota sprowadza się do konkluzji, iż formalna lub faktyczna odmowa udostępnienia kluczowych urządzeń jest niedozwolonym działaniem, jeśli:

- 1) dane przedsiębiorstwo jest właścicielem bądź też kontroluje dostęp do istotnych urządzeń (bez względu na ich charakter);
- 2) konkurenci nie mogą wykorzystać ani zduplikować substytutu takiego urządzenia ze względu na brak takich możliwości lub innych obiektywnych względów;
- 3) dane urządzenie posiada bardzo istotne znaczenie z punktu widzenia rozwoju konkurencji na rynku sąsiednim w stosunku do rynku, na którym działa przedsiębiorstwo dysponujące urządzeniem;
- 4) powodująca odmowę eliminacja konkurentów będzie miała charakter trwały;
- 5) brakuje obiektywnych i uzasadnionych przyczyn odmowy dostępu do sieci²².

Doktryna urządzeń kluczowych dostarczyła również teoretycznej podstawy dla regulacji dostępu stron trzecich do infrastruktury w Unii Europejskiej, będąc częściowo recypowaną na grunt praktyki orzeczniczej organów unijnych²³. Celem stosowania doktryny jest zatem rozwój konkurencji poprzez umożliwienie konkurentom danego przedsiębiorstwa (monopolu) wejścia na dany rynek i rozpoczęcie prowadzenia działalności gospodarczej.

Jak podkreśla M. Szydło w odniesieniu do sieci infrastrukturalnych, o ile konkurencja sieciami (*competition by networks*) jest w pewnym zakresie co do zasady wykluczona, o tyle w obszarze świadczenia usług sieciowych (np. telekomunikacyjnych) może, a nawet powinna funkcjonować w sposób prawidłowy. W tym ostatnim przypadku dochodzi do tzw. konkurencji w sieci (*competition in network*). Aby stało się to możliwe, konieczne jest jednak stworzenie wszystkim zainteresowanym świadczeniem usług przedsiębiorstwom możliwości uzyskania – na warunkach niedyskryminacyjnych – dostępu do sieci eksploatowanej przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję monopolistyczną²⁴.

VI. TPA w prawie energetycznym

Cechy sektora energetycznego sprawiały, że brak gwarancji dostępu do sieci w praktyce uniemożliwiał podjęcie działalności przez konkurentów (inne przedsiębiorstwa energetyczne), co

²⁰ O doktrynie *essential facilities* zob. w szczególności: J. Majcher, *Dostęp do urządzeń kluczowych w świetle orzecznictwa antymonopolowego*, Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2005.

²¹ U.S. Supreme Court, *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*, 224 U.S. 382 (1912) i 236 U.S. 194 (1915).

²² M. Szydło, *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*, Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2005, s. 113–114.

²³ M. Będkowski-Kozioł, *Odmowa świadczenia usług przesyłowych (dostępu do sieci) na gruncie Prawa energetycznego*, PUG 2008, nr 7 s. 2.

²⁴ M. Szydło, *Dostęp do sieci infrastrukturalnych na zliberalizowanych rynkach Unii Europejskiej*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 1, s. 80.

w konsekwencji pozbawiało odbiorcę autonomii wyboru dostawcy, a działające na danym obszarze przedsiębiorstwo energetyczne uwalniało od jakiegokolwiek presji konkurencyjnej²⁵. Zapewnienie dostępu do sieci przesyłowych i dystrybucyjnych energii elektrycznej, paliw gazowych i ciepła jest podstawowym zadaniem niezależnej regulacji prokonkurencyjnej w sektorach do tej pory uważanych za monopole naturalne. Podstawowym instrumentem realizacji tego zadania pozostaje przy tym zasada dostępu stron trzecich²⁶. Zasada ta ma swoje źródło w prawodawstwie unijnym (wspólnotowym), poprzez implementacje do polskiego prawa energetycznego kolejnych dyrektyw²⁷. Koncepcja konkurencyjnego rynku energetycznego, implikującego skuteczny i niedyskryminacyjny dostęp do sieci, stała się powodem przyjęcia rozwiązań nakazujących powierzenie zarządzania systemami sieciowymi podmiotom prawnie wyodrębnionym w przypadku przedsiębiorstw energetycznych zintegrowanych pionowo²⁸. TPA stanowi instrument regulacji skutkujący ingerencją w przysługujące przedsiębiorstwu energetycznemu uprawnienia właścicielskie oraz swobody prowadzenia działalności gospodarczej²⁹. Jak wskazuje się w doktrynie, treścią zasady TPA jest dyrektywa, zgodnie z którą właściciel sieci (energetycznej) powinien ją odpłatnie udostępnić każdemu, dla którego sieć potrzebna jest w celu dostarczania energii elektrycznej (paliw gazowych, ciepła) odbiorcom finalnym. Ma ona zatem „wywołać” efekt konkurencji między dostawcami i skutkować ogólną obniżką cen dla odbiorcy, który w ramach TPA może zrezygnować z zakupu energii od właściciela sieci i zawrzeć umowę z innym dostawcą³⁰. Zauważyć jednak należy, że o ile zmiana dostawcy energii elektrycznej jest co do zasady nieskomplikowana, o tyle już zmiana dostawcy ciepła, obarczona jest problemami wynikającymi ze specyfiki samego rynku.

Co do zasady istnieją dwa sposoby zapewnienia dostępu do urządzeń kluczowych: poprzez ustawodawstwo antymonopolowe (*ex post*) albo w drodze regulacyjnej (*ex ante*)³¹. W pierwszym przypadku odmowa dostępu do sieci uznawana jest za przejaw praktyki ograniczającej konkurencję, tj. nadużycie pozycji dominującej na danym rynku właściwym, stwierdzone przez właściwy organ w wyniku przeprowadzonego postępowania antymonopolowego. W przypadku regulacji, chodzi o ustanowienie aktów prawnych określających przesłanki dopuszczalności oraz odmowy dostępu do urządzeń kluczowych, gdzie na straży ich przestrzegania postawiony zostaje organ regulacyjny. Odmowa dostępu do sieci może mieć przy tym dwojaki charakter – strukturalny lub behawioralny. Odmowa dostępu poczyniona przez przedsiębiorstwo dystrybucji lub przesyłu to odmowa strukturalna, odmowa behawioralna to zaś zachowania, które uniemożliwiają bądź utrudniają w znacznym stopniu dostęp do sieci³². Publicznoprawny obowiązek odmowy dostępu nie jest nieograniczony, jednak zgodnie z ustawą – Prawo energetyczne³³ (dalej: ustawa PE), jeżeli przedsiębiorstwo energetyczne odmówi zawarcia umowy o przyłączenie do sieci, jest obowiązane

²⁵ M. Będkowski-Kozioł, *Odmowa świadczenia usług...*, s. 2.

²⁶ T. Skoczny, *Ochrona konkurencji a prokonkurencyjna regulacja sektorowa*, „Problemy Zarządzania” 2004, nr 3, s. 20.

²⁷ Zob. m.in.: dyrektywę 2003/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 czerwca 2003 r. dotyczącą wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylającą dyrektywę 96/92/WE (Dz. U. L 176 z 15.7.2003, s. 37–56) oraz dyrektywę 2003/55/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 czerwca 2003 r. dotyczącą wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylającą dyrektywę 98/30/WE (Dz. U. L 176 z 15.7.2003, s. 57–78).

²⁸ P. Korzeniowski, *Wydzielenie operatora systemu przesyłowego w prawie energetycznym*, Biblioteka Regulatora 2010, s. 99.

²⁹ Z. Muras, R. Trypens, A. Falecki, M. Mordwa, *Prawo energetyczne...*, s. 319.

³⁰ A. Walaszek-Pyziot, W. Pyziot, *Obowiązki...*, s. 3.

³¹ M. Czarnicka, T. Ogińdek, *Prawo energetyczne. Komentarz*, 2. wydanie, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 39.

³² Tamże.

³³ Ustawa z dnia 10.04.1997 r. – Prawo energetyczne (Dz. U. z 2006 r., Nr 89, poz. 625 z późn. zm.).

niezwłocznie pisemnie powiadomić o odmowie jej zawarcia Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki i zainteresowany podmiot, podając przyczyny odmowy³⁴.

Z dostępem strony trzeciej wiąże się zasada rozdzielności działalności przesyłowej i dystrybucyjnej od innych rodzajów działalności (*unbundling*). Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, zasada rozdzielności ma na celu zapewnienie niedyskryminacyjnego i przejrzystego dostępu do sieci i odnosi się przede wszystkim do organizacji sektora paliw i energii³⁵. Stanowi ona swego rodzaju „wstęp” dla wprowadzenia zasady dostępu strony trzeciej do kluczowych zasobów przedsiębiorstwa. Obie te zasady mają też podstawowe znaczenie w procesie regulacji sektorów infrastrukturalnych z punktu widzenia ich uwalniania (liberalizacji).

VII. Zasadność stosowania zasady dostępu strony trzeciej w ciepłownictwie

O ile prawodawca europejski nie wprowadził regulacji dotyczącej wprowadzenia TPA w ciepłownictwie (poddając ją w zasadzie jedynie szczątkowym unormowaniom), o tyle krajowy ustawodawca w art. 4 ust. 2 ustawy PE taką właśnie zasadę statuuje. W praktyce, zasada TPA powinna umożliwiać odbiorcom wybór wytwórcy ciepła, od którego chcieliby nabywać ciepło, spośród wszystkich wytwórców przyłączonych do danego systemu ciepłowniczego³⁶.

Zgodnie z art. 4 ust. 2 ustawy PE, „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 usług przesyłania lub dystrybucji tych paliw lub energii odbywa się na podstawie umowy o świadczenie tych usług”. Jako że zgodnie z definicją ustawową „przedsiębiorstwa energetycznego” jest to podmiot prowadzący działalność gospodarczą w zakresie: a) wytwarzania, przetwarzania, magazynowania, przesyłania, dystrybucji paliw albo energii lub obrotu nimi albo b) przesyłania dwutlenku węgla³⁷, zasada dostępu strony trzeciej znajdzie zastosowanie także do przedsiębiorstw zajmujących się przesyłem i dystrybucją ciepła.

Zauważyć należy, iż realizacja tej zasady może odbywać się tylko poprzez „konkurowanie w sieci”, a więc jedynie pomiędzy jednostkami wytwarzającymi ciepło. Budowa nowej sieci, alternatywnej w stosunku do już istniejącej okazuje się bowiem technicznie niemożliwa. Jak wskazuje się w praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK, możliwa jest konkurencja pomiędzy przedsiębiorstwami ciepłowniczymi wytwarzającymi i sprzedającymi energię, gdyż wytwórcy są względem siebie konkurentami na danym lokalnym rynku wytwarzania i sprzedaży ciepła. Ograniczeniem jest jednak fakt, iż co do zasady tylko jeden z nich posiada sieć ciepłowniczą (abstrahując od sytuacji, gdy właścicielem sieci jest przedsiębiorstwo nieposiadające własnej jednostki wytwórczej – *przyp. autor*), pozostali bowiem – aby sprzedawać ciepło odbiorcom – zmuszeni są do uzyskania dostępu do istniejącej na danym terenie przesyłowej sieci ciepłowniczej³⁸.

³⁴ Zob. art. 7 ust. 1 zd. 2 ustawy PE.

³⁵ M. Swora, Z. Muras, *Prawo energetyczne...*, s. 31–32.

³⁶ Tak: PwC, Raport „Rynek ciepła w Polsce”, październik 2012, s. 15. Pobrano z: www.pwc.pl.

³⁷ Art. 3 pkt 12 ustawy PE.

³⁸ Zob. decyzja Prezesa UOKiK Nr RKT-34/2011 z dnia 14.11.2011 r., s. 19.

Publicznoprawny obowiązek zawarcia umowy o przyłączenie do sieci statuuje art. 7 ust. 1 zd. 1 oraz ust. 3 ustawy PE³⁹. Zgodnie ze wskazanymi przepisami, aby w ogóle wystąpiła możliwość przyłączenia, muszą zostać enumeratywnie spełnione trzy warunki, tj.:

- 1) istnienie warunków technicznych i ekonomicznych przyłączenia do sieci i dostarczania paliw lub energii;
- 2) spełnianie przez podmiot żądający zawarcia umowy warunków przyłączenia do sieci i odbioru;
- 3) dysponowanie tytułem prawnym do korzystania z nieruchomości, obiektu lub lokalu, do których paliwa gazowe lub energia mają być dostarczane⁴⁰.

Co do zasady, zwiększenie liczby wytwórców ciepła winno być postrzegane jako pożądane z punktu widzenia rozwoju konkurencji na danym lokalnym rynku oraz realizacji celów prawa energetycznego zapisanych w ustawie, tj. m.in. rozwoju konkurencji i przeciwdziałaniu negatywnym skutkom naturalnych monopolii⁴¹. Wartość dodaną dla odbiorców w przypadku przyłączenia do sieci nowej jednostki, stanowić ma realna możliwość wyboru źródła wytwarzającego ciepło dostarczane do sieci⁴². Prezes UOKiK uznał, że w tym zakresie możliwy jest rozwój konkurencji pomiędzy przedsiębiorstwami ciepłowniczymi wytwarzającymi i sprzedającymi energię⁴³. Wskazuje się jednak także na istnienie głosów krytycznych, które opierają się przede wszystkim na argumentacji dotyczącej kwestii wysokich kosztów związanych z wprowadzeniem zasady TPA, a specyfiką budowy samej sieci ciepłowniczej bądź niemożnością udostępnienia sieci z powodu barier technologicznych⁴⁴. Tym samym więc, można założyć, że charakterystyczne bariery sektora mogą w niektórych przypadkach uniemożliwić skuteczne wdrożenie zasady TPA.

Doktryna wskazuje również na istniejące pozytywne przykłady funkcjonowania w praktyce dostępu strony trzeciej do infrastruktury sieciowej ciepłowniczej, które pozwalają na przyjęcie, że wdrożenie zasady TPA jest, przynajmniej teoretycznie, możliwe również na rynku ciepła, choć decydujące znaczenie ma w tym przypadku układ pracy sieci⁴⁵. Jak podkreśla prof. J. Lewandowski, w idealnym modelu systemu ciepłowniczego o budowie pierścieniowej (kiedy każdy budynek ma zapewnione zasilanie z dwóch kierunków), ciepło do sieci powinno być dostarczane przez wiele konkurujących ze sobą wytwórców. Podkreśla się jednak, że model ten przeniesiony został z systemu elektroenergetycznego i o ile pozostaje racjonalny w przypadku systemu zasilania w energię elektryczną, o tyle w przypadku systemu ciepłowniczego powstają uzasadnione wątpliwości czy powiększanie liczby wytwórców wymusza konkurencję i doprowadza do obniżenia cen⁴⁶.

Realizacja zasady TPA wydaje się uzasadniona przede wszystkim w sytuacji, gdy na lokalnym rynku ciepła pojawiają się nowi odbiorcy (np. nowe osiedla), jeszcze nieprzyłączeni do sieci ciepłowniczej⁴⁷. Zwiększenie popytu może powodować z jednej strony naturalną konieczność

³⁹ Przy czym zawarty w art. 7 ust. 1 PE zwrot „podmioty ubiegające się o przyłączenie do sieci” należy przy tym pojmować szeroko, tj. dotyczy on zarówno odbiorców, jak i wytwórców paliw gazowych lub energii.

⁴⁰ M. Nowaczek-Zaremba, D. Nowak [w:] M. Swora, Z. Muras (red.) *Prawo energetyczne...*, s. 518–519.

⁴¹ Zgodnie z art. 1 ust. 2 ustawy PE, *celem ustawy jest tworzenie warunków do zrównoważonego rozwoju kraju, zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego, oszczędnego i racjonalnego użytkowania paliw i energii, rozwoju konkurencji, przeciwdziałania negatywnym skutkom naturalnych monopolii, uwzględniania wymogów ochrony środowiska, zobowiązań wynikających z umów międzynarodowych oraz równoważenia interesów przedsiębiorstw energetycznych i odbiorców paliw i energii.*

⁴² Zob. wyr. SA z dnia 23 lutego 2000 r., XVII Ame 50/99.

⁴³ Zob. Dec. Prezesa UOKiK Nr RKT-69/2006, s. 13.

⁴⁴ Tak m.in. A. Łukasiewicz, W. Rękas, *Dotychczasowa praktyka realizacji zasady TPA oraz W. Cherubin, Zasada TPA - ogólne przesłanki realizacji*, [w:] M. Okólski (red.), *Jaki model rynku energii?*, Warszawa 2001, s. 184, 192.

⁴⁵ Z. Muras, R. Trypens, A. Falecki, M. Mordwa, *Prawo energetyczne...*, s. 323–324.

⁴⁶ J. Lewandowski, *Wpływ nowych źródeł...*, s. 67–68.

⁴⁷ PwC, Raport „Rynek ciepła...”, s. 16.

rozbudowy sieci przesyłowej, z drugiej zaś – konieczność powstania nowej jednostki wytwórczej. Biorąc jednak pod uwagę strukturę rynku oraz bardzo częste zintegrowanie pionowe przedsiębiorstw ciepłowniczych, włączenie nowej jednostki wytwórczej (a więc urzeczywistnienie zasady TPA) może być niejednokrotnie utrudnione. Dotychczasowo działające na rynku lokalnym przedsiębiorstwo może co do zasady nie być zainteresowane włączeniem do sieci nowej jednostki wytwórczej i starać się utrudnić jej powstanie, np. poprzez odmowę wydania warunków przyłączenia wytwórcy do sieci ciepłej. Takie zachowania każdorazowo podlegają ocenie z punktu widzenia prawa antymonopolowego. Praktyka decyzyjna Prezesa UOKiK wskazuje, że na rynku przesyłania i dystrybucji ciepła najczęściej dochodzi do antykonkurencyjnych praktyk w postaci naruszenia pozycji dominującej przez właściciela sieci (posiadającego status monopolisty), notabene będącego również właścicielem jednostki wytwórczej⁴⁸. Siła rynkowa na jednym rynku może wywrzeć bezpośredni skutek na rynku powiązanim, jakim jest rynek wytwarzania i sprzedaży energii⁴⁹.

Analiza stosowania zasady TPA ukazuje, że może jednak okazać się, że odmowa dostępu do sieci będzie uzasadniona. W dotychczasowej praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK można wskazać m.in. na przypadek uzasadnionej odmowy wyboru oferty jednego z producentów ciepła (i w konsekwencji braku wytworzonego przez niego ciepła w sieci) podyktowanej wysokością ceny, rozumianą jako łączne koszty zakupów ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej⁵⁰, czy ograniczeniem ilości ciepła w sieci jednego z wytwórców argumentowane długoterminowymi umowami, zmniejszającym się zapotrzebowaniem na ciepło czy ograniczeniami technicznymi⁵¹. Oczywiście, szczególnie skomplikowana sytuacja może powstać właśnie w przypadku utworzenia nowej jednostki wytwarzającej ciepło należącej do dotychczasowego dystrybutora ciepła, zastanowić się tu bowiem trzeba czy takie ukształtowanie rynku rzeczywiście będzie zmierzać do zwiększenia konkurencyjności. Nowy wytwórca – korzystając ze zbudowanego łańcucha wartości – może starać się wykorzystać uprzywilejowaną pozycję i w ten sposób próbować „wyprzeć” ciepło wprowadzane do sieci przez dotychczasowych wytwórców. Ustawodawca zdaje się jednak nie uwzględniać specyfiki lokalnych rynków ciepła, gdyż brak jest regulacji odnoszącej się do „ilości miejsca w sieci”, które zajmie ciepło produkowane przez jednostkę należącą do tego samego łańcucha wartości⁵². Dotychczasowa regulacja nie definiuje relacji nowo powstałej jednostki w stosunku do „starych” producentów, *de facto* bowiem w każdym przypadku (poza częściowym bądź w skrajnych przypadkach – pełnym wyłączeniem starej jednostki) nowe ciepło może być traktowane preferencyjnie, a tym samym dojść do zachwiania równowagi konkurencyjnej na rynkach, na których liczba uczestników (przedsiębiorstw ciepłowniczych) jest już i tak niezmiernie ograniczona.

Zdecydowanie częściej dochodzi jednak do sytuacji, kiedy na rynku pojawia się nowy podmiot, zainteresowany wybudowaniem jednostki wytwórczej i podłączeniem jej do sieci ciepłowniczej. Za uzasadnioną w tym względzie uznać należy obawę nadwyżki mocy, która może powstać

⁴⁸ Zob. np. decyzja Prezesa UOKiK Nr RKT-34/2011.

⁴⁹ O teorii dwóch rynków zob.: T. Skoczny, I. Szwedziak Bork, *Komentarz do art. 4 pkt 9 [w:] T. Skoczny (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, 2. wydanie Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 160.

⁵⁰ Dec. Prezesa UOKiK Nr RBG-5/2005 z dnia 27.01.2005 r., s. 23.

⁵¹ Dec. Prezesa UOKiK Nr RLU-41/2007 z dnia 11.10.2007 r., s. 34–38.

⁵² Może zatem dojść do paradoksalnej sytuacji, kiedy przedsiębiorstwo zintegrowane pionowo – wykorzystując należący do niego pełny łańcuch wartości – będzie działało niezależnie od swoich kontrahentów i konkurentów, a więc w sposób dyskryminacyjny, odbiorcy końcowi będą zaś otrzymywać ciepło po niższych cenach. To ostatnie wynikać będzie z prostej konsekwencji lepszego traktowania „własnego ciepła we własnej sieci” i po pierwsze wypierania ciepła wytwarzanego przez dotychczasowe (stare) jednostki, których koszty produkcji wzrosną ze względu na mniejszy wolumen produkcji, po drugie z faktu, iż przedsiębiorstwo zintegrowane pionowo jest w stanie zaoferować niższą cenę ze względu chociażby na korzystniejszą opłatę przesyłową.

w związku z podłączeniem nowej jednostki wytwarzania. Nie zawsze bowiem musi temu towarzyszyć wzrost liczby odbiorców. Za nieprzekonującą uznać należy argumentację, iż potencjalni odbiorcy zachęteni pojawieniem się konkurencyjnej oferty na rynku zdecydują się na korzystanie z dostaw ciepła⁵³. Stanie się tak pod warunkiem niższej ceny za oferowane ciepło, co jest możliwe chociażby w przypadku niższych opłat przesyłowych (gdy właścicielem sieci jest również właściciel jednostki wytwórczej) bądź też w przypadku wysokiej mocy produkcyjnej czy też niższych kosztów (stałych i zmiennych) produkcji ciepła. Powstaje zatem pytanie, czy nowa jednostka wytwórcza *a priori* będzie w stanie taką niższą cenę zaoferować przy założeniu braku precyzyjnej informacji w przedmiocie potencjalnej strony popytowej. Nie można przy tym wykluczyć, że niska cena ciepła od nowego wytwórcy nie wpłynie na zmniejszenie wolumenu produkcji i w konsekwencji podwyższenie ceny istniejącego wytwórcy⁵⁴. Na marginesie wskazać należy również, że ograniczanie produkcji bądź – w skrajnym przypadku – wyłączanie urządzeń wytwórczych pracujących w ruchu ciągłym bądź rezerwowych może doprowadzić np. do zachwiania dostawami ciepła do odbiorców końcowych, a nawet – ze względu na specyfikę lokalnych rynków ciepła – zagrozić bezpieczeństwu tych dostaw⁵⁵. Dodatkowo, poza wzrostem kosztów w długim okresie, preferencyjne traktowanie własnego wytwórcy może uniemożliwić pozostałym wytwórcom (starym jednostkom) podejmowanie racjonalnych decyzji w zakresie planowania strategii przedsiębiorstwa, w tym m.in. rozbudowy bądź modernizacji źródeł ciepła przez dotychczasowych wytwórców, zmierzających poprzez wzrost efektywności do zmniejszenia cen ciepła oraz spełniania wymogów związanych z ochroną środowiska.

Jak wskazano, podłączenie (a precyzyjniej – przygotowania do budowy i podłączenia) kolejnej jednostki wytwórczej były również przedmiotem postępowań antymonopolowych prowadzonych przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. W wydanych w tych sprawach decyzjach podkreślono m.in., iż w związku z odpłatnością usług przesyłowych, przedsiębiorstwo posiadające sieć, nawiązując współpracę z innym wytwórcą (a więc zawierając umowę), mogłoby sobie zapewnić przychody z tytułu opłaty za przesył ciepła⁵⁶. Nie wydaje się jednak, aby w kwestii dostępu strony trzeciej do sieci w ciepłownictwie można było uznać powyższy argument za wystarczająco doniosły i przekonujący. Zwrócić należy uwagę, że istniejące jednostki wytwórcze wytwarzają ciepło w oparciu o bilans zapotrzebowania na moc cieplną odbiorców w systemie ciepłowniczym. Jeżeli zatem dotychczasowe jednostki wytwórcze są w stanie pokryć istniejące zapotrzebowanie i nie ma (realnej) potrzeby przyłączenia kolejnego wytwórcy, kwestia zysków przedsiębiorstwa, kwestia ewentualnych przyszłych zysków wynikających z usług przesyłowych wydaje się irrelewantna z powodu braku konieczności powiększania strony podażowej (a więc wytwórców ciepła).

⁵³ Tak: dec. Prezesa UOKiK Nr RKT-69/2006, s. 23–24.

⁵⁴ Zob. w dec. Prezesa UOKiK RLU - Nr 41/2007 z dnia 11.10.2007 r., w której stwierdzono, iż „jakkolwiek przekonująca jest argumentacja EC Megatem, poparta stanowiskiem URE, że wielkość produkcji ciepła ma zasadniczy wpływ na cenę tego ciepła a zatem zakładając, że jeżeli EC Megatem produkowałby większą ilość ciepła, to niezależnie od tego, że powiększyłyby się koszty produkcji, to można z dużym prawdopodobieństwem założyć, że cena energii cieplej od tego dostawcy zmniejszyłaby się, to jednocześnie przecież zmniejszyłaby się ilość energii cieplej produkowana przez EC Wrotków, cena zatem od tego dostawcy musiałaby wzrosnąć. Stąd, w ogólnym rozrachunku, trudno przesądzić czy odbiorca końcowy odniósłby korzyść z postulowanej przez wnioskodawcę zmiany”.

⁵⁵ Ten argument nie został jednak uwzględniony w decyzji Prezesa UOKiK RBG - 5/2005, choć mimo to uznano, iż wybór oferty tego konkretnego dostawcy ciepła (Wnioskodawcy) do miejskiej sieci ciepłowniczej, spowodowałby wzrost cen ciepła dostarczanego przez EC Toruń, s. 17.

⁵⁶ Tak np. w decyzji Prezesa UOKiK Nr RKT-34/2011, s. 28.

VIII. Podsumowanie

O wprowadzeniu zasady dostępu do sieci w ciepłownictwie jednoznacznie przesądził polski ustawodawca. Warto jednak zwrócić uwagę, iż choć z jednej strony zasada ta służy rozwojowi konkurencji na danym rynku – do tej pory niepoddanym swobodnej grze rynkowej, paradoksalnie możliwe jest wywołanie efektów przeciwnych do zamierzonych. Oto bowiem może okazać się, że do specyfiki lokalnych rynków ciepła, w tym przede wszystkim ich własności technicznych (budowa sieci), zasadniczo odbiegającej od rynków energii elektrycznej i paliw gazowych, nie przystają instrumenty typowe dla liberalizacji tych ostatnich. Nadto, mając na uwadze także względy celowościowe, tj. w pierwszym rzędzie dbałość o niską cenę ciepła dla użytkowników końcowych oraz ciągłość dostaw dostarczanego ciepła, można stwierdzić, że aplikacja zasady TPA może postrzegana być jako niepożądana.

Z punktu widzenia innych przedsiębiorstw ciepłowniczych działających na danym lokalnym rynku ciepła, zasada dostępu strony trzeciej do sieci może oznaczać z jednej strony konieczność zmniejszenia wolumenu własnej produkcji ciepła (i w konsekwencji zwiększenia ceny za ciepło), z drugiej zaś – powstanie pewnej niepewności biznesowej oraz braku możliwości racjonalnego planowania w długim okresie, również w kontekście chociażby obowiązkowych inwestycji proekologicznych wynikających z działań pro-klimatycznych UE. O ile zatem włączenie nowego wytwórcy ciepła do sieci ma sens tam, gdzie rozbudowywana jest sama sieć, a uwarunkowania techniczne nie pozwalają na przesyłanie ciepła od „starego” wytwórcy (np. z powodu dużych strat ciepła), o tyle wszędzie tam, gdzie zapotrzebowanie na ciepło jest wystarczające (z uwzględnieniem ewentualnych rezerw i awarii) stosowanie zasady TPA powinno być ostrożne.